



TRABZON
ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi



e-ISSN: 3023-4700



TRABZON ÜNİVERSİTESİ
Hukuk Fakültesi Dergisi
(TRÜHFD)

Cilt: 2 | Sayı: 1

Şubat 2024

Derginin Sahibi

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına

Prof. Dr. Emin AŞIKKUTLU

Baş Editör

Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR

Alan Editörleri

Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN

Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN

İletişim Adresi

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Kanuni Kampüsü

61080, Ortahisar / TRABZON

Tel: 0 462 455 2016

E-posta: truhfd@trabzon.edu.tr

Elektronik Ağ: <https://truhfd.trabzon.edu.tr>

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (TRUHFD), Şubat ve Eylül ayları olmak üzere yılda iki sayı şeklinde elektronik olarak yayımlanan hakemli bir dergidir.

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

Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir. Dergide yayımlanan çalışmalardaki görüşler/değerlendirmeler Trabzon Üniversitesi 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 Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nın yazılı izni olmaksızın, ticari amaçlarla elektronik veya mekanik bir kayıt sistemi kullanılarak kopyalanamaz, çoğaltılamaz ve yayımlanamaz.

Yayın Kurulu

- Prof. Dr. Adil ŞAHİN, Trabzon Üniversitesi
Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU, İstanbul Medipol Üniversitesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Prof. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi
Prof. Dr. Recep NARTER, İzmir Bakırçay Üniversitesi
Doç. Dr. Hüseyin Melih ÇAKIR, Marmara Üniversitesi
Doç. Dr. Mustafa ALİOĞLU, Trabzon Üniversitesi
Doç. Dr. Namık Kemal TOPÇU, İzmir Bakırçay Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ercan SARICAOĞLU, Trabzon Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Sevda KESKİN, Piri Reis Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR, Trabzon Üniversitesi

Editörler Kurulu

- Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR, (Baş Editör)
Doç. Dr. Seda GAYRETLİ AYDIN, (Alan Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Abdullah ARIKAN, (Alan Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Soner DEMİRTAŞ, (Almanca Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Özge ATIL KAYA, (İngilizce Dil Editörü)
Dr. Öğr. Üyesi Hilal YENER KULBAY, (Türkçe Dil Editörü)
Arş. Gör. Halil KÖKCÜ, (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Miraç Şamil PEKŞEN, (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Talha GENÇ, (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Aslıhan Asena KOÇ, (Editör Yardımcısı)
Arş. Gör. Servet KANTARCIOĞLU, (Editör Yardımcısı)

TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ETİK İLKELER ve YAYIN POLİTİKASI

I. Genel Bilgiler

- Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, **ULUSAL HAKEMLİ** bir dergidir.
- Dergi, Şubat ve Eylül aylarında olmak üzere yılda **iki sayı** olarak **e-dergi formatında** yayımlanmaktadır.

II. Etik İlkeler

Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yayın politikasında akademik ilke ve etik değerlere bağlıdır. Etik ilke ve değerlere ilişkin ulusal ve uluslararası standartlara uygun olarak hareket etmektedir. Bu kapsamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi; “*Yükseköğretim Kurulu Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi*”nde belirlenen esasları ve *COPE (Committee on Publication Ethics)* tarafından belirlenen Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate almaktadır. Ayrıca, bilimsel çalışma değerlendirme sürecinde kabul edilen araştırmada yayın etiği standartlarına aykırılık tespit edilmesi durumunda eserlerin yayın talebi reddedilir. Eserin yayımlanmasından sonra söz konusu aykırılığın tespit edilmesi halinde eser yayından kaldırılır. Bu bağlamda, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, “Yayın Etiği”, “Araştırma Etiği” ve “Yasal/Özel İzin Belgesi Alınması” ile ilgili yukarıda anılan ulusal ve uluslararası kurallara uymakta olduğunu taahhüt eder.

A. Yazarların Sorumlulukları

1. Çalışmaların bilimsel ve etik kurallara uygun şekilde hazırlanması yazarın sorumluluğundadır. Birden fazla yazar tarafından yapılan çalışmalarda tüm yazarların, gönderilen ve yayımlanan çalışma üzerinde eşit sorumluluğu bulunmaktadır.

2. Dergiye gönderilen çalışmaların daha önce yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere başka bir dergiye gönderilmemiş olması gerekir. Yazarlar yayına kabul edilen çalışmalarını daha sonra başka bir yerde yayımlatmamayı da taahhüt ederler.

3. Dergiye gönderilen çalışmaların aşağıda belirtilen kurallara uygunluğu yazar/yazarların sorumluluğundadır:

- Çalışmada yararlanılan tüm kaynaklar için doğru ve uygun bir şekilde kaynak göstermek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunmayan kişileri yazar olarak belirtmemek,
- Çalışmaya fikren katkıda bulunan kişileri yazar olarak belirtmek,
- Çalışmaya ilişkin çıkar çatışmalarını belirtmek,
- Çalışmanın yüksek lisans/doktora tezinden ya da bir projeden üretildiğini belirtmek,
- Çalışmanın niteliğinin gerektirdiği hallerde etik kurullardan ya da komisyonlardan izin almak,
- Çalışmalarda kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uymak,
- Çeviriler için ilgili eserin hak sahibinden/sahiplerinden izin almak.

4. Dergide yayımlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

5. Dergide yayımlanacak çeviri yazılarda çevirmen, hakem atanmasından önce eserin yazarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yazılı yayım izni almak ve bu izin belgesini editörler kuruluna iletmek zorundadır.

6. Çalışmalar, **iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın** ya da **hakemler tarafından önerilen düzeltmeler yapılmaksızın** yayımlanmaz.

7. Yayımlanması için dergimize gönderilen yazıların yazım bakımından en son denetimlerinin yapılarak ulaştırıldığı ve bu hâliyle basılabileceği kabul olunur.

B. Hakemlerin Sorumlulukları

1. Çalışmayı, bilimsel içerik açısından değerlendirmek,
2. Yazarın cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız bir değerlendirme yapmak,
3. Çalışmanın bilimsel alanı ile uyumsuzluğunun, intihal ya da telif hakkı ihlali içerdiğinin ya da yayımlanmasına engel bir hâl bulunduğunun tespiti hâlinde Editör Kurulu'na bilgilendirerek söz konusu çalışmaya ilişkin hakemliği reddetmek,
4. Değerlendirme süreci ve sonrasında gizlilik ilkesine uygun hareket etmek, çalışma ile ilgili bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmamak,
5. Değerlendirme yaparken nesnel ve yapıcı bir üslup kullanmak (küçük düşürücü ya da düşmanca bir dil kullanımından kaçınmak),
6. Yazar ile olan çıkar çatışmasını gecikmeksizin Editör Kurulu'na bildirmek.
7. Hakemlerin makaleleri objektif şekilde ve akademik etik ilkeleri gözeterek değerlendirmeleri esastır. Hakemlerce çalışmalar değerlendirilirken,
 - Makalenin konu itibarıyla literatüre katkı sağlama niteliği,
 - Konu itibarıyla bir dergide yayımlanmaya uygunluk derecesi,
 - Dergi yazım kurallarına uygunluk, anlatım ve dili kullanım düzeyi,
 - Konuyu ele alıştaki bütünlük ve sistematik anlatım düzeyi,
 - Konuya ilişkin literatürün tüketilmiş olma özelliği,
 - Makalenin özgünlük derecesi,
 - Makalenin bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususlarının dikkate alınması beklenir.

C. Editörlerin Sorumlulukları

1. Derginin yayın politikasına uygun olan özgün çalışmaları kabul etmek,
2. Çalışmaların kabulü veya reddine ilişkin değerlendirmede yazarların cinsiyet, etnik köken, ırk, din veya siyasi görüş gibi özelliklerinden bağımsız şekilde karar vermek,
3. Gizlilik ilkesine uygun hareket etmek,

4. Gönderilen çalışmaların en az iki hakem tarafından çift taraflı kör hakemlik sistemine göre değerlendirilmesini sağlamak.

III. Yayın Politikası

A. Ön Değerlendirme Aşaması

1. Yayımlanması talep edilen çalışmalar dergiye yalnızca DergiPark sistemi üzerinden gönderilmelidir. Hakem incelemesi dâhil tüm aşamalar DergiPark sistemi üzerinden yürütülmektedir.

2. Dergiye gönderilen çalışmalar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergiye gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

3. Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş çalışmalar orijinallik, metodoloji, işlenen konunun önemi, dergi kapsamıyla uyumluluk ve yazım kurallarına uyum açısından incelenir.

4. Yazarlar ayrıca "Etik Beyan Formu"nu, "Telif Hakkı Devir Sözleşmesi"ni ve "Etik Kurul İznine Gerek Yoktur Beyan Formu"nu imzalayarak DergiPark sistemi üzerinden dergiye göndermelidir. Ayrıca, çeviri yazılarda eserin yazarından/yazarlarından ve/veya yayın hakkına sahip kişi veya kurumdan yayın izni alındığını gösteren yazılı bir izin belgesinin de sisteme yüklenmesi gerekmektedir.

5. Yazarlar, çalışmalarının dergimize gönderdikleri hâliyle yazım bakımından yayına hazır olduğunu kabul etmiş sayılır. Yazarlar, eserlerini DergiPark sistemi üzerinden göndermekle derginin etik ilkelerini, yayın politikasını ve yazım kurallarını kabul etmiş sayılır.

6. Ön değerlendirme aşamasında çalışmalar intihal incelemesinden geçirilir. Yayın Kurulu tarafından belirlenen azami %20 benzerlik oranını (kaynakça, alıntılar ve beş kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç) aşan çalışmalar editörler tarafından reddedilir.

7. Ön değerlendirmede; etik ilkelere veya dergi yayın ilkelerine uyulmayan yahut olağanın üzerinde yazım yanlışları tespit edilen çalışmalar editörler tarafından geri çevrilir.

8. Ön değerlendirmede; OSCOLA 4. Edisyon atf sistemine veya yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen çalışmalar ise hakeme gönderilmeden önce, düzeltilmesi için yazara iade edilir. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahiplerinin editörler tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editörler eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

9. Ön değerlendirme süreci en fazla 1 ay içerisinde tamamlanır.

B. Değerlendirme Aşaması

1. Ön değerlendirme aşaması tamamlanan çalışmalar, çift taraflı kör hakem usulü gereğince yazarların bilgileri çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Hakemlere değerlendirme için 1 ay süre verilir. Gerekli görülmesi hâlinde süre 1 ay daha uzatılabilir.

2. Hakemler, çalışmanın yayına uygun olup olmadığına, değişiklik yapılması gerekip gerekmediğine ilişkin görüşlerini, "Kabul", "Ret", "Majör Revizyon" ve "Minör Revizyon" şıklarından birini seçerek belirtebilirler. Hakem raporunun "Minör Revizyon" yönünde görüş içermesi halinde - değerlendirme formunda aksi yönde bir beyan olmadıkça- çalışma incelenmesi için hakeme tekrar

gönderilmez. "Majör Revizyon" seçeneğinde ise çalışma yazarın öngörülen değişiklikleri yapmasının ardından tekrar hakeme gönderilir.

3. Hakemlerin raporlarında düzeltme vermesi hâlinde çalışma yazara düzeltmeleri yapması için iade edilir. Yazar yalnızca hakemlerin belirttiği değişiklikleri yapabilir. Hakemlerden birinin olumlu, birinin olumsuz görüş bildirmesi hâlinde çalışma üçüncü bir hakeme gönderilir.

4. İki hakemin ret yönünde görüş bildirdiği makale yayımlanmaz. Bir makale için atanan hakemlerden biri ret yönünde görüş bildirdiğinde üçüncü hakemin atanması ve iki hakemce majör revizyon yönünde rapor verildiğinde makalenin yayımlanması konusunda takdir yetkisi Editörler Kuruluna aittir.

5. Hakem değerlendirmesine göre yayımlanmayan çalışmalar yazara geri gönderilmez. Yazar, kendisine olumsuz hakem raporları iletilerek durum hakkında bilgilendirilir.

6. Değerlendirme raporunda verilen düzeltmelerin yapılması için yazara 15 gün süre verilir. Düzeltmelerin süresinde tamamlanmaması hâlinde editörler yazar ile iletişime geçmeksizin çalışmayı reddetme hakkına sahiptir.

C. Yayına Hazırlama Aşaması

1. Yayımlanmak üzere kabul edilen eserlerin tüm yayın hakları Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olur. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, tüm yayın haklarının ve mali hakların Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

2. Editör Kurulu yoğunluk durumuna göre eserin ilk sayıda veya bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verebilir.

TRABZON ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

YAZIM KURALLARI

I. Eser Gönderim Şekli

1. Bilimsel çalışmalar DergiPark üzerinden gönderilmelidir:

(<https://dergipark.org.tr/tr/pub/truhfd>).

2. Gönderide yazar veya yazarların iletişim bilgilerine (unvanları, kurumları, kurumsal elektronik posta adresleri, ORCID numaraları) tam olarak yer verilmelidir.

II. Gönderilecek Eserde Bulunması Gereken Hususlar

1. Derginin yazı dili Türkçe, Almanca ve İngilizcedir.

2. Dergiye gönderilen bilimsel çalışmalar, hukuk ve hukuk ile ilişki kuran bilim alanlarına dâhil olmalı ve daha önce başka bir yerde yayımlanmak üzere gönderilmemiş bulunmalıdır.

3. Çalışmanın başlığı sayfa ortalanarak **Her Kelime Büyük Harfle** başlayacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak alt alta yazılmalıdır. Almanca veya İngilizce başlık 10 punto ve italik olmalıdır.

4. Dergiye gönderilecek çalışmalarda ayrıca **Sadece İlk Harfi Büyük** olacak şekilde, Türkçe ve Almanca veya İngilizce olarak "Öz" (en az 150, en çok 300 kelime) ile "Anahtar Kelimeler" (beş adet) yer almalı ve anahtar kelimelerde yer alan sözcüklerin de yine **Sadece İlk Harfleri Büyük** olmalı ve virgül ile birbirlerinden ayrılmalıdır.

5. Metinde içeri doğru girintili paragraflara yer verilmemeli, **tüm paragraflar sola dayalı olarak oluşturulmalıdır.**

6. Dergiye gönderilecek makalelerde, ilk sayfada makale başlığının altında **yazarın yalnızca ad ve soyadına yer verilmeli**, soyadın yanında (*) simgesiyle oluşturulacak dipnotta sırasıyla **akademik unvan, görevli olunan üniversite, fakülte ve bölümü ile yazarın kurumsal e-posta adresi ve ORCID numarasına** yer verilmelidir.

7. Dergiye gönderilecek yazılar, ".doc" veya ".docx" dosya uzantıları veya bu dosya uzantılarını yürütebilen kelime işlemcisi yazılımlarla desteklenen bir formatta hazırlanmalıdır. Yazıların gövde metni **Times New Roman** yazı tipinde **1,5 satır aralığında** ve **12 punto**; dipnotlar sayfanın altında sıralı numaralar halinde gösterilecek biçimde, **Times New Roman** yazı tipinde **tek satır aralığında** ve **10 punto** olacak şekilde **iki yana yaslı** biçimde kaleme alınmalıdır. **Tüm kenar boşlukları 2,5 cm** olmalıdır.

8. Dergiye yayımlanması talebi ile gönderilen araştırma makalesinin -dipnotlar dâhil olmak üzere- en az 4.000 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. Yazılarda dil bilgisi kurallarına uyulmalıdır.

10. Yazılarda kullanılacak başlık simgeleri sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde oluşturulmalıdır:

I. KALIN VE TÜMÜ BÜYÜK HARF

A. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (A, B)

1. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (1, 2)

a. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (a, b)

aa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aa, bb)

aaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaa, bbb)

aaaa. Kalın ve Sadece İlk Harfler Büyük (aaaa, bbbb)

11. "**GİRİŞ**" ve "**SONUÇ**" başlıkları numaralandırılmamalıdır.

12. 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.

13. "**KAYNAKÇA**" başlığı metnin bitiminden bir sonraki sayfada yer almalıdır.

14. Metin içerisinde içindekiler bölümü yer almamalıdır.

15. Metin içerisinde yapılacak kısaltmalar için kısaltmalar cetveli kullanılmamalı; kısaltılacak isim veya başlık metinde ilk defa kullanıldığında kısaltılmadan yazılarak, yanında parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

III. Atıf, Dipnot ve Kaynakça Yazımında İzlenmesi Gereken Kurallar

1. Atıf ve dipnotlar, **OSCOLA 4. Edisyon** atıf sistemine uygun şekilde yapılmalıdır. OSCOLA 4. Edisyon atıf sistemi için ayrıca bkz.

<https://truhfd.trabzon.edu.tr>

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

2. Bir dipnotta birden fazla esere atıf yapılıyorsa her bir eser noktalı virgül ile ayrılmalıdır.

3. Dipnot ve kaynakçalarda yapılacak kısaltmalarda nokta kullanılmamalıdır.

4. Atıflarda supra, infra, ante, id, loc cit, op cit, contra kısaltmaları kullanılmamalıdır.

İÇİNDEKİLER

Araştırma Makaleleri

İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Geçici Ödeme

Advance Payment in Lawsuits Arising from Occupational Accidents

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR – Av. Ali TUTAR2

Öğretim Elemanlarına Yönelik Disiplin Cezaları Açısından “Göreve Gelmeme” Hususunun Hukuki Analizi

Legal Analysis of the Issue of “Absence from Work” in Terms of Disciplinary Crime Against Academic Staff

Uzman Dr. Yalçın ARSLANTÜRK.....35

İhmal ve Müsterek Faillik

Omission and Co-Perpetration

Av. Dr. Özge BOZKURT.....62

Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?

A Contemporary Question in the Context of Philosophy of Law Issues and Discussions: Can Artificial Intelligence Judges Replace Human Judges?

Arş. Gör. Pirali Çağrı ŞENSOY.....87

İfade Özgürlüğüne Dair Uluslararası Standartlar ve Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu: İHAM’ın Vedat Şörlü Kararı Işığında Bir Değerlendirme

International Standards on Freedom of Expression and the Offense of Insulting the President: An Evaluation in the Light of ECtHR’s Vedat Şörlü Decision

Arş. Gör. Enes KETHÜDA.....128

Çeviri

Kıta Avrupası Ceza Yargılaması: “Efsane” ve Gerçek

Continental Criminal Procedure: “Myth” and Reality

Çeviren Öğr. Gör. Başak Oya KORAP.....161

Araştırma Makaleleri

İş Kazasından Kaynaklanan Tazminat Davalarında Geçici Ödeme*

Advance Payment in Lawsuits Arising from Occupational Accidents

Dr. Öğr. Üyesi Yasemin TAŞDEMİR**

Av. Ali TUTAR***

Öz

11.01.2011 yürürlük tarihli 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinde hukuk sistemimizde yeni ve özgün bir düzenleme yapılmıştır. İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında uygulama imkânı olan oldukça mümkün olan geçici ödemeye, Kanun'un yürürlük tarihinden uzun zaman geçmiş olmasına rağmen uygulamada pek karşılaşılmamaktadır.

Çalışmamızda öncelikle iş kazası kavramı ve unsurları, sonrasında geçici ödeme kavramı, hukuki niteliği ve koşulları açıklanmıştır. Çalışmamızın son bölümünde ise iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında geçici ödeme uygulamasına ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Sonuç kısmında ise iş kazasının ülkemizde son yıllarda özellikle artış gösteren bir sorun olduğu ve geçici ödeme uygulamasının mağduriyeti gidermekte yardımcı olabilecek araçlardan biri olduğu açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler

İş Kazası, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat, Geçici Ödeme, Geçici Hukuki Koruma.

Abstract

A new and unique regulation has been made in Turkish Law with the 76th article of the Turkish Code of Obligations (TCO) No. 6098 dated 11.01.2011. Advance payment, which is quite possible to apply in compensation cases due to occupational accidents, is not encountered in many cases, even though the TCO has been in force for a long time.

In the study, firstly the concept of occupational accident and its elements, then the concept of the advance payment, its legal nature and conditions are explained. In the last part of the study, explanations regarding advance payment in compensation cases arising from occupational accidents are included. In the conclusion, it is explained that occupational accidents are a problem that has increased in recent years in Turkey and that the advance payment is one of the solutions that can help eliminate the grievance.

* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 24.01.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 10.02.2024.

** Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: ybasmanav@sakarya.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9334-5232.

*** Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, Sakarya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, e-mail: avalitutar@gmail.com, ORCID: 0000-0002-6732-2878.

Keywords

Occupational Accident, Material Compensation, Immaterial Compensation, Advance Payment, Provisional Measures of Protection.

GİRİŞ

Ülkemizde son yıllarda ciddi artış gösteren iş kazaları sebebiyle iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarına uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında uygulama alanı oldukça geniş olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesi ile haksız fiilden kaynaklanan uyuşmazlıklarda mağduriyetin acilen giderilmesi gereken durumlarda tazminat davası devam ederken ön ödeme kararı verilebileceği düzenlenmiştir.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayınlanan istatistiki verilerde de görüleceği üzere ülkemizde yaşanan iş kazası sayısı her geçen yıl artmaktadır. Kayıt dışı iş kazaları da göz önünde bulundurulduğunda iş kazası, ülkemizde sık yaşanan, olağan hale gelen bir olgudur. Buna rağmen Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından zararın sadece belirli bir kısmının karşılanması ve işverenlere karşı açılan davaların oldukça uzun sürmesi sebebiyle hak sahiplerinin mağduriyetleri tam anlamıyla giderilememektedir.

İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında geçici ödemeleri konu alan çalışmamızın birinci bölümünde kısaca iş kazası kavramından bahsedilecek, ikinci bölümde ise iş kazasının unsurları Yargıtay uygulaması ile açıklanacaktır. Üçüncü bölümde ise geçici ödeme kavramından, hukuki niteliğine ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlerden ve geçici ödemeye ilişkin Yargıtay uygulamasından bahsedilecektir.

Dördüncü bölümde geçici ödeme kararı verilebilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinde düzenlenen koşullar ve beşinci bölümde geçici ödemeye ilişkin verilen kararın içeriği, niteliği açıklanmıştır. Altıncı bölümde ise çalışmamızın özünü oluşturan iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında geçici ödeme müessesesi hakkında bilgi verilecektir. Konunun anlaşılması ve uygulama açısından faydalı olması amacıyla yargı kararları da çalışmaya eklenmiştir.

I. İş Kazası Kavramı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun¹ (5510 sayılı Kanun) 13. maddesine göre iş kazası "a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından

¹ RG 16.06.2006, 26200.

yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır”. Belirtilen hükümde esasen tanım vermektен ziyade hangi hal ve durumlarda iş kazasının gerçekleşmiş olacağı sıralanmaktadır².

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nda³ da (6331 sayılı Kanun) iş kazası “İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hâle getiren olay” şeklinde tanımlanmaktadır (m. 3/1-g). Bu tanım 5510 sayılı Kanun’daki tanıma kıyasen oldukça dar kapsamlı olması ve aynı kavramın iki kanunda farklı tanımlanması nedeniyle çelişkiye sebep olması açısından doktrinde eleştirilmektedir⁴.

Doktrinde bir görüşe göre iş kazası, “sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan olaydır”⁵ şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte 5510 sayılı Kanun’un iş kazasına ilişkin hükümleri bağımsız çalışanları da kapsadığı için herhangi bir işveren otoritesi altında olmayan bağımsız çalışanın yürütmekte olduğu iş nedeniyle maruz kaldığı kaza da iş kazasıdır⁶.

İş kazasının Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından sonuçları ile İş Hukuku bakımından sonuçlar birebir aynı olmadığı için iş kazasını, İş Hukuku bakımından iş kazası ve Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından iş kazası şeklinde ele almak gerekir. Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından iş kazası 5510 sayılı Kanun m. 13’te tanımlanmıştır ve İş Hukuku anlamında iş kazasından daha geniş kapsamlıdır. İş Hukuku anlamında iş kazası, işverenin yükümlülüklerini

² “...“İş kazası” yasada tanımlanmamış, ancak 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu uygulaması yönünden bir kazanın hangi “hal ve durumlarda” iş kazası sayılacağı “yer ve zaman” koşullarıyla sınırlanarak belirtilmiştir...” Yargıtay 10 HD, E 2013/254 K. 2014/953, 21.01.2014. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

³ RG 20.06.2012, 28339.

⁴ Ali Güzel, Ali Rıza Okur ve Nurşen Caniklioğlu, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 19. Baskı Beta Yayıncılık 2021) 377.

⁵ ibid 377-378; Aynı yönde Haluk Hadi Sümer, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023). 144; Ayrıca bkz. İlhan Uluşan, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu* (Kazanıcı Kitap Ticaret A.Ş. 1990) 719.

⁶ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 378.

yerine getirmemesi sonucu meydana gelen kaza olarak ifade edilebilir ve İş Hukuku bakımından işverenin sorumluluğu, iş kazasına uğrayanın ya da hak sahiplerinin Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından karşılanmayan zarar kısmına ilişkindir. Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından işverenin sorumluluğu ise SGK'ye karşıdır⁷. Konu ile ilgili 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararında da bir iş kazasının Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından sonuçları ile işveren aleyhine açılan tazminat davaları bakımından sonuçlarının aynı olmadığı ifade edildikten sonra, iş kazasının diğer koşulların da gerçekleşmesiyle birlikte doğrudan doğruya Kanun'da belirlenen sigorta yardımlarının yapılmasını gerektirdiği ve fakat işveren aleyhine açılan tazminat davasında işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için iş kazası olan olayın, işyerinde ve işverenle ilişkili olması ve uygun neden sonuç bağının bulunması gerektiği vurgulanmıştır⁸. Bir başka deyişle İş Hukuku anlamında her kaza Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından da bir iş kazası iken Sosyal Sigortalar Hukukuna göre her kaza, işverenin sorumluluğunu doğuran İş Hukukuna göre bir iş kazası değildir. Bir iş kazası olduğu zaman sigortalının iş kazasından doğan maddi zararlarının ya da sigortalının ölümü halinde geride kalanların destekten yoksun kalma zararlarının Kurum tarafından karşılanması kural iken söz konusu zararların karşılanmayan kısmı ve manevi zarar için işverene İş Hukuku bakımından iş kazasının şartlarının oluşmuş olması durumunda başvurulacaktır⁹.

II. 5510 Sayılı Kanun'a Göre İş Kazasının Unsurları

A. Sigortalı Olma

İş kazasından bahsedebilmek için öncelikle kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun'un iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında olan bir sigortalı olması gerekir¹⁰. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası 5510 sayılı Kanun'da kısa vadeli sigorta kolları arasında yer almaktadır ve kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümler 4/1-a'lılara (iş sözleşmesine göre

⁷ A. Can Tuncay, Ömer Ekmekçi ve Ender Gülver, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 22. Baskı Beta Yayıncılık 2023) 361-362; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 154-155; Ayrıca bkz. Ali Nazım Sözer, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı Beta Yayıncılık 2023) 339-341.

⁸ Yargıtay 10 HD, E 1976/6231 K 1977/3150, 26.04.1977. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

⁹ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver, (n 7) 362-363; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 154-155.

¹⁰ Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 7) 364; Mustafa Çenberci, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası, 1985) 116; Kadir Arıcı, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı Gazi Kitabevi 2022) 337; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 145; Yusuf Alper, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 11. Baskı Dora 2020) 229; "... Yeri gelmişken, iş kazasının unsurları üzerinde de kısaca durulmalıdır. Bunlar şöyle sıralanabilir; kazaya uğrayan 506 sayılı Kanun anlamında sigortalı sayılmalı, bu sigortalı bir kazaya uğramalı ve uğranılan kaza 506 sayılı Kanunun yukarıda ayrıntısı açıklanan 11. maddesinin (A) fıkrasında sayılan hal ve durumlardan birinde meydana gelmeli, sigortalıyı hemen veya sonradan bedence veya ruhça arızaya uğratan bir olay biçiminde gerçekleşmeli, bu olay ile sigortalının uğradığı zarar arasında uygun illiyet(nedensellik) bağı bulunmalıdır..." , Yargıtay 10 HD E 2013/254 K. 2014/953, 21.01.2014. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

çalışan sigortalılar¹¹) ve 4/1-b'lilere¹² (bağımsız çalışan sigortalılar¹³) uygulanmakta iken, 4/1-c'lilere (devlet memurları ve diğer kamu görevlileri¹⁴) uygulanmamaktadır¹⁵. 5510 sayılı

¹¹ 5510 sayılı Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar, sigortalı sayılırlar (m. 4/1-a). 4/1-a'lılara ilişkin hükümler; a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler, b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, c) Mütakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, d) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar, e) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadınlar, f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar, g) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar, hakkında da uygulanır (m. 4/2); "5510 sayılı Kanun'un 4/a maddesi anlamında sigortalı niteliğini kazanmanın koşulları başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlar: a) Çalışma ilişkisinin kural olarak hizmet akdine dayanması, b) İşin işverene ait yerde yapılması, c) Kanunda açıkça belirtilen sigortalı sayılmayacak kişilerden olunmaması şeklinde sıralanabilir.", Yargıtay 10 HD, E 2022/9508 K 2022/14440, 17.11.2022. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

¹² Bağımsız çalışanlar sadece yürütmekte oldukları iş nedeniyle kazaya uğramaları durumunda iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamına gireceklerdir, Güzel, Okur ve Canıklıoğlu (n 4) 378.

¹³ 5510 sayılı Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise; 1) Ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, 2) Gelir vergisinden muaf olup, esnaf ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, 3) Anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları, 4) Tarımsal faaliyette bulunanlar, sigortalı sayılırlar (m. 4/1-b). 4/1-b'lilere ilişkin hükümler; 10/7/1953 tarihli ve 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanuna tabi jokey ve antrenörler hakkında da uygulanır (m. 4/3).

¹⁴ 5510 sayılı Kanun'un kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; Kamu idarelerinde; 1) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar, 2) Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86. maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar, sigortalı sayılırlar (m. 4/1-c). 4/1-c'lilere ilişkin hükümler; ilişkin hükümler; a) Kuruluş ve personel kanunları veya diğer kanunlar gereğince seçimle veya atama yoluyla kamu idarelerinde göreve gelenlerden; bu görevleri sebebiyle kendilerine ilgili kanunlarında Devlet memurları gibi emeklilik hakkı tanınmış olanlardan hizmet akdi ile çalışmayanlar, b) Başbakan, Cumhurbaşkanı yardımcıları, bakanlar, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri, belediye başkanları, il encümeninin seçimle gelen üyeleri, c) Birinci fıkranın (c) bendi kapsamında iken, bu kapsamdaki kişilerin kurduğu sendikalar ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenlerden aylıksız izne ayrılanlar, d) Harp okulları ile fakülte ve yüksek okullarda, Milli Savunma Bakanlığı hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken askerî öğrenci olanlar ile astsubay meslek yüksek okulları ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitimine tâbi tutulan adaylar, e) Polis Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda, Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Emniyet Genel Müdürlüğü hesabına okumaya devam eden öğrenciler ile polis nasbedilmek üzere Polis Meslek Eğitim Merkezlerinde polislik eğitime tabi tutulan adaylar, f) Jandarma ve Sahil Güvenlik Akademisi ile fakülte ve yüksek okullarda Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okuyan veya kendi hesabına okumakta iken Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı nam ve hesabına okumaya devam edenler ile

Kanun'da bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalıların düzenlendiği 5. maddesinin a¹⁶, b¹⁷, c¹⁸, e¹⁹ ve g²⁰ bentlerinde sayılan sigortalılar da iş kazası ve meslek hastalığı sigortasına tabidir. Yine tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar (Ek m. 5/4), ev hizmetlerinde çalıştırılanlar ile konut kapıcılığı işyerlerinde çalıştırılanlar (Ek m. 9) iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamına dahil edilmişlerdir.

Belirtilen hükümler çerçevesinde iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında olan bir kişi, henüz Kuruma bildirim yapılmadan ya da işe girdikten birkaç saat sonra bir kazaya uğrasa dahi uğranılan kaza, bir iş kazası olarak kabul edilecektir. 5510 sayılı Kanun'daki diğer sosyal sigorta kollarından farklı olarak iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yardımlarından yararlanabilmek için sigortalının çalışmaya başlaması yeterlidir, Kuruma bildirilmiş olma ya da belirli süre prim ödenmesi şartı bulunmamaktadır²¹.

subay ve astsubay naspedilmek üzere temel askerlik eğitimine tabi tutulan adaylar, hakkında da uygulanır (m. 4/4).

- ¹⁵ Kamu görevlileri için kısa vadeli sigorta kolları hakkında 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümleri geçerlidir. Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 145.
- ¹⁶ Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.
- ¹⁷ 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar.
- ¹⁸ Harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 56. maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, 4. maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Aylıkları kesilmeksizin 4/1-a ve 4/1-b bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır.
- ¹⁹ Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.
- ²⁰ Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır.
- ²¹ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 378-379; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 8) 365; Arıcı (n 10) 342; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 146; Fatih Uşan ve Canan Erdoğan, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023) 385.

B. Sigortalının Kazaya Uğraması

İş kazasının ikinci unsuru, belirli şartlara bağlı olarak gerçekleşen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hale getiren olayın yaşanmasıdır²². Kazadan bahsedebilmek için kazaya neden olan zarar verici olayın dıştan gelen bir etkenle meydana gelmesi, dıştan gelen etkenin sigortalı tarafından istenilmemiş olması ve dış etkenin aniden veya çok kısa bir zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesi gerekir²³.

İş kazasının konumuz bakımından asıl önemli olan kısmı ise belirtilen nitelikleri haiz olan olayın 5510 sayılı Kanun m. 13'te sıralanan hallerden biri içerisinde yaşanması gerekliliğidir²⁴. Yargıtay tarafından da vurgulandığı üzere bu maddede sayılan haller örnekleme niteliğinde değil, sınırlayıcı niteliktedir. Bu hallerden birine girmeyen sigorta olayı iş kazası sayılamaz. Sayılan bu hallerin birlikte gerçekleşme koşulu bulunmayıp, herhangi birinin gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir²⁵.

1. Sigortalının İşyerinde Bulunduğu Sırada Meydana Gelen Kazalar

Sigortalının işyerinde²⁶ bulunduğu sırada meydana gelen kazaların iş kazası sayılabilmesi için kazanın, işçinin işini yaptığı sırada gerçekleşmiş olması şartı bulunmadığı gibi kazanın

²² Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 146; Müjdat Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması* (Yenilenmiş 12. Baskı Beta Yayıncılık 2017) 197.

²³ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 382-383; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 8) 366-368; “...İş kazasını meslek hastalığından ayıran en önemli husus iş kazasının ani meydana gelen bir olay olmasıdır. Ani olayın gerçekleşmesinden sonraki bir vakitte sigortalıda bedenen veya ruhen zararlar meydana gelebilmektedir...”, Yargıtay 10 HD, E 2022/11890 K 2022/15984, 14.12.2022. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; “İş kazasından söz edilebilmesi için, insanın hayatına son veren olayın, ani, beklenmedik bir dış etken sonucu gerçekleşmesi ve olayla iş arasında <uygun neden-sonuç> bağı bulunması gereklidir”, Yargıtay 10 HD, E 1977/8293 K 1977/1370, 25.02.1977. Çenberci (n 10) 122-123.

²⁴ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 382-383; Çenberci (n 10) 115-116; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 146; Arıcı (n10) 335; Resul Aslanköylü ve Necip İlker Karaoğlu, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi C. II* (Bilge Yayınevi 2023) 432.

²⁵ Yargıtay 10 HD, E 2013/254 K 2014/953, 21.01.2014. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Aynı yönde Yargıtay 10 HD, E 2010/16817 K. 2012/6266, 02.04.2012. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁶ 5510 sayılı Kanun’a göre işyeri, sigortalı sayılanların maddî olan ve olmayan unsurları ile birlikte işlerini yaptıkları yerlerdir. İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağlılığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağlı yerler, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır (m. 11/1-2). Eklentilerde yaşanan kazalar da iş kazası olarak kabul edilir. “Somut olayda; işveren tarafından asıl işin yapıldığı inşaat alanından yaklaşık 1,5 km. uzaklıkta işçilerin kalması için barınak yapıldığı, işçilerin bu barınakta kaldığı, işyerine gelirken barınak ile inşaat arasında mevcut yolu kullandıkları, ara dinlenme de öğle yemeklerini de barınakta yedikleri konusunda şüphe bulunmamaktadır. Uyuşmazlık müteveffanın işyerine gelmek amacıyla yürürken işin yapıldığı yere 100 metre kala geçirdiği trafik kazasının iş kazası olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasındadır. Mevzuatımızda eklentilerin işyeri kapsamı içinde kaldığı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Uyuşmazlığa konu olayda olduğu gibi asıl işin yapıldığı işyeri ile eklenti arasında mesafe

çalışma süreleri içerisinde meydana gelmesi de zorunlu değildir²⁷. Yüksek Mahkeme'ye göre sigortalının işyerinde iken, kendisini hemen veya sonradan bedenen veya ruhça zarara uğratan bir olay, başkaca hiçbir koşul aranmaksızın Sosyal Sigortalar Hukuku açısından iş kazasıdır²⁸. Bu doğrultuda Yargıtay'a göre işyerinde işçinin intihar etmesi de iş kazasıdır²⁹.

2. İşveren Tarafından Yürütülmekte Olan İş Nedeniyle Sigortalı Kendi Adına ve Hesabına Bağımsız Çalışıyorsa Yürütmekte Olduğu İş Nedeniyle Meydana Gelen Kazalar

5510 sayılı Kanun m. 13/1-b'de iki ayrı durum kural altına alınmaktadır. Düzenlemenin işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle meydana gelen kazalar kısmı ile işçilerin

olması durumunda dahi işverenin hakimiyet ve otoritesinin devam ettiği, başka bir anlatımla bu sahanın iş organizasyonunun kapsamı içinde olduğunun kabulü sosyal güvenlik hukukunun koruyucu amacına hizmet edecektir. Çünkü işveren asıl işin yapıldığı yerden uzak bir eklenti tesis ederek bunu sigortalıların hizmetine sunduğu andan itibaren iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında sorumluluk alanını genişletmektedir. Zaten 155 No'lu İş Sağlığı ve Güvenliği ve Çalışma Ortamına İlişkin Sözleşmesinde belirtildiği şekilde işyeri işverenin doğrudan veya dolaylı kontrolü altında bulunan bütün yerler olarak anlaşılmalıdır. Somut olayda olduğu gibi barakanın asıl işin yapıldığı inşaat sahasından uzak bir yerde bulunması nedeniyle trafik iş kazası meydana gelmiştir. İşveren iş organizasyonu kapsamında doğrudan ve dolaylı kontrolü altında bulunan ve kendi iradesiyle kurduğu baraka ile asıl işin yapıldığı inşaat sahasına sigortalıların güvenli bir şekilde gelip gitmesini sağlamakla mükelleftir. Bu kapsamda sigortalıların işe gidiş geliş süresince bedence veya ruhça zarara uğraması sonucunu doğuran her türlü kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi gerekmekte olup, bu nedenle sigortalının ölümüne yol açan trafik kazasının iş kazası sayılması gerektiğine ilişkin direnme kararının yerinde olduğu sonucuna varılmıştır”, Yargıtay HGK, E 2016/2569 K 2020/956, 25.11.2020. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁷ Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 146-148; “Dosyadaki kayıt ve belgelerden, davacının davalı ... Şti'ye ait otelde diğer davalı Şti. elemanı olarak 11.07.2013 tarihinde gece 2:00 sıralarında nöbetçi iken aniden yere düşerek vefat ettiği, Adli Tıp Kurumu 1. Daire raporuna göre ölüm nedeninin tespit edilemediğinin bildirildiği, anlaşılmaktadır. Somut olayda; davacının işyerinde gece nöbetçi olduğu saatte, güvenlik görevlisi olarak çalıştığı sırada, görevi başında iken aniden yere yığılarak vefat ettiği, yaptığı görevin niteliğine göre de ölüm nedeninin belirlenememesinin aleyhe değerlendirilemeyeceği ve yapılan işin davalıya ait işyerinde ve işverenin yürüttüğü işle ilgili olarak meydana geldiği açık olmasına rağmen dava konusu kazanın iş kazası olduğunun tespiti ile ölüm geliri açısından ise 5510 sayılı Yasanın 34. md ve ilgili maddelerindeki şartları değerlendirerek sonucuna göre karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalıdır...”, Yargıtay 21 HD, E 2015/16961 K 2016/8943, 26.05.2016. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; “...ayrıca kalp krizinin işyerinde iken çalışma esnasında meydana geldiği dikkate alındığında meydana gelen olayın bir iş kazası olduğunun kabulü gerekir...”, Yargıtay 10 HD, E 2015/10611 K 2017/2289, 20.03.2017. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

²⁸ Yargıtay 10 HD, E 1979/8413 K 1979/2759, 29.03.1979. Çenberci (n 10) 122.

²⁹ “...sigorta olayına neden olan intihar eyleminin işçilerin ikametine ayrılan ve işyerinin eklentisi konumunda bulunan bu nedenle de işyerinden sayılan işçi yatakhaneinde diğer bir anlatımla sigortalının “işyerinde bulunduğu sırada” meydana geldiğinde ve iş kazası olduğunda kuşku yoktur...”, Yargıtay 10 HD, E 2004/4465 K 2004/6425, 05.07.2004. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

işyeri dışında yaşadığı iş kazaları kastedilmektedir. Düzenlemenin geri kalan kısmı da bağımsız çalışanların, yürütmekte oldukları iş nedeniyle yaşadıkları iş kazalarını kapsamaktadır³⁰.

3. Bir İşverene Bağlı Olarak Çalışan Sigortalının Görevli Olarak İşyeri Dışında Başka Bir Yere Gönderilmesi Nedeniyle Asıl İşini Yapmaksızın Geçen Zamanlarda Meydana Gelen Kazalar

İşvereni tarafından görevli olarak işyeri dışına gönderilen sigortalının, gidişinden dönüşüne kadar geçen süre içerisinde gerçekleşen kazalar iş kazasıdır. Asıl işini yapmadığı süre içerisinde yaşanan kazalar da iş kazasıdır. Sigortalının görevli olarak gönderildiği yer, ayrı bir il olabileceği gibi yabancı bir ülke de olabilir³¹.

4. Emziren Kadın Sigortalının İş Mevzuatı Gereğince Çocuğuna Süt Vermek İçin Ayrılan Zamanlarda Meydana Gelen Kazalar

4857 sayılı İş Kanunu m. 74 uyarınca kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır. Kadın işçinin süt izni esnasında yaşadığı kazalar iş kazası olarak kabul edilir³².

³⁰ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 387; Alper (n 10) 231-232; “...Dava konusu olayın; gece saat 22:00 sıralarında cereyan ettiği, işyerinin Amasya’da bulunduğu, her ne kadar olayda işverence görevlendirilmeden bahsedilmişse de, sigorta müfettişine verilen ifadelerde belirtildiği ve dosya içeriğinden anlaşıldığı üzere; davacının içerisinde bulunduğu ve mülkiyeti şirkete ait araçla işverenin oğlunun sevk ve idaresinde iken, kimi kişilerle birlikte tamamen eğlenmek ve gezmek amacıyla Çorum’a geldikleri, gece eğlence sonucu ve aşırı alkollü vaziyette bu kere Samsun istikametine doğru gidilirken, önde bulunan kamyonu arkadan çarpmak suretiyle kaza yaptıkları anlaşılmıştır. Bu tür özel amaçlı eğlence ve seyahatler sonucu meydana gelen olayların iş kazası olarak nitelendirilmesi mümkün değildir...”, Yargıtay 21 HD, E 2002/2036 K 2002/3525, 29.04.2002. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; “...davanın yasal dayanağını oluşturan 506 sayılı Yasanın 11/A (b,c) maddesine göre işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle işyerinden başka bir yere gönderilme nedeniyle meydana gelen zararlandırıcı olaylar, iş kazası olarak kabul edilir. Dava konusu olayda davacı murisinin işveren tarafından verilen talimatla Mehmet K. isimli şahsın mermer işlerinin ölçüsünü almak üzere görevlendirildiğine bu işin bitimi sonucu işyerine gelirken kaza geçirdiği görülmektedir. Bu durumda istemin olumlu kabul edilmesi ve olayın iş kazası sayılması gerekirken aksine görüşle karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”, Yargıtay 21 HD, E 2001/3111 K 2001/3240, 25.04.2001. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

³¹ Sümer, Sosyal Güvenlik (n 5) 149-150; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 388; “Suudi Arabistan’a görevli giden şoförün güzergahını değiştirerek döviz bürosuna giderken geçen zamanda meydana gelen kazayı iş kazası saymıştır”, Yargıtay 10 HD, E 1987/19 K 1987/430, 03.02.1987. Aslanköylü ve Karaoğlu (n 24) 436.

³² “Nitekim sigorta olayı iş kazası niteliğindedir. Çünkü, sigortalı emzikli bir kadındır. Toplu sözleşmenin 64. maddesi uygulanarak kendisine, saat 7-9 arasında kullanılmak üzere, işveren tarafından 2 saat emzirme (süt izni) verilmiş bulunan sigortalı bu izin süresi içerisinde saat 8.30 sırasında işyerine gelmek üzere yolda karşıdan karşıya geçerken davalının kullandığı motorlu taşıtın çarpması sonucu vefat etmiştir. İş Kanununun 62/d maddesine göre “emzikli kadın işçilerin çocuklarına süt vermek için belirtilen süreler” iş süresinden sayılır ve iş süresinden sayılan zaman içerisinde işyerine gelirken uğranılan kaza da iş kazasıdır”, Yargıtay

5. Sigortalıların İşverence Sağlanan Bir Taşıtlarla İşin Yapıldığı Yere Gidiş Gelişi Sırasında Meydana Gelen Kazalar

5510 sayılı Kanun m. 13/1-e'nin uygulanabilmesi için işveren tarafından sağlanan bir taşıtlarla sigortalıların işe gidiş gelişleri sırasında kazanın gerçekleşmesi gerekir. İşverenin işe gidiş geliş için taşıtlar sağlaması, işin niteliğinden kaynaklanabileceği gibi sosyal amaçlı da olabilir ve her iki durumda da sigortalıların uğradıkları kaza, iş kazası olacaktır³³. Yine işveren yalnızca bir sigortalıya da taşıtlar tahsis edebilir. Tahsis edilen aracı sigortalının kendisi kullanabileceği gibi sürücünün kullandığı taşıtlarda sadece sigortalı da taşınabilir ve her iki durumda da işe gidiş geliş esnasında yaşanan kazalar, iş kazası olarak kabul edilecektir³⁴.

C. Sigortalının Bedensel veya Ruhsal Bir Zarara Uğraması

İş kazasından bahsedebilmek için yaşanan olayın sonucu olarak, sigortalının hemen veya sonradan bedensel veya ruhsal engele maruz kalması icap eder. Bedensel veya ruhsal zararın kazadan hemen sonra ortaya çıkması şart olmadığı gibi uğranılan zararın, Kurum tarafından yapılacak sosyal sigorta yardımlarını gerektirecek niteliği haiz olması aranmaktadır. Basit sıyrık veya yara sonucunu ortaya çıkaran kazalar, iş kazası olarak nitelendirilmeyecektir.

HGK, E 1983/328 1983/652, Haluk Hadi Sümer ve Hasan Kayırgan, *Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2023) 468, dn 38.

³³ Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 151-152; Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 390-391; Sözer (n 7) 353; "...Gerçekten, sigortalının yolcu olarak içerisinde bulunduğu aracın işverence yurt dışındaki şantiyeden yurda dönüş için hava alanına gidilmek üzere temin edildiği ve sürücü hatası ile devrilmesi ile meydana gelen kazada sigortalının öldüğü, kazaya başka bir aracın karışmasının söz konusu bulunmadığı, dosya içerisindeki bilgi ve belgelerle iş kazası tespitine ilişkin kesinleşen ilamdan bellidir. Sigortalının geçirdiği kazanın iş kazası olarak tespiti ile birlikte kaza geçirilen aracın işverence temin edildiği ve işçi servis aracı olduğu hususlarının da davalı işveren bakımından kesinleştiği ortadadır. Zira olay tarihinde yürürlükte bulunan 506 Sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 11/A (e) maddesinde açıkça gösterildiği üzere sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtlarla işin yapıldığı yere toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında meydana gelen olaylar iş kazası olarak nitelendirilirler. Keza 4857 Sayılı Yasanın 2/2 ve 506 Sayılı Yasanın 5.maddesi 2.fıkrasında açıkça belirtildiği üzere; araçlar işyeri kapsamında kabul edilmişlerdir. Şu duruma göre servis düzeninin bulunduğu bir işyerinde sigortalıların emniyetli ve güvenli bir şekilde işyerine götürülüp getirilmeleri işveren yükümlüğünde olan bir sorumluluktur. İşverenin bu görevi kendi araç ve işçisiyle yapılabileceği gibi taşıma sözleşmesine bağlı olarak da yaptırması mümkündür. İşçi taşıma işinin işveren nam ve hesabına yapılması durumlarında, işçiye karşı sorumluluk doğrudan işverene aittir. Servis işini yüklenenle servisten yararlanan işçiler arasında, doğrudan hukuksal ilişki bulunmamaktadır. Bu nedenle; işverenin, taşıma sırasında doğrudan sorumlu olduğu gözetilmeksizin istemin reddi usul ve yasaya uygun bulunmamaktadır...", Yargıtay 21 HD, E 2015/8825 K 2015/20395, 17.11.2015. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

³⁴ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 390; "...5510 Sayılı Yasanın 13/1-e maddesine göre "sigortalının, işverence sağlanan taşıtlarla işin yapıldığı yere gidiş gelişleri sırasında "uğradığı kaza işkazasıdır. Bu yasal düzenleme ile 506 Sayılı Yasanın 11/A-e maddesinden farklı olarak toplu taşımaya ilişkin sınırlamadan uzaklaşmış olup, artık işçi bireysel olarak bir taşıtlarla işin yapıldığı yere gidip gelirken zararlandırıcı olaya maruz kalırsa bu olay iş kazası kabul edilecektir...", Yargıtay 21 HD, E 2014/13347 K 2015/10177, 07.05.2015. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Sigortalının ölümüne neden olan olay da şüphesiz iş kazasıdır. Akıl hastalığı, zihinsel yorgunluk gibi sigortalıyı ruhen engelli hale getiren olaylar da iş kazası sayılacaktır³⁵.

D. Kaza ile Sigortalının Uğradığı Zarar Arasında İlliyet Bağının Bulunması

Kaza olayı ile sigortalının uğramış olduğu bedensel veya ruhsal zarar arasında illiyet bağının bulunması iş kazasının son unsurunu oluşturmaktadır. Burada aranan “uygun illiyet (nedensellik) bağı”dır ve uygun illiyet bağı, yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi şeklinde anlaşılmalıdır³⁶. Sigortalının bedensel veya ruhsal zararının, olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre gerçekleşen kazanın sonucu olduğu kanaati elde edilebiliyorsa uygun illiyet bağının varlığından söz edilecektir³⁷. İlliyet bağının tespitinde genellikle “işverenin otoritesi altında olma” ölçütüne başvuruluyor olmakla birlikte söz konusu ölçüt, her olay için geçerli olan genel bir ölçüt olmadığı için her somut olay, kendi koşulları içerisinde incelenmelidir³⁸.

Kazaya uğrayan işçinin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zorlayıcı nedenler illiyet bağı kesen hallerdir ve bu durumların gerçekleştiği hallerde işverenin sorumluluğu ortadan kalkmakla birlikte yaşanan kazanın, Sosyal Sigortalar Hukuku bakımından iş kazası olma niteliği değişmez³⁹.

İş kazası sonucunda sigortalının maddi zararının ya da sigortalının ölümü halinde geride kalanların destekten yoksun kalma zararlarının SGK tarafından karşılanmayan kısmı için ve söz

³⁵ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 392; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 8) 387-388; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 152; Sözer (n 7) 356-357; Aslanköylü ve Karaoğlu (n 24) 431; Şakar (n 22) 199; Alper (n 10) 230; “İşyerinde torna tezgahının devrilme tehlikesi sonucu sigortalının şok geçirmesi olayı iş kazası sayılabilir”, Yargıtay 10 HD, E 1976/8318 K 1976/2811, 20.04.1976. Çenberci (n 10) 122.

³⁶ Yargıtay 10 HD, E 2013/254 K 2014/953, 21.01.2014. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

³⁷ Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 4) 393; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 8) 386; Arıcı (n 10) 339; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 152; Şakar (n 22) 199; Uygun illiyet bağı için bkz. Fikret Eren, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı* (Sevinç Matbaası 1975) 52; “...Yargıtay 10.Hukuk Dairesinin 1.2.2002 gün ve 2001/9403 E. 2002/550 K. sayılı ilamı ile; (...Davalı işverene ait fabrikada çalışırken forklifon boru üzerine çıkıp su vanasının açmaya çalışırken manivelayı dizine vurup sol ayak dizi üzerine düşen sonradan oluşan tümör nedeniyle sol bacağı Ankara Onkoloji Hastanesinde 27.3.1997 tarihinde kesilen sigortalının işyerinde yaralanması ile sol bacağında oluşan tümör arasında uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığının tespiti için Adli Tıp Kurumundan rapor alınarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması ,usule ve yasaya aykırı olup karar bozulmalıdır...)gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir ...Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”, Yargıtay HGK, E 2002/10-583 K 2002/571, 03.07.2002. Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

³⁸ Güzel, Okur ve Caniklioğlu, (n 4) 393.

³⁹ Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 155-156.

konusu kişilerin manevi zararları için işverene başvurulması durumunda Türk Borçlar Kanunu'nun⁴⁰ (TBK) genel hükümleri uygulanacaktır. TBK ile mevzuatımıza dahil olan ve tazminat davalarında talep edilebilecek olan geçici ödeme, iş kazası kaynaklı tazminat davalarında da uygulanabilecektir. Çalışmamızda bu doğrultuda geçici ödeme kavramı izah edilecektir.

III. Geçici Ödeme Kavramı ve Hukuki Niteliği

Geçici ödeme, TBK'nin 76. maddesinde “zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir” şeklinde düzenlenmiştir.

Geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden giderilmesi amacıyla tazminat davası görülmekte iken zarar görenin talebi üzerine, zarar görenin haklılığını gösteren delillerin bulunması ve ekonomik durumunun da bu ödemeyi gerektirmesi durumunda hâkimin hükmettiği bir ön ödeme şeklinde tanımlanabilir⁴¹.

Geçici ödeme ile zarar görenin uğradığı zararın dava sonucu beklenmeksizin giderilmesini sağlamak için dava sürecinde, zarar görene ekonomik destek sağlayarak zarar görenlerin korunması amaçlanmaktadır⁴². Madde gerekçesinde yasal düzenlemenin amacı “bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan

⁴⁰ RG 04.02.2011, 27836.

⁴¹ Gökhan Antalya, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: “Geçici Ödeme” (2013) 8 (Özel Sayı) Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, C. I, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 185, 187; Doktrindeki benzer diğer tanımlar için bkz. Onur Altınkan, *Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)* (Seçkin Yayınevi 2023) 48; Battal Şener, ‘Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler’ (2017) 19 (Özel Sayı) Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan DEÜHFD 1623, 1628; Murat Topuz, ‘6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK M. 76)’, (2012) Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 247, 254; İdil Tuncer Kazancı, ‘Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar’ (2012) 8 (23) MİHDER 75, 100.

⁴² Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I* (Seçkin Yayınevi 2019) 633, para. 2726; Şener, (n 41) 1629. “Bu madde ile geçici ödemeler vasıtasıyla, oluşan zararlar nedeniyle mağdur olanların yargılamaların uzun sürmesi neticesinde, tazminat alacaklarına mahsuben kısmi bir ödeme ile bu mağduriyetlerinin peşinen giderilmesi amaçlanmıştır.” Adana 3 BAM, E 2023/674 K 2023/782, 09.05.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması” şeklinde gösterilmiştir⁴³.

Geçici ödemenin hukuki niteliği hususunda doktrinde ileri sürülmüş temelde üç farklı görüş bulunmakta olup söz konusu görüşler ve Yargıtay uygulaması açıklanmaya çalışılacaktır. Geçici ödemeyi ihtiyati tedbirin özel bir türü sayan görüşe göre, TBK. m. 76/I ile getirilen düzenleme 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁴⁴'nun (HMK) 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbirin özel bir türüdür⁴⁵. Bu görüşe göre, Kanun'da geçici ödeme olarak ifade edilen düzenlemenin hukuki niteliği eda amaçlı ihtiyati tedbirdir⁴⁶.

Topuz'a göre TBK m. 76'da sadece davacı ifadesinin yer alması veya geçici ödemeler kavramının kullanılması ile kanun koyucunun bu geçici korumadan ihtiyati tedbiri kastetmediği anlaşılmaktadır⁴⁷.

İki kavram arasında önemli farklılıklar mevcut olup ilk farklılık, TBK m. 76'nın açıkça davacı/davalı ifadelerini kullanmış olması sebebiyle geçici ödemenin ihtiyati tedbirin aksine sadece asıl dava ile birlikte ileri sürülebilmesidir⁴⁸. Diğer bir farklılık ise ihtiyati tedbirde kural olan teminat yatırma şartının geçici ödemede, düzenlemenin amacına aykırılığı sebebiyle şart olmamasıdır⁴⁹. Geçici ödeme müessesesine başvuracak davacının ekonomik olarak zor durumda bulunması TBK m. 76'da şart olarak düzenlenmişken, bu durumdaki davacıdan teminat göstermesinin beklenmesi mümkün değildir⁵⁰.

⁴³ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf ET: 02.01.2024.

⁴⁴ RG 04.02.2011, 27836.

⁴⁵ Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 428; Muhammet Özekes, Hakan Pekcanitez ve Oğuz Atalay, *Medeni Usul Hukuku, Cilt: III* (On İki Levha Yayıncılık 2017) 2514; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, (Turhan Kitabevi 2011) 421; A. Can Tuncay ve Dilara Çıplak, 'Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya Da Geçici Ceza)' (2018) 16 (186) Legal Hukuk Dergisi 2749, 2758.

⁴⁶ Erişir, (n 45) 428; Özekes, (n 45) 2514.

⁴⁷ Topuz, (n 41) 254; Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, 'Geçici Ödemeler' (2014) (110) TBB Dergisi 109, 121.

⁴⁸ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 189; Topuz, (n 41) 266; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 118; Aslı Makaracı Başak ve Gülen Sinem Tek, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler', (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1111, 1119; Şener, (n 41) 1635; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2757; Tuncer Kazancı, (n 41) 100; Altınkan, (n 41) 149.

⁴⁹ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 189-90; Topuz, (n 41) 257; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2757; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1118; Şener, (n 41) 1635; Altınkan, (n 41) 154.

⁵⁰ Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2757; Altınkan, (n 41) 154.

İki kavram arasındaki diğer bir farklılık ise HMK'nin 398. maddesinde düzenlenen disiplin cezasının geçici ödemede mevcut olmamasıdır⁵¹. Cezaî hükümlere ilişkin kıyas yasağının bulunması, ihtiyati tedbirler için öngörülen bu cezaî hükmün, geçici ödeme müessesesinde uygulanmasının önüne geçmektedir⁵². Anılan farklılıklara ek olarak, geçici ödeme talebinin kabul veya ret kararına karşı, ara karar mahiyetinde olması sebebiyle, tek başına kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. HMK'nin 394/V hükmü uyarınca ihtiyati tedbir kararına karşı doğrudan kanun yoluna başvurulabilirken geçici ödemeye ilişkin karara karşı asıl karar ile kanun yoluna başvurulabilir⁵³.

Madde gerekçesinde yer alan “geçici ödeme kararıyla, kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesinin amaçlanmadığı belirtilmelidir” şeklindeki ifadeyle geçici ödemenin ihtiyati tedbir olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Doktrinde belirtilen husus ve yukarıda sıralanan farklılıklar sebebiyle geçici ödemenin, ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı ileri sürülmektedir⁵⁴.

Geçici ödemeyi ön tazminat olarak nitelendiren görüşe göre, tazminat davalarında dava sürerken zarar görenin iddialarının haklı olduğunu gösteren inandırıcı deliller varsa ve davacının ekonomik durumu da bunu gerekli kılıyorsa talep üzerine hâkim davacı lehine geçici ödemeye karar verebilecektir. Eğer yargılama sonunda davacı haklı çıkarsa burada hükmedilen

⁵¹ Şener, (n 41) 1636; Altınkan, (n 41) 156; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1119.

⁵² Altınkan, (n 41) 156.

⁵³ Topuz, (n 41) 282; Altınkan, (n 41) 160; Adnan Deynekli, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri’ (2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45, 66, Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1132; Şener, (n 41) 1636; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2757.

⁵⁴ Topuz, (n 41) 266; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1122; Şener, (n 41) 1640; Altınkan, (n 41) 192 vd. Benzer yönde “...TBK'nin 76. maddesinde düzenlenen geçici ödeme kararı gerek koşulları gerek teminat bakımından ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Söz konusu düzenleme 6100 sayılı HMK'nin 406. Maddesi gereğince ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz dışında kendi özel kanununda düzenlenen geçici bir hukuki koruma tedbiri olup gerek madde metninde gerekse 6100 sayılı HMK'nin 341. maddesinde uyumsuzluğa konu karara karşı kanun yoluna başvurulabileceği açıkça gösterilmediğinden verilen karara yönelik olarak sadece ara kararın kaldırılmasına, değiştirilmesine yönelik kararı veren mahkemeden bir talepte bulunulması mümkündür. Bu karar da ara karar niteliğinde olduğundan istinaf kanun yolu ancak esas hakkındaki hükümle birlikte açıktır. HMK 406/2. madde düzenlemesi de dikkate alındığında, TBK 76. Maddesinde düzenlenen geçici ödemenin geçici hukuki koruma niteliğinde ön ödemeye dair ara karar olduğu, HMK 389 vd. maddesinde düzenlenen ihtiyati tedbir olarak nitelendirilemeyeceği, geçici ödeme ile HMK 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbirin, talep şekli ve zamanı ile itiraz hususlarında da farklı olduğu, yerel mahkemenin ara kararına karşı ancak davanın esası hakkında verilecek nihai karar ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği, istinaf yoluna başvurulabilecek kararların düzenlendiği HMK 341 maddesinde açıkça “ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlar” şeklinde sınırlı olarak sayıldığı, yorum ile genişletilemeyeceği anlaşılmış, davalının başvurusu yerel mahkemenin ara kararına ilişkin olup istinaf yoluna başvurulabilecek karar niteliğinde olmadığından, istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmiş...” Sakarya 9 BAM E 2021/31 K 2021/44, 12.01.2021. UYAP.

geçici tazminat nihai tazminata dönüşecektir. Eğer davacı haksız çıkarsa aldığı bu geçici tazminatın kanuni faiziyle beraber geri ödemesine karar verilecektir⁵⁵.

Geçici ödeme müessesesinin ön tazminat olarak nitelendirilmesi, nihai kararla birlikte hükmedilecek olan tazminatta geçici ödemenin mahsup edilecek olması temeline dayanmaktadır⁵⁶. Fakat söz konusu görüş, henüz yargılama bitmeden, davalının zarardan sorumlu olup olmadığı kesinleşmeden, davalının tazminat borçlusu ilan edilmek suretiyle tazminata geçici olarak mahkûm edilmesinin yargılama ve sorumluluk hukukunun esasları ile bağdaşmaması gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁷.

Doktrinde yer alan diğer bir görüşe göre ise geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın giderilmesi maksadıyla açılan tazminat davası esnasında hükmedilen ve yargılama sonunda hükmedilecek tazminata mahsuben yapılan ön ödemedir⁵⁸. Belirtilen görüşe göre geçici ödemeler düzenlemesi, şartları ve unsurları genel olarak belirlenmiş bir ön ödeme müessesesidir⁵⁹. Ön ödemeye ilişkin karar, geçici bir karar olup eğer geçici ödemelerin miktarı nihai tazminat miktarından fazlaysa bunun iade edilmesi gerekir⁶⁰.

Geçici ödeme müessesesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür. Yargıtay'ın geçici ödemelerin hukuki niteliğinin ihtiyati tedbir olduğundan bahisle geçici ödemelere ilişkin karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabileceğine ilişkin kararları⁶¹ mevcut olduğu gibi, hukuki niteliğini ön ödeme kabul ederek geçici ödemeye ilişkin ara karara karşı ancak nihai kararla istinaf kanun yoluna

⁵⁵ Turgut Öz, *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (Vedat Kitapçılık 2011) 12; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 112.

⁵⁶ Altınkan, (n 41) 213.

⁵⁷ Topuz, (n 41) 256; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1121; Altınkan, (n 41) 220.

⁵⁸ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 637, para 2740; Topuz, (n 41) 268; Altınkan, (n 41) 248.

⁵⁹ Altınkan, (n 41) 227; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1122.

⁶⁰ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 637, para 2741.

⁶¹ “Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle; ihtiyati tedbir talebine ilişkin kararın, 6100 sayılı HMK'nin yürürlükte olduğu dönemde itiraz olunduğu açıktır. HMK'nin 341. maddesi “İlk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir; ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.” Yargıtay 3 HD, E 2019/5486 K 2019/10060, 12.12.2019. Sinerji İçtihat Bankası. “Geçici ödeme ihtiyati tedbir niteliğindedir. Bu nedenle HMK'nin 394. madde hükmüne uygun olarak tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece ilgililerin davet edilip dinlenmesi, şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekirken usul ve yasa hükümlerine uygun olmayarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 21 HD, E 2013/15667 K 2013/20940, 18.11.2013. Sinerji İçtihat Bankası. Benzer yönde karar için bkz. Ankara 35 BAM, E 2023/819 K 2023/1010, 05.07.2023. Sinerji İçtihat Bankası.

başvurulabileceğine ilişkin kararları da mevcuttur⁶². Yargıtay'ın geçici ödemeyi kısmi hüküm olarak değerlendirdiği kararları da mevcuttur⁶³. Dolayısıyla geçici ödemenin hukuki niteliğine ilişkin yerleşik bir Yargıtay uygulamasından söz edebilmek mümkün değildir.

⁶² “Geçici ödeme, haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararın karşılanması için açılan tazminat davalarında hükmedilen ve yargılama sonucunda hükmedilecek zarara mahsuben yapılan bir ön ödemedir. Ön ödeme geçici bir karardır. Bu geçici ödemenin miktarı, geçici ödemeler ne HMK’de düzenlenmiş olan ihtiyati tedbir niteliğindedir ne de İİK’de düzenlenmiş olan ihtiyati haciz niteliğindedir. Tam tersine, aynı ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz gibi ayrı bir geçici hukuki koruma türüdür. Çünkü HMK’nin 389. maddesi gereğince ihtiyati tedbir, sadece dava konusu uyuşmazlıklar hakkında verilebilen bir geçici hukuki koruma türüdür. Dava konusunun para alacağı olması halinde ise kural olarak ihtiyati tedbir kararı verilmesi mümkün değildir. Geçici ödemelerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumalardan biri olması sebebiyle, geçici ödeme kararları bir ara karar mahiyetindedir. Bu sebeple de mahkeme işbu ara kararından yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönebilir. Çünkü mahkemenin vermiş olduğu ara kararlar ile kural olarak taraflardan birisi lehine herhangi bir usuli kazanılmış hak oluşmaz. Yine geçici ödeme ara kararı yargılamayı sona erdirmeyeceği için bu karara karşı doğrudan kanun yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Ancak asıl karar ile birlikte kanun yoluna gidilebilir. Bu açıklamalar doğrultusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 76. maddesi kapsamında ilk derece mahkemesince verilen kararların, ara karar niteliğinde olması nedeniyle, uyuşmazlığı çözüme ulaştıran esas karar ile beraber istinafi kabil olduğu ve esas karardan bağımsız olarak istinafinin mümkün olmadığına açık olmasına göre başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemeleri kararları arasındaki uyuşmazlığın açıklanan gerekçeler doğrultusunda giderilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.” Yargıtay 10 HD, E 2021/9901 K 2021/14123, 15.11.2021. Sinerji İtihat Bankası. “Davacılar vekilinin TBK 76. maddesi uyarınca tedbire geçici ödeme talebi üzerine mahkemece ara karar ile geçici ödeme talebinin kısmen kabulüne karar verildiği, TBK 76. maddesinde düzenlenen geçici ödeme ile, HMK 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbir arasında, talep şekli ve zamanı, teminat hususu ve itiraz hususlarının farklı şekilde düzenlendiği, HMK 406/2. madde düzenlemesi de dikkate alındığında, TBK 76. maddesinde düzenlenen geçici ödemelerin geçici hukuki koruma niteliğindeki ön ödeme olduğu, zira geçici ödeme için ihtiyati tedbir gibi teminat hususunun düzenlenmediği, ihtiyati tedbirin dava dışı da talep edilebileceği, dava dışı talep edilmiş ise 2 hafta içinde asıl davanın açılması gerektiği, oysa ki geçici ödemenin ancak dava açıldıktan sonra bir yan talep olarak ileri sürülebileceği, ihtiyati tedbirin belirli bir süre içinde uygulanması, aksi takdirde kendiliğinden kalkacağı, oysa ki geçici nitelikteki ödemenin asıl dava kesinleşinceye kadar ileri sürülebileceği, geçici ödemeye hükmedilmiş ise bu ödemenin 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde talep edilebileceği, ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yollarına başvurulabilir iken sadece geçici ödemeye ilişkin karar ara karar olduğundan ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği, ayrıca ihtiyati tedbir kararına uymayan kişiye disiplin cezası öngörülmüş iken geçici ödeme kararına uymayan tarafa karşı sadece ilamli icra takibinde bulunulabileceği, HMK’nin 396. maddesine göre şartların değişmesi halinde ihtiyati tedbir kararı kaldırılırken TBK 76. maddede düzenlenen geçici ödemeler bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması gibi farklı yasal düzenlemeler nedeniyle, mahkemece ödenmesine karar verilen geçici ödeme avans niteliğinde olup, tazminata mahsuben yapıldığı, haksız çıkılması halinde faizi ile birlikte iadesinin gerektiği, bu niteliği itibarıyla ihtiyati tedbir olarak nitelendirilemeyeceği, HMK’nin 341. maddesinde istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararların sınırlı olarak sayıldığı, yorum ile genişletilemeyeceği, ara karar niteliğindeki geçici ödemeye yönelik karara karşı ancak nihai karar ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği anlaşılmaktadır.” İzmir 17 BAM, E 2022/2030 K 2022/1934, 24.11.2022. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 10 HD, E 2021/8678 K 2021/412, 19.01.2021. Antalya 4 BAM, E 2023/715 K 2023/363, 21.03.2023. İzmir 4 BAM, E 2022/2925 K 2022/2422, 23.11.2022. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶³ “Davacılar vekili, davalıların işleteni ve sürücüsü olduğu aracın kusurlu olarak sebebiyet verdiği trafik kazası sonucu müvekkilinin yaralandığını belirterek, fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulması kaydıyla 20.000,00 TL maddi tazminat ile davacı Hakan için 120.000,00 TL, annesi için 20.000,00 TL ve kardeşi için de 20.000,00 TL manevi tazminat talep etmiş, 26.02.2013 tarihli dilekçe ile yargılamanın 10 yılı aşkın süredir devam etmesi

IV. Geçici Ödemenin Koşulları

A. Haksız Fiil Nedeni ile Bir Borcun Mevcut Olması

TBK m. 76 uyarınca geçici ödeme talebi için haksız fiilden kaynaklanan bir borcun mevcut olması gerekir⁶⁴. Bununla birlikte sözleşmeden doğan borçlara ilişkin yargılamalarda TBK m. 114/II uyarınca TBK m. 76'ya kıyasen hukuki işlemlere, sözleşmelere de uygulanabilecektir⁶⁵.

Haksız fiilden kaynaklı maddi tazminat davalarında geçici ödeme talep edilip edilemeyeceği hususunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır ve fakat manevi tazminat talep edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. TBK'nin 76. maddesinde geçici ödeme kararı verilecek tazminatın niteliğine ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Doktrindeki hâkim görüş, manevi tazminat davalarında zarar görenin zararını gidermek adına acilen parasal desteğe ihtiyaç duymasının mümkün olmaması sebebiyle geçici ödeme talep edilemeyeceği yönündedir⁶⁶. Manevi tazminatın objektif koşullara göre belirlenecek bir miktar olmaması sebebiyle geçici ödemenin koşullarının oluşmadığı sonucuna varılan Bölge Adliye Mahkemesi

nedeni ile BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme olarak taleplerinin en az yarısına karar verilmesini, tüm alacağı için davalıların bütün menkul ve gayrimenkulleri üzerine ihtiyati haciz konulmasını talep etmiştir. Davalılar vekili, davanın reddi gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, toplanan delillere göre, BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme talebinin kabulü ile davacı H. S. için 30.000,00 TL maddi, 10.000,00 TL manevi diğer davacılar için 5.000,00'er TL manevi tazminata, davacıların ihtiyati haciz isteminin reddine karar verilmiş, ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğinden; 25.10.2003 tarihinde gerçekleşen trafik kazası sonucunda davacı H. S.'nin Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinin 10.4.2013 günlü raporuna göre %100 oranında daimi malul kaldığı, Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesinin 11.7.2013 günlü raporuna göre davalı sürücünün olayda %85 kusurlu bulunduğu, 6.4.2011 tarihli verilere göre düzenlenen aktüer bilirkişi raporunda da davacının daimi iş gücü kaybı zararının 189.075,49 TL olduğu anlaşılmaktadır. Davacının tazminat istemi haksız fiile dayanmakta olup 25.10.2003 olay tarihi itibarıyla muaccel hale gelmiştir. Maluliyet ve kusura ilişkin Adli Tıp raporları ve aktüer bilirkişi raporuna göre davacı ihtiyati haciz isteminde haklı bulunduğundan BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme talebi de mahkemece kabul edildiğinden İİK 257 vd. maddesinde öngörülen ihtiyati haciz koşullarının gerçekleşmesi nedeniyle ihtiyati haciz talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir." Yargıtay 17 HD, E 2013/20618 K 2014/4744, 31.03.2014. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Kararın eleştirisi için bkz. Özekes, (n 45) 2514.

⁶⁴ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 638, para 2748; Topuz, (n 41) 268; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 115; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1124; Şener, (n 41) 1653; Altınkan, (n 41) 303.

⁶⁵ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 638, para 2749; Topuz, (n 41) 268; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 115; Özekes, (n 45) 2513-2514; Şener, (n 41) 1655-1656; Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 192; Altınkan, (n 41) 308. Geçici ödeme düzenlemesinin sadece haksız fiiller düşünülerek düzenlendiği, bu sebeple sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklarda geçici ödeme düzenlemesinin uygulanmasının mümkün olmadığı görüşü için bkz. Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1124; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2764-2765.

⁶⁶ Topuz, (n 41) 256, 266; Şener, (n 41) 1671; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 125; Makaracı Başak ve Tek, (n 41) 1123.

kararı da bulunmaktadır⁶⁷. Doktrinde yer alan diğer görüş ise madde metninde yer alan “ekonomik durumunun gerektirmesi” ibaresinden, davacının genel ekonomik durumunun anlaşılması gerektiği ve zarar verici eylem sebebiyle davacının ekonomik durumunun gereksinime muhtaç hale gelmesinin aranmadığından bahisle manevi tazminat talepleri bakımından, geçici ödeme kararı verilebileceği yönündedir⁶⁸. Manevi tazminat davalarında geçici ödemenin kabul edildiğine ilişkin Yargıtay kararlarına rastlamak mümkündür⁶⁹.

B. Talep

TBK'nin 76. maddesi gereğince, hâkimin geçici ödeme kararı verebilmesi için bunun mutlaka dava aşamasında talep edilmiş olması gerekmektedir⁷⁰. Hâkim, geçici ödeme için gerekli koşulların oluştuğunu dava dosyasından anlasa dahi talep olmaksızın, re'sen geçici ödeme kararı veremez⁷¹.

⁶⁷ “Davacı vekilinin TBK 76. Maddesi uyarınca davalı tarafından davacıların manevi zararlarının bir kısmının karşılığı olarak geçici ödeme yapılması talebine ilişkin istinaf başvurusu bakımından ise; ilk derece mahkemesinin gerekçesinde belirtildiği gibi, manevi tazminatın niteliği gereği miktarı, kapsamı ve koşullarının hakim takdirine bağlı olarak belirlendiği bir tazminat türü olması nedeniyle objektif koşullara göre belirlenebilecek bir tazminat türü olmayıp, dava konusu edilen manevi tazminat miktarının tümü ile mahkeme tarafından toplanılacak deliller ve yapılacak yargılama sonucunda takdir hakkı da kullanılmak suretiyle tespit edileceğinden bu aşamada, manevi tazminat olarak talep edilen miktar yönünden somut bir miktar belirlenmesinin mümkün olmadığı ve dolayısı ile geçici ödeme yapılması koşulları oluşmadığı anlaşılmalı bu istemin reddine karar verilmiş olmasında da bir isabetsizlik bulunmadığından davacılar vekilinin istinaf talebinin reddi gerekmiştir.” Adana 3 BAM, E 2023/352 K 2023/279, 24.2.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁶⁸ Altınkan, (n 41) 317.

⁶⁹ “BK'nin “geçici ödemeler” başlığını taşıyan 76/2 maddesinde “Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.” hükmü mevcuttur. Somut olayda davacının manevi tazminat isteminin reddine karar verildiği uyuşmazlık konusu değildir. Yukarıda değinildiği ve Mahkemenin de kabulü olduğu üzere davalı tarafından yargılama sırasında ödenen 20.000,00-TL'lik geçici ödemenin 10.000,00-TL'si davacıya manevi zarar karşılığı olarak verilmiştir. Halin böyle olması karşısında manevi tazminat davasının reddi sonrasında davacının manevi zararına karşılık aldığı 10.000,00-TL miktarlı ön ödemenin BK'nin 76/2 maddesi kapsamında yasal faizi ile birlikte davalıya geri ödemesine karar verilmeli iken bu hususun karar yerinde göz ardı edilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 21 HD, E 2015/20603 K 2016/9336, 07.06.2016. Sinerji İçtihat Bankası. Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Yargıtay 17 HD, E 2016/6588 K 2018/1037, 19.02.2018. Yargıtay 17 HD, E 2016/6588 K 2018/1037, 19.02.2018.

⁷⁰ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 191; Topuz, (n 41) 276; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1124; Şener, (n 41) 1652; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 118; Altınkan, (n 41) 373; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2767; Gamze Kurt, ‘Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Kapsamında Geçici Ödemeler’ (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi 2022) 46. Geçici ödemeyi ihtiyati tedbir niteliğinde kabul eden ve dolayısıyla davadan önce de talep edilebileceği, tereddüt oluşmaması için davacı ve davalı ibarelerinin değişmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Erişir, (n 45) 428.

⁷¹ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 637, para 2743; Topuz, (n 41) 276; Makaracı Başak ve Tek, (n 47) 1124; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 118; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2767.

Bununla birlikte mahkemece takdir edilen geçici ödeme, davacının zararını bertaraf etmeye yetmediyse veya talep yasal şartlar oluşmadığından reddedildiyse yargılama devam ederken yeniden geçici ödeme talep edilebilir⁷². Geçici ödeme, dava açıldıktan sonra karar kesinleşinceye kadar yargılamanın her aşamasında talep edilebilir⁷³. Davacı taraf geçici ödemeyi dava dilekçesiyle birlikte talep edilebileceği gibi duruşmada sözlü beyanla yahut yazılı beyan dilekçesiyle de talep edebilir⁷⁴. Ayrıca hâkim, davacının geçici ödemeye ilişkin talep miktarıyla bağlıdır, talep edilen sınır çerçevesinde geçici ödemenin şeklini ve miktarını takdir eder⁷⁵.

C. Zarar Görenin Haklılığını Ortaya Koyan İnandırıcı Kanıtların Sunulması

HMK'nin ihtiyati tedbir için aradığı “yaklaşık ispat” koşulundan farklı olarak TBK'nin 76. maddesinde geçici ödeme talebinin kabul edilebilmesi için iddianın haklılığına ilişkin inandırıcı kanıtlar sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Zarar gören, haksız fiilin ve geçici ödemenin şartlarının mevcudiyetini ispat edecek inandırıcı kanıtlar sunulmalıdır⁷⁶.

Doktrinde geçici ödeme düzenlemesinde yer alan inandırıcı kanıtlar ifadesinin aradığı ispat ölçütüne ilişkin temelde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. İlk görüşe göre, her ne kadar HMK'de ve TBK'de farklı kavramlara yer verilse de aslında bu iki kavram aynı anlamdadır ve HMK'nin hem yeni hem de genel kanun olması sebebiyle inandırıcı kanıt kavramından,

⁷² Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 638, para 2745; Şener, (n 41) 1653; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2768; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 116. “Öte yandan geçici ödeme talebinde bulunulabilmesi için herhangi bir zaman kısıtlaması bulunmadığına göre yargılamanın her aşamasında talepte bulunulabileceği gibi reddedilmesi halinde yeniden istenebilir. Ortaya çıkan yeni delillerle zaten hükmedilen bir geçici ödemeye ek olarak yeniden bir geçici ödeme talebinde bulunulabilir.” Sakarya 9 BAM, E 2021/31 K 2021/44, 12.01.2021. UYAP.

⁷³ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 191; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2768; Altınkan, (n 41) 375; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1124; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 116; Şener, (n 41) 1652. “Öte yandan geçici ödeme talebinde bulunulabilmesi için herhangi bir zaman kısıtlaması bulunmadığına göre yargılamanın her aşamasında talepte bulunulabileceği gibi reddedilmesi halinde yeniden istenebilir. Ortaya çıkan yeni delillerle zaten hükmedilen bir geçici ödemeye ek olarak yeniden bir geçici ödeme talebinde bulunulabilir.” Antalya 4 BAM, E 2023/715 K 2023/363, 21.03.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

⁷⁴ Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 116.

⁷⁵ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 194; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2767; Şener, (n 41) 1649.

⁷⁶ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 639, para 2751; Topuz, (n 41) 269; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 116; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1125; Şener, (n 41) 1656; “Somut olayda her ne kadar davacı Y. T. için 28/05/2018 tarihinde meydana gelen kaza sonucu belirlenen aktüer hesabına göre 59.763,58 TL kalıcı iş göremezlik zararının mevduatlara uygulanacak en yüksek faiziyle beraber davalı sigorta şirketinden geçici ödeme talep edilmiş ise de, dosya kapsamından TBK 76. Maddesinde ve gerekçesinde belirtilen şekilde uğradığı zararlarının giderilmesi için acilen parasal desteğe ihtiyaç duyduğuna dair dosyaya delil sunulmadığı dikkate alındığında, mahkemece geçici ödeme talebinin kabulüne karar verilmesi hatalı olmuştur. Bu nedenle davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine, davalı ... Sigorta A.Ş vekilinin istinaf talebinin kabulüne karar verilmesi gerekmiştir.” Adana 3 BAM, E 2022/1621 K 2022/1269, 14.06.2022. Sinerji İctihat Bankası.

iddianın haklılığını gerçeğe yakın bir şekilde gösteren kanıtlar anlaşılmalıdır⁷⁷. Katıldığımız diğer görüşe göre ise geçici ödeme müessesesinde düzenlenen inandırıcı kanıt kavramıyla, ihtiyati tedbir için aranan yaklaşık ispata kıyasla daha ağır bir ispat ölçüsü aranmaktadır⁷⁸. İhtiyati tedbirde karşı tarafın tam olarak dinlenememesi ve tüm delillerin ayrıntılı bir biçimde incelenebilmesi için zaman bulunmaması nedeniyle yaklaşık ispat yeterli görülüşken geçici ödeme için hâkimde oluşacak kanaatin derecesi, ihtiyati tedbire göre artırılmıştır⁷⁹. Kanıtların inandırıcı olması, yargılama sonucunda tazminata hükmedilmemesi yahut hükmedilen tazminatın geçici ödemededen az olması gibi durumlarda, davalının sorumlu olmadığı bir ifa yükümlülüğü altına sokulmasının önüne geçilmesini sağlar⁸⁰.

D. Ekonomik Açıdan Geçici Ödemeye İhtiyaç Duyulması

TBK'nin 76. maddesi uyarınca hâkimin geçici ödemeye karar verebilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerekli kılması gerekmektedir⁸¹. Fakat zarar görenin ihtiyacının derecesi doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde yer alan ilk görüşe göre, geçici ödemenin amacı davacıyı zenginleştirmek olmadığından davacının haksız fiil öncesi ekonomik durumu gözetilmeyecek, haksız fiil dolayısıyla içine düştüğü zorlu koşullar dikkate alınacak ve geçici ödeme kararı zaruret halinde verilecektir⁸². Katıldığımız diğer görüşe göre ise ekonomik ihtiyaç kavramı daha geniş yorumlanmalı, zarar görenin ekonomik açıdan gereklilik duymasını yeterli sayıp maddi olarak yıkıma uğrayacak olması ya da hayati tehlikesinin bulunması düzeyinde bir zaruret hali aranmamalıdır⁸³.

Davacı, özel sigortadan veya SGK'den yardım almadığını ya da aldığı yardımın yetersiz olduğunu ortaya koyarak da geçici ödemenin kendisi için ekonomik bir gereklilik olduğunu

⁷⁷ Topuz, (n 41) 270. "...gerek TBK'nın 76. maddesi gereğince istenilen geçici ödeme taleplerinde gerekse de İİK'nin 257 vd. maddeleri gereğince istenilen ihtiyati haciz taleplerinde, alacağın varlığının yaklaşık olarak ispatlanması gerekmekte olup bu kapsamda dosya kapsamında yeterli bilgi bulunmadığı yine ihtiyati tedbir talebine konu malvarlığının da davanın konusu olmadığı anlaşıldığından ilk derece mahkemesi tarafından taleplerin reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir." Ankara 35 BAM, E 2023/624 K 2023/779, 24.05.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Benzer yönde diğer bir karar için bkz. Ankara 35 BAM, E 2023/447 K 2023/640, 03.05.2023.

⁷⁸ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 193; Erişir, (n 45) 430; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1125; Şener, (n 41) 1658; Altınkan, (n 41) 357.

⁷⁹ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 639, para 2753.

⁸⁰ Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 116.

⁸¹ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 639, para 2754.

⁸² Özkes, (n 45) 2514; Erişir, (n 45) 428; Topuz, (n 41) 274; Şener, (n 41) 1664.

⁸³ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 194; Altınkan, (n 41) 340; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1127; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 117.

ispatlamalıdır⁸⁴. Davacının geçici ödeme talebine ilişkin karar verilmeden önce ekonomik durumunun araştırılması gerekmektedir⁸⁵.

Doktrinde tartışılan diğer bir husus ise davacının ekonomik olarak gereksinim halinde olması durumunun davalının eylemiyle bağlantılı olması gerekip gerekmediğine ilişkindir. Doktrinde ileri sürülen ilk görüş, ekonomik durumun gerektirmesi unsurunun doğrudan doğruya zarar verici olay sebebiyle meydana gelmesi gerektiği şeklindedir⁸⁶. Katıldığımız ikinci görüş ise ekonomik durumun gerektirmesi ifadesini, davacının genel bir gereksinim halinde bulunması şeklinde yorumlamaktadır⁸⁷. TBK'nin 76. maddesinin lafzından davacının ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmesinin haksız fiilden kaynaklanması gerektiği anlamı çıkmamaktadır. Hükümün bu şekilde yorumlanması, düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır. Örneğin ailesiyle birlikte tek geçim kaynağı asgari ücret olan bir işçinin iş kazası sebebiyle geçici ödemeye ihtiyaç duyması ve talep etmesi halinde, ekonomik durumunun kazadan önce de kötü olduğundan bahisle reddedilmesi düzenlemenin amacına aykırı olacağı kanaatindeyiz.

V. Geçici Ödeme Kararı

Somut olaya göre hâkim, eğer şartları oluşmuşsa miktarı ve şeklini belirleyerek geçici ödemeye hükmedebilecektir⁸⁸. Hâkim ödemenin miktarını tayin ederken, bunun nihai karar neticesinde vereceği tazminat miktarından fazla veya ona eşit ya da ona çok yakın olmamasına dikkat etmelidir⁸⁹. Hâkimin, somut olaydaki durumun gereği ile kusurun ağırlığını göz önünde bulundurarak tazminatın miktarını ve ödeme biçimini takdir etmesi gerekmektedir⁹⁰.

Geçici ödemeye ilişkin karar verilirken davalının ekonomik durumunun da göz önünde bulundurulması gerekmekte ve geçici ödeme, taraf menfaatlerinin dengesini gözetecek miktarda olmalıdır⁹¹. Hâkim davadaki tazminat talebinden fazla ön ödemeye karar

⁸⁴ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 640, para 2756; Topuz, (n 41) 276.

⁸⁵ Altınkan, (n 41) 484.

⁸⁶ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 193; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1127.

⁸⁷ Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2771; Altınkan, (n 41) 339.

⁸⁸ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 193; Topuz, (n 41) 278; Şener, (n 41) 1672.

⁸⁹ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 194; Topuz, (n 41) 262; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1128; Şener, (n 41) 1673; Altınkan, (n 41) 580.

⁹⁰ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 195; Topuz, (n 41) 273; Şener, (n 41) 1677; Altınkan, (n 41) 584.

⁹¹ Antalya, *Genel Hükümler* (n 42) 641, para 2766; Topuz, (n 41) 279; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1128; Altınkan, (n 41) 579, 586; Kurt, (n 69) 53. Davalının ekonomik durumunun araştırılması gerekmediğine ilişkin görüş için bkz. Şener, (n 41) 1666.

veremeyeceği gibi davacının ön ödemeye ilişkin talebiyle de bağlıdır⁹². Geçici ödemenin iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında uygulanabilecek olması ve bu davaların belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir olması sebebiyle belirsiz alacak davalarında geçici ödemenin özellikle değerlendirilmesi gerekmektedir. Belirsiz alacak davası, HMK'nin 107. maddesinde “*davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hâllerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir*” şeklinde düzenlenmiştir. Belirsiz alacak davası açılırken HMK madde 119/1/d hükmü uyarınca dava değeri olarak geçici bir miktarın belirtilmesi gerekmektedir⁹³. Geçici ödemeye karar verilirken dikkat edilecek husus, geçici ödeme miktarının nihai karar sonucunda hükmedilecek tazminat miktarından fazla veya tazminat miktarına yakın olmamasıdır. Ancak belirsiz alacak davasında ilk başta dava açılırken gösterilen dava değeri sembolik bir değerdir⁹⁴. Katıldığımız görüş uyarınca belirsiz alacak olarak açılmış bir davada geçici ödeme talep edildiğinde hâkim, dava dilekçesindeki sembolik bedele bağlı olmadan tecrübesine dayanarak geçici ödemeye karar vermelidir⁹⁵.

Hâkim ön ödemeyi maktu veya irat şeklinde belirleyebilir⁹⁶. Geçici ödemeye karar verilmesi, ilaveten veya geçici ödemedен bağımsız olarak diğer geçici hukuki korumaların talep edilmesine ve mahkemenin de karar vermesine engel değildir⁹⁷.

⁹² Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 193; Topuz, (n 41) 279; Erişir, (n 45) 431; Şener, (n 41) 1673; Altınkan, (n 41) 580. Geçici ödeme talebinde ödeme miktarına hâkimin karar vermesi gerektiğinden miktarın belirtilmesine gerek olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1130.

⁹³ Cemil Simil, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık, 2013) 260; Hakan Pekcanitez, *Belirsiz Alacak Davası* (HMK m. 107) (Yetkin Yayınları, 2011), 47-48.

⁹⁴ Şener, (n 41) 1674.

⁹⁵ ibid, 1674. Altınkan, geçici ödemeye hükmedilebilmesi için geçici ödeme miktarının belirlenebilir olması gerektiği, dava değerinin belirsiz olduğu bir durumda geçici ödeme kararı verilmesinin mümkün olmadığı kanaatinde. Altınkan, (n 41) 542.

⁹⁶ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 196; Topuz, (n 41) 282; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1131; Altınkan, (n 41) 589; Şener, (n 41) 1681; Tuncay ve Çıplak, (n 45) 2774.

⁹⁷ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 188; Özeker, (n 45) 2516. Benzer yönde Yargıtay kararları için bkz. “...Maluliyet ve kusura ilişkin Adli Tıp raporları ve aktüer bilirkişi raporuna göre davacı ihtiyati haciz isteminde haklı bulunduğundan BK. 76. maddesi gereğince geçici ödeme talebi de mahkemece kabul edildiğinden İİK. 257 vd. maddesinde öngörülen ihtiyati haciz koşullarının gerçekleşmesi nedeniyle ihtiyati haciz talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 17 HD, E 2013/20608 K 2014/4744, 31.03.2014. Sinerji İçtihat Bankası. Aksi yönde karar için bkz. “Mahkemece bu durumlar göz önünde tutularak davacının geçici ödeme talebini kabul etmiş, ihtiyati haciz talebini ise koşulları oluşmadığından reddedilmiş olup, aynı olay için hem ihtiyati haciz hem de geçici ödeme talebinin kabulü, yasa koyucunun amacını aşar bir uygulama olacağından

Geçici ödemeye ilişkin karar bir ara karar mahiyetinde olduğundan hâkim, işbu ara kararından yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönebilir⁹⁸. Geçici ödemeye ilişkin ara karara karşı ise ancak asıl karar ile kanun yoluna başvurulabilir⁹⁹.

talebin reddi yerindedir.” Yargıtay 10 HD, E 2021/9901 2021/14123, 15.11.2021. Sinerji İçtihat Bankası. Benzer yönde karar için bkz. İzmir 20 BAM, E 2023/1503 K 2023/1419, 28.09.2023.

⁹⁸ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 196; Topuz, (n 41) 260; Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1132; Şener, (n 41) 1646; Altınkan, (n 41) 594.

⁹⁹ Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1132; Şener, (n 41) 1636; Altınkan, (n 41) 594; Deynekli, (n 53) 66. “*Geçici ödemelerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumalardan biri olması sebebiyle, geçici ödeme kararları bir ara karar mahiyetindedir. Bu sebeple de mahkeme işbu ara kararından yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönebilir. Çünkü mahkemenin vermiş olduğu ara kararlar ile kural olarak taraflardan birisi lehine herhangi bir usuli kazanılmış hak oluşmaz. Yine geçici ödeme ara kararı yargılamayı sona erdirmeye için bu karara karşı doğrudan kanun yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Ancak asıl karar ile birlikte kanun yoluna gidilebilir.*” Yargıtay 10 HD, E 2020/8678 K 2021/412, 19.01.2021. Sinerji İçtihat Bankası. “*Geçici ödemelerin Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan diğer geçici hukuki korumalardan biri olması sebebiyle, geçici ödeme kararları bir ara karar mahiyetindedir. Bu sebeple de mahkeme işbu ara kararından yargılama sonuçlanmadan önce her zaman dönebilir. Çünkü mahkemenin vermiş olduğu ara kararlar ile kural olarak taraflardan birisi lehine herhangi bir usuli kazanılmış hak oluşmaz. Yine geçici ödeme ara kararı yargılamayı sona erdirmeye için bu karara karşı doğrudan kanun yoluna gidilmesi de mümkün değildir. Ancak asıl karar ile birlikte kanun yoluna gidilebilir. Bu açıklamalar doğrultusunda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 76. maddesi kapsamında ilk derece mahkemesince verilen kararların, ara karar niteliğinde olması nedeniyle, uyuşmazlığı çözüme ulaştıran esas karar ile beraber istinafi kabil olduğu ve esas karardan bağımsız olarak istinafının mümkün olmadığı açık olmasına göre başvuru konusu Bölge Adliye Mahkemeleri kararları arasındaki uyuşmazlığın açıklanan gerekçeler doğrultusunda giderilmesinin uygun olacağı sonucuna varılmıştır.*” Yargıtay 10 HD, E 2021/9901 K 2021/14123, 15.11.2021. Sinerji İçtihat Bankası. “*Dosya kapsamı ve yukarıdaki yasal düzenlemeler değerlendirildiğinde; TBK 76. maddesinde düzenlenen geçici ödeme ile, HMK 389 ve devamında düzenlenen ihtiyati tedbir arasında, talep şekli ve zamanı, teminat hususu ve itiraz hususlarının farklı şekilde düzenlendiği, HMK 406/2. madde düzenlemesi de dikkate alındığında, TBK 76. maddesinde düzenlenen geçici ödemelerin geçici hukuki koruma niteliğindeki ön ödeme olduğu, zira geçici ödeme için ihtiyati tedbir gibi teminat hususunun düzenlenmediği, ihtiyati tedbirin dava dışı da talep edilebileceği, dava dışı talep edilmiş ise 2 hafta içinde asıl davanın açılması gerektiği, oysa ki geçici ödemenin ancak dava açıldıktan sonra bir yan talep olarak ileri sürülebileceği, ihtiyati tedbirin belirli bir süre içinde uygulanması aksi taktirde kendiliğinden kalkacağı, oysa ki geçici nitelikteki ödemenin asıl dava kesinleşinceye kadar ileri sürülebileceği, geçici ödemeye hükmedilmiş ise bu ödemenin 10 yıllık genel zamanaşımı süresi içinde talep edilebileceği, ihtiyati tedbir kararına karşı kanun yollarına başvurulabilir iken sadece geçici ödemeye ilişkin karar ara karar olduğundan ancak esas hüküm ile birlikte Kanun yoluna başvurulabileceği, ayrıca ihtiyati tedbir kararına uymayan kişiye disiplin cezası öngörülmesi iken geçici ödeme kararına uymayan tarafa karşı sadece ilamlı icra takibinde bulunulabileceği, HMK 396. maddeye göre şartların değişmesi halinde ihtiyati tedbir kararı kaldırılırken TBK 76. maddede düzenlenen geçici ödemeler bakımından böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması gibi farklı yasal düzenlemeler nedeniyle, geçici ödeme avans niteliğinde olup, tazminata mahsuben yapıldığı, davada haksız çıkılması halinde faizi ile birlikte iadesinin gerektiği, bu niteliği itibarıyla, ihtiyati tedbir olarak nitelendirilemeyeceği, HMK 341. Maddesinde istinaf kanun yoluna başvurulabilecek kararların sınırlı olarak sayıldığı, yorum ile genişletilemeyeceği, ara karar niteliğindeki geçici ödemeye yönelik ancak nihai karar ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği anlaşılmaktadır. Bu açıklamalardan sonra somut olaya bakıldığında; TBK’nın 76. Maddesinde düzenlenen tedbiren geçici ödeme talebine ilişkin mahkemece verilen geçici ödeme talebinin reddine dair kararın ara karar niteliğinde olduğu, bu kararlara karşı ancak esas hüküm ile birlikte kanun yoluna başvurulabileceği anlaşıldığından, davacılar vekilinin tedbiren geçici ödeme talebinin reddi kararına karşı istinaf başvurusunun HMK’nın 341/1. maddesi Uyarınca usulden reddine karar vermek gerekmiştir.”*

VI. İş Kazası Kaynaklı Davalarda Geçici Ödemeler

İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kuran niteliği, işçiye işverenin işi ve işyeri ile ilgili menfaatlerini koruma yükümlülüğünü yüklerken işverene de işçiyi koruma yükümlülüğü yükler¹⁰⁰. İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında işçinin hayatını, sağlığını, bedensel ve ruhsal varlığını, şeref ve onurunu, kişisel ve mesleki saygınlığını, ahlaki değerlerini korumak zorundadır¹⁰¹.

TBK'nin 417. maddesinin 2. fıkrası gereğince “işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür”. Ayrıca 6331 sayılı Kanun'un 4. maddesi gereğince “işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür”.

İşverenin gerek TBK'nin 417. maddesine gerek 6331 sayılı Kanun hükümlerine aykırı davranışı nedeniyle bir zarar ortaya çıkarsa işçinin veya hak sahiplerinin tazminat hakkı doğar¹⁰². İşçi, işverenin gözetme borcuna aykırı davranışı sonucunda meydana gelen iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle uğradığı bedensel zararlarının tazminini TBK m. 54 ve 55 hükümleri uyarınca talep edebileceği gibi koşulları mevcutsa işverenden TBK m. 56 uyarınca manevi tazminat da talep edebilir¹⁰³.

İş kazasına veya meslek hastalığına uğrayan sigortalıya 5510 sayılı Kanun'un 63. maddesi uyarınca sağlık yardımları yapılır, koşulları mevcutsa 18 ve 19. maddeler uyarınca geçici ve sürekli iş göremezlik ödenekleri bağlanır¹⁰⁴. Ancak bu yardım ve ödenekler götürü

İzmir 20 BAM, E 2023/1914 K 2023/1515, 12.10.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. Özkes, geçici ödemeyi ihtiyati tedbir olarak kabul etmekte ve bunun sonucu olarak bu karara karşı tek başına kanun yoluna başvurulabileceği kanaatindedir. Özkes, (n 45) 2518.

¹⁰⁰ Sarper Süzek, *Bireysel İş Hukuku* (21. Baskı Beta Yayınevi 2021) 397; Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat ve Ercüment Özkaraca, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı Beta Yayınevi 2023) 368; Ercan Akyiğit, *İş Hukuku* (13. Baskı Seçkin Yayınevi 2021) 207; Ulsan, (n 5) 3; Emine Tuncay Kaplan, ‘İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu’ (2003) 7 (2) *İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, 2, 2; K. Ahmet Sevimli, ‘Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması’ (2013) 36, *Çalışma ve Toplum*, 107, 110; Mustafa Tiftik ve Ayşe Adıgüzel, ‘İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu’ (2016) 1 *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 319, 330.

¹⁰¹ Süzek, (n 99) 397; Çelik, Caniklioğlu ve Canbolat, (n 99) 367-368; Arıcı, (n 10) 154; Akyiğit, (n 99) 207; Sevimli (n 99) 93.

¹⁰² Süzek, (n 99) 426.

¹⁰³ Süzek, (n 99) 443; Haluk Hadi Sümer, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (6. Baskı Seçkin Yayınevi 2022) 228.

¹⁰⁴ Süzek, (n 99) 443; Arıcı, (n 10) 343; Nihat Seyhun Alp, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (Seçkin Yayınevi 2018) 97; Uşan ve Erdoğan, (n 21) 388; Özgür Oğuz, ‘İş Kazası

nitelik taşıdıklarından çoğu kez zarara uğrayan işçi veya hak sahiplerinin gerçek zararını karşılamaz¹⁰⁵.

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu işçinin uğradığı bedensel zararlar nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermeyi amaçlayan maddi tazminat hakkında 6331 sayılı Kanun'da bir düzenleme bulunmadığından ve TBK m. 417/3'teki¹⁰⁶ atıf gereği iş kazası veya meslek hastalığından doğan maddi tazminata da Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanır¹⁰⁷.

İş kazası ve meslek hastalığı sonucunda zarara uğrayan işçinin hak kazandığı maddi tazminatın hesabında kaza veya hastalık meydana gelmemiş olsaydı işçi hangi maddi durumda olacak idiye o durumun sağlanması amaçlanır¹⁰⁸. Bu amaç doğrultusunda iş kazasının meydana geldiği tarih ile yaşam süresinin bitim tarihine kadar olan zaman içinde, uygun illiyet bağı çerçevesinde bu kaza nedeniyle işçinin malvarlığındaki her türlü gelir kaybı hesaplanarak işçiye ödenir¹⁰⁹.

Manevi tazminatı talep hakkı TBK'nin 56. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre *“hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir”*. İş kazası veya meslek hastalığı sonucunda işçi bedensel veya ruhsal bir zarara uğrarsa maddi tazminat yanında koşulları varsa manevi tazminat da isteyebilir¹¹⁰.

ve Meslek Hastalığında Sigortalıya Yapılan Yardımlar' (2018) 7 (18) Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, 317, 320; Detaylı bilgi için bakınız Güzel, Okur ve Caniklioğlu (n 38) 408 vd; Tuncay, Ekmekçi ve Gülver (n 38) 400 vd; Sözer (n 36) 374 vd.

¹⁰⁵ Sözer, (n 99) 428; Utkan Araslı, 'Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi' (2011) 24, Sicil İş Hukuku Dergisi, 143, 143; Nazlı Çoban, 'İş Kazalarından Doğan Maddi Tazminat Faizinin Hukuki Niteliği', (2019) 14 (4) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, 69, 79.

¹⁰⁶ TBK m. 417/3'e göre *“İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”*.

¹⁰⁷ Sözer, (n 99) 443; Sümer, *İş Sağlığı* (n 102) 227; Araslı, (n 104) 145; Gaye Baycık, 'Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler', (2013) 3, Ankara Barosu Dergisi, 103, 139.

¹⁰⁸ Sözer, (n 99) 443; Sümer, *İş Sağlığı* (n 102) 228; Baycık, (n 105) 139.

¹⁰⁹ Sözer, (n 99) 443.

¹¹⁰ Sözer, (n 99) 458; Baycık, (n 105) 152. *“818 sayılı BK'nin 98. (TBK'nin 114) maddesinin 2. fıkrası "Haksız fiillerden mütevellit mesuliyete müteallik hükümler, kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur." şeklinde düzenleme içerdiğinden, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davaları açısından 818 sayılı BK'nin*

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yayınlanan istatistiki verilere göre ülkemizde 2022 yılında toplam 588.823 iş kazası meydana gelmiş, bu iş kazaları neticesinde 1.517 işçi hayatını kaybetmiştir¹¹¹. Bu sayılar sadece SGK kayıtlarına yansımış boyuttur. Ülkemizin son yıllarda ucuz iş gücü merkezlerinden biri haline gelmesi sebebiyle yaşanan iş kazası sayısı her geçen yıl artmaktadır¹¹². İstatistiki verilerin haricinde SGK kayıtlarına geçmeyen, işveren ve işçiler tarafından bildirilmeyen iş kazaları da göz önünde bulundurulduğunda iş kazası, ülkemizde sık yaşanan, olağan hale gelen bir olgudur. Buna rağmen hak sahiplerinin zararları Kurum tarafından karşılanması gerekirken karşılanmamakta¹¹³ ve hak sahiplerinin işverene karşı açmak zorunda kaldıkları tazminat davası, oldukça uzun sürmektedir. Anayasa Mahkemesi kararlarında da iş kazasından kaynaklanan yargılamaların uzun sürdüğü vurgulanmaktadır¹¹⁴.

Kanun'un 47. maddesi ile 6098 sayılı TBK'nın 56. maddesi kıyasen uygulanacağından, iş kazasından kaynaklanan manevi tazminat davalarında bu kapsamda inceleme yapmak gereklidir. BK'nin 47. (TBK'nin 56) maddesine göre; hâkimin özel hâlleri göz önünde tutarak, manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği tutar adalete uygun olmalıdır. Bu para tutarı, aslında ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını amaç edinmediği gibi, kusurlu olana yalnız hukukun ihlalden dolayı yapılan bir kötülük de değildir. Aksine, zarara uğrayanda bir huzur duygusu uyandırmayı, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiğinden, tazminata benzer bir fonksiyonu da vardır. O hâlde bu tazminatın sınırı, onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar; mevcut durumda elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. Manevi tazminat ile, duyulan elem ve ızdırabın kısmen ve imkân nispetinde karşılanmasını amaçladığından hâkim, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 4. maddesi gereğince hak ve nesafete göre takdir hakkını kullanarak, manevi tazminat miktarını tespit etmelidir. Hâkim belirlemeyi yaparken somut olayın özelliğini, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumunu, paranın alım gücünü, maluliyet oranını, beden gücü kaybı nedeniyle duyulan ve ileride duyulacak elem ve ızdırabı gözlemelidir.” Yargıtay HGK, E 2016/1528 K 2019/1169, 12.11.2019. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

¹¹¹ <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Yillik/fcd5e59b-6af9-4d90-a451-ee7500eb1cb4> ET: 21.01.2024.

¹¹² Meydana gelen iş kazası sayısı 2021 yılında 511.084, 2020 yılında 384.262, 2019 yılında ise 422.463'tür. <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Yillik/fcd5e59b-6af9-4d90-a451-ee7500eb1cb4> ET: 21.01.2024. 2012-2020 yılları arasında meydana gelen iş kazaları hakkında istatistiki veriler ve detaylı açıklama için bkz. Kaan Koçali, 'Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2012-2020 Yılları Arası İş Kazaları Göstergelerinin Standardizasyonu', (2021) 12 (2) Akademik Yaklaşımlar Dergisi, 302, 302 vd. Walk Free isimli insan hakları alanında çalışmalar yapan örgüt tarafından hazırlanan Modern Kölelik Endeksi'ne göre Türkiye'de her 1000 kişiden 15,6'sı modern köle statüsünde hayatına devam etmekte olup bu oran Avrupa'nın en yükseğidir. <https://www.walkfree.org/global-slavery-index/findings/regional-findings/europe-and-central-asia/> ET: 21.01.2024.

¹¹³ Süzek, (n 99) 437; Araslı, (n 104) 152; Baycık, (n 105) 138.

¹¹⁴ "Bununla birlikte başvuru, zamanaşımı süresi içinde ıslah talebinde bulunamamış olmasında mahkemenin yargılamayı makul bir süratte yürütememesi ve bilirkişi raporunun geç temin edilmesinden kaynaklandığını ileri sürmektedir. Gerçekten yargılama süreci incelendiğinde yaklaşık sekiz yıl boyunca ceza mahkemesinin sonuçlanmasının beklendiği, ceza mahkemesi sonuçlandıktan sonra iki yıl boyunca tazminatın hesaplanması amacıyla bilirkişi raporu alınmaya çalışıldığı görülmektedir. Söz konusu bilirkişi raporu sürecinde usule ilişkin nedenlerle bilirkişi görevlendirmesinin geciktiği ve davalı TEDAŞ'a ilişkin kusur oranı ceza mahkemesinde belirlenmediğinden TEDAŞ'ın ve müteveffanın kusur oranlarının belirlendiği ve böylece sürecin yaklaşık iki yıl devam ettiği anlaşılmaktadır. Başvurucunun talep edebileceği destekten yoksun kalma tazminatının tutarını tespit eden bilirkişi raporu ancak zamanaşımı süresinin dolmasından sonra 1/10/2014 tarihinde hazırlanarak Mahkemeye sunulabilmiştir. Uyuşmazlık konusu zararın tespitine imkân veren bilirkişi raporunun davanın

Tazminat davalarında yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle zarar gören, zararının giderilmesi için uzun süre beklemekte ve bir kez daha mağdur edilmektedir¹¹⁵. TBK m. 76'da düzenlenen geçici ödeme müessesesi, bu mağduriyetin önüne geçilmesi bakımından oldukça önemlidir.

Yargılamaların uzun sürmesinin yarattığı mağduriyetin yanı sıra iş kazası sebebiyle mağdur olan kişilerin refah seviyesi de geçici ödeme müessesesinin önemini artırmaktadır.

Modern ekonomiler içinde sayıları hızla artan işçilerin ve dolayısıyla ailelerinin neredeyse tek geçim kaynağı olması nedeniyle hayati öneme sahip olan ücretin, özellikle korunmasına yönelik düzenlemeler kural altına alınmıştır¹¹⁶. İşçinin iş kazası sebebiyle ücretinden mahrum kalması durumunda sıklıkla TBK m. 76'nın koşullarından olan ekonomik durumun gerektirmesi koşulu da gerçekleşmektedir. Dolayısıyla iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında TBK m. 76 hükmü sıklıkla uygulama alanı bulabilecektir.

İş kazası kaynaklı tazminat davalarında hâkim tarafından tazminata karar verilmeden önce hak sahibinin öncelikle SGK'ye başvurması ve tazminata hükmedilmeden, bunun sonucunun beklenmesi gerekmektedir¹¹⁷. Bu husus geçici ödeme talebi değerlendirilirken de

açılmasından itibaren on yıl gibi bir süre sonra alınması makul kabul edilebilir bir durum değildir. Bu bağlamda Mahkemenin yargılamanın yönetiminde gereken özeni gösteremediği ve uğranılan zararın tutarını tespit eden bilirkişi raporunu zamanaşımı süresi içinde aldırmadığı bir vakiydir. Fakat mahkemenin bu özensizliği nedeniyle otomatik olarak mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiği söylenemez. Mahkemeye erişim hakkının ihlaliyle ilgili nihai bir sonuca ulaşılabilmesi için başvurucunun mahkemenin bu özensizliğinden kaynaklanan külfete katlanmasını haklılaştıran nedenlerin bulunup bulunmadığı da değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken kısmi dava açma imkânı getirilmesinin amacı, uyuşmazlığın diğer tarafının menfaatlerinin zedelenip zedelenmediği ile davacının mahkemenin bu özensizliği nedeniyle katlandığı külfetin telafi edilmesi imkânının bulunup bulunmadığı hususları dikkate alınmalıdır.” Anayasa Mahkemesi, 2016/9312, 27.11.2019. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi. *“Mevcut davaya özgü koşullar dikkate alındığında zamanaşımı süresinin bu şekilde uygulanması başvurucuyu tazminatın tamamını talep edebilme imkanından mahrum bırakmaktadır. Nitekim söz konusu zararın parasal karşılığı ancak ikinci tazminat davası sonrasında bilirkişiler tarafından yapılan değerlendirmeler ile açıklığa kavuşturulmuştur. Üstelik ilgili bilirkişi raporu ancak başvurucunun ilk davayı açmasından yaklaşık 9 yıl, ikinci davayı açmasından ise yaklaşık 1 yıl 10 ay geçtikten sonra düzenlenebilmiştir.”* Anayasa Mahkemesi, 2019/430, 23.03.2023. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

¹¹⁵ Antalya, *Geçici Ödeme* (n 41) 185; Topuz, (n 41) 261; Kılıçoğlu Yılmaz, (n 47) 112; Altınkan, (n 41) 67; Şener, (n 41) 1629, Makaracı Başak ve Tek, (n 48) 1114.

¹¹⁶ Süzek, (n 99) 61; Ünal Narmanlıoğlu, ‘Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)’ (2010) 12 (Özel Sayı) DEÜHFD, 607, 608; Öcal Kemal Evren, *İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması* (Seçkin Yayınevi 2011) 133.

¹¹⁷ Süzek, (n 99) 429; Fatma Zeynep Altınar, ‘İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü’, (2009) 13 (3-4) EÜHFD, 265, 275. *“Dava nitelikçe Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Bu nedenle, haksız zenginleşmeyi ve mükerrer ödemeyi önlemek için Kurum tarafından hak sahiplerine bağlanan gelirin peşin sermaye değerinin belirlenen tazminattan düşürülmesi gerektiği Yargıtay'ın oturmuş, yerleşmiş görüşlerindedir. Bu bakımdan, davanın*

önem arz etmektedir. Kanaatimizce iş kazasından kaynaklanan bir tazminat davasında öncelikle kolluk marifetiyle hak sahibinin sosyal ekonomik durum araştırması yapılmalı ve SGK'ye müzekkere yazılarak davacıya herhangi bir gelir bağlanıp bağlanmadığı netleştirilmelidir. Kurum tarafından gelir bağlanmış olması, tek başına geçici ödeme talebinin reddini gerektirir bir husus değildir. Davacının geçici ödeme gereksinimi devam ediyorsa geçici ödeme talebinin kabul edilmesi gerekir ve fakat geçici ödemenin miktarının tayininde, Kurum tarafından bağlanan gelirin göz önünde bulundurulması gerekir.

İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında tazminat miktarı belirlenirken tarafların kusuru, kazazedenin geliri ve yaşı, maluliyet oranı önem arz eder¹¹⁸. Kanaatimizce davacının geçici ödeme talep ederken tüm bu unsurlar bakımından inandırıcı kanıtları, dosyaya sunmuş olması gerekir. Örneğin davalı tarafın kusuruna ilişkin mevcutsa soruşturma dosyasının ilgili savcılıktan celbi temin edilerek kusur durumuna ilişkin inandırıcı kanıtlar sunulmalıdır. Aksi durumda hâkim tarafından geçici ödeme talebinin reddedilmesi gerekir.

Bazı durumlarda geçici ödeme talebine ilişkin karar verilmeden önce karşı tarafın savunmalarının beklenilmesi gerekir. İş kazasından işverenin sorumlu tutulabilmesi için yapılan iş ile kaza arasında uygun illiyet bağının kurulabilmesi gerekir ki yukarıda da ifade edildiği üzere, illiyet bağı kazazedenin ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru veya mücbir neden sebebiyle kesildiği takdirde işverenin sorumluluğu ortadan kalkar¹¹⁹. Örneğin işçinin işyerinde çalışırken üçüncü kişi tarafından silahlı saldırı sonucunda yaralanması sebebiyle açılan tazminat davasında¹²⁰ geçici ödeme talebinde bulunulması durumunda kanaatimizce hâkim,

niteliği göz önünde tutularak öncelikle hak sahibi davacı anne ve babaya gelir bağlanmamış olduğundan bu yön, hak sahibinin tazminat hakkını doğrudan etkileyeceğinden hak sahibine; gelir bağlanması için Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı'na başvuruda bulunması ve gelir bağlanması için SSK aleyhine dava açması için önel verilmesinde yasal zorunluluk olduğu açıktır.” Yargıtay 21 HD, E 2007/8888 K 2007/10428, 27.06.2007. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

¹¹⁸ Süzek, (n 99) 444 vd; Araslı, (n 104) 148; Sümer, *İş Sağlığı* (n 102) 230 vd.

¹¹⁹ Süzek, (n 99) 441; Sözer, (n 7) 357; Sümer, *Sosyal Güvenlik* (n 5) 155-156; Sümer, *İş Sağlığı* (n 102) 220; Levent Akın, ‘Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluk’ iç Levent Akın ve H. Serdar Şardan (ed) Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği (Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 2011) 58. “İşyerinde meydana gelen iş kazaları nedeniyle işverenin hukuki sorumluluğunun niteliği Yargıtay’ın önceki kararlarında da benimsediği görüşe göre kusura dayanmaktadır. Olay tarihinde yürürlükte bulunan Türk Hukuk Sistemi uyarınca, özel bir düzenleme söz konusu olmadıkça asıl olan kusur sorumluluğudur. Bu durumda, işverenin kusurlu eylemi ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı yoksa işverenin sorumluluğundan söz edilemez.” Yargıtay HGK, E 2013/21-1121 K 2013/386, 20.03.2013. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi.

¹²⁰ “Somut olayda, müteveffa ile davalı ... arasında arkadaşlık olduğu, aralarının alacak verecek meselesi nedeniyle açıldığı, olay gecesi davalı ...'in davacılar murisinin iş yerine geldiği, aralarında çıkan tartışma sonucu davalı ...'in davacılar murisini silahlı ateş etmek suretiyle öldürdüğü, olay gecesi davacılar murisinin bina ve mal bakıcısı pozisyonunda gece bekçisi olduğu düşünüldüğünde bina ve mal güvenliğini sağlaması

öncelikle davalı tarafı dinlemeli, işverenin kusuruna ilişkin inandırıcı kanıt bulunmaması halinde geçici ödeme talebini reddetmelidir.

SONUÇ

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'na göre iş kazası sigortalının işverenin otoritesi altında bulunduğu bir sırada gördüğü iş veya işin gereği dolayısıyla aniden ve dıştan meydana gelen bir etkenle onu bedence ya da ruhça zarara uğratan olaydır. İş kazasına maruz kalan hak sahibi Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurarak zararının giderilmesini talep edebilir. Başvuru üzerine koşulları mevcutsa sürekli/geçici iş göremezlik ödeneği bağlanır, tedavi masrafları karşılanır fakat Kurum tarafından işçinin tüm zararı karşılanmaz.

Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararın giderilmesi amacıyla hak sahibinin işverene karşı dava açması gerekir. Kusur sorumluluğuna dayanan bu davada illiyet bağını kesen sebep mevcut değil ise işverenin maddi ve manevi tazminattan sorumluluğu söz konusudur. TBK'nin 76. maddesinde düzenlenen geçici ödemeler başlıklı düzenleme ile yeni bir geçici hukuki koruma türü hukuk sistemimize dahil olmuştur. Bu hükme göre geçici ödeme, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın önceden giderilmesi amacıyla tazminat davası görülmekte iken zarar görenin talebi üzerine, zarar görenin haklılığını gösteren delillerin bulunması ve ekonomik durumunun da bu ödemeyi gerektirmesi durumunda hâkimin hükmettiği ön ödemedir. Geçici ödeme kararı verilebilmesi için açılmış bir dava bulunmalı, davacının geçici ödemeye ilişkin bir talebi bulunmalı, davacının ekonomik durumu geçici ödemeyi gerektirmeli ve haklılığı gösteren kanıtlar sunulmalıdır.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin üzerinden yaklaşık on üç yıl geçmesine rağmen geçici ödemenin uygulaması yaygınlık kazanmamıştır. Kanaatimizce davacı vekilleri tarafından geçici ödeme talep edilmesinin gözden kaçırılması, bunun en önemli nedenlerinden biridir. İş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında olduğu gibi para alacağı söz konusu olduğunda da davacı vekilleri sadece ihtiyati haciz talep etmektedir. Oysa geçici ödeme talep edilmesi ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Alacağın bir kısmı için geçici ödeme, bakiye kısım için ise ihtiyati haciz karar verilmesi mümkündür. Kaldı ki bu iki

gerekirken şahsen husumeti bulunan davalı ... ile iş yerinde görüşüp tartışmaya girerek aksi yönde hareket ettiği, olayın 3. kişinin kasti hareketi sonucu gerçekleştiği, şu durumda 3. kişinin kasti hareketinin davalı ... ile olay arsındaki illiyet bağını kestiği anlaşıldığından davalı ... yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken müteselsilen sorumlu tutulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.” Yargıtay 21 HD, E 2017/968 K 2018/8256 14.11.2018. Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ET: 21.01.2024.

müessesenin amacı da birbirinden oldukça farklıdır. İhtiyati hacizde teminat amacı söz konusu iken geçici ödemede, ortaya çıkan mağduriyetin acilen giderilmesi amaçlanmaktadır.

Kanaatimizce geçici ödemenin hakimler tarafından tam olarak bilinmemesi de geçici ödemenin uygulamada yaygınlık kazanamamasının nedenlerindedir. Oysa iş kazasından kaynaklanan tazminat davaları, yasal düzenlemenin yapılma amacı ile doğrudan örtüşmektedir. Ülkemizdeki son yıllarda ekonomik kriz sebebiyle işçi sınıfı ciddi anlamda geçim sıkıntısı yaşamaktadır. Geçim sıkıntısı içerisindeki işçi sınıfının iş kazası yaşamaları halinde açacakları tazminat davaları Anayasa Mahkemesi'ne başvuru konusu olacak kadar uzun sürmekte, bu davalarda yasal faiz uygulanması mağduriyeti tam olarak gidermemektedir. Bu nedenle kazazede işçilerin ciddi mağduriyeti söz konusu olmaktadır. Bu mağduriyetin bir nebze de olsa giderilmesi adına geçici ödemenin yasal koşullarının mevcut olması halinde, karar verme konusunda hâkimler tereddüt etmemeli, bu müessesenin yaygınlık kazanması adına cesur davranmalıdır.

KAYNAKÇA

Akın L, 'Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Sorumluluk' iç Levent Akın ve H. Serdar Şardan (ed) *Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği* (Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası 2011).

Akyiğit E, *İş Hukuku* (13. Baskı Seçkin Yayınevi 2021).

Alp NS, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Rücu Davaları* (Seçkin Yayınevi 2018).

Alper Y, *Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 11. Baskı Dora 2020).

Altınır FZ, 'İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Maddi Tazminat Yükümlülüğü' (2009) 13 (3-4) EÜHFD 265-289.

Altınkan O, *Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler (TBK m. 76)*, (Seçkin Yayınevi 2023).

Antalya G, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: "Geçici Ödeme"' (2013) 8 (Özel Sayı) Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi 185-200.

Antalya G, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: I* (Seçkin Yayınevi 2019).

Araslı U, ‘Yeni Borçlar Yasası’nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi’ (2011) (24) Sicil İş Hukuku Dergisi 143-155.

Arıcı K, *Türk Sosyal Güvenlik Hukuku* (2. Baskı Gazi Kitabevi 2022).

Aslanköylü R ve Karaoğlan Nİ, *Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi C. II* (Bilge Yayınevi 2023).

Baycık G, ‘Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler’ (2013) (3) Ankara Barosu Dergisi 103-170.

Çelik N, Caniklioğlu N, Canbolat T ve Özkaraca E, *İş Hukuku Dersleri* (36. Baskı Beta Yayınevi 2023).

Çenberci M, *Sosyal Sigortalar Kanunu Şerhi* (Olgaç Matbaası, 1985).

Çoban N, ‘İş Kazalarından Doğan Maddi Tazminat Faizinin Hukuki Niteliği’ (2019) 14 (4) Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi 69-96.

Deynekli A, ‘Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri’ (2011) 2 (2) İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 45-97.

Eren F, *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı* (Sevinç Matbaası 1975).

Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha Yayıncılık 2013).

Evren ÖK, *İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması* (Seçkin Yayınevi 2011).

Güzel A, Okur AR ve Caniklioğlu N, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 19. Baskı Beta Yayıncılık 2021).

<https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Yillik/fcd5e59b-6af9-4d90-a451-ee7500eb1cb4> ET: 21.01.2024.

<https://www.walkfree.org/global-slavery-index/findings/regional-findings/europe-and-central-asia/> accessed 21.01.2024.

Kaplan ET, ‘İşverenin Koruma ve Gözetme Borcu’ (2003) 7 (2) İş Hukuku ve İktisat Dergisi 2-16.

Kılıçoğlu AM, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Turhan Kitabevi 2011).

Kılıçoğlu Yılmaz K, 'Geçici Ödemeler' (2014) 110 TBB Dergisi 109-128.

Koçali K, 'Sosyal Güvenlik Kurumu'nun 2012-2020 Yılları Arası İş Kazaları Göstergelerinin Standardizasyonu' (2021) 12 (2) Akademik Yaklaşımlar Dergisi 302-327.

Kurt G, 'Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Kapsamında Geçici Ödemeler' (Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2022).

Makaracı Başak A ve Tek GS, 'Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler' (2013) 15 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1111-1141.

Narmanlıoğlu Ü, 'Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilme Hakkı (İmkânı)' (2010) 12 (Özel Sayı) DEÜHFD 607-633.

Oğuz Ö, 'İş Kazası ve Meslek Hastalığında Sigortalıya Yapılan Yardımlar' (2018) 7 (18) Hak-İş Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi 317-332.

Öz T, *Yeni Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler* (Vedat Kitapçılık 2011).

Özekes M, Pekcanitez H ve Atalay O, *Medeni Usul Hukuku, Cilt: III* (On İki Levha Yayıncılık 2017).

Pekcanitez H, *Belirsiz Alacak Davası* (HMK m. 107) (Yetkin Yayınları, 2011).

Sevimli KA, 'Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması' (2013) (36) Çalışma ve Toplum 107-148.

Simil C, *Belirsiz Alacak Davası* (On İki Levha Yayıncılık, 2013).

Sözer AN, *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku* (Güncellenmiş 6. Baskı Beta Yayıncılık 2023).

Sümer HH, *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku* (Seçkin Yayınevi 2022). (İş Sağlığı)

Sümer HH ve Kayırgan H, *Sosyal Güvenlik Hukuku Davaları* (Seçkin Yayıncılık 2023).

Sümer HH, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023). (Sosyal Güvenlik)

Süzek S, *Bireysel İş Hukuku* (21. Baskı Beta Yayınevi 2021).

Şakar M, *Sosyal Sigortalar Uygulaması* (Yenilenmiş 12. Baskı Beta Yayıncılık 2017).

Şener, B, 'Türk Borçlar Hukukunda Geçici Ödemeler' (2017) 19 (Özel Sayı) *Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan* DEÜHFD 1623-1690.

Tiftik M ve Adıgüzel A, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu' (2016) 1 Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 319-356.

Tiftik M ve Adıgüzel A, 'İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre Genel Hizmet Sözleşmesinde İşverenin İşçiyi Koruma Borcu' (2016) (1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 319-356.

Topuz M, '6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkilerine Dair Yargılamalarda Geçici Ödemeler (TBK M. 76)' (2012) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011) Sempozyum No: III, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 247-285.

Tuncay AC ve Çıplak D, 'Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya Da Geçici Ceza)' (2018) 16 (186) Legal Hukuk Dergisi 2749-2784.

Tuncay AC, Ekmekçi Ö ve Gülver E, *Sosyal Güvenlik Hukuku* (Yenilenmiş 22. Bası Beta Yayıncılık 2023).

Tuncer Kazancı İ, 'Yargı Kararları ve 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İhtiyati Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar' (2012) 8 (23) MİHDER 75-126.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgiclfndmkaj/https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf ET: 02.01.2024.

Ulusan İ, *Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu ve Bundan Doğan Hukuki Sorumluluk* (Kazancı Kitap Ticaret AŞ 1990).

Uşan F ve Erdoğan C, *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku* (Güncellenmiş 4. Baskı Seçkin Yayıncılık 2023).

Öğretim Elemanlarına Yönelik Disiplin Suçu Açısından “Göreve Gelmemeye” Hususunun Hukuki Analizi*

Legal Analysis of the Issue of “Absence from Work” in Terms of Disciplinary Crime Against Academic Staff

Uzman Dr. Yalçın ARSLANTÜRK**

Öz

Devlet Memurları Kanunu’nda memurlara yönelik düzenlenen hükümlere benzer bir şekilde Yükseköğretim Kanunu’nda da öğretim elemanları için disiplin suçları arasında “göreve gelmeme” eylemi yer almaktadır. Öğretim elemanları diğer kamu görevlileri gibi kamusal faaliyet yürütmekle birlikte temel faaliyet konusunun özelliği itibarıyla diğer kamu görevlilerinden ayrılmaktadır. Özellikle bilimsel çalışmaların etkin bir şekilde gerçekleştirilebilmesine yönelik araştırma, inceleme vb. faaliyetler, öğretim elemanlarının görev kapsamını yalnızca ders verme gibi rutin bir faaliyet kapsamından çıkarmaktadır. Öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalarını etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri, kendilerine verilen somut görevler dışında belirli bir yerde mesai yapmaya zorlanmamalarıyla mümkün olabilmektedir. Bu itibarla çalışmada Yükseköğretim Kanunu’nda yer alan “göreve gelmeme” ifadesinin, belirli bir mekânda bulunmak olarak değil; görevi yerine getirmemek olarak değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu sonuca, öğretim elemanlarının ancak sabit bir mekâna bağlı olmadan yapılabilecek bilimsel faaliyetleri dayanak olarak gösterilmiştir. Devlet Memurları Kanunu ile Yükseköğretim Kanunu’na tâbi personelin ve böylece her iki kanundaki görev ifadelerinin kapsam açısından farklılığı da söz konusu sonuca ulaşmada ayrıca gerekçe teşkil etmiştir. Çalışma kapsamında konuya ilişkin farklı yargı kararları da ayrıca tartışma konusu yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Bilimsel Araştırma, Disiplin Cezası, Göreve Gelmeme, Görev Yeri, Öğretim Elemanı.

Abstract

Similar to the provisions regulated civil servants in the Civil Servants Law, the act of “absence from work” is among the disciplinary crimes against academic staff in the Higher Education Law. Although academic staff carry out public activities like other public officials, they differ from other public officials in terms of their main field of activity. In particular research, examination, etc. activities for the effective realization of scientific studies remove the scope of task of the academic staff from the scope of a routine activity such as giving lectures only. It is possible for the academic staff to carry out their scientific studies effectively if they are not forced to work in a certain place other than the concrete tasks assigned to them. In this respect, it has been concluded in the study that the expression “absence from work” in the Higher Education Law should be evaluated as not fulfilling to duty, not

* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 27.11.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 08.01.2024.

** Tarım ve Orman Bakanlığı, E-posta: yalcintrabzon@gmail.com, ORCID No: 0000-0002-0895-0022.

being in a certain place. Scientific activities of the academic staff that can only be done without being bound to a fixed place have been shown as a basis for his result. The difference in terms of scope of the personnel subject to the Civil Servants Law and the Higher Education Law and thus the task concept in both laws also constituted a reason for reaching aforementioned result. Within the scope of the study, different judicial decisions on the subject were also discussed.

Keywords

Scientific Research, Disciplinary Punishment, Absence from Work, Place of Duty, Academic Staff.

GİRİŞ

Öğretim elemanları kamusal faaliyet yürütmeleri itibarıyla birer kamu görevlisidir. Ancak yerine getirmekle yükümlü oldukları temel faaliyet konuları karşılaştırıldığında öğretim elemanları genel olarak diğer kamu görevlilerinden farklılaşmaktadır. Araştırma, inceleme ve diğer bilimsel faaliyetler; öğretim elemanlarının ders verme görevlerinin aksine belirli zaman aralıklarında belirli yerlerde bulunma imkânlarını ortadan kaldırmakta dolayısıyla çalışma ortamlarının daha geniş perspektiften ele alınmasını gerektirmektedir.

Devlet Memurları Kanunu'nun¹ (657 sayılı Kanun) 125'inci maddesinde olduğu gibi Yükseköğretim Kanunu'nun² (2547 sayılı Kanun) 53'üncü maddesinde de disiplin cezasını gerektiren eylemler arasında "göreve gelmeme" yer almaktadır. 2547 sayılı Kanun'un 53'üncü maddesinde göreve gelinmeyen süreye göre uygulanacak disiplin cezasının türü de farklılaştırılmış ve uygulanacak en ağır yaptırım, öğretim mesleğinden çıkarılma cezası olarak hüküm altına alınmıştır. Çalışmada, öğretim elemanları hakkında disiplin suç ve cezalarına yönelik uygulanacak kanuni düzenlemenin ve dolayısıyla öğretim elemanı ve memurlar arasında "göreve gelmeme" eyleminin farklı değerlendirilmesi gerektiğinin gerekçeleri, genel ve özel hüküm bağlamında ayrıca analiz edilmiştir.

Öğretim elemanlarının bilimsel çalışmalarını etkin bir şekilde yerine getirebilmeleri, söz konusu kimselerin kendilerine verilen somut görevler dışında belirli bir yerde mesai yapmaya zorlanmamalarıyla mümkün olabilmektedir. Örneğin bir öğretim elemanının istihdam edilmiş olduğu üniversitenin kütüphanesi dışında başka bir kütüphanede kaynak taraması, farklı mahallerde yüz yüze anket çalışması yapması veya bir üretim tesisini incelemesi gerekebilir. Dolayısıyla akademik çalışmaların doğası gereği öğretim elemanının görev kapsamı üniversite sınırlarını aşmaktadır. Zira akademisyenlik yalnızca ders verme, öğrencilere rehberlik yapma

¹ Devlet Memurları Kanunu, Kanun Numarası: 657, Kabul Tarihi: 14.07.1965, RG 23.07.1965 / 12056.

² Yükseköğretim Kanunu, Kanun Numarası: 2547, Kabul Tarihi: 04.11.1981, RG 06.11.1981 / 17506.

veya toplantılara katılım sağlama gibi görevlerle sınırlı bir meslek olmayıp bilimsel araştırma ve yayın yapmayı da kapsamaktadır. Bu itibarla 2547 sayılı Kanun madde 53/(3)-m’deki “Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek” ve madde 53/(5)-c’deki “Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” hükümlerindeki “göreve gelmemeye” şeklinde ifade edilen disiplin suçunun, öğretim elemanlarının “görev mahallinde bulunmama” yerine “görevlerini yerine getirmeme” olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması önem arz etmektedir.

Bu itibarla çalışmada, konuya ilişkin farklı yargı kararları da dikkate alınarak 2547 sayılı Kanun’un 657 sayılı Kanun’dan özellikle kapsam açısından ve öğretim elemanlarının temel faaliyetlerini yürütme biçiminin diğer kamu görevlilerinden farklılıkları tartışılmak suretiyle 2547 sayılı Kanun’daki “göreve gelmemeye” ifadesiyle kastedilen husus değerlendirilmeye çalışılmıştır. Böylece öğretim elemanlarının söz konusu eylemlerine yönelik uygulanabilmekte olan disiplin cezalarının hukukiliği tartışma konusu yapılmıştır. Bu doğrultuda çalışmada, öğretim elemanlarının görevleri, göreve gelmemeye durumlarında bu kişilere uygulanan disiplin cezaları, 2547 sayılı Kanun’da kullanılan görev ibaresinin mahiyeti ve 657 sayılı Kanun’dan farklılığı ile konuya ilişkin farklı yargı kararları analiz edilmiştir.

I. ÖĞRETİM ELEMANLARININ GÖREVLERİ VE “GÖREVE GELMEME” HUSUSU

A. Öğretim Elemanlarının Görevleri ve Hukuki Statüsü

Öğretim elemanı kavramı, 2547 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde tanımlanmış olup buna göre öğretim elemanı; yükseköğretim kurumlarında görevli öğretim üyeleri, öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerinin ortak adıdır.

Öğretim elemanlarından öğretim üyelerinin görevlerine, 2547 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinde ayrı bir hüküm olarak yer verilmiştir. Buna göre öğretim üyelerinin görevleri:

- “(a) Yükseköğretim kurumlarında ve bu kanundaki amaç ve ilkelere uygun biçimde ön lisans, lisans ve lisansüstü düzeylerde eğitim - öğretim ve uygulamalı çalışmalar yapmak ve yaptırmak, proje hazırlıklarını ve seminerleri yönetmek,
- (b) Yükseköğretim kurumlarında, bilimsel araştırmalar ve yayımlar yapmak,

- (c) *İlgili birim başkanlığınca düzenlenecek programa göre, belirli günlerde öğrencileri kabul ederek onlara gerekli konularda yardım etmek, bu kanundaki amaç ve ana ilkeler doğrultusunda yol göstermek ve rehberlik etmek,*
- (d) *Yetkili organlarca verilecek görevleri yerine getirmek,*
- (e) *Bu kanunla verilen diğer görevleri yapmaktır.”*

2547 sayılı Kanun’da öğretim görevlileri ve araştırma görevlilerine ilişkin ayrıca bir görev hükmü yer almamaktadır. Bununla birlikte Kanun’da öğretim görevlisi ve araştırma görevlisine yönelik yapılan tanımlamalar, bunların görevlerine ilişkin hükümleri de ihtiva etmektedir.

Şöyle ki 2547 sayılı Kanun’un 31’inci maddesinde “*Öğretim görevlileri; üniversitelerde ve bağlı birimlerinde bu Kanun uyarınca atanmış öğretim üyesi bulunmayan dersler veya herhangi bir dersin özel bilgi ve uzmanlık isteyen konularının eğitim - öğretim ve uygulamaları için, kendi uzmanlık alanlarındaki çalışma ve eserleri ile tanınmış kişiler, süreli veya ders saati ücreti ile görevlendirilebilirler.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere öğretim görevlilerinin görevi, süreli veya ders saati ücreti karşılığında ders vermektir.

Araştırma görevlileri 2547 sayılı Kanun madde 33/a-1’de “*Yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca araştırma görevlilerinin yüksek lisans ve doktora eğitimlerini tamamlama yükümlülükleri de bulunmaktadır³. Nitekim 2547 sayılı Kanun madde 35/2 uyarınca öğretim elemanı yetiştirilmesi amacıyla üniversitelerin araştırma görevlisi kadroları, araştırma veya doktora çalışmaları yaptırmak üzere başka bir üniversiteye Yükseköğretim Kurulunca geçici olarak tahsis dahi edilebilmektedir.

2547 sayılı Kanun madde 33/a-1’de yapılan tanımdan, araştırma görevlisinin öğretim görevlisinin aksine görevinin ders vermek değil; araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olma ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevler olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla araştırma görevlisinin ders vermek hariç olmak üzere öğretim görevlisine göre görev alanı çok daha geniş bir kapsama sahiptir. Bununla birlikte yetkili organların her görevi araştırma görevlisine verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuya ilişkin kısa bir açıklama getirmek önem

³ Işıl Kabakçı, ‘Araştırma Görevlilerinin Mesleki Gelişime Yönelik Bakış Açıkları: Eğitim Fakülteleri Örneği’ (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2005) 19.

arz etmektedir. Zira araştırma görevlilerine yönelik yapılan araştırmalarda “görev tanımındaki belirsizlik”, üniversitelerde aksi uygulamalara neden olarak söz konusu görevlilere ilişkin sorunlar arasında ön sıralarda yer almaktadır⁴. Yukarıda aktarılan madde 33/a-1 hükmünde “... yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan ...” ifadesinde “ilgili” kelimesi yer almaktadır. Söz konusu kelimenin neyi ifade etmiş olduğu ise kendisinden önce kullanılan ifadelerden anlaşılabilir. “Yükseköğretim kurumlarında yapılan araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olan ve yetkili organlarca verilen ilgili diğer görevleri yapan öğretim elemanıdır.” hükmü bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yetkili organların araştırma görevlilerine ancak araştırma, inceleme ve deneylerle ilgili diğer görevleri verebileceği anlaşılmaktadır. Bu çıkarım ise en temel hukuki yorum türlerinden biri olan sözel yorum metoduna⁵ uygun düşmektedir.

Tanımları ve görevleri yukarıdaki şekilde açıklanan öğretim elemanlarının hukuki statüsüne de değinmek, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde konunun daha sağlıklı değerlendirilmesi açısından uygun olacaktır.

Devlet üniversitelerinde bir kadroya dayanarak istihdam edilen öğretim elemanları birer kamu görevlisidir. Zira söz konusu öğretim elemanları, Anayasa’nın 128’inci maddesinin birinci fıkrasındaki “Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle yürütülür.” hükmüyle dolaylı bir şekilde tanımlanan kamu görevlisi kapsamı içerisinde yer almaktadır. Nitekim öğretilerdeki yaygın görüşe göre öğretim elemanlarının Anayasa’nın 128’inci maddesinde belirtilen “diğer kamu görevlileri” arasında yer aldığı kabul edilmektedir⁶. Esasında bu maddeyle kamu görevlileri için asgari bir kapsam belirlenmiştir⁷. Günday’a⁸ göre hükümde yer alan “genel idare esasları”ndan anlaşılması gereken, kamu gücü kullanılarak tek taraflı idari işlemleri tesis

⁴ Sabriye Akıtcı ve Mustafa Öztürk, ‘Araştırma Görevlilerinin İş Doyumlarının Bireysel ve Demografik Açısından İncelenmesi: SDÜ Örneği’ (2016) 21(2) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 667, 671.

⁵ Sözel yorum; bir hukukî meselenin çözümüne ilişkin bir kanun hükmünün, anlam bilimsel, dil bilimsel ve gramer açısından analizi olarak tanımlanabilmektedir [Winfried Brügger, ‘Concretization of Law and Statutory Interpretation’, (1996) 11 Tulane European and Civil Law Forum 234]. Zira bu yorumun amacı, yasa metninin açık anlamını araştırmak ve bununla bağlı olmaktır [Şaban Kayıhan, *Hukukun Temel Kavramları* (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2008) 172].

⁶ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı Ekin Yayınları 2016) 620.

⁷ Mehmet Rauf Karlı, ‘İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2015) 69.

⁸ Metin Günday, *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 8. Baskı İmaj Yayınları 2003) 519.

etmek ve idari kararlar almak olup devlet üniversitelerindeki öğretim elemanlarının faaliyetleri bu kapsama girmektedir. Ayrıca öğretim elemanlarının gerçekleştirmiş olduğu faaliyetler, söz konusu hizmetlere yönelik tanımda yer alan “asli ve sürekli görevler” arasındadır⁹. Zira kamu hizmetine ilişkin bir görevin asli ve sürekli olmasından anlaşılması gereken o görevin bir kadroya bağlanmış olması ve bu kadronun içeriği ve kapsamının bir sözleşmeyle değil; genel ve nesnel olarak bir kanunla belirlenmesi olup atama işlemiyle de kamu görevlisine ilişkin statü doğmuş kabul edilmektedir¹⁰. Doktrindeki hâkim görüşe göre görevin sürekliliği ile personelin sürekliliği arasında bir bağ kurulmuş; dolayısıyla 128’inci madde kapsamındaki kamu görevlileri, statüsünün çerçevesi ve esaslı unsurları kanunla çizilmiş, kamu hizmetine sürekli olarak katılan personel olarak tanımlanabilmektedir¹¹. Buradan hareketle öğretilerdeki bir görüşe göre üniversitelerde istihdam edilen okutman, araştırma görevlisi ve öğretim görevlisi ile kısmi süreli çalışan doçent ve profesörlerin zaman bakımından “sürekli” görev ifa etmedikleri dikkate alınarak öğretim elemanlarının Anayasa 128’inci maddesindeki “diğer kamu görevlileri” kategorisinde yer almaması gerektiği savunulmaktadır¹². Bununla birlikte 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun¹³ (TCK) 6’ncı maddesinin birinci fıkrasının (c) bendinde, ceza kanunlarının uygulanması bakımından kamu görevlisi; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla veya herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi, şeklinde Anayasa’da çizilen çerçeveden çok daha geniş bir kapsamda tanımlanmıştır. Dolayısıyla devlet üniversitelerinde sürekli pozisyonda çalışan öğretim elemanlarının yanı sıra süreli ve geçici statüde çalışan öğretim elemanları da TCK kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmektedir¹⁴. Yine söz konusu hüküm uyarınca vakıf üniversitelerinde istihdam edilen öğretim elemanları da ceza kanunlarının uygulanması bakımından kamu görevlisi olarak

⁹ M. Savaş Bayındır, ‘2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar’ (2007) 15(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215, 218.

¹⁰ Günday (n 7) 520.

¹¹ Karslı (n 6) 69.

¹² Oğuz Sancakdar, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Turhan Kasapoğlu ve Serkan Seyhan, *İdare Hukuku*, (8. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019) 342.

¹³ Türk Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, RG 12.10.2004 / 25611.

¹⁴ Yalçın Arslantürk ve Refika Soyal, ‘Fayda ve Zarar Unsurlarının Varlığının İntihal Yargılamasına Tesiri’ (2023) 8(2023-1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1, 19.

dikkate alınmaktadır¹⁵. Zira doktrinde¹⁶ ve yargı kararlarında¹⁷ vakıf üniversitelerinin de kamu hizmeti gördüğü kabul edilmektedir. Nitekim Uyuşmazlık Mahkemesi bakmış olduğu bir davada¹⁸; vakıf üniversitesince sürekli ve düzenli nitelikteki kamu hizmetinde çalıştırılan öğretim görevlisinin; statüsü, göreve alınması, hak ve yetkileri gözetildiğinde, idare hukuku kapsamında bir kamu personeli olduğuna hükmetmiştir.

B. “Göreve Gelmemeye” Hususuyla İlgili Olarak Öğretim Elemanlarına Uygulanabilecek Disiplin Cezaları

Öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezalarının neler olduğu ve bu disiplin cezalarının uygulanmasını gerektirecek disiplin suçları 2547 sayılı Kanun’un 53’üncü maddesinde sayılmıştır. Aşağıda aktarıldığı üzere belirli sürelerde “göreve gelmemeye” şeklinde öğretim elemanlarının gerçekleştireceği olası eylemler de disiplin cezalarını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır.

Göreve devamlı ilgili olarak Kanun öncelikle kınama cezasını gerektiren bir eyleme yer vermiştir. “Görevi gereği katılmakla yükümlü olduğu kurul ve toplantılara izinsiz veya özürsüz olarak bir yıl içinde birden fazla katılmamak” ifadesi, öğretim elemanlarına kınama cezasını gerektiren eylemlerden biri olarak Kanun madde 53/(2)-u’da hüküm altına alınmıştır.

“Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek” ise aylıktan veya ücretten kesme cezasını gerektiren eylemler arasında madde 53/(3)-m’de sayılmıştır.

Üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezalarına ilişkin sayılan fiiller arasında madde 53/(5)-c’de “Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” hükmü yer almaktadır.

Bu hükümlerden anlaşılacağı üzere 2547 sayılı Kanun, öğretim elemanlarının özürsüz veya izinsiz olarak belirli sürelerde göreve gelmemeye eylemleri karşısında eylemin derecesine göre farklı disiplin cezalarına hükmederek yaptırım düzenlemiştir.

¹⁵ ibid 19-20.

¹⁶ Bkz. Rana Gürbüz ve Yüksel Akkaya ‘Türkiye’de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik’ 2014 8(17-18) Toplum ve Demokrasi 67, 72; Yunus Anıl Ay, ‘Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun’da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme’ 2022 8(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 277, 286.

¹⁷ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2012/189 K 2012/234, 05.11.2012; Danıştay 8 Dairesi, E 2017/6130 K 2021/1639, 17.03.2021.

¹⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2019/603 K 2019/818, 23.12.2019.

Diğer kamu görevlilerinde olduğu gibi görevi aksatma karşısında öğretim elemanlarına yaptırım uygulanması gayet doğaldır. Ancak buradaki tartışılması gerekli husus, “göreve gelmemek” eyleminin genel olarak görev mahalline gelmemek mi yoksa görevi yerine getirmemek mi olduğu hususudur. Zira söz konusu hususun tespiti sonrasında eylemin neticesi birbirinden farklılaşacaktır. Bu itibarla öğretim elemanlarına yönelik “görev” ibaresinin mahiyetini tartışmak önem arz etmektedir.

II. 2547 SAYILI KANUN’DA ÖĞRETİM ELEMANLARINA YÖNELİK DİSİPLİN SUÇU KAPSAMINDA KULLANILAN “GÖREV” İBARESİNİN MAHİYETİ VE MESAI KAVRAMINDAN FARKI

A. 2547 Sayılı Kanun’da Kullanılan “Görev” İbaresinin Mahiyeti

Öğretim elemanlarının görevleri yukarıda açıklandığı üzere 2547 sayılı Kanun’da yer almaktadır. Öğretim üyeleri için söz konusu görevler 2547 sayılı Kanun’da açık bir şekilde sayılmasına karşın öğretim görevlisi ve araştırma görevlilerinin görevleri, bunlara ilişkin yapılan tanımlamalardan anlaşılmaktadır. Bu tanımlamalardan görev olarak öğretim görevlileri için ders vermenin; araştırma görevlileri için ise araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olmak ve bunlarla ilgili diğer görevleri yapmanın belirlenmiş olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla öğretim üyeleri için sayılan görevlerle birlikte öğretim görevlisi ve araştırma görevlisi de dâhil olmak üzere tüm öğretim elemanlarının görevlerinin olabildiğince açık bir şekilde Kanun’da belirlenmiş olduğu görülmektedir.

Bu açıklamalar ışığında öğretim elemanları için disiplin cezasını gerektiren göreve gelmemeye yönelik eylemi, belli bir yerleşkeye gelmemek olarak değerlendirmek isabetli olmayacaktır. Zira yukarıda açıklandığı üzere öğretim elemanlarının görevleri belirlidir. Her bir öğretim elemanı için belirlenen görevler ışığında bu hususu açıklayabiliriz.

Daha önceki bölümde belirtildiği üzere 2547 sayılı Kanun’un 22’nci maddesinde öğretim üyelerinin görevleri sayılmıştır. Görevlerin mahiyeti dikkate alındığında bunların, öğretim üyelerinin üniversitede kendilerine tahsis edilen yerde bulunmalarını gerektirmediği anlaşılmaktadır. Örneğin öğretim üyeleri ders vermek, proje ve seminerleri yönetmek, bilimsel araştırma ve yayım yapmak suretiyle bunlara ilişkin verilmiş olan görevleri yerine getirmiş olmaktadır. Söz konusu görevler için öğretim üyelerinin kendilerine tahsis edilen odalarda bulunma yükümlülükleri bulunmamaktadır. Hatta aksine özellikle bilimsel araştırmalar yaparken üniversite dışında araştırma yapma ihtiyacının doğabilmesi nedeniyle öğretim üyelerinin uzun süreli olarak kütüphane, konuyla ilgili araştırma yapılan iş yeri veya toplumsal

araştırmaya konu görüşmelerde olduğu gibi başka yerlerde bulunma durumları doğabilmektedir. Buradan da görülüyor ki öğretim üyesinin bilimsel araştırma ve yayım yapmak görevi dahi kendilerinin belirli bir yerde bulunma yükümlülüğünün bulunamayacağına bir göstergedir. Bununla birlikte öğretim üyelerinin belirli bir yerde bulunmaları sonucunu doğurabilecek tek görevin, “İlgili birim başkanlığınca düzenlenecek programa göre belirli günlerde öğrencileri kabul ederek onlara gerekli konularda yardım etmek, bu kanundaki amaç ve ana ilkeler doğrultusunda yol göstermek ve rehberlik etmek” olduğu düşünülebilir. Ancak bu göreve ilişkin hükümdeki ifadeler daha dikkatli değerlendirildiğinde bu görevin de diğer görevlerde olduğu gibi öğretim üyesinin üniversite tarafından kendisine tahsis edilen yerde bulunma yükümlülüğünü doğurmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Zira maddede öğretim üyesinin belirli günlerde öğrencileri kabul edeceği belirtilmekle birlikte nerede kabul edeceğine ilişkin bir ifadeye yer verilmemek suretiyle bu husus öğretim üyesinin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte öğretim üyesinin öğrencilere görüşme yeri olarak farklı bir yerde randevu vermesi hem görüşmenin resmiyeti hem de öğrenciler için oluşturabileceği zorluk dikkate alındığında makul bir uygulama olarak görülmeyebilir. Netice olarak öğretim üyesinin bu görevini yerine getirmemesi nedeniyle kendisine 2547 sayılı Kanun madde 53/(3)-m’deki “Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek” veya madde 53/(5)-c’deki “Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” hükümlerine istinaden disiplin cezası verilebilmesi için öğretim üyesinin yalnızca öğrencileri kabul etmesi gerekli günlerin toplamı bahse konu 3-9 gün veya 20 günlük sürelerin hesabında dikkate alınmalıdır. Zira Kanun’a göre göreve gelmeme fiili ya özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek ya da özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek şeklinde olursa disiplin suçu oluşacaktır¹⁹. O halde örneğin haftada bir gün öğrencilerle bir araya gelmesi programlanan öğretim üyesinin göreve gelmediği günler olarak söz konusu günün öncesi ve sonrasındaki günlerle birlikte değerlendirilerek hesaplanması doğru olmayacaktır. Söz konusu gerekçeyle öğretim üyesine disiplin cezası verilebilmesi için 3-9 gün boyunca aralıksız olarak veya bir yılda 20 farklı günde öğretim üyesinin belirlenen günlerde öğrencileri kabul etmemiş olmasının tespiti gerekecektir. Ders verme görevinin veya diğer görevlerin yerine getirilmemesi durumunda da “göreve gelmeme” belirlemesi aynı şekilde yapılmalı; dolayısıyla yalnızca o faaliyetin yerine getirilmediği günler “göreve gelmeyen” gün olarak dikkate alınmalıdır.

¹⁹ Burada 2547 sayılı Kanun madde 53/(2)-u’daki hüküm uygulama alanı bulamayacağından bu hüküm belirtilmemiştir.

Bir başka öğretim elemanı olan öğretim görevlisinin ise 2547 sayılı Kanun uyarınca yalnızca ders verme görevi bulunmaktadır. Dolayısıyla öğretim görevlisi için göreve gelmeme ancak ders vermeme durumu olarak kabul edilebilir. Üniversitede öğretim görevlisi için tahsis edilen odada öğretim görevlisinin hazır bulunması görev olarak kabul edilemeyecektir. “Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek” veya “Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” şeklinde eylemler için öğretim görevlisine ancak söz konusu sürelerde ders vermeme durumunda bunlar için öngörülen disiplin cezalarına hükmedilmesi uygun olacaktır. Danıştay’ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır. Şöyle ki üniversite tarafından öğretim görevlisinin iş akdinin, mesaiye gelmediği günler de gerekçe gösterilerek feshedildiği işleme ilişkin açılan davada temyiz mahkemesi olarak Danıştay iş akdinin feshini hukuka aykırı bulmuştur. Danıştay 8. Dairesi söz konusu kararında²⁰ konumuzla ilgili olarak şu hukuki tespitlerde bulunmuştur: “*Davacı tarafından imzalanan belirli süreli tam zamanlı öğretim görevlisi iş sözleşmesinde, öğretim görevlisinin yasa ve sözleşme hükümlerine aykırı davrandığının tespit edilmesi durumunda haklı nedenlerle hizmet akdinin feshedilebileceği belirtilmişse de görev alanları 2547 sayılı Kanununun 31. maddesi ile kurala bağlanan öğretim görevlilerinin fiillerinin, akademik hizmet gereklerine göre değerlendirilmesi ve fiilleri nedeniyle akademik faaliyetlerde aksama olup olmadığının açıkça ortaya konulması, yükseköğretim kurumlarında bilimsel özgürlük, serbestçe araştırma ve yayın yapabilme, eğitim ve öğretimi özgürlük ve güvence içinde sürdürebilme hakkının gereğidir. ... **Göreve geç gelme veya belirli günler hiç gelmeme nedeniyle eğitim öğretim faaliyetine yansıyan aksaklığa ilişkin bir bilgi belgenin bulunmadığı** ve bu yönde bir değerlendirmenin de yapılmadığı anlaşılmıştır. ... Bu durumda; davalı idarece, davacının göreve geç gelmesi veya **belirli günler hiç gelmemesinin**, akademik faaliyeti aksatıp aksatmadığı yönünde tespit ve değerlendirme yapılmadan tesis edilen dava konusu işlemin, hukuka ve akademik hizmet gereklerine aykırı olduğundan, aksi yöndeki İstinaf Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamıştır.”*

Öğretim elemanlarından araştırma görevlilerine yönelik 2547 sayılı Kanun’da; araştırma, inceleme ve deneylerde yardımcı olmak ve bunlarla ilgili diğer görevleri yapmak şeklinde görevlerin belirlenmiş olması dolayısıyla araştırma görevlilerinin de ancak bu görevleriyle ilgili olarak yapmaları gerekli eylemleri disiplin cezalarında belirlenen süreler boyunca gerçekleştirilmemeleri durumunda disiplin cezası gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla araştırma görevlisinin yalnızca kendisine tahsis edilen yerde veya üniversitede bulunmamış olması, “görevine gelmeme” şeklinde değerlendirmeyi mümkün kılmamaktadır. Zira bir araştırma

²⁰ Danıştay 8 Dairesi, E 2018/5353 K 2022/148, 20.01.2022.

kapsamında bir araştırma görevlisi arka arkaya pek çok gün başka bir üniversitenin veya devlet kurumunun kütüphanesinde kaynak taraması yapıyor olabilir. Yine araştırma görevlisi bir araştırma veya inceleme kapsamında farklı mahallerde yüz yüze anket çalışması yapıyor olabilir veya bir üretim tesisini inceliyor olabilir. Bu işler de birden fazla günü kapsıyor olabilir. Deneyler de aynı şekilde farklı ortamlarda bulunma zorunluluğunu doğurabilmektedir. Bunlardan da anlaşılacağı üzere araştırma görevlisinin görev kapsamı üniversite sınırlarını aşmaktadır.

Tüm bu açıklamalardan, öğretim elemanlarından öğretim üyesi ve araştırma görevlisinin görevlerinin tamamı dikkate alındığında görev kapsamlarının, bünyesinde istihdam edilmiş oldukları üniversitenin sınırlarını aşabileceği görülmektedir. Bu da akademisyenlik mesleğinin gereği gibi yerine getirilmesinin doğal bir sonucudur. Nitekim yükseköğretim kurumları, üniversite eğitim ve öğretiminin sunulduğu ortamların yanı sıra bir toplumun ilerlemeci bir yapıya kavuşmasında ve farklı alanlarda, farklı düzeylerde olmak üzere toplumda entelektüel birikimin oluşmasında önemli işlevler yüklenmiş yapılar olarak tanımlanabilmektedir²¹. Eğitim-öğretim, araştırma-geliştirme ve topluma hizmet olmak üzere üç temel görevi bulunan üniversiteler, araştırma-geliştirme görevinin gereği olarak bilimsel araştırmalar yapmak ve bunların sonuçlarını paylaşma sorumluluğunu taşımaktadır²². Dolayısıyla akademisyenlik mesleği yalnızca ders verme, öğrencilere rehberlik etme veya toplantılara katılım sağlama gibi görevler sınırlı bir meslek olmayıp bilimsel araştırma ve yayın yapmayı da kapsamaktadır. Bu faaliyetler ise kapsamlı bir çalışma gerektirmekte olup başvurulacak olan gerek fiziki kaynak ve araçların gerek beşeri kaynağın farklı yerlerde bulunması nedeniyle akademisyenlerin de buralarda bulunmalarını gerektirmektedir. Bu itibarla kütüphane, poliklinik, laboratuvar, kazı alanı, sahada bulunmak gibi bir akademisyenin görevinin gerektirdiği yerler çok farklı olabileceği için mesai kavramının yalnızca belirli saatlerde istihdam edildiği kuruluştaki bulunması şeklinde tek tipleştirilerek düzenlenmesi, akademisyenlik mesleğinin gerekliliklerinin karşılanması noktasında sakıncalı bir yaklaşım olacaktır²³. 2547 sayılı Kanun'da öğretim elemanlarına yönelik görev mahalline ilişkin bir ifade olmaması da aslında bu hususu teyit etmektedir. Zira 2547 sayılı Kanun'da yalnızca “göreve gelmeme” ifadesi

²¹ Hüseyin Erkul, Ayşe Özcan Buckley ve Hafize Seçtim, ‘Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Üzerine Nitel Bir Araştırma’ (2021) 6(3) Troyacademy 778.

²² Nidan Oyman Bozkurt, ‘Bilimsel Yayınların Niteliği ve Nitelik Sorunlarına İlişkin Akademisyen Görüşleri’ (2021) 11(1) Yükseköğretim ve Bilim Dergisi 129.

²³ Aydın Gülan, ‘Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu’ (2011) 69(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 38.

kullanılmaktadır. Böylece Kanun'da yer alan "göreve gelmeme" ifadesiyle kanun koyucu tarafından irade edilen hususun, yukarı yapılan açıklamalar doğrultusunda öğretim elemanlarının Kanun'da sayılan görevleri yapmamaları olduğu anlaşılmaktadır.

B. "Görev" İbaresinin 2547 Sayılı Kanun ile 657 Sayılı Kanun'daki Anlam Farklılığının Değerlendirilmesi

Öğretim elemanlarının mesaiye devamı konusunda görülen davalara ilişkin bazı yargı organlarınca alınan kararlarda mahkemece, öğretim elemanlarının bilimsel araştırma ve inceleme yapma görevlerine atıfta bulunmak ve diğer kamu görevlilerinden farklılığına vurgu yapılmak suretiyle diğer kamu görevlilerinin aksine öğretim elemanları için bu hususta disiplin cezasına yer olmadığına hükmedilmiştir.

Örneğin bir eğitim sendikasının, üniversite tarafından personelin mesai saatlerinin takibine yönelik olarak giriş-çıkışlara konulan kart takip sisteminin hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı iptal davasında, Kahramanmaraş İdare Mahkemesi davacı sendikayı haklı bulup söz konusu uygulamanın yürütmesini durdurmuştur. Kahramanmaraş İdare Mahkemesi kararında²⁴ yer alan şu ifadeler oldukça önem arz etmektedir:

"Öğretim görevliliği hizmeti, birçok Devlet memuru tarafından masa başında yürütülebilen hizmetlerden olmayıp bu yönüyle akademisyenlerin yukarıda zikredilen mevzuatın (2547 sayılı Kanun ve 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu) ilgili hükmü uyarınca belirlenen, ders vermekle yükümlü oldukları saatler haricindeki mesailerinin, akademik alanda ilgili oldukları bilim dalındaki araştırma faaliyetleriyle ya da eğitimleriyle sorumlu oldukları öğrencilerin gelişimleriyle ilgili çalışma/araştırma, bilimsel inceleme faaliyetlerinde bulunabilecekleri, eğitim-öğretim alanlarında uygulama dersleri barındıran bir takım derslerin derslik dışında da işlenebileceği, ... Bu durumda, akademik personelin masa başında görev yapan memurlar gibi mesai saatleri içinde sürekli görev yerinde bulunmalarının istenmesi ve okuyucu kartları okutmak suretiyle giriş çıkış kontrolü yapılmakla yükümlü tutulmaları, görevlerini gereği gibi yapmalarına engel olacağı ...".

Yine bir üniversite tarafından "özürsüz veya izinsiz olarak göreve geç gelmek, erken ayrılmak, görev mahallini terk etmek" gerekçeleriyle kendisine verilen uyarma cezasına karşı öğretim görevlisince açılan davada, Kayseri 1. İdare Mahkemesi uyarma cezasının iptaline

²⁴ Kahramanmaraş İdare Mahkemesi, E 2016/1145 K 2017/2016, 18.11.2016.

karar vermiştir. Kayseri 1. İdare Mahkemesi söz konusu iptal kararında²⁵; Danıştay 8. Dairesinin kararına²⁶ atıfta²⁷ bulunarak “*Gerek 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu’nda gerekse 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda, öğretim görevlilerinin mesaiye devamları ve mesai saatleri ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Anayasa’nın 130’uncu maddesinde bilimsel özerkliğe sahip olduğu belirtilen üniversitelerde görev yapan öğretim görevlileri de birer kamu görevlisidir. Ancak öğretim görevlilerinin bilimsel araştırma ve inceleme yapmakla görevli olmaları, derslere girmeleri ve akademik hayatın niteliği göz önünde bulundurulduğunda, mesaiye devamları açısından diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmelerine olanak bulunmamaktadır.*” ifadelerini kullanmıştır.

Danıştay 8. Dairesi de özürsüz olarak en çok 2 gün göreve gelmemek fiilinin sübut bulunduğu gerekçesiyle öğretim üyesine üniversite tarafından verilen 1/10 oranında aylıktan kesme cezasını uygun bulan Edirne İdare Mahkemesi kararını temyiz incelemesi sonucu bozmuştur²⁸. Daire söz konusu kararının gerekçesini “*Akademik alanda çalışan kişilerin yaptıkları iş ve çalışma şekilleri dikkate alındığında, gerektiğinde kendilerine tahsis edilen odalarının dışında da çalışmalarını devam ettirebilecekleri, nitekim akademik kariyerin ve akademik çalışma hayatının bir parçası olarak kütüphane ve benzeri yerlerde araştırma yapabilecekleri, derslere girebilecekleri, projeler yürütülebilecekleri, eğitimleriyle sorumlu oldukları öğrencilerin gelişimleriyle ilgili çalışma araştırma, bilimsel inceleme faaliyetlerinde bulunabilecekleri, akademik alanda ilgili oldukları bilim dalındaki araştırma faaliyetleri ve fikri çalışmaları gerçekleştirebilmek için mesai saatlerinde fakülte binası dışında bulunabilecekleri, ayrıca öğretim görevlisinin kendi üniversitesi yanında, başkaca devlet veya vakıf üniversitelerine bağlı yükseköğretim kurumlarında da ders verme ihtimalinin bulunduğu açıktır. Davacının söz konusu tarihlerde mesai başında olmamasının kamu hizmetini aksattığı hususuna karine olamayacağı, nitekim akademik alanda fikri çalışmalar yapan kişilerin akademik alan faaliyetleri ve bu faaliyetlerle gerçekleştirilmek istenen amaçlar göz önüne alındığında mesaiye devam açısından diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilemeyeceği ...” ifadeleriyle açıklamıştır.*

²⁵ Kayseri 1. İdare Mahkemesi, E 2015/1310 K 2016/487, 28.04.2016.

²⁶ Danıştay 8 Dairesi, E 2014/10203 K 2015/5308, 01.06.2015.

²⁷ Söz konusu Danıştay kararı, akademik personelin üniversite tıp fakültesi hastanesinde kurulan personel kayıt sistemi üzerinden yapılan mesai kontrolünün akademik personel için uygulanmaması istemiyle davalı idareye yapmış olduğu başvurunun reddine ilişkin işlemin iptaline yönelik açmış olduğu davada İdare Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararın davalı idarece temyiz edilmesi üzerine alınmıştır.

²⁸ Danıştay 8 Dairesi, E 2021/1289 K 2022/1437, 04.03.2022.

Kahramanmaraş İdare Mahkemesinin, Kayseri 1. İdare Mahkemesinin ve Danıştay 8. Dairesinin kararlarında ifade edilen gerekçeler, “göreve gelmeme” ifadesinin öğretim elemanları için “görev yerine gelmeme” yerine, “görevlerini yerine getirmeme” olarak anlaşılması gerektiğine ilişkin yapılan daha önceki açıklamalarla aynı doğrultudadır. Kaldı ki bu gerekçeleri destekleyen bir Anayasa Mahkemesi kararına aşağıda ayrıca değinilecektir.

Yukarıdaki kararların aksine Danıştay 8. Dairesinin mesai durumuna ilişkin almış olduğu farklı bir kararı²⁹ da bulunmaktadır. Söz konusu kararın konusu; öğretim elemanının 20 günden daha uzun süre yurtdışında bulunmak suretiyle izinsiz olarak işe gelmemesine yönelik "kesintisiz 10 gün süre mesaiye gelmeme" fiilinin "memuriyetten çekilme isteğinde bulunma" olarak değerlendirilmesi üzerine üniversite tarafından görevine son verilmesidir. Söz konusu devamsızlığın memuriyetten çekilme sonucunu doğurduğuna karar veren Mahkeme bunun gerekçesini “... Gerek 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nda gerekse 2914 sayılı Yükseköğretim Personel Kanunu'nda, öğretim elemanlarının görevden çekilmiş sayılmasının usul ve esaslarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş ise de 2547 sayılı Kanun'un 62. maddesinde ve 2914 sayılı Kanun'un 20. maddesinde yer alan düzenlemeler karşısında koşullarının varlığı durumunda üniversite öğretim elemanları hakkında da 657 sayılı Yasanın 94. maddesinin uygulanmasına engel bir durum bulunmadığı anlaşılmaktadır.” olarak belirtmiştir. Öncelikle kararın gerekçesinde yer alan 2547 sayılı Kanun ve Yükseköğretim Personel Kanunu'na³⁰ yönelik “öğretim elemanlarının görevden çekilmiş sayılmasının usul ve esaslarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş” ifadesine katılmak mümkün değildir. Zira 2547 sayılı Kanun'da üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasına ilişkin sayılan fiiller arasında, 15/04/2020 tarihli 7243 sayılı Kanun'la eklenen madde 53/(5)-c'de “Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla 2547 sayılı Kanun'da, hukuki görüşümüz farklı olmakla birlikte, konuya ilişkin uygulanabilecek bir hüküm varken 657 sayılı Kanun'un ilgili maddesinin uygulanmasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Nitekim Danıştay'ın söz konusu kararının gerekçesinde oybirliği sağlanamamış ve bazı üyeler bu hususu belirterek gerekçe yönünden karara katılmadıklarını kayıt altına almışlardır. Bu üyelerin karşı oy gerekçesi, “2547 sayılı Kanun'a 7243 sayılı Kanun'la getirilen düzenlemelerde; ‘özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek’ eylemi aylıktan veya ücretten kesme cezasını gerektiren fiiller arasında; ‘özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek’ eylemi ise üniversite öğretim mesleğinden

²⁹ Danıştay 8 Dairesi, E 2019/3579 K 2021/3527, 30.06.2021.

³⁰ Yükseköğretim Personel Kanunu, Kanun Numarası: 2914, Kabul Tarihi: 11.10.1983, RG 13.10.1983 / 18190.

çıkarma cezasını gerektiren fiiller arasında sayılmıştır. Bu durumda; 2547 sayılı Kanun'un nihai halinde öğretim elemanları açısından ‘izinsiz veya kurumca kabul edilen mazereti olmaksızın görevi kesintisiz 10 gün terk etmek’ fiili için herhangi bir disiplin cezasının öngörülmediği açık olup, anılan fiilin sübut bulması halinde idari bir tasarruf olarak 657 sayılı Yasanın 94. maddesinin uygulanmasına engel bir durum bulunmadığı görüşüyle gerekçe yönünden çoğunluk kararına katılmıyoruz.” şeklinde kayıt altına alınmıştır.

Söz konusu karar esas yönünden incelendiğinde de Danıştay 8. Dairesince verilen hükmün hem yukarıda aktarılan aynı Dairenin mesaiye ilişkin daha önceki kararlarının³¹ esasıyla hem bu bölümün ilk başlığı altında yapılan açıklamalarla hem de aşağıda aktarılacak olan Anayasa Mahkemesi kararıyla çeliştiği değerlendirilmektedir.

Danıştay 8. Dairesi konuya ilişkin diğer kararlarında³² “... Öğretim görevlilerinin bilimsel araştırma ve inceleme yapmakla görevli olmaları, derslere girmeleri ve akademik hayatın niteliği göz önünde bulundurulduğunda, mesaiye devamları açısından diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmelerine olanak bulunmamaktadır.” ifadesini kullanmıştır. Bu açıklamaların aksine hüküm vermiş olduğu davada ise konu "Kesintisiz 10 gün süre mesaiye gelmeme" ile ilgili olup bu davanın konusunun esası da diğer davalarda olduğu gibi mesaiye devamları ile ilgilidir. Dolayısıyla 8. Daire, diğer kararlarında bilimsel araştırma ve inceleme yapma görevine atıfta bulunarak mesaiye devamları açısından öğretim elemanlarının diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilemeyecekleri yorumunu, uzun süreli mesaiye gelmeme durumuna ilişkin kararında değiştirmiş bulunmaktadır. Hâlbuki her iki durumda da konunun esası, mesaiye riayet etmeme şeklindedir. Günlük olarak mesai saatlerinde araştırma görevlisinin esnekliğe sahip olması gerektiğini belirten Danıştay 8. Dairesi, bu kararında uzun süreli olarak mesainin aksatılmasında öğretim elemanlarını diğer kamu görevlileriyle aynı şekilde değerlendirmiştir. Dolayısıyla işin esası noktasında Danıştay birbiriyle çelişir iki karar vermiş görünmektedir.

Daha önceki açıklamalarda belirtildiği üzere bir öğretim elemanı araştırma vb. faaliyetler nedeniyle üniversitede mesai saatlerinde ve hatta söz konusu faaliyetin kapsamına göre uzun süreli bulunamayabilir. Bu durum, öğretim elemanının görev kapsamının tamamı dikkate alındığında, mesaiye bağlı olmayan ayrı bir özelliğe sahip bulunmasından kaynaklanmaktadır.

³¹ Danıştay 8 Dairesi, E 2014/10203 K 2015/5308, 01.06.2015 ve Danıştay 8 Dairesi, E 2021/1289 K 2022/1437, 04.03.2022.

³² Danıştay 8 Dairesi, E 2014/10203 K 2015/5308, 01.06.2015 ve Danıştay 8 Dairesi, E 2021/1289 K 2022/1437, 04.03.2022.

Dolayısıyla bir öğretim elemanının özürsüz veya izinsiz göreve gelmemesi durumunda, söz konusu göreve gelmemeye ilişkin gün sayısı; öğretim elemanının mesai günü olarak kendisine tahsis edilmiş yerde veya üniversite yerleşkesinde bulunulmayan günlerin toplamı şeklinde değil; ders verme veya öğrencilerle yapılması gerekli görüşme gibi somut görevlerin öğretim elemanınca yerine getirilmediği günlerin tespit edilerek yalnızca bu günlerin toplamı şeklinde dikkate alınmalıdır. Örneğin bir öğretim elemanı arka arkaya 3 günlük süre boyunca bilimsel araştırma gerekçesiyle üniversite dışında başka bir yerde buna ilişkin çalışma yapıyor ve bu süre boyunca hiçbir ders verme, öğrencilerle görüşme yapma veya bir toplantıya katılım görevi olmaması nedeniyle üniversitede bulunmayabilir. Bu durumda “*Özürsüz ve kesintisiz 3-9 gün göreve gelmemek*” hükmüne istinaden öğretim elemanına disiplin cezası verilmesi uygun olmayacaktır. Zira öğretim üyesi söz konusu süre boyunca görev olarak nitelendirilen bir hususta aksaklığa yer vermemiş; aksine görevleri arasında yer alan bilimsel araştırma çalışması yaparak görevini gerçekleştirmiştir. Aynı şekilde öğretim üyesinin yalnızca mesaiye gelmemesi nedeniyle “*Özürsüz veya izinsiz olarak bir yılda toplam 20 gün göreve gelmemek*” hükmünden dolayı öğretim mesleğinden çıkarılması uygun olmayacaktır. Ancak vermesi gereken dersleri vermediği, öğrencilerle yapması gereken görüşmeleri yapmadığı, katılması gereken toplantılara katılmadığı veya bir araştırma için bulunması gerekli yerde bulunmadığı günlere tekabül eden gün sayılarının özürsüz veya izinsiz olarak bir yıl içerisinde toplamı 20 günü bulması nedeniyle öğretim elemanına bu ceza verilebilecektir. Zira öğretim elemanı için belirlenen görevlerin bunlar olması dolayısıyla ancak bunların gerçekleştirilmediği günler “göreve gelmeme” olarak dikkate alınabilecektir. Sonuç olarak yukarıda açıklanan gerekçeler doğrultusunda Danıştay 8. Dairesinin, öğretim elemanına yönelik verilen üniversite öğretim mesleğinden çıkarma cezasını uygun bulmuş olduğu kararına katılmak mümkün görünmemektedir.

Danıştay 8. Dairesi bahse konu kararında “göreve gelmeme” hususuna ilişkin hükmü, esas olarak 657 sayılı Kanun’a atıfta bulunarak vermiştir. Dolayısıyla Mahkemenin “görev” ibaresinin anlamını bu Kanun’daki kullanılış anlamıyla kabul etmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ancak 657 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun içerik açısından birbirinden farklı kanunlardır. 657 sayılı Kanun madde 1/1 uyarınca; genel ve katma bütçeli kurumlar³³, il özel idareleri, belediyeler, il özel idareleri ve belediyelerin kurdukları birlikler ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlarda, kanunlarla kurulan fonlarda, kefalet sandıklarında veya Beden Terbiyesi Bölge Müdürlüklerinde çalışan memurlar hakkında uygulanmaktadır. Bu itibarla 657

³³ 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’nun yürürlüğe girmesiyle bütçe türleri yeniden düzenlenmiş, katma bütçe sınıflaması kaldırılmıştır.

sayılı Kanun pek çok kurumdaki pek çok farklı unvandaki memuru kapsamaktadır. Örneğin bir bakanlıktaki veya belediyedeki büro memuru aynı hükümlere tâbi iken yine bu kurumlardaki uzman, müfettiş ve idari yöneticiler de aynı hükümlere tâbidir. Bu da söz konusu hükümlerdeki kavramların daha geniş yorumlanmasına neden olmaktadır. Zira aynı hüküm, tüm bu farklı meslek mensuplarını aynı şekilde yükümlü kılmaktadır. Nitekim Kanun’da disiplin hükümlerinde de söz konusu farklı meslek grupları için ayrı hükümler belirlenmemiş; Kanun’un 125’inci maddesinde hepsi için ortak disiplin hükümlerine yer verilmiştir. Bu itibarla örneğin bir büro memurunun “göreve gelmeme” durumu, büroda bulunmayışı olarak kabul edilecek olup söz konusu husus Kanun kapsamındaki diğer meslek mensupları için de aynı şekilde yorumlanacaktır. Zira Kanun bu konuda meslek grupları arasında bir ayırım yapmamıştır. 2547 sayılı Kanun ise “Amaç” başlıklı 1’inci maddesine göre bağlı birimleriyle birlikte yalnızca yükseköğretim kurumlarını ve üst kuruluşlarını kapsamaktadır. Ayrıca 2547 sayılı Kanun, 657 sayılı Kanun’un aksine disiplin cezalarında öğretim elemanı ve diğer personel arasında bir ayırım yapmıştır. Madde 53/(b)’de “*Devlet ve vakıf yükseköğretim kurumlarının öğretim elemanlarına uygulanabilecek disiplin cezaları uyarı, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma cezalarıdır. (Ek cümleler: 15/4/2020-7243/7 md.) Öğretim elemanları dışında iş sözleşmesiyle çalışan personel 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu ve iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine tabidir. Memurlar hakkında ise 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 125 inci maddesi uygulanır.*” hükmü yer almaktadır. Bu hükümden anlaşılacağı üzere 657 sayılı Kanun’un aksine 2547 sayılı Kanun farklı meslek mensuplarına yönelik farklı disiplin hükümleri öngörmüştür. Kanun, öğretim elemanları için ayrıca disiplin hükümleri belirlemişken iş sözleşmesine dayalı çalışan personel için 4857 sayılı Kanun, memurlar hakkında ise 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Bu hükümden de Danıştay 8. Dairesinin öğretim elemanının “öğretim mesleğinden çekilmiş sayılmasına” yönelik almış olduğu kararda³⁴ 657 sayılı Kanun’a yapmış olduğu atfın, hukuki olarak yerinde olmadığı anlaşılmaktadır. Zira kanun koyucunun, öğretim elemanları için öğretim mesleğinden çıkarma da dâhil olmak üzere disiplin cezalarını 2547 sayılı Kanun’da belirleyip diğer personel için diğer kanunlara atıfta bulunmak suretiyle öğretim elemanlarının yalnızca bu Kanun kapsamında disiplin hükümlerine tâbi tutulma iradesinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Aksi bir durumda diğer personel için yapmış olduğu atfı öğretim elemanları için de yapması beklenirdi. Tam tersine kanun koyucu 2547 sayılı Kanun’un 53’üncü

³⁴ Danıştay 8 Dairesi, E 2019/3579 K 2021/3527, 30.06.2021.

maddesiyle 657 sayılı Kanun'da düzenlenen disiplin cezalarına benzer şekilde uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma şeklinde öğretim elemanları için tüm disiplin cezalarına hükmetmiştir. Kanun koyucunun yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları dışında kalan diğer personel için yapmış olduğu atfın aksine öğretim elemanlarının disiplin hükümleri için 657 sayılı Kanun'a atıfta bulunmayışı, esasında söz konusu meslek mensuplarının görevlerinin farklılığından kaynaklanmaktadır. Nitekim öğretim elemanlarına verilebilecek disiplin cezalarını gerektiren eylemlerin, 2547 sayılı Kanun'un disiplin suçlarını öngören 53'üncü madde hükümleri incelendiğinde, 657 sayılı Kanun'un disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve hallerin hüküm altına alındığı 125'inci maddesindeki eylemlerden farklılaştığı da görülmektedir.

Bu değerlendirmenin dayanağı ise hukuk düzeninde birbiriyle çatışan aynı norm düzeyindeki genel bir hüküm karşısında özel hükmün uygulama önceliğinin bulunmasıdır. Kanun organik bir bütün, mantıki bir yapı teşkil etmekte olup münferit bir normun (hükmün) mana ve muhtevasının tespiti, genellikle onun diğer normlarla birlikte nazara alınması suretiyle mümkün olabilmektedir³⁵. Çünkü kanunlar ve normlar bütünü olarak tüm hukuk düzeni, hukuk normlarının bir yığını olmayıp aksine bunların birbiriyle ilişkili olduğu bir düzeni temsil etmektedir³⁶. Normun hukuk ve kanun sistemindeki yeri hem yorum hem uygulama açısından önemli olup bir hükmün genel veya özel nitelik mi taşıdığı, istisnai bir nitelik mi sergilediği onun hukuk ve kanun sistemindeki durumundan anlaşılabilir³⁷. Zira tek hukuk hükmünün anlamı yalnız başına dikkate alınarak değil; onun diğer hükümlerle olan bağlılık ve ilişiginden çıkarılır ki hükümler arasındaki bu bağlılığı göz önünde bulundurmamak, kanunun genel ruh ve temayülünü hesaba katma anlamına gelmektedir³⁸. Nitekim kanunun ruhu, kanunun bütününde baskın olan esaslara ve maddelerin hukuk sisteminin ve kanunun tümü içindeki yerlerine ve birbirleriyle olan bağlantılarına göre taşıdıkları anlamı ifade etmektedir³⁹. Bunların yanı sıra şu da belirtilmeli ki genel kanunda özel bir hüküm de bulunabilir; bu nedenle

³⁵ Ünal Narmanlıoğlu, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' *Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi 2001) 108.

³⁶ Rüstem Karabatak, 'Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 1996) 27.

³⁷ Narmanlıoğlu (n 35) 108.

³⁸ Narmanlıoğlu (n 35) 107'den Richard Honig, *Hukuk Felsefesi* (Çev. M. Yavuz) (2. Baskı, Cilt 1, 1935) 148.

³⁹ Aytekin Ataay, *Medeni Hukukun Genel Teorisi* (4. Baskı Der Yayın 1995) 159.

kural çatışmasında kuralın bulunduğu kanun değil, bizzat hükmün genel veya özel mahiyette olup olmadığına bakılmaktadır⁴⁰.

Aynı düzeydeki normlara ilişkin çatışan hükümlerden genel hüküm yerine özel hükmün uygulanması gerekliliği aynı zamanda hükümler arasında söz konusu ayırımın yapılmasını gerektirmektedir. Zira bir hükmün özel veya genel hüküm olarak tanımlanması ise hükümlerin nispî nitelik taşıması sebebiyle karşılaştırıldığı hükme göre değişebilmektedir. Özel veya genel hüküm ayırımı şu kıstaslar yardımıyla yapılabilir: (1) Uygulama alanı daha geniş olan hüküm genel hüküm, daha dar olan ise özel hükümdür; özel hüküm tek bir durum veya olaya uygulanabilirken genel hüküm birden fazla durum veya olaya uygulanır. (2) Söz konusu hüküm olmasaydı, o durum veya olaya bir başka hüküm uygulanabiliyor ise uygulanabilen ikinci hüküm genel hüküm, söz konusu birinci hüküm özel hükümdür⁴¹.

Bu kıstaslar dikkate alındığında; öğretim elemanları için 2547 sayılı Kanun özel kanun, 657 sayılı Kanun genel kanun iken disiplin suç ve cezalarına yönelik 2547 sayılı Kanun hükümleri özel hüküm, 657 sayılı Kanun hükümleri ise genel hüküm niteliğindedir. Zira 2547 sayılı Kanun madde 53/b’de öğretim elemanları için disiplin suçları ve bunlara ilişkin cezalar açıkça sayılmış ve yalnızca memurlar hakkında 657 sayılı Kanun’un disiplin suç ve cezalarına ilişkin 125’inci maddesine atıf yapılmıştır. Ayrıca 2547 sayılı Kanun madde 53/b son olarak 2016 yılında değiştirilmiş dolayısıyla 1982 yılında değiştirilmiş olan 657 sayılı Kanun’un 125’inci maddesine göre sonraki hüküm konumundadır. Sonraki özel hüküm ve önceki genel hükmün arasında bir çatışma olması hâlinde sonraki özel hükmün o konularda önceki genel hükmü belirtilen ölçüde değiştirmiş olduğu kabul edilmektedir⁴². Kaldı ki genel hüküm sonraki hüküm konumunda olsa dahi aksine bir hüküm olmadıkça sonraki genel hükmün önceki özel hükmü değiştirmedeği kabul edilmektedir⁴³.

Tüm bu değerlendirmeleri, Anayasa Mahkemesi’nin 2547 sayılı Kanun’un 53’üncü maddesinin (b) fıkrasındaki 657 sayılı Kanun’a yapılan atıfların iptaline ilişkin vermiş olduğu kararındaki gerekçe de teyit etmektedir. Şöyle ki Anayasa Mahkemesi kararında⁴⁴; “*Bu durumda öğretim elemanı, memur ve diğer personelden oluşan yükseköğretim kurumları kamu*

⁴⁰ Yaşar Karayalçın ve Aynur Yongalık, *Hukukda -Öğretim-Kaynaklar-Metod- Problem Çözme* (7. Baskı Sözkesen Matbaacılık 2008) 151.

⁴¹ Kemal Gözler, ‘Yorum İlkeleri’ iç Ozan Ergül (ed), *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (Türkiye Barolar Birliği 2012) 102.

⁴² Karayalçın ve Yongalık (n 40) 152.

⁴³ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 1998) 265.

⁴⁴ Anayasa Mahkemesi, E 2017/33 K 2019/20, 10.04.2019.

personeline ilişkin disiplin kuralları öngörülürken kanun koyucu tarafından bunlar arasında görevin niteliğinden kaynaklanan ve Anayasa tarafından öngörülen ayırım ve farklılıkların dikkate alınmayarak öğretim elemanları ile memur ve diğer personelin tümüyle aynı kurallara tabi kılınması ve dava konusu ibareler yoluyla öğretim elemanlarının disiplin sorumluluğu kapsamına 657 sayılı Kanun'da sayılan fiillerin tamamının dâhil edilmesi, Anayasa'da bu kişiler için öngörülen güvencelerle örtüşmediği gibi gerek uygulayıcılar gerekse disiplin kurallarının muhatapları yönünden birtakım belirsizliklere de yol açtığından dava konusu kuralların Anayasa'nın 2., 27. ve 130. maddeleriyle bağdaşmadığı sonucuna ulaşılmıştır.” hükmüne yer verilmiştir.

Bu değerlendirmenin dayanağını ise hukuk kurallarının yorumlanmasında kullanılan sistematik yorum yöntemi oluşturmaktadır. Diğer yorum türlerinde⁴⁵ olduğu gibi sistematik yorumla da kanun koyucunun yorum gerektiren hükümlerle ulaşmak istemiş olduğu gerçek maksadın ortaya koyulması amaçlanmaktadır⁴⁶. Sistematik yorum dar anlamda, hukuk sistemine ait bir kuralın o sistemin pozitif hukuk kurallarıyla; geniş anlamda ise bir hukuk kuralının ait olduğu hukuk sistemin genel felsefesiyle tutarlı olabilecek şekilde yorumlanmasıdır⁴⁷. Zira sistematik yorumun geniş anlamda tanımının gerekçesi, hiçbir kanun hükmünün hukukun genel ilkelerine aykırı düşecek biçimde yorumlanamayacak olmasıdır⁴⁸. Bu itibarla sistematik yorum yalnızca hükmün içinde bulunduğu kanunla sınırlı değildir⁴⁹. Böylece yalnızca yorumlanacak hukuk kuralının bulunduğu ilgili kanunun diğer hükümleri değil; bütün hukuk kuralları sistematik yorum için kaynak teşkil etmektedir⁵⁰. Zira sistematik yorumun temelinde, hukuk sisteminin, normların gelişigüzel bir araya gelmesi yerine birbiriyle

⁴⁵ Tarihi, lafzî, mantıkî, menfaatler durumuna göre, ilkelere-değerlere göre yorum yöntemleri gibi [Bkz. Karayalçın ve Yongalık (n 40) 134]. Bu yorum türlerinden menfaat durumuna göre yapılacak yorumda ancak milli özellikler de göz önüne alındığında yorumlanan hukuk kuralının gerçek manasının ortaya koyulabileceği belirtilerek milli özelliklerin önemi vurgulanmaktadır [Bkz. Ernst E. Hirs, *Pratik Hukukta Metot* (Güncellenmiş 8. Basıdan Tıpkı Basım Sözkese Matbacılık 2018) 107, 108.]. Yorum teorileri yelpazesinde bir uçta kanunların mutlak üstünlüğü görüşü bulunurken diğer uçta hâkimin bilimsel araştırma yaparak ona göre serbestçe karar verebileceğini savunan hâkimlerin mutlak serbestliği görüşü bulunmakta; dolayısıyla yorum teorileri temel çıkış noktalarına göre bu iki uç arasında yer almaktadır [Karayalçın ve Yongalık (n 40) 134, 135].

⁴⁶ Karayalçın ve Yongalık (n 40) 136.

⁴⁷ Sururi Aktaş, ‘Hukukta Yorum Çabaları’ (2011) XV(3-4) EÜHFD 1, 26.

⁴⁸ Metin Yüksel, *Anayasa'nın Yorumlanması* (Asil Yayın Dağıtım 2008) 23.

⁴⁹ Mehmet Batun, ‘Türk Vergi Hukukunda Yorum ve İspat’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2012) 34.

⁵⁰ Mehmet Emin Artuk, Faruk Erem ve Ahmet Danışman, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası Seçkin Yayıncılık 1997) 116.

tutarlı bir bütün oluşturmuş olduğu gerekçesi yatmaktadır⁵¹. Nitekim bir hukuk sisteminde kurallar, üst üste konulmuş bir yığılı değil; kendi aralarında tutarlı bir düzeni oluşturmaktadır⁵². Böylece hukuk kurallarına ilişkin tutarlı anlam bütünlüğü uyarınca bir kanun hükmündeki sözcüklerin bu hükümdeki diğer sözcüklerle, kanunun bir hükmünün kanunun diğer hükümleriyle, bir kanunun ise diğer kanunlarla tutarlı olacak şekilde yorumlanması gerekmektedir⁵³.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda farklı meslek mensupları arasında bir ayırım yapılmaması sebebiyle 657 sayılı Kanun’da disiplin hükümlerinde “göreve gelmeme” ifadesinin, temel görevinin ancak görev mahallinde bulunmasıyla ifa edilebilecek olan büro personeli örneğinde olduğu gibi mesai saatleri içerisinde görev yerinde bulunmaması olarak değerlendirilmesi uygun olabilir. Zira söz konusu Kanun’da memurlar arasında meslek gruplarına göre görev farklılığı belirtilmemektedir. Ancak 2547 sayılı Kanun özel bir kanun olup öğretim elemanlarının görevlerini ayrıca hüküm altına almıştır. Dolayısıyla bu meslek grubunun görevleri kendileri için disiplin hükümlerinin de yer almış olduğu aynı Kanun’da belirlenmiş durumdadır. Bu itibarla “göreve gelmeme” ifadesiyle kastedilen hususun, görevleri yerine getirmemek olarak anlaşılması gerektiği, kanunun ruhuna uygun en doğru yorum olacaktır. Zira tartışılan konuda olduğu gibi kanunun lafzının doğrudan doğruya veya dolayısıyla uygulamaya cevap vermediği hallerde kanunun ruhu itibarıyla uygulanması gerekmektedir⁵⁴. 2547 sayılı Kanun’un ruhu incelendiğinde ise bu bölümde yapılan açıklamalar doğrultusunda “göreve gelmeme” ifadesinin görev mahalline gelmeme değil; görevi yerine getirmeme olarak anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bu sonuca ise yukarıda yapılan açıklamaların tamamından anlaşılacağı üzere hukuki yorumlarda kullanılan temel mantık kurallarına riayet edilerek ulaşılabilmektedir. Zira hukuki yorumlarda kıyas, aksiyel kanıt ve evleviyet gibi mantık kurallarına başvurulması önem arz etmektedir⁵⁵. Kaldı ki dünya genelinde üniversitelere yönelik olarak rekabet, verimlilik, hesap verilebilirlik, performans gibi değerler önem kazanmaktadır⁵⁶. Bu değerlere ise öğretimin elemanlarına 657

⁵¹ Aktaş (n 26) 23.

⁵² Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2010) 198.

⁵³ Rona Serozan, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm)* (Genişletilmiş 2. Bası Vedat Kitapçılık 2008) 117.

⁵⁴ Narmanlıoğlu (n 35) 117.

⁵⁵ Merve Burcu Gişi, ‘İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi’ (2016) IX(2) ERZSOSDER 215, 219.

⁵⁶ Sevgi Yıldız ve Sıddıka Gizir, ‘Öğretim Üyelerinin Üniversite, Akademisyenlik ve Bilimsel Araştırma Kavramlarına İlişkin Algılarının Metaforlar Aracılığıyla İncelenmesi’ (2018) 33(3) Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi 744.

sayılı Kanun kapsamındaki memurlar gibi istihdam edildikleri kurumlarında belirli saatler içerisinde bulunmalarını dikte eden bir yaklaşım yerine akademisyenlerin öğretim göreviyle birlikte araştırma veya deney gibi tüm görevlerini verimli ve yüksek performansla yerine getirmeleriyle ulaşılabilmektedir. Nitekim bilimsel bilgi bu çalışmalarla üretilir ve ancak çalışma koşulları açısından özgür bir ortamda ortaya koyulabilir. Aksine yoğun idari işler ve mesai zorunlulukları, araştırma yapmak için uygun koşulların sağlanamamasına neden olarak akademisyenlerin çalışmalarına ket vuran unsurlar olarak ortaya çıkmaktadır⁵⁷. Dolayısıyla “göreve gelmeme” ifadesinin, belli bir mekânda bulunmama değil; tanımlanan görevlerin yerine getirilmemesi olarak algılanması, eğitim-öğretim faaliyetleriyle birlikte daha verimli akademik çalışmaların ortaya koyulmasını sağlamak suretiyle üniversitelerin akademik rekabet içerisindeki fonksiyonlarıyla da tutarlılık arz edecektir. Böyle bir yaklaşım ise tüm ülke menfaatine katkı sağlayacaktır. Zira bilim dünyasına sunulan bilimsel bir ürünün niteliği ve özgünlüğü, bilim adamının ve mensubu olduğu üniversitenin ve ülkenin bir katkısı olarak görülmekte ve ülkelerin gelişmişlik seviyesinin bir ölçüsü olarak değerlendirilmektedir⁵⁸. Bu itibarla akademik personeli belirli saatler içerisinde belirli bir mekânda bulunmaya zorlamak yerine söz konusu personelin eğitim-öğretim görevlerini ve akademik çalışmalarını etkin ve verimli bir şekilde yerine getirmeleri konusunda politikalar belirlemek, bilimsel ilerlemeye ve yeni neslin daha kaliteli yetişmesine daha fazla katkı sağlayacaktır.

SONUÇ

Öğretim elemanlarının görevleri gerek öğretim üyesinde olduğu gibi ayrı bir şekilde gerek öğretim görevlisi ve araştırma görevlisinde olduğu gibi bunlara ilişkin tanımlar içerisinde olmak üzere 2547 sayılı Kanun’da hüküm altına alınmıştır.

Öğretim elemanlarının özellikle bilimsel araştırma ve yayım gibi görevleri; farklı kütüphanelerden faydalanma, muhtelif işyeri ve ortamlarda araştırma-inceleme yapma veya farklı sosyal gruplarla görüşmeler yapma gibi çok farklı mekânlarda bulunmaları şeklinde bünyesinde istihdam edilmiş oldukları üniversitenin sınırları dışında çalışma mecburiyeti doğurabilmektedir. Söz konusu mecburiyet ise yalnızca bir günlük mesaiyle sınırlı kalmayarak daha uzun süreleri de içerebilmektedir. Bu itibarla öğretim elemanları için 2547 sayılı Kanun’da hüküm altına alınan disiplin cezasını gerektiren “göreve gelmeme” eylemine yönelik görevin

⁵⁷ Aysel Bakıoğlu ve Erkan Yaman, ‘Araştırma Görevlilerinin Kariyer Gelişimleri: Engeller ve Çözümler’ (2004) 20 M.Ü. Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi 14.

⁵⁸ İkbâl Vurucu, ‘Bilimsel Araştırma-Yayın Etiği ve Akademik Teşvik’ (2019) 8(23) 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum 249.

mahiyetini, üniversite sınırları içerisinde bir çalışma yerinde bulunmak olarak kabul etmek isabetli olmayacaktır. Dolayısıyla bir öğretim elemanının göreve gelmemesi durumunda, söz konusu göreve gelmemeye ilişkin gün sayısı; öğretim elemanının mesai günü olarak kendisine tahsis edilmiş yerde veya üniversite yerleşkesinde bulunulmayan günlerin toplamı şeklinde değil; ders verme veya öğrencilerle yapılması gerekli görüşme gibi somut görevlerin öğretim elemanınca yerine getirilmediği günlerin tespit edilerek yalnızca bu günlerin toplamı şeklinde dikkate alınması şeklinde yapılacak bir uygulama, 2547 sayılı Kanun’un ruhuna en uygun yöntem olacaktır. Zira öğretim elemanlarının genel olarak devlet memurlarından farklı çalışma yapısı dikkate alındığında, 2547 sayılı Kanun’da düzenlenen disiplin cezalarını gerektiren eylemlerin değerlendirilme yönteminin, 657 sayılı Kanun’a göre yapılan değerlendirmeye göre daha farklı olması gerektiği tartışmadan varestedir.

İdare mahkemeleri ve Danıştay’ın görmüş oldukları davalarda yapmış oldukları, bilimsel araştırma ve inceleme görevi ile akademik hayatın niteliğine atıfta bulunmak suretiyle öğretim elemanlarının mesaiye devamları açısından diğer kamu görevlileri gibi değerlendirilmelerine olanak bulunmadığına yönelik açıklamalar da bu hususu teyit etmektedir. Çalışmada ortaya koyulan “göreve gelmeme” hususunun 657 sayılı Kanun yerine öğretim elemanları açısından özel bir kanun olan 2547 sayılı Kanun hükümleri doğrultusunda değerlendirilmesinin gerekliliği, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında paylaşmış olduğu görüşleri de doğrulamaktadır. Zira Anayasa Mahkemesi kararında; öğretim elemanlarının disiplin sorumluluğu kapsamına 657 sayılı Kanun’da sayılan fiillerin tamamının dâhil edilmesinin Anayasa’da bu kişiler için öngörülen güvencelerle örtüşmediğini belirtmiştir.

657 sayılı Kanun ile 2547 sayılı Kanun içerik açısından birbirinden farklı kanunlardır. 657 sayılı Kanun, disiplin cezalarında olduğu gibi pek çok kurumdaki pek çok farklı unvandaki memur için ortak hükümleri kapsamaktadır. 2547 sayılı Kanun ise 657 sayılı Kanun’un aksine disiplin cezalarında öğretim elemanı ve diğer personel arasında bir ayırım yapmıştır. 2547 sayılı Kanun, öğretim elemanları için ayrıca disiplin hükümleri belirlemişken iş sözleşmesine dayalı çalışan personel için 4857 sayılı Kanun, memurlar hakkında ise 657 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını düzenlemiştir. Böylece kanun koyucunun, öğretim elemanları için öğretim mesleğinden çıkarmada dâhil olmak üzere disiplin cezalarını 2547 sayılı Kanun’da belirleyip diğer personel için diğer kanunlara atıfta bulunmak suretiyle öğretim elemanlarının yalnızca bu Kanun kapsamında disiplin hükümlerine tâbi tutulma iradesinde bulunduğu anlaşılmaktadır. Aksi bir durumda diğer personel için yapmış olduğu atfı öğretim elemanları için de yapması beklenirdi. Tam tersine kanun koyucu 2547 sayılı Kanun’da, 657 sayılı Kanun’da düzenlenen

disiplin cezalarına benzer şekilde uyarma, kınama, aylıktan veya ücretten kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması veya birden fazla ücretten kesme, üniversite öğretim mesleğinden çıkarma ve kamu görevinden çıkarma şeklinde öğretim elemanları için tüm disiplin cezalarına hükmetmiştir. Kanun koyucunun yükseköğretim kurumlarındaki diğer personel için yapmış olduğu atfın aksine öğretim elemanlarının disiplin hükümleri için 657 sayılı Kanun'a atıfta bulunmayışı, esasında söz konusu meslek mensuplarının görevlerinin farklılığını teyit etmektedir. Nitekim öğretim elemanlarına verilebilecek disiplin cezalarını gerektiren eylemlerin 657 sayılı Kanun'daki eylemlerden farklılaştığı da görülmektedir.

Tüm bu açıklamalar doğrultusunda, farklı meslek mensupları arasında bir ayırım yapılmaması sebebiyle 657 sayılı Kanun'da disiplin hükümlerinde "göreve gelmeme" ifadesinin, temel görevinin ancak görev mahallinde bulunmasıyla ifa edilebilecek olan büro personeli örneğinde olduğu gibi mesai saatleri içerisinde görev yerinde bulunmaması olarak değerlendirilmesi uygun olabilir. Zira söz konusu Kanun'da memurlar arasında meslek gruplarına göre görev farklılığı belirtilmemektedir. Ancak 2547 sayılı Kanun özel bir kanun olup öğretim elemanlarının görevlerini ayrıca hüküm altına almıştır. Dolayısıyla bu meslek grubunun görevleri kendileri için disiplin hükümlerinin de yer almış olduğu aynı Kanun'da belirlenmiş durumdadır. Bu itibarla "göreve gelmeme" ifadesiyle kastedilen hususun, söz konusu görevlerin yerine getirilmemiş olmasının anlaşılması gerektiği, kanunun ruhuna uygun en doğru yorum olacaktır. Kaldı ki çalışmada detaylı bir şekilde anlatıldığı üzere böyle bir yorum, akademisyenlik mesleğinin ve buna ilişkin statülerin ruhuna da uygun düşecektir.

KAYNAKÇA

Akıtıcı S ve Öztürk M, 'Araştırma Görevlilerinin İş Doyumlarının Bireysel ve Demografik Açıdan İncelenmesi: SDÜ Örneği' (2016) 21(2) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi 667-692.

Aktaş S, 'Hukukta Yorum Çabaları' (2011) XV(3-4) EÜHFD 1-33.

Arslantürk Y ve Soyal R, 'Fayda ve Zarar Unsurlarının Varlığının İntihal Yargılamasına Tesiri' (2023) 8(2023-1) Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi 1-41.

Artuk ME, Erem F ve Danışman A, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası Seçkin Yayıncılık 1997).

Ay YA, 'Vakıf Yükseköğretim Kurumu Personelinin Hukuki Niteliği ve Bu Personelin Ücret Gelirinin Vergilendirilmesinde 2914 sayılı Kanun'da Öngörülen Vergi Kolaylıklarının

Uygulanıp Uygulanmaması Sorunu Üzerine Bir Değerlendirme’ 2022 8(2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 277-307.

Bakioğlu A ve Yaman E, ‘Araştırma Görevlilerinin Kariyer Gelişimleri: Engeller ve Çözümler’ (2004) 20 M.Ü. Atatürk Eğitim Fakültesi Eğitim Bilimleri Dergisi 1-20.

Batun M, ‘Türk Vergi Hukukunda Yorum ve İspat’ (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 2012).

Bayındır MS, ‘2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nun 35. Maddesinin Getirdiği Düzenleme ve Bu Düzenlemenin Uygulanmasından Doğan Sorunlar’ (2007) 15(2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 215-234.

Brugger W, ‘Concretization of Law and Statutory Interpretation’, (1996) 11 Tulane European and Civil Law Forum 207-250.

Erkul H, Buckley AÖ ve Seçtim H, ‘Yükseköğretim Kurumlarında Disiplin Amirleri ve Disiplin Kurulları Üzerine Nitel Bir Araştırma’ (2021) 6(3) Troyacademy 776-806.

Gişi MB, ‘İdare Hukukunda Yorum ve İdari Uyuşmazlıkların Çözümünde ve Yorumlanmasında Hukuk Devleti İlkesinin Yeri ve Önemi’ (2016) IX(2) ERZSOSDER 215-232.

Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin Yayınları 1998).

Gözler K, ‘Yorum İlkeleri’ iç Ozan Ergül (ed), *Kamu Hukukçuları Platformu: Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması* (Türkiye Barolar Birliği 2012).

Gözler K ve Kaplan G, *İdare Hukuku Dersleri* (18. Baskı Ekin Yayınları 2016).

Gülan A, ‘Akademik Personelin Üniversite Dışında Mesleki Gelir Getirici Çalışmalarda Bulunmasının Meşruluğu Sorunu’ (2011) 69(1) İstanbul Hukuk Mecmuası 37-42.

Günday M, *İdare Hukuku* (Güncelleştirilmiş 8. Baskı İmaj Yayınları 2003).

Gürbüz R ve Akkaya Y, ‘Türkiye’de Vakıf Üniversiteleri: Eğreti Bir Özellik’ 2014 8(17-18) Toplum ve Demokrasi 67-80.

Hirş E. E, *Pratik Hukukta Metot* (Güncellenmiş 8. Basıdan Tıpkı Basım Sözkese Matbacılık 2018).

İşıkaç Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2010).

Kabakçı I, 'Araştırma Görevlilerinin Mesleki Gelişime Yönelik Bakış Açıkları: Eğitim Fakülteleri Örneği' (Doktora Tezi, Anadolu Üniversitesi 2005).

Karabatak R, 'Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması (Yorum ve Nitelendirme)' (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi 1996).

Karayalçın Y ve Yongalık A, *Hukukda -Öğretim-Kaynaklar-Metod- Problem Çözme* (7. Baskı Sözkese Matbaacılık 2008).

Karlı MR, 'İdare Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2015).

Kayıhan Ş, *Hukukun Temel Kavramları* (2. Baskı Seçkin Yayıncılık 2008).

Narmanlıoğlu Ü, 'Kanunun Anlam Bakımından Uygulanması' iç *Prof. Dr. Turhan Tüfan YÜCE'ye Armağan* (Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını 2001).

Oyman Bozkurt N, 'Bilimsel Yayınların Niteliği ve Nitelik Sorunlarına İlişkin Akademisyen Görüşleri' (2021) 11(1) *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi* 128-137.

Sancakdar O, Önüt LB, Us Doğan E, Turhan Kasapoğlu M ve Seyhan S, *İdare Hukuku*, (8. Baskı Seçkin Yayıncılık 2019).

Serozan R, *Medenî Hukuk (Genel Bölüm)* (Genişletilmiş 2. Bası Vedat Kitapçılık 2008).

Vurucu İ, 'Bilimsel Araştırma-Yayın Etiği ve Akademik Teşvik' (2019) 8(23) 21. *Yüzyılda Eğitim ve Toplum* 247-295.

Yıldız S ve Gizir S, 'Öğretim Üyelerinin Üniversite, Akademisyenlik ve Bilimsel Araştırma Kavramlarına İlişkin Algılarının Metaforlar Aracılığıyla İncelenmesi' (2018) 33(3) *Hacettepe Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi* 743-762.

Yüksel M, *Anayasa'nın Yorumlanması* (Asil Yayın Dağıtım 2008).

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi, E 2017/33 K 2019/20, 10.04.2019.

Danıştay 8 Dairesi, E 2014/10203 K 2015/5308, 01.06.2015.

Danıştay 8 Dairesi, E 2017/6130 K 2021/1639, 17.03.2021.

Danıştay 8 Dairesi, E 2019/3579 K 2021/3527, 30.06.2021.

Danıştay 8 Dairesi, E 2018/5353 K 2022/148, 20.01.2022.

Danıştay 8 Dairesi, E 2021/1289 K 2022/1437, 04.03.2022.

Kahramanmaraş İdare Mahkemesi, E 2016/1145 K 2017/2016, 18.11.2016.

Kayseri 1 İdare Mahkemesi, E 2015/1310 K 2016/487, 28.04.2016.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2012/189 K 2012/234, 05.11.2012.

Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü, E 2019/603 K 2019/818, 23.12.2019.

İhmal ve Müşterek Faillik^{*}, ^{**}

Omission and Co-Perpetration

Av. Dr. Özge BOZKURT^{***}

Öz

Ceza hukukunun üzerinde en çok tartışılan konularından biri olan ihmal, ancak bir normun varlığı halinde bu hukuk dalının kendisine değer atfedebileceği bir hareket haline gelmektedir. Böyle bir normun hareketsiz kalınarak ihlal edildiği durumlarda öncelikle faillik ve şeriklik ayrımı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının mümkün ve gerekli olup olmadığı konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüş olup bunu mümkün görenlerin ayrımın hangi kriterler ile yapılabileceği konusundaki görüşleri çeşitlilik arz etmektedir. Bu konuda geliştirilen teoriler etrafında bir inceleme yapılarak ihmalde bulunanın somut olayda fail olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşıldığında bu failliğin türünü de belirleme gereği doğacaktır. Bu noktada yanıtlanması gereken sorulardan biri, ihmal ile müşterek failliğin bir arada bulunup bulunamayacağıdır. İhmali hareketin yapısal özelliklerinin bu soruya verilecek yanıtta dikkate alınması gerekecektir. Nitekim ihmalin ceza hukukunun konusu haline gelebilmesi için gereken harekete geçmek veya neticeyi önlemek yönündeki hukuki yükümlülüğün kaynağı bir emir normudur. Emir ve yasak normlarına ilişkin ihlallerin aynı konu üzerinde birlikte gerçekleştiği durumlarda bu normları ihlal edenlerin müşterek fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacakları önemli bir soruyu oluşturmaktadır. Öte yandan birden çok kişinin yükümlülüğe aykırı olarak ihmalde bulunduğu durumlarda bu kişiler arasında bir müşterek faillik ilişkisinin mümkün olup olmadığı yanıtlanması gereken diğer bir sorudur.

Anahtar Kelimeler

İhmal, iştirak, faillik, müşterek faillik, şeriklik

Abstract

Omission, one of the most debated subjects in criminal law, becomes an act to which this branch of law can attribute value only in the presence of a norm. In cases where such a norm is violated through omission, the distinction between perpetration and complicity becomes an issue. Different opinions have been put forward regarding whether it is possible and necessary to distinguish between perpetration and complicity in offenses of omission. Those who consider it possible vary in their criteria for making this distinction. When examining the theories developed on this subject, it is concluded that the omissive person should be held responsible as the perpetrator in the concrete case. At this point, it becomes necessary to determine the type of this perpetrator.

* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 27.11.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 11.01.2024.

** Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “İhmali Suçlarda İştirak” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

*** İstanbul Barosu, oozge.bozkurt@gmail.com, ORCID: 0009-0005-4290-9321.

One of the questions to be answered is whether omission and co-perpetration can coexist. The answer to this question will need to take into account the structural characteristics of the act of omission. In fact, the legal obligation to act or prevent the result necessary for omission to become a subject of criminal law originates from a norm of command. In cases where violations of command and prohibition norms occur together on the same subject, the question of whether the violators of these norms can be held responsible as co-perpetrators becomes important. On the other hand, in cases where more than one person is omissive in violation of the obligation, the question of whether a co-perpetrator relationship is possible among these persons needs to be answered.

Keywords

Omission, accomplicity, perpetration, co-perpetration, complicity

GİRİŞ

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan ihmal, bir o kadar problemlili olan iştirak kurumu ile bir araya geldiğinde yanıtlanması gereken birtakım soruları doğurmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde bu iki kurumdan biri olan iştirake ve onun bir görünüm biçimi olarak müşterek faillığe ilişkin genel açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde ihmalin niteliğine, bu bağlamda ontolojik bir kavram mı yoksa salt normatif bir kavram mı olduğu yönündeki tartışmaya temas edilmiş ve bu konuda bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

İhmali hareketten ötürü ceza sorumluluğunun tesis edilmesinde rol alan normun ihlal edilmesi halinde, ihmalde bulunan kişinin davranışının faillik mi yahut şeriklik mi teşkil edeceği bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmada, bu konuda geliştirilmiş teorilere ve genel bir değerlendirmeye de yer verilmiştir.

İhmalin faillik teşkil ettiği sonucuna varıldığında TCK'da da açıkça düzenlenen bir faillik türü olarak müşterek failliğin ihmal ile bir arada bulunup bulunamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda inceleme *ihmal hareketle müşterek faillik* ve *ihmal suçlarda müşterek faillik* olarak iki başlık altında gerçekleştirilmiştir. Birinci başlık altında değerlendirilen husus, icrai hareketle işlenen bir suça ihmal hareketle müşterek fail olarak katılımın mümkün olup olmadığıdır. İkinci başlık ise gerçek ve gerçek olmayan ihmal suçların harekete geçmek veya neticeyi önlemek yönünde hukuki bir yükümlülük altında olan birden fazla kimse tarafından birlikte suç işleme kararına istinaden müşterek faillik şeklinde işlenmesinin kabul edilebilir olup olmadığına dair bir incelemeyi içermektedir.

I. GENEL HATLARIYLA İŞTİRAK KURUMU VE İŞTİRAKİN BİR TÜRÜ OLARAK MÜŞTEREK FAİLLİK

A. İştirak Kavramı ve Suça İştirakte Cezalandırmaya İlişkin İki Temel Sistem

Ceza kanunlarında ve ceza içeren özel kanunlarda tanımlanan suç tipleri genellikle tek bir kişi tarafından işlenebilmektedir. Nitelikleri ve kanuni tanımları gereği bir kişi tarafından işlenebilen suçların birden fazla kişinin katkısıyla işlenmesi durumu ise *suça iştirak* olarak adlandırılmaktadır¹. Bu noktada iştirak ve çok failli suç kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir.

Birden fazla kişinin fail olarak katılımı ile işlenmesi mümkün olan suçlar çok failli suçlar olarak nitelendirilmektedir² ve bu özellikleri gereği zorunlu iştirak bahsi altında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu suçlara iştirake ilişkin genel ilkeler bağlamında katılımın ayrıca mümkün olduğu ifade edilmektedir³. Esasen çok failli suçlar zorunlu iştirakin sadece bir görünüm biçimi olup bu başlık altında ayrıca zorunlu şerikliğin de bulunduğunu ilave etmek gerekmektedir⁴.

İştirak halinde işlenen suçlar bakımından suça katılanların ne şekilde cezalandırılması gerektiği konusunda farklı sistemler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki suça katkısı ne düzeyde olursa olsun tüm katılımcıların eşit şekilde cezalandırılmasını öngören ve eşitlik ya da tek fail sistemi (*Einheitstätersystem*) olarak adlandırılan sistemdir⁵. Geniş anlamda fail kavramını (*extensiver Täterbegriff*)⁶ ortaya çıkaran bu sistemde şerikliğe ilişkin düzenlemeler

¹ M Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)738 .

² Bkz: Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayınevi 1998) 32. Ayrıca çok failli suçların kendi içindeki tasnifi için bkz: Yalçın Sancar (n 2) 109 vd.

³ Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu' (2005) LXIII (1-2) İÜHFM 57, 58.

⁴ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 741.; Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap (1999) 448.

⁵ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745. Bu sistem, fail birliği prensibi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz: Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 449. Eşitlik sisteminin türdeş faillik olarak adlandırılması ve bu sistemde suçun işlenmesine yapılan katkının cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacağı hakkında bkz: Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik*, C II (Yener Ünver ed, Adalet Yayınevi 2015) 1174, 1175.

⁶ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

cezalandırabilirliği sınırlandıran hükümler (*Strafeinschränkungsgründe*)⁷ olarak nitelendirilmektedir.

İştirak halinde işlenen suçlarda katılımcıların sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin diğer bir sistem, faillik ve şeriklik arasında ayırım yapan ikili iştirak sistemidir (*dualistische Beteiligungsmodell/differenziertes Beteiligungssystem*)⁸ ve sorumluluğun suça sunulan katkı oranına göre tayin edildiği bu sistemde dar fail kavramı (*restriktiver Täterbegriff*) ortaya çıkmaktadır⁹. Böylelikle şerikliğe ilişkin hükümler cezalandırılabilirliği genişletici hükümler olarak nitelendirilmektedir¹⁰.

5237 sayılı TCK'da da 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi, suça katılanların sundukları katkıya göre farklı şekillerde sorumlu tutulmalarını öngören ikili ayırma dayalı iştirak sistemi ve dar fail anlayışı benimsenmiş bulunmaktadır¹¹. Böylece hukuk sistemimizde, bir suçun işlenmesine katılmayı ifade eden iştirak, faillik ve şeriklik olmak üzere iki alt başlıktan oluşmaktadır¹².

⁷ Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (Duncker&Humblot 2009) 66; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer-Verlag 2015) 393; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre* (2. neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter 1982) 222.

⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

⁸ Mosenheuer (n 7) 77.

⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

¹⁰ Bkz: Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745. Benzer biçimde Mahmutoğlu (n 3) 59; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver (n 4) 375; Berrin Akbulut, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167, 176; Seydi Kaymaz, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu' (2012) XVI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 121.

¹¹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 746; Koca ve Üzülmöz (n 5) 450. 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemi arasında karma bir sistemi benimsediği yönündeki görüş için bkz: Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 534.

¹² Gropp (n 7) 390; Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7(18) CHD 7, 22. Bununla birlikte Alman hukukunda şimdiye kadar baskın olan eğilimin iştirak öğretisi için Beteiligungslehre yerine Teilnahmelehre ifadesini kullanmak yönünde olduğu, ancak bunun yanlış bir kullanım olduğu Gropp tarafından ifade edilmektedir. Bkz: Gropp (n 7) 390. Bu ifadenin (*Teilnahmelehre*) kullanıldığı ve Teilnahme olarak ifade edilen iştirakin türlerinin müşterek faillik (*Mittäterschaft*), azmettirme (*Anstiftung*) ve yardım etme (*Beihilfe*) olarak sayıldığı bir eser olarak bkz.: Hugo Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Philipp Allfed ed, sechste völlig umgearbeitete Auflage, A Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf 1907) 184 vd.

B. Fonksiyonel Hâkimiyet İlkesi Işığında İştirakin Bir Türü Olarak Müşterek Faillik

İkili iştirak yapısının benimsendiği hukuk sistemlerinde faillik ve şeriklik arasında bir ayrıma gitmenin birtakım avantajları bulunmakla birlikte önemli bir de sorun ortaya çıkmaktadır. Bu, iştirakin faillik ve şeriklik şeklindeki iki kanadı arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı sorundur¹³. Faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma dair tartışmalar en azından iki yüz yıllık bir geçmişe sahiptir¹⁴. Bu tartışmayı şekillendiren önemli sorulardan biri de müşterek faillik ve yardım etme arasındaki ayrımın nasıl yapılacağıdır. Öğretide faillik ve şeriklik ayrımında esas alınacak kriterlerin neler olduğuna dair farklı teoriler geliştirilmiştir. Bahsi geçen teorilerden biri olan ve günümüzde gerek Türk gerek Alman öğretisinde baskın biçimde savunulan fiil hâkimiyeti teorisinden (*Tatherrschaftslehre*) kısaca bahsetmek, bu teorisin müşterek failliğin suçun birlikte işlenmesi koşulu bakımından yapacağımız tartışmada da temel hareket noktasını teşkil etmesi nedeniyle faydalı olacaktır. Zira bu teorisin bugün genel olarak kabul edilen halinde, fiil üzerindeki hâkimiyetin müşterek faillik bakımından fonksiyonel hâkimiyet şeklinde gerçekleştirilebileceği kabul edilmiş olup bu hususa aşağıda yer verilecektir.

Mucidi *Hegler* olarak görülen¹⁵ ve bugün öğretilde baskın şekilde savunulan hali büyük ölçüde *Roxin* tarafından geliştirilmiş olan¹⁶ fiil hâkimiyeti teorisi, sübjektif ve objektif unsurlar arasında bir denge sağlama çabası nedeniyle “*yeni maddi objektif teori*” veya “*final-objektif teori*” adlarıyla da anılmaktadır¹⁷. Teori savunucuları, faillik ve şeriklik ayrımının, suç teşkil eden fiil üzerinde kurulan hâkimiyete göre belirlenmesi gerektiğini söylemekte, *tipe uygun*

¹³ Kristian Kühl, ‘Täterschaft und Teilnahme’ (2014) JA 668, 669.

¹⁴ Wolfgang Joecks und Jörg Scheinfeld, ‘Täterschaft und Teilnahme’ in Volker Erb und Jürgen Schäfer (edr), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1 (4. Auflage, Verlag CH Beck 2020) § 25 m:4.

¹⁵ Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Zweite Auflage, Cram, de Gruyter & Co 1967) 60; Diethelm Kienapfel, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in Programmierter Form* (3. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1983) 552.. Bununla birlikte *Hegler*’in faillik, azmettirme ve yardım etme ayrımında hiçbir noktada fiil hâkimiyeti kriterini kullanmadığı ve fakat günümüzün terimleri ile onun açıklamaları arasında belirli bir ilişki olduğu dile getirilmektedir. Bkz.: Roxin (14) 60. Fiil hâkimiyeti teorisinin mucidini *Lobe* olarak gösteren kaynaklar da bulunmaktadır. Bkz.: Joecks und Scheinfeld (n 13) m:10. *Lobe*’un teorisin kurucusu olarak zikredildiği bir diğer kaynak için bkz.: Hans Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch Des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot 1996) 651, 652. Roxin ise, *Lobe*’un görüşünün fiil hâkimiyeti teorisinin ilk tam gelişmiş formülasyonu olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Roxin (14) 65.

¹⁶ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 404.

¹⁷ Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und Die Zurechnungslehre Lehrbuch* (Walter de Gruyter 1983) 612..

oluşum sürecini elinde tutarak fiile hâkim olan yönlendirici irade sahibinin fail olarak kabulü sonucuna ulaşmaktadır¹⁸. Bu bağlamda fail, süreci yürüten ya da durdurabilme imkânına sahip olan kişi olarak suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesinde asli role sahip iken şerik, tali bir rol üstlenmektedir¹⁹. Bu itibarla suçun gerçekleştirilmesinde gösterilen katkının derecesi objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve faillik-şeriklik ayrımında belirleyici kriteri teşkil etmektedir²⁰.

Fiil hâkimiyeti teorisinin bugün ağırlıklı olarak kabul edilen şekli itibarıyla *harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet* şeklinde üç görünüm biçimi bulunmaktadır ve bunların her biri farklı faillik türlerinin yapıtaşını oluşturmaktadır²¹. Bu bağlamda harekete hâkimiyet doğrudan faillik, iradeye hâkimiyet dolaylı faillik ve fonksiyonel hâkimiyet ise müşterek failliğin yapıtaşdır²². Bu itibarla fiil hâkimiyetinin fonksiyonel hâkimiyet biçiminde görünüm arz ettiği müşterek faillik için gereken koşullar ortaya çıkmış olmaktadır: *Birlikte suç işleme kararı ve suçun birlikte işlenmesi*.

Birlikte suç işleme kararı ve suçun birlikte işlenmesi şeklindeki iki koşul, faillik ve şeriklik ayrımında fiil hâkimiyeti teorisinin benimsendiği anlaşılan hukuk sistemimizde hem fiil hâkimiyeti teorisinin müşterek faillğe ilişkin kabullerinden anlaşılakta hem de kanun koyucu tarafından müşterek faillğe ilişkin düzenlemenin yer aldığı 37. maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır: “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*”²³.

Müşterek failliğin ilk koşulu suçun birlikte işlenmesine dair ortak bir kararın varlığıdır. Birlikte suç işlemeye yönelik bu karar açık bir biçimde alınmış olabileceği gibi örtülü de olabilir²⁴. Müşterek failer arasında gerçekleşmesi aranan bu iradi birliğin suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında ortaya çıkması mümkündür. Suçun işlenmesi esnasında oluşacak birlikte suç işleme kararı *sukzessif müşterek faillik* kavramını gündeme getirecektir²⁵. Bu

¹⁸ Koca ve Üzülmöz (n 5) 452; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 747; Heinrich (n 5) 240; Kühl (n 13) 669.

¹⁹ Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar çev, Yetkin Yayınları 2021) 201.

²⁰ Koca ve Üzülmöz (n 5) 453.

²¹ Roxin (n 15) 127 vd; Koca ve Üzülmöz (n 5) 453.

²² Koca ve Üzülmöz (n 5) 453; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 749; Öztürk ve Erdem (n 15) 404, 405; Mosenheuer (n 7) 84. Fiil hâkimiyetinin bu üç görünüm şekli hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: Roxin (n 15) 127.

²³ Bkz madde gerekçesi.

²⁴ Heinrich (n 5) 254.

²⁵ Heinrich (n 5) 254, 255.

durumda ise hareketin teşebbüs aşamasına geldiği andan tamamlanma anına kadar mı yoksa suçun tamamlanma anından bitme anına kadar mı müşterek fail olarak katılmanın mümkün olduğu tartışması doğmaktadır²⁶.

Müşterek failliğin bir diğer koşulu suçun, suç teşkil eden hareket üzerinde kurulacak fonksiyonel bir hâkimiyet çerçevesinde birlikte işlenmesidir²⁷ ve bu yönü itibarıyla müşterek faillik yardım etme düzeyindeki katılımlardan ayrılmaktadır.

Fiil hâkimiyetinin üç görünüm şeklinden biri ve müşterek failliğin referansı olan fonksiyonel hâkimiyetin belirlenmesinde, suça iştirak edenlerin suçun işlenmesindeki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem dikkate alınmaktadır. Bu husus TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, sunulan katkının suçun icrasında doğrudan doğruya etkili olacak hareketleri içermesi gerektiği ifade edilmektedir²⁸. Bununla birlikte öğretide fonksiyonel hâkimiyet ve zorunluluk teorisinin birbirine karıştırılmaması gerektiği de dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, fonksiyonel hâkimiyet konusundaki açıklamalar müşterek failliğin tespiti için suç ortağının katkısının nedensellik bakımından zorunluluk gösterip göstermediğine ilişkin bir değerlendirmenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır²⁹. Zira suçun işlenmesi bakımından sunulan tüm katkılar nedenseldir ve bu nedenle *ex post* bir değerlendirme yapılarak katkının nedensel olup olmadığını belirlemeye çalışmak yersiz olacaktır³⁰.

II. CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI VE MÜŞTEREK FAİLLİK BAKIMINDAN DEĞERİ

A. İhmalin Normatif Niteliği ve Suç Teorisi İçindeki Yeri

Romalı hukukçu *Ulpianus*'un sözü olan³¹ “*cogitationis poenam nemo patitur*”³², dışarıya yansımayıp insanın iç dünyasında kalan düşünce ve duyguların ceza hukukuna konu

²⁶ Heinrich (n 5) 265.

²⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 755.

²⁸ Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Bası, Beta 2017) 500.

²⁹ Bu görüş için bkz: İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği 1996) 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu ve Ünver, (n 4) 380

³⁰ Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası* (n 29) 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu ve Ünver (n 4) 380.

³¹ Selman Dursun, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı* (Seçkin Yayınevi 2021) 131.

³² Digest, 48, 18, Ulpian, Edict, book 3. Bkz: Alan Watson (ed), *The Digest of Justinian*, vol IV (REV-Revised, University of Pennsylvania Press 1998) 850; Jescheck und Weigend (n 15) 225; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 5. Ayrıca bkz: Franz

olamayacağı yönündeki temel ilkeyi ifade etmektedir³³. Bu ilke karşısında, ihmalin dış dünyaya yansıyan aktif bir etkiyi barındırmamasına rağmen hangi dayanak ile cezalandırılabilirliğinin konusu haline gelebildiği sorusu ortaya çıkmaktadır³⁴.

İhmal kavramının farklı dillerdeki sözlüklerde de Türkçede olduğu gibi daha çok dikkatsizlik ve özensizlik temelinde tanımlandığı ve bu haliyle taksiri çağrıştırdığı görülmekle birlikte³⁵ ceza hukukunun ona atfettiği değer farklıdır.

İhmalin dış dünyaya yansıyan aktif bir etkiyi içermemesi nedeniyle icrai hareket gibi bir gerçekliğinin, bu bağlamda ontolojik bir varlığının bulunup bulunmadığı uzun süre tartışılmış ve halihazırda fikir birliğine varılamamış bir meseledir. Bu hususta geliştirilen teorileri iki ana başlık altında toplamak mümkündür: *Normativist teoriler* ve *ontolojik teoriler*³⁶.

Normativist teorilerin savunucuları genel olarak normu ihmalin yapısal bir unsuru olarak nitelendirmekteydiler. Buna karşın ontolojik teorilerde ihmalin normun dışında da bir gerçekliğinin olduğu savından hareket edilmektedir³⁷.

İhmal ile icra arasındaki varoluşsal farklılık daha başta, davranışın ortaya çıkış aşamasında anlaşılmaktadır. İcrai hareket herhangi bir araca ihtiyaç duyulmaksızın belirlenebilirken, bir hareketsizlik halini ifade eden ihmalin ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilecek bir hareket olarak tespiti ancak normlar aracılığıyla mümkün olabilmektedir³⁸. Dolayısıyla ihmalin ceza hukuku alanında varlık kazanabilmesi normatif bir değerlendirmeyi

Von Liszt, *Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts* (6. durchgearbeitete Auflage, J Guttentag Verlagsbuchhandlung 1894) 99.

³³ Koca ve Üzülmöz (n 5) 90; Öztekin Tosun, *Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri* (Sermet Matbaası 1967) 158; M Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953) 259; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 214.

³⁴ Manfred Maiwald, “Handeln und Unterlassen- Handeln Für Einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek” in Cumhuriyet Şahin (çev), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler* (Selçuk Üniversitesi 1998) 160; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcra-İhmal Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları* (Seçkin Yayınevi 2003) 61.

³⁵ İhmal kelimesinin Türkçe sözlüklerdeki tanımı için bkz: Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal edr, İdeal Kültür&Yayıncılık 2012) 185; Mehmet Bahaettin, *Yeni Türkçe Lügat* (Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları 2004) 298; İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C 2 (Kubbealtı Neşriyatı 2005) 1362; Yaşar Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük*, C 2 (Ötüken Neşriyat 2007) 2110. İhmalin Almanca ve İngilizcedeki açıklaması için bkz: <<https://www.dwds.de>> Accessed 9 November 2022; <<https://dictionary.cambridge.org>> Accessed 9 November 2022.

³⁶ Selahattin Keyman, ‘Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 157.

³⁷ Keyman (n 36) 157.

³⁸ Keyman (n 36) 137,138; Koca ve Üzülmöz (n 5) 99 ve 102.

gerektirmektedir³⁹. O halde ihmali davranışı salt ontolojik yönüyle açıklama girişimlerinin onun niteliğini belirlemede yetersiz kaldığını söylemek gerekir. Bununla birlikte ihmali, saf normatif bir kavram olarak nitelendiren görüşlerin de onun gerçekliğini dikkatten kaçırdıkları söylenebilir⁴⁰. Zira ihmalin ontolojik bir varlığı bulunmaktadır ve fakat bu varlık onun ceza hukuku bakımından kendisine değer atfedilebilir olmasına yetmemektedir. Bu itibarla ihmal hukuk öncesi bir gerçekliğe sahiptir; ancak ceza hukukunun konusu haline gelebilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki yükümlülük ihdas eden bir normun varlığı gerekmektedir.

İcrai hareketten farkı sebebiyle ihmalin bir hareket olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve icra ile ihmali kapsayan ortak bir üst terimin bulunup bulunmadığı da uzun süre tartışılmış konulardan biridir. Sözgelimi *Radbruch* tarafından, her iki kavramın A ile A olmayan nasıl ki bir başlık altında yer alamıyorsa ihmal ve icranın da aynı başlık altında ele alınamayacağı savunulmuş⁴¹, bu itibarla *ikici (dual) bir hareket sistemi* kurulması gerektiği ileri sürülmüştür⁴². *Kaufmann*'ın ortaya koyduğu terslik prensibi (*Umkehrprinzip*) ise icra ile ihmalin aynı koşullar altında birbirinin zıt hali olduğu düşüncesini yansıtmaktadır; fakat *Jescheck/Weigend* bu anlayışı reddederek her iki davranışın da “sosyal açıdan önemli insan davranışı” olduğunu ve icrai hareketler için geliştirilen ilkelerin ihmal alanında uygulanması için anlamına uygun bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu dile getirmektedirler⁴³.

Ortak bir üst terim arayışı devam etmesine rağmen bugün Alman ceza hukuku öğretisinde icra ve ihmali kapsar şekilde “hareket” (*Handlung*) kavramının ağırlıklı olarak tercih edildiği görülmektedir. Türk öğretisinde ise, icra ve ihmal için ortak üst terim olarak çoğunlukla *fiil* ve/veya *hareket* terimlerine rastlanmaktadır⁴⁴.

İhmalin ontolojik bir yanının bu bağlamda bir gerçekliğinin bulunduğunu kabul ettikten sonra onun icrai hareketin tam anlamıyla zıt halini oluşturduğunu veya her iki kavramın aynı üst başlık altında ele alınamayacak ölçüde bağlantısız olduğunu savunmak kanaatimizce tutarlı değildir. Bu nedenle ortak bir üst terim arayışına devam edilmesi yerindedir. Fiil ve hareket

³⁹ Koca ve Üzülmüş (n 5) 99.

⁴⁰ Benzer şekilde: Fatih Yurtlu, ‘İhmali Suçlar’ (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2020) 63.

⁴¹ Bkz: Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik* (De Gruyter 1903) 140.

⁴² Edmund Mezger und Hermann Blei, *Strafrecht I Allgemeiner Teil* (15. neuarbeitete Auflage, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1973) 69.

⁴³ Jescheck und Weigend (n 15) 598.

⁴⁴ Farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde tercih edilen kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hakeri (n 34) 21-23.

kavramlarının sözlüklerdeki anlamları ve ilgili bilim alanlarındaki karşılıkları dikkate alındığında, sözgelimi fizik alanında hareketin bir devinimi gerektirmesi göz önünde bulundurulduğunda⁴⁵ özellikle hareket kavramının bir hareketsizliği ifade eden ihmali kapsamayacağı söylenebilir⁴⁶. Fakat ceza hukuku alanında varlık kazanması normatif bir değerlendirme ile mümkün olan ihmalin, yine normatif bir değerlendirme ile hareket kavramı kapsamında nitelendirilmesi bizce mümkündür. Dolayısıyla ihmal ve icrayı kapsayan ortak üst terim olarak hareket veya fiil kavramlarından birinin tercih edilmesi ve bu kavramların birbiri yerine kullanılması mümkündür.

B. İhmali Hareket Bakımından Faillik ve Şeriklik Ayrımı

İhmali suçlar alanındaki tartışmalar ihmali hareketin niteliği ile sınırlı olmayıp ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı da uzun süredir ihtilafli olan konulardan biridir. Bu tartışma esasen müşterek faillik ve yardım etme ayrımını yakından ilgilendirmektedir. Bu hususta ileri sürülen görüşleri iki ana grupta toplamak mümkündür: İcrai hareket alanındaki ayırım kriterlerinin ihmal alanına da uygulanması yönündeki görüşler ve ihmali yapısı dikkate alınarak ayırım kriterlerinin belirlenmesi yönündeki görüşler⁴⁷.

Özellikle Alman hukukunda ihmalde faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin çokça görüş ileri sürülmüş ve fakat hala üzerinde uzlaşma sağlanan bir teori geliştirilememiştir. Bu bağlamda bazı yazarlar neticeyi önleme gücü kriterini kullanarak fiil hâkimiyetini tesis eden kişiyi ihmali hareketle fail olarak nitelendirirken bazı yazarlar garantörü daima şerik, bazı yazarlar ise daima fail olarak kabul etmektedir⁴⁸. Bu görüşlerin dışında garantörsel yükümlülüğün türü ya da içeriğine göre bir ayırım yapılması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır⁴⁹.

İcrai suçlar alanındaki ayırım kriterlerinin ihmali suçlar alanında da uygulanmasına yönelik görüşlerden biri, ayırımıda subjektif teorinin esas alınmasına yöneliktir. Bu itibarla hareketsiz kalan kişinin “içsel tutumu”na ve faillik iradesiyle mi yoksa şeriklik iradesiyle mi

⁴⁵ Dursun (n 31) 41.

⁴⁶ Hareketin ihmali kapsamadığı yönündeki görüş için bkz: Yurtlu (n 40) 22.

⁴⁷ Meral Balcı, ‘İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı’ (2021) 14 (4) Suç ve Ceza 837, 846.

⁴⁸ Joecks und Scheinfeld (n 14) rn:285; Karsten Gaede, ‘Begehen durch Unterlassen’ in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans Ulrich Paeffgen und Frank Saliger (edr), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft 2023), § 13 rn:26.

⁴⁹ Joecks und Scheinfeld (n 14), rn: 285.

hareket ettiğine odaklanılmaktadır⁵⁰. Bu bağlamda Alman yargı kararlarında ılımlı subjektif teori ile bağlantı kurularak bir değerlendirme yapıldığını da ifade etmek gerekir. İçsel tutumun yanı sıra fiil hâkimiyetinin de belirleyici bir kriter olarak hesaba katıldığı Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ihmali davranış, başka bir kişinin eylemini kendi eylemi haline getirme iradesinin bir tezahürü ise müşterek failliğin, içsel bir katılım ve neticeye yönelik bir çıkar olmaksızın sadece eyleme izin verme niteliğindeyse yardım etmenin söz konusu olacağı sonucuna varılmaktadır⁵¹. Sözgelimi çocuğunun bir başkası tarafından dövülmesine ses çıkarmayan ve fakat yaralama eylemine ilişkin bir çıkarı da olmayan, sadece bu eyleme izin veren annenin ihmali davranışının şeriklik olarak nitelendirilmesi gerekecektir. İcrai suçlar alanındaki kriterleri kullanan yazarlardan bir kısmı ise garantörün fiil hâkimiyetinin bulunmamasından yola çıkarak her hâlükârda şerik olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmaktadırlar⁵². Dolayısıyla yukarıda sözü edilen örnek bakımından anne her koşulda, icrai hareketle işlenen suçun şeriki olarak sorumlu olmalıdır.

Yükümlülük durumuna odaklanan teoriler, kendi içinde yükümlülük suçları teorisi ve yükümlülüğün içeriğine göre bir ayrımı öngören teori olarak iki başlık altında incelenebilecektir. *Roxin* ile anılan yükümlülük suçları teorisinde, icra ile ihmalin farklı yapılara sahip olduğu ve ihmalde nedensel oluşum sürecinin harekete geçirilmesi şeklindeki pozitif bir halin söz konusu olmadığı fikrinden yola çıkılarak fiil hâkimiyeti teorisinin bu suçlarda uygulanamayacağı⁵³, bu suçlarda kriterin neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal ve suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesi olduğu sonucuna varılmaktadır⁵⁴. Buna göre, çocuğunun bir başkası tarafından yaralanmasına göz yuman anne, yaralama neticesini engellemek yükümlülüğü altındadır. Gerçek olmayan ihmali suç olarak kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun kanuni tanımındaki unsurlar da gerçekleşmiş görüldüğünden anne fail sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır.

Yükümlülüğün içeriğine göre yapılan ayırmada ise temelde koruma yükümlülüğü (*Beschützergarantenpflicht*) ve gözetim yükümlülüğü (*Überwachergarantenpflicht*) ayırımından hareket edilmekte ve koruma yükümlüsünün korunan hukuki değer ile daha yakın

⁵⁰ Joecks und Scheinfeld (n 14), rn: 284.

⁵¹ Rudolf Rengier, 'Täterschaft und Teilnahme-Unverändert Aktuelle Streitpunkte' (2010) JuS 281, 284.

⁵² Gaede (n 48), rn: 26.

⁵³ Sheng-Yen Feng, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen* (Duncker&Humblot 2023) 43, 44.

⁵⁴ Feng (n 53) 44.

bir ilişki içinde bulunduğu fikrinden yola çıkılarak fail, gözetim yükümlüsünün ise şerik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁵. Bu ayrıma göre, anne ve babanın çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemler yönünden koruma yükümlülüğü bulunduğundan bu kişiler hareketsiz kalarak neticeyi önlemediklerinde işlenen ihmali suçun daima faili olarak sorumlu tutulmalıdırlar.

Bu görüş içinde mütalaa edilebilecek olan fikirlerden biri *Jakobs*'a aittir ve fakat yazar farklı bir terminoloji ile hareket etmektedir⁵⁶. Buna göre ihmali suçlar, organizasyonel yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft Organisationszuständigkeit*) ihlal edildiği ihmali suçlar ve kurumsal yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft institutioneller Zuständigkeit*) ihlal edildiği ihmali suçlar şeklindeki bir ayrıma tabi tutulmaktadır⁵⁷. Bu bağlamda yazar tarafından ilk grupta yer alan suçlar için faillik ve şeriklik ayrımı ile genel olarak iştirak türleri arasındaki ayrımın icrai suçlardaki gibi yapılması gerektiği savunulmakta, ikinci grupta yer alan yükümlülüklerin ihlalinin ise daima failliği gündeme getireceği ileri sürülmektedir. *Jakobs*'un bu ayrımı somutlaştırmak amacıyla organizasyonel yetkiden doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi durumu için verdiği örnek tehlikeli olabilecek nesnelere bir tehlike veya zarara yol açmasının engellenmemesi halidir. Bu durumda ihmalde bulunanın katkısının icrai hareketin failinin sunduğu katkıya eşit olmaması sebebiyle yardım etme olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kurumsal yetkiden doğan yükümlülük ihlalinde ise yükümlülük suçu niteliği gösteren ihmali suçların vücut bulacağı, korunan hukuki değer ile olan bağın doğrudanlığı nedeniyle bu bağın ihlalinin daima faillığe işaret edeceği dile getirilmektedir⁵⁸.

İhmalde faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılabileceği konusunda ileri sürülen görüşlere ilişkin bir diğer grup, objektif-normatif fiil hâkimiyeti teorileri olarak adlandırılmaktadır. Bu gruptaki fikirlerden biri potansiyel fiil hâkimiyetinin faillik ve şeriklik ayrımında bir kriter olarak temel alınması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, icrai hareketten farklı olarak ihmalde kişi nedensel oluşum sürecini elinde bulundurmamaktadır; fakat harekete geçerse bu oluşum seyrini kontrolü altına alabilir ve neticenin meydana gelmesini engelleyebilir⁵⁹. Örneğin başka bir çocuğun kendi çocuğunu yaralamasını engellemeyen anne,

⁵⁵ Mosenheuer (n 7) 177. Bu yöndeki görüşlerden biri için bkz: Rolf Dietrich Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip* (Walter de Gruyter 1972) 259 vd..

⁵⁶ Yazarın esasen koruma ve gözetim yükümlülüğü ayrımından hareket ettiği ifade edilmektedir. Bkz: Erbaş (n 32) 249, 250.

⁵⁷ *Jakobs* (n 17) 802 vd.

⁵⁸ *Jakobs* tarafından yapılan bu değerlendirmeler ve daha fazlası için bkz: *Jakobs* (n 17) 845-849.

⁵⁹ Klaus Hoffmann-Holland, 'Die Beteiligung Des Garanten Am Rechtsgutsangriff zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen' (2006) 118 (3) ZStW 620, 624. Bu görüş için bkz: Helmut Satzger, 'Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung

çocuk karşısında iradi ve bedensel gücü dolayısıyla avantajlı durumdadır. Dolayısıyla harekete geçecek olursa oluşum sürecini değiştirmesi mümkündür.

İhmalde faillik ve şeriklik ayrımı için fiil hâkimiyetinden yola çıkanlardan bazıları ise gerekçeleri değişmekle birlikte neticeyi engelleme gücü kriteri etrafında normatif fiil hâkimiyetini ayırımın temel prensibi olarak ele almaktadır. Bu bağlamda temelde sorgulanacak olan husus, neticeyi önlemekle yükümlü olan kişinin somut olayın koşulları etrafında neticeyi önlemeye dair güce sahip olup olmadığıdır. Sözelimi *Feng* bu değerlendirmeyi garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaçtan yola çıkarak yapmaktadır⁶⁰. Neticeyi engelleme gücü, somut olayın şartları etrafında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Yukarıda yer verilen örneği burada tekrar ele alacak olursak, annenin çocuğunu döven kişiyi engellememesi durumunda bu hareketsizliğin faillik mi yoksa şeriklik mi teşkil ettiği, annenin ve icrai hareketin failinin güçlerini karşılaştırmak suretiyle belirlenebilecektir. Gücü karşısındakini durdurmaya yetmeyen anne, yine de hareketsiz kalırsa, icrai hareketle işlenen suçta yardım eden olarak nitelendirilebilecektir. Ancak karşısındaki kişiyi durdurmaya gücü yetiyorsa hareketsiz kalması onu ihmali suçun faili haline getirecektir.

İhmal alanında faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin olarak yukarıda yer alan gruptan biri içinde mütalaa edilemeyecek olan bağımsız teoriler de bulunmaktadır. Sözelimi *Schwab* ayırımı Alman Ceza Kanunu § 13 bağlamında eşdeğerlik kaydından hareket edilmesi gerektiğini ifade ederken⁶¹ *Haas*, isnadiyet temelli bir değerlendirme yapılarak isnadın temelinin hangi iştirak statüsünün özelliklerini taşıdığından hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, isnat edilen olay suç tipine tekabül ediyorsa ihmalde bulunan fail olarak sorumlu tutulmalı, azmettirme veya yardım etme özelliği taşıyorsa şerik sıfatıyla sorumlu olmalıdır⁶². Bu bağlamda *Haas*'a göre belirleyici olan husus, garantörün nelerden sorumlu olduğu ve neticeyi önleme yükümlülüğü kapsamında kendisine neyin isnat edilebileceğidir. Sözelimi bir kimsenin başka kişileri tehlikeye atmamasından veya zarara uğratmamasından sorumlu olan ve failin davranışını önleyebilecek durumda olan garantör, bunu yapmazsa meydana gelen netice ona isnat edilebilir. Bu durumda garantör ihmali suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan gözetimle yükümlü olduğu kişinin bir

an und durch Unterlassen' (2015) 37 (10) JURA - Juristische Ausbildung 1055, 1064; Mosenheuer (n 7) 191 vd; Klaus Henning Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (1974) 258 vd.

⁶⁰ Feng (n 53) 383 vd. Ayrıca bkz: Hoffmann-Holland (n 59) 637, 638.

⁶¹ Hans Jörg Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen* (Peter Lang 1996) 227.

⁶² Volker Haas, 'Die Beteiligung durch Unterlassen' (2011) 5 ZIS 392, 396.

başkasında suç işleme kararı oluşturmasına engel olmayan garantör azmettirmeden sorumlu olacaktır⁶³.

Bağımsız bir görüş olarak nitelendirilebilecek olan fikirlerden biri de *Kreuzberg*'e ait olup yazar ihmal alanında maddi anlamda bir bağıllık bulunmadığını, icrai harekette bulunanı engellemeyen garantörün korunan hukuki değere yönelik dolaylı bir saldırısının olmadığını dile getirmekle aslında ihmalde bulunanın failliğine işaret etmektedir⁶⁴. Dolayısıyla çocuğu başkası tarafından darp edilen annenin hareketsizliği, icrai hareketle işlenen kasten yaralama suçuna yardım etmeyi değil, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun failliğini oluşturmaktadır.

Türk hukukunda bu konuda çok uzun tartışmalar yapılmamış olmakla birlikte konuyu ayrıntılı olarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Sözgelimi *Balcı*, icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle katılımda faillik ve şeriklik ayrımı konusunu ele aldığı çalışmasında suça ilişkin katkıların niteliksel farklılığı sebebiyle ihmalde bulunanın da fail olarak sorumlu tutulabileceğinden söz etmekte, garantörsel yükümlülüğün kaynağının her olayda ayırım konusunda yeterli olmayacağını, ihmalde bulunanın suçun gerçekleştirilmesine olan katkısının ayrıca dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁶⁵. Faillik ve şeriklik ayırımında birden fazla teorinin boşluğa imkân tanımayacak şekilde birlikte kullanılmasını, bu bağlamda fiil hâkimiyeti teorisi esas alınarak yapılacak ayırmada bu teorinin yetersiz kaldığı noktada sübjektif teori ile maddi objektif teoriye de başvurulabileceğini savunan *Özkan* ise, ihmal alanında faillik ve şeriklik ayırımının fiil hâkimiyeti teorisi yerine şerikin sunduğu katkının tehlikeliliğini esas alan maddi objektif teori üzerinden yapılması gerektiğini savunmaktadır⁶⁶. *Çiçek*'e göre ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımı noktasında en uygun çözümü sunan teori fiil hâkimiyeti teorisidir ve her olay bakımından ihmalde bulunanın fiil hâkimiyetini haiz olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir⁶⁷. Sözgelimi yatalak annesiyle yaşadığı ev bir başkası tarafından kundaklanan V'nin yangını çıkararak kişi kaçtıktan sonra olayın gidişatına hükmetme yetisini kazanmış olmasına rağmen hareketsiz kalarak kurtarma hareketini gerçekleştirmemiş olması halinde artık fail olarak sorumlu tutulması gerekecektir⁶⁸. *Çelen* de ihmali harekette bulunan

⁶³ Haas (n 62) 396, 397.

⁶⁴ Bkz: Bastian Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre* (Duncker&Humblot 2019) 671.

⁶⁵ Balcı (n 47) 880.

⁶⁶ Halid Özkan, 'Ceza Hukukunda Azmettirme' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2013) 22.

⁶⁷ Mustafa Çiçek, 'Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik' (2022) 26 (2) EBYÜ-HFD 561, 580.

⁶⁸ Çiçek (n 67) 578-580.

kişinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi için bu hususta bir kanuni düzenleme ile neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığına ilaveten olayın akışına hâkim olma unsurunu aramaktadır⁶⁹.

Kanaatimizce gerçek ihmali suçlarda kanuni tanımda yer alan yükümlülüğün ihlali suçun oluşması için yeterli olduğundan bu suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına gitmeye gerek yoktur. Garantörsel bir yükümlülüğün ihlal edildiği durumlarda ise bu ihmalin faillik mi yoksa şeriklik mi teşkil edeceği konusundaki ayırımıda *Feng*'in dile getirdiği üzere garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaçtan hareket ederek, bu yükümlülüğün somut olayda neticeyi önlemeyi mi yoksa neticenin meydana gelmesi riskini artırmamaya mı yöneldiğine dair bir değerlendirme ile incelemeye başlanmalıdır⁷⁰. Şayet yükümlülük ihlali faillığe işaret ediyorsa bu durumda ikinci basamaktaki değerlendirmeye geçilmeli ve burada somut olay bakımından *ex ante* bir değerlendirme ile neticeyi önleme gücü ışığında normatif fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Bu noktada vurgulanması gereken husus, neticeyi önleme gücünün ihmali suçlarda suçun maddi unsurları kapsamında mütalaa edilen hareket imkânı ile kusurluluk incelemesinin bir parçası olan beklenebilirlikten farklı olduğudur.

Sözgelimi bir başkasının elleriyle boğmakta olduğu oğlunu, tamamıyla felç olan ve konuşma yetisi de bulunmayan babanın hareket imkânı olmadığı için kurtarma şansı da yoktur. Ancak kolu ampute olan baba başkasının elleriyle boğduğu oğlunu kurtarmak için hiçbir çaba sarf etmezse, kolunun ampute olması onun neticeyi önleme gücüne etki eden bir unsurdur ve ihmalden ötürü şerik olarak sorumluluğunu gündeme getirir. Öte yandan orada bulunan üçüncü bir kişinin babaya hareket etmesi halinde silahla vurulacağını söylemesi durumunda, hareketsiz kalan babanın beklenebilirlik unsuru bağlamında kusurluluğunu etkileyen bir hususun varlığı söz konusudur.

C. İhmalin Müşterek Faillik Bakımından Değeri

İhmali hareketin bulunduğu yerde icrai hareketle işlenen bir suçun varlığı söz konusu ise ihmalde bulunanın bu hareketsizliğinin icrai suça yardım etme mi yoksa müstakil veya müşterek faillik mi teşkil edeceği sorusu gündeme gelmektedir. Birden fazla ihmalin bulunduğu yerde ise ihmali suçlarda müşterek failiğin mümkün olup olmadığı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki sorunun cevabı da öncelikle ihmali hareket bakımından faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin esasların belirlenmesini gerektirmektedir. Bu hususta benimsediğimiz ilkeleri

⁶⁹ Ömer Çelen, 'Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2015) 208, 209.

⁷⁰ Feng (n 53) 383.

ortaya koymuş olduğumuzdan bu başlık altında ihmali hareketle müşterek faillik ve ihmali suçlarda müşterek faillğe ilişkin sorunlu noktalara temas etmeye çalışacağız.

1. İhmali Hareketle Müşterek Faillik

Öğretide büyük ölçüde savunulan görüş, icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak iştirakin mümkün olmadığı yönündedir⁷¹. Bu görüşün temel dayanağı söz konusu durumda müşterek faillğin temel koşulu olan fonksiyonel hâkimiyetin sağlanamayacağı fikridir⁷². Öte yandan aksi görüşte olan yazarlar da bulunmakta olup bu yazarlardan bazılarının göre ihmalde bulunanın suça katkısının fiil hâkimiyeti esaslarına göre belirlenmesi suretiyle bir sonuca varmak gerekmektedir⁷³. Bu görüşe göre, şayet ihmalde bulunanın katkısı faillik boyutuna ulaşmış ise aynı zamanda ihmali suç bakımından doğrudan faillği gündeme gelecek ve bu durumda meselenin suçların içtimama ilişkin prensipler çerçevesinde çözülmesi gerekecektir. İhmali suçlara ilişkin hükümlerde, çoğu kez icrai hareketle işlenen suçların gerektirdiği yaptırımdan bir indirim yapılması veya yapılabileceği öngörüldüğünden burada icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmaya öncelik tanınması gerektiği ilave edilmektedir⁷⁴.

İcrai hareket ve ihmali hareketin ceza hukukunun sahasına girişi farklılık arz etmektedir. İki hareket türünün yapısal özelliklerinden doğan bu fark, her iki hareketin birlikte bulunduğu olaylarda iştirak konusunu da daha karmaşık hale getirmektedir. İcrai hareketin ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için bir vasıtaya gerek olmadığını, fakat ihmali harekette normun bir araç olarak gerekliliğini daha önce ifade etmiştik. Bu gereklilik icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılım meselesini de yakından ilgilendirmektedir. Her şeyden önce müşterek faillikte, dolaylı faillikten farklı olarak işlenen suçun aynı suçu oluşturması gerekmektedir. Aynı suçtan neyin anlaşılması lazım geldiğini TCK'nın zincirleme suç kavramını düzenleyen 43. maddesinin gerekçesinde görmek mümkündür. Buna göre: “*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç*

⁷¹ Bkz: Koca ve Üzülmöz (n 5) 463; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 760; Gökçen ve Balcı (n 12) 26; Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik* (Adalet Yayınevi 2022) 288; Tayyip Eroğlu, ‘Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022) 353; İzzet Özgenç, ‘Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik’ (1994) 4 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 190; Mahmut Koca, ‘Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) CHKD 103, 113; Zahit Yılmaz, ‘Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Faillğin Şartları’ (2023) 11 (21) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107, 132.

⁷² Bkz: Koca ve Üzülmöz (n 5) 463.

⁷³ Bkz: Yurtlu (n 40) 337.

⁷⁴ Yurtlu (n 40) 338, 339.

*sayılır*⁷⁵. Bu çerçevede ihmal ve icranın da ya aynı suçun iki ayrı hareket şekli olarak açıkça düzenlenmiş olması ya da tipik hareketin kavramsal olarak ihmali de kapsayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda gerçek olmayan ihmali suçlarda kanunilik ilkesinin gereklerine uyulması ihmal edilmemelidir. Bu yaklaşımı örneklendirmek gerekirse, kasten öldürme suçu ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ayrı hükümlerde düzenlenmektedir. Bu durum her iki suçun mutlak surette farklı suçlar olarak nitelendirilmesine yetmese de birinde salt garantörlüğün suçun bir unsuru haline gelmesiyle bile her iki suçun yapısı farklılaşmakta ve bu suretle ayrı suçları oluşturdukları söylenebilmektedir. Dolayısıyla bu suçların müşterek faillik şeklinde işlenemeyeceğini söylemek gerekir. Burada fonksiyonel hâkimiyet kurulacak ortak bir hareketin varlığı dahi söz konusu değildir. Öte yandan görevi kötüye kullanma suçunun kanuni tanımına bakıldığında bu suçun icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebildiği görülmektedir⁷⁶. Bu nedenle suç teşkil eden ve bütünü itibarıyla görevi kötüye kullanma teşkil eden hareket üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyetin kurulduğu söylenebiliyorsa icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılımı da mümkün görmek yerinde olacaktır⁷⁷.

2. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik

Harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan birden fazla kişinin bu yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda aralarında müşterek faillik ilişkisinin kurulup kurulamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, birlikte suç işleme

⁷⁵ Bkz madde gerekçesi.

⁷⁶ Her ne kadar aynı maddede düzenleniyor olmak aynı suç olarak nitelendirilmeyi gerektirmese de sırf hareket suçu niteliğindeki suçların ihmali ve icrai hareketle işlenen iki halinin aynı suç olarak nitelendirilebileceğini düşünüyoruz. Zira burada değişen, hareketin şekli olup yapısal unsurlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmadığı müddetçe bu hareketlerin aynı suçu oluşturması mümkündür. Her iki hareket formu için farklı cezalar öngörülmüş olması durumunda her bir müşterek failin sorumlu olacağı soyut ceza farklı olacaktır. Esasen müşterek faillerin muhakkak aynı ceza ile cezalandırılmaları şart değildir. Soyut cezanın aynı olduğu durumlarda da cezanın belirlenmesine ilişkin hükümler uygulandığında farklı somut ceza miktarlarına ulaşılması mümkündür. Müşterek faillerin ceza sorumluluğunun da TCK'nın 61 vd. maddelerine göre belirleneceği hakkında bkz: Yılmaz (n 71) 110, 111.

⁷⁷ Benzer şekilde *Özgenç* de suçun ihmali hareketle de işlenebildiği durumlarda müşterek failliğin mümkün olacağını ifade etmekte, ayrıca yazar haklı olarak garantörsel yükümlülük altında bulunan kişinin icrai hareketle işlenen suçu önlememesi halinde bu suçun faili olarak sorumlu tutulacağına ilişkin açık bir kanuni düzenleme varsa bu durumda da müşterek failliğin mümkün olduğunu dile getirmektedir. Bkz: İzzet Özgenç, 'İhmali Suç Teorisi' (2021) XXV (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303, 365. Benzer şekilde *Roxin* müşterek faillik için ortak bir isnadiyet kriterinin bulunması gerektiğini, ancak ihmali hareketle icrai hareketin farklı faillik tanımlarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Fakat kanuni tanımın hem icrai hem de ihmali hareketi içerdiği suçların (Begehungs-Pflichtdelikte) ihmali davranışta bulunan ile icrai davranışta bulunan kişiler tarafından müşterek fail olarak işlenmesi mümkündür. Bkz: Roxin (n 15) 470, 471.

kararına istinaden birden fazla kişinin yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ihmali suçun müşterek faillik halinde işlendiği söylenecektir⁷⁸. Burada aranan bir diğer unsur da müşterek failliğin iki koşulundan biri olan fonksiyonel hâkimiyettir ve ilaveten özel faillik vasfının öngörüldüğü suçlar bakımından her bir müşterek failin bu unsuru haiz olması gerekmektedir⁷⁹.

Müşterek failliğin ihmali suçlarda da mümkün olduğunu savunan yazarlardan *Çakır*'a göre, ihmal üzerinde hâkimiyetin mümkün olmaması ve ceza sorumluluğunun özel yükümlülük ihlaline bağlı olarak doğması sebebiyle toplu yükümlülük ihlallerinin söz konusu olduğu hallerde müşterek faillik mümkündür⁸⁰. Burada ihmali harekette bulunanlara ihmallerinden ötürü sorumluluğun karşılıklı olarak isnat edilebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, gerçek olmayan ihmali suçlarda suça sunulan katkının müşterek failere karşılıklı olarak isnat edilmesinin gerekli olmadığı, bu suçlarda ihmalde bulunan her kişinin bütünü itibarıyla suçtan sorumlu olduğu eklenmektedir⁸¹.

Öte yandan *Kaufmann*'a göre ihmalde bir hareketin ve ihmal kastının varlığından söz edilemeyeceğinden, birlikte suç işleme kastının varlığı da söz konusu değildir. Sözelimi elli yüzücü, bir çocuğun boğulmasını hareketsiz bir biçimde seyrederse ihmali birlikte gerçekleştirmemektedirler. Her biri ihmali suçun failidir ve bunu yan faillik olarak nitelendirmek mümkündür⁸². *Mosenheuer* ise meseleyi bir bakıma işlevsellik açısından ele almakta, birlikte suç işleme kararının failerin ihmali hareketlerinden ötürü doğan sorumluluklarında herhangi bir değişiklik yaratacak işleve sahip olup olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. Bu bağlamda birlikte suç işleme kararının ya işlevsiz olduğu ya da icrai hareketle işlenen suçlardaki gibi bir işleve sahip olmadığı düşüncesinden hareketle müşterek failliğin ihmali suçlarda da tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁸³.

Bir görüşe göre ise her ne kadar oluşum sürecinin birlikte şekillendirilmesi unsuru ihmali suçlarda gerçekleşme de birden fazla yükümlülük sahibinin ortak bir kararla

⁷⁸ Koca ve Üzülmöz (n 5) 462; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver (n 4) 401, 402; Çakır (n 71) 279, 280; Yurtlu (n 40) 334; Zahit Yılmaz, 'Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi' (2018) 24 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 122, 125, 126.

⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 760.

⁸⁰ Bkz: Çakır (n 71) 281.

⁸¹ Bkz: Çakır (n 71) 281-283..

⁸² Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Verlag Otto SchwartzCo 1959) 189.

⁸³ Bkz: Mosenheuer (n 7) 135-138.

yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ihmali suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söylemek mümkün olacaktır. Burada bir olayın gerçekleşmesine izin verme şeklinde bir mutabakat söz konusudur⁸⁴. Öte yandan ihmali müşterek faillik olarak ifade edilen bu durumun Alman hukuku bakımından büyük olasılıkla yalnızca Alman Ceza Kanunu § 30 II anlamında hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılabilirliği çerçevesinde bir anlam ifade edeceği dile getirilmektedir. Örneğin çocuklarını beslememek üzere anlaşılan anne ve baba için bu durum § 212 ve §13 için § 30 II anlamında bir suç işleme anlaşması olarak kabul edilebilecektir⁸⁵.

Kanaatimizce, harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük altında bulunan birden fazla kişinin müşterek failliğin koşullarını gerçekleştirecek şekilde birlikte hareketsiz kalması durumunda ihmali suçun müşterek faillik halinde işlendiğini kabul etmek gerekir. Müşterek failliğin koşullarından biri olan suç teşkil eden hareket üzerindeki fonksiyonel hâkimiyet, her zaman katı bir iş bölümünü gerektirmemektedir. Bu itibarla her bir müşterek failin suçun başarıyla işlenmesi şansını artırmak için aynı hareketleri gerçekleştirmesi de mümkündür. Bu nedenle müşterek failliğin kabulü için suçun oluşması bakımından her bir failin hareketsizliğinin diğerinin hareketsizliğine katı bir biçimde bağlılığı bir koşul olarak aranmamalıdır⁸⁶. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, kaza mahallinden geçen iki kişiden birinin yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde yaralıların kurtulması şansı her iki kişinin de yükümlülüğünü yerine getirmesi ihtimalindeki kurtulma şansına göre daha az olacaktır. Bu nedenle fonksiyonel hâkimiyet şartının gerçekleşmesinin icrai hareketin varlığına bağlı olmadığı, hareketsizliğin bulunduğu yerde de fonksiyonel hâkimiyetin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu söylenebilecektir.

SONUÇ

Sözlüklerdeki karşılığı taksiri çağrışırsa da ihmali salt bir hareketsizlik halini ifade etmekte ve ceza hukukunun konusu haline gelmesi için bir vasıta olarak norma ihtiyaç duyulmaktadır. İcrai hareket ile arasındaki varoluşsal farklılığın sonucu olarak ihmalin kendisine ceza hukuku tarafından değer atfedilebilir bir hareket vasfını kazanması normatif bir değerlendirme ile mümkün olabilmektedir. Bu özelliği gereği ihmali ve icranın birlikte

⁸⁴ Bkz: Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, JCB Mohr (Paul Siebeck) 1975) 705.

⁸⁵ Schmidhäuser (84) 705.

⁸⁶ Genel hatlarıyla müşterek failliğin iş bölümü şeklinde değil de aynı fiillerin işlenmesi suretiyle gerçekleşmesi durumunda, her bir failin fiilinin birbirine oranla zorunlu rolünden söz edilemeyeceği hakkında bkz: Yılmaz (n 71) 130.

bulunduğu olaylarda iştirak meselesi daha da karmaşıklaşmakta, ortaya çıkan sorunlardan birini ise ihmal ile müşterek failliğin ne ölçüde bir arada bulunabileceği sorusu oluşturmaktadır.

Bu sorunun yanıtlanması için öncelikle ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının kabul edilmesi halinde bu ayrımın hangi esaslara göre yapılabileceğinin belirlenmesi gerekir. Oldukça ihtilafli olan bu konuda bizce değerlendirme iki aşamadan oluşmalıdır. Birinci adımda garantörsel yükümlülüğün hangi amaca yöneldiği tespit edilmeli, ikinci aşamada ise faillik için somut olay bakımından neticeyi önleme gücü kriteri ışığında fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan ve bu yükümlülüğünü ihlal eden birden fazla kişinin hareketsizliği faillik olarak nitelendirilebiliyorsa meselenin ihmalin yapısal özellikleri de dikkate alınarak ayrıca müşterek faillik esaslarına göre değerlendirilmesi gerekecektir. Diğer taraftan icrai bir hareketle işlenen bir suça hareketsiz kalarak müşterek fail olarak iştirak etmenin de mümkün olup olmadığı sorgulanmalıdır.

İcrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılım genel olarak kabul edilmemekle birlikte kanaatimizce bu noktada bir ayrım yapılmalı ve aynı suçun kanuni tanımında icra ve ihmalin tipik hareket olarak birlikte öngörüldüğü veya kavramsal olarak tipik hareketin ihmal şeklinde de gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşılabilen suçlar bakımından her iki hareket türünün birlikte müşterek failliği gerçekleştirebileceğini söylemek mümkün olacaktır.

İhmali suçların müşterek faillik biçiminde işlenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmakta, esasen müşterek failliğin bir hukuki kurum olarak ihmali suçlarda gerekli olup olmadığı da bazı yazarlarca sorgulanmaktadır. Ancak kanaatimizce birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına istinaden yükümlülüklerini ihlal eder şekilde hareketsiz kalması durumunda, hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlarda müşterek faillik mümkündür. Genel olarak müşterek faillikte suçun birlikte işlenmesi bağlamında fonksiyonel hâkimiyet koşulu, aynı hareketleri gerçekleştirmek suretiyle suçun başarıya ulaşması şansının yükseltilmesi şeklinde tezahür edebilmektedir. Burada da fonksiyonel hâkimiyete dair şart, yükümlülüklerin birlikte ihlali ile sözgelimi neticenin meydana gelmesi ihtimalinin yükseltilmesi şeklinde görünüm arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut B, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

167-214.

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

Ayverdi İ, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C 2 (Kubbealtı Neşriyatı 2005).

Bahaettin M, *Yeni Türkçe Lügat* (Abdulkadir Hayber ed, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları 2004).

Balcı M, 'İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı' (2021) 14 (4) Suç ve Ceza 837-884.

Busse KH, *Täterschaft Und Teilnahme Bei Unterlassungsdelikten* (1974).

Çağbayır Y, *Ötüken Türkçe Sözlük*, C 2 (Ötüken Neşriyat 2007).

Çakır K, *Suçta İştirakte Müsterek Faillik* (Adalet Yayınevi 2022).

'Cambridge Dictionary' <<https://dictionary.cambridge.org>> accessed 9 November 2022.

Çelen Ö, 'Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2015).

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Bası, Beta 2017).

Çiçek M, 'Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik' (2022) 26 (2) EBYÜ-HFD 561-596.

Dursun S, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı* (Seçkin Yayınevi 2021).

Erbaş R, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Eroğlu T, 'Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022).

Feng S-Y, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen* (Duncker&Humblot 2023).

Gaede K, 'Begehen durch Unterlassen' in Urs Kindhäuser and others (edr), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft 2023), § 13.

Gökçen A ve Balcı M, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7 (18) CHD 7-30.

Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer-Verlag 2015).

Haas V, 'Die Beteiligung durch Unterlassen' (2011) 5 ZIS 392-397.

Hakeri H, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcra-İhmal Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları* (Seçkin Yayınevi 2003).

Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik*, vol II (Yener Ünver ed, Adalet Yayınevi 2015).

Herzberg RD, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip* (Walter de Gruyter 1972).

Hilgendorf E and Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar çev, Yetkin Yayınları 2021).

Hoffmann-Holland K, 'Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen' (2006) 118 ZStW 620-638.

İçel K, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap (1999).

Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch* (Walter de Gruyter 1983).

Jescheck HH und Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot 1996)

Joecks W und Scheinfeld J, 'Täterschaft und Teilnahme' in Volker Erb und Jürgen Schäfer (edr), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1 (4. Auflage, Verlag CH Beck 2020), § 25.

Kaufmann A, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Verlag Otto SchwartzCo 1959).

Kaymaz S, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu' (2012) XVI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-167.

Keyman S, 'Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket' (1988) 40 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-171.

Kienapfel D, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in programmierter Form* (3. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1983).

Koca M, 'Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi' (2015) 3 (2) CHKD 103-118.

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Kreuzberg B, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre* (Duncker&Humblot 2019)

Kühl K, 'Täterschaft Und Teilnahme' (2014) JA 668-674.

Mahmutoğlu FS, 'Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu' (2005) LXIII (1-2) İÜHFM 57-112.

Maiwald M, "Handeln und Unterlassen- Handeln für einen Anderen", "İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek" in Cumhuriyet Şahin (çev), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler* (Selçuk Üniversitesi 1998), 159-174.

Meyer H, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Philipp Allfed ed, sechste völlig umgearbeitete Auflage, A Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf 1907).

Mezger E und Blei H, *Strafrecht I Allgemeiner Teil* (15. neuarbeitete Auflage, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1973).

Mosenheuer A, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (Duncker&Humblot 2009).

Otto H, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre* (2. neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter 1982).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Özgenç İ, 'Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik' (1994) 4 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-190.

Özgenç İ, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği 1996).

Özgenç İ, 'İhmalî Suç Teorisi' (2021) XXV (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303-378.

Özkan H, 'Ceza Hukukunda Azmettirme' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2013).

Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Radbruch G, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik* (De Gruyter 1903).

Rengier R, 'Täterschaft Und Teilnahme-Unverändert Aktuelle Streitpunkte' [2010] JuS 281

Roxin C, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Zweite Auflage, Cram, de Gruyter & Co 1967).

Satzger H, 'Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen' (2015) 37 (10) JURA - Juristische Ausbildung 1055-1064.

Schmidhäuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, JCB Mohr (Paul Siebeck) 1975).

Schwab HJ, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen* (Peter Lang 1996).

Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal edr, İdeal Kültür&Yayıncılık 2012).

Taner MT, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953).

Tosun Ö, *Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri* (Sermet Matbaası 1967).

von Liszt F, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (6. durchgearbeitete Auflage, J Guttentag Verlagsbuchhandlung 1894).

Watson A (ed), *The Digest of Justinian*, vol IV (REV-Revised, University of Pennsylvania Press 1998).

'Wörterbuch Der Deutschen Gegenwartssprache' <<https://www.dwds.de>> accessed 9

November 2022.

Yalçın Sancar T, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayınevi 1998).

Yılmaz Z, 'Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi' (2018) 24 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 122-131.

Yılmaz Z, 'Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları' (2023) 11 (21) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107-142.

Yurtlu F, 'İhmali Suçlar' (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2020).

Hukuk Felsefesinin Sorun ve Tartışmaları Bağlamında Güncel Bir Soru: Yapay Zekâ Hâkimler İnsan Hâkimlerin Yerini Alabilir Mi?*

A Contemporary Question in the Context of Philosophy of Law Issues And Discussions: Can Artificial Intelligence Judges Replace Human Judges?

Arş. Gör. Piralı Çağrı ŞENSOY**

Öz

Bu çalışmada, insan hâkimler ile yapay zekâ hâkimleri arasında bir karşılaştırma yapılmaktadır. Yapay zekânın ortaya çıkması, sadece verileri işleyen bir makine anlayışından veri üreten bir makine anlayışına dönüşüm getirmiştir. Önceleri sadece verilen komutları yerine getirebilen makineler, bugün veri analiz eden ve üreten yapay zekâ teknolojisine evrilmiştir. Bu durum akıllara yapay zekânın hâkim olarak kullanılabilme imkânını getirmektedir. Hâkimlerin kararlarını bilinçli ve bilinçsiz pek çok etken etkilemektedir. Hâkimlerin felsefi düşünceleri ve hukuka bakış açıları hâkimlik pratiği üzerinde etkilidir. Özellikle psikoloji disiplininin bize gösterdiği birçok bilinçdışı etken hâkimlerin kararlarını manipüle edebilmektedir. İnsan hâkimler karar verirken kimi insanî zaaf lar taşımaktadırlar. Bu sebeple yapay zekâ hâkimin insan hâkime karşı kimi üstünlükleri olabileceği akla gelmektedir. Ancak buna mukabil insanın da yapay zekâ ile telafi edilemeyecek kimi üstünlükleri mevcuttur. Üstelik yapay zekânın hâkim olarak kullanılması birçok hukuk felsefesi problemini de beraberinde getirmektedir. Çalışmamızda hukuk felsefesinin sorunları ve tartışmaları da göz önünde bulundurulmak suretiyle yapay zekânın hâkim olarak kullanılabilme imkânı tartışılmıştır.

Anahtar Kavramlar: Yapay zekâ, Hukuk ve teknoloji, Hâkim psikolojisi, Hukuk metodolojisi, Yapay zekâ hâkimler

Abstract

In this study, a comparison is made between human judges and artificial intelligence judges. The emergence of artificial intelligence has transformed machines from just executors of commands to data-analyzing and data-generating entities. Previously, machines were following the instructions given, but today they have evolved into artificial intelligence technologies that analyze and generate data. This stimulates

* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 06.12.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 12.01.2024.

** RTEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, piralicagri@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3963-2972. İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Doktora Programı öğrencisi.

Teşekkür: Bu çalışmanın ilk taslağı 2021 yılında İstanbul Üniversitesi Kamu Hukuku Doktora Programı ders dönemi eğitimi gördüğüm esnâda Prof. Dr. Yasemin Işıқтаç'ın "Adalet Psikolojisi" ve "Hukuk Metodolojisi Okumaları" adlı lisansüstü derslerinde ödev olarak hazırlanmıştır. Sayın Işıқтаç'ın bu ödevi makale hâline getirmem yönündeki tavsiye ve telkinleri ile metin tekrar ele alınmış ve yayına hazır hâle getirilmiştir. Sayın Işıқтаç'a alâkaları ve destekleri için saygılarımla teşekkür ediyorum.

discussions about whether artificial intelligence judges can replace human judges. Many factors affect judges' decisions, consciously and unconsciously. Judges' philosophical thoughts and perspectives on law have an impact on the practice of judgeship. Especially the discipline of psychology has shown us that many unconscious factors can manipulate judges' decisions. Human judges have some human weaknesses when making decisions. For this reason, it can be thought that the artificial intelligence judge may have some advantages over the human judge. However, on the other hand, humans also have some advantages that cannot be compensated by artificial intelligence. Moreover, the use of artificial intelligence as a judge brings with it many problems in the philosophy of law. In our study, the possibility of using artificial intelligence as a judge is discussed by taking into consideration the problems and debates of the philosophy of law.

Keywords: Artificial intelligence, Law and technology, Judge psychology, Legal methodology, Artificial intelligence judges

GİRİŞ

Hukuk sosyal yaşama düzenidir¹. Bu yönüyle salt yargılamadan çok daha fazlasını ifade eder. Diğer bir söyleyişle, yargının konusu olmayan pek çok olay ve durum da hukukun konusu içerisinde değerlendirilebilir. Ancak yine de bir düzene hukukîlik hüviyetini kazandıran nitelik rasyonel normatif düzene muhtemel bir aykırılık ihtimalinde cebri vasıtalarla düzenin ikamesinin mümkün olmasıdır². Böylece yargı dolayısıyla sıradan bir insan toplaması sosyal bir düzen olan hukuka dönüşür. Bu sebeptendir ki yargılamanın hukuk ve toplum düzeni için önemi büyüktür.

Yargılama faaliyetinde üç aslî pozisyon mevcuttur. Bu pozisyonlar davacı veya iddia makamı, davalı ya da savunma makamı ve hâkim veya heyetten oluşan yargı makamıdır. Yargı makamı diğer iki makamı dinler, delilleri ve hukuku değerlendirir. Neticede hukukî uyumsuzluğa ilişkin nihaî karar yargı makamından tevellüt eder. Yargılama faaliyeti bir yandan hukuku ayakta tutma işlevi görürken diğer yandan adaletin tesisi gibi sosyal ve ahlâkî bir talebin de muhatabıdır.

Tüm bu önemine karşın bir yandan yoğun iş yükünün baskısıyla diğer taraftan yargılamayı olumsuz yönde etkileyen insanî zafiyetlere bir çözüm olabileceği düşüncesiyle yargılamada yapay zekâyâ sahip makinelerin kullanımının mümkünâtı tartışma konusu olmuştur. Gerçekten son yıllarda yapay zekânın ortaya koyduğu beceriler ve hukuk alanındaki

¹ Krş. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi* (Filiz Kitabevi 2019) 430.

² Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk* (12 Levha Yayıncılık 2012) 26.

denemeler yargılamada yapay zekâyâ sahip makinelerin hâkim olarak kullanılabilceği fikrini akıllara getirmiştir.

Yapay zekânın hukuk alanında pek çok denemesi yapılmış ve bu alanda çalışmalar üretilmiştir. Ancak yapay zekânın insan hâkimlerle karşılaştırılması ve bu karşılaştırmanın hukuk felsefesinin mevcut problemleri bağlamında incelenmesi çalışmamızın ayırt edici özelliği olarak öne çıkmaktadır. Elinizdeki çalışmanın ilk bölümünde yargılama faaliyetinin doğasını ve özellikle de hâkim süjesini merkeze alan incelemeler yapılmıştır. Hüküm nedir, hâkimden ne beklenir ve hâkim nasıl bir psikoloji altında hükmünü verir soruları bu bölümde cevabı aranan sorulardır. İkinci bölüm yapay zekâyâ ayrılmıştır. Bu bölümde yapay zekânın çalışma prensiplerine kısaca değinilerek hukuk alanındaki denemelere ve potansiyellere dikkat çekilmiştir. Son bölümde ise çalışmamızın ana konusu olan insan hâkimler ile hâkim olarak kullanılacak yapay zekâ makinelerin karşılaştırması yapılmış, yargı makamının yapay zekâyâ bırakılmasının imkânı tartışılmıştır.

I. YARGI FAALİYETİ VE HÂKİM

Kemal Gözler yargılamayı organik ve maddî olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutarak tanımlamaktadır. Bu tanımlardan ilki olan organik tanım yargılamanın yargı organı tarafından yapılan bir faaliyet olduğuna işaret etmektedir. Çalışmamız bizâtihi yargı organının yapmış olduğu faaliyetin doğasına odaklandığından bu tanım bizim için işlevsizdir. Gözler'in yapmış olduğu maddî tanım ise yargı kelimesinin etimolojik kökünde bulunan “yarmak” fiilinden hareketle “hukukî uyuşmazlıkları çözme fonksiyonu” olarak ifade edilmiştir³.

Yargılamayı çok kabaca tanımlamak gerekirse “somut bir olay veya durumun delillerin değerlendirilmesi suretiyle hukukî tavsifinin yapılması, şayet hukuka aykırılık mevzûbahisse bu hukuka aykırılığın nasıl giderileceğinin açıkça ortaya konulması faaliyeti” şeklinde bir tanımlama yapılabilir. Bu faaliyeti bir makinenin işlemesine benzetmek mümkündür: Makinenin içerisine ele alınan olayın nasıl gerçekleştiğini ortaya koyan deliller ile olayı vasıflandırmaya yarayacak mevzûat ve içtihat atılır. Makine olaya ilişkin olanı olmayandan ayırır, olaya ilişkin girdilerin doğru bağlantısını kurarak diyalektik geliştirir ve neticede bir çıktı sunar. Benzetmemiz bakımından makine hâkimi, çıktı ise hükmü temsil eder.

³ Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Ekin 2022) 471.

A. Hüküm ve Hâkim

Kabaca bakıldığında hâkim önüne gelen olayın hukukî vasıflandırmasını yaparken dedüksiyona (tümdengelim) dayanan kıyas⁴ ya da tasım olarak bilinen akıl yürütme ilkelerini kullanarak olayı çözümler⁵. Bu yöntemle genel hükümlerden özel durumlara ilişkin hükümler çıkartılır⁶. Dedüksiyon yöntemiyle bir hükme varılabilmesi için bilgi içeren ve en az bir ortak terime sahip olan iki önerme mevcut olmalıdır. Böylece analitik bir yöntemle iki önerme bir araya getirilir ve yeni bir cümle yani hüküm cümlesi ortaya çıkar⁷. Klasik bir örnekle:

Birinci önerme: Ali insandır.
 İkinci önerme: İnsanlar ölümlüdür.
 Hüküm cümlesi: Ali ölümlüdür.

Bu örnekte “insan” kıyasın ortak terimini (ya da orta terim) teşkil etmektedir. Bu ortaklık sayesinde iki önermenin ortak terim haricindeki unsurları bir araya gelerek hüküm cümlesini ortaya çıkartmaktadırlar. Ancak bu akıl yürütmenin bazı kuralları vardır. Bu kurallar ihlâl edildiğinde yine de bir hüküm ortaya çıkar ancak bu hüküm mantık kurallarına aykırı olur. Söz gelimi orta terimin her iki önermede de tikel olarak yer alması mantık kurallarına aykırı bir hükmün ortaya çıkmasına sebebiyet verir⁸. Örneğin:

Birinci önerme: Tavuklar iki ayaklıdır.
 İkinci önerme: Sokrates iki ayaklıdır.
 Hüküm cümlesi: Sokrates tavuktur.

⁴ Burada kullanılan “kıyas” (tasım / συλλογισμός “syllogismós” / muhâkeme) kelimesini hukukî terminolojide kullanılan “kıyas” (analoji / αναλογία “analogia” / oran) kelimesiyle karıştırmamak gerekir. *Syllogimós* bilinen iki öncülden zorunlu olan bir hükmün çıkarılmasını ifade ederken analoji bir hükmün arasında oransal bir benzerlik olan başka bir duruma uygulanmasını ifade eder. *Syllogimósa* ilişkin örnekler çalışmamızın içeriğinde yer almaktadır. Analoji ise Güriz’in örneğiyle tren içerisinde sigara içilmesini yasaklayan hükmün pipo içenler için de uygulanması yorumu yapılırken kullanılan akıl yürütme biçimidir. Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019) 101. Ayrıca bkz. Uzun (n 5) 87 ve devamı.

⁵ ibid 97; İsmail Çınar, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Verme Sürecine Metodolojik Bir Bakış’ (2023) 21 (Özel Sayı) Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 337, 343; Ertuğrul Uzun, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (Nora Kitap 2017) 21, ibid 88. Aynı doğrultuda bkz. Immanuel Kant, *Arı Usun Eleştirisi* Aziz Yardımlı (çev) (İdea Yayınevi 1993) 81.

⁶ Uzun (n 5) 82; Çınar (n 5) 343.

⁷ İbrahim Emiroğlu, *Klasik Mantığa Giriş* (Elis Yayınları 2016) 141; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2016) 25.

⁸ Emiroğlu (n 7) 145.

Dedüksiyonun tüm kurallarını tek tek incelemek çalışmamızın kapsamını aşacaktır. Ancak görülmektedir ki dedüksiyon bilinen iki durumdan bilinmeyen bir üçüncü bilginin çıkmasına imkân sağlamakta ve bunu bazı kurallar çerçevesinde yapmaktadır. Hâkim tarafından yapılan hukukî akıl yürütme de yukarıdaki örneklerden pek farklı değildir. Örneğin:

Birinci önerme: Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (TCK md. 86)

İkinci önerme: (A), (B)'yi kasten yaralamıştır.

Hüküm cümlesi: (A) bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmalıdır.⁹

Temelde hâkimin hüküm verirken kullandığı metot klasik mantıkta kullanılan dedüksiyon ile aynıdır¹⁰. Hukukta kullanılan bu akıl yürütme dedüksiyonun özel bir türü olarak hukuk literatüründe subsumsiyon (altlama) olarak ifade edilir¹¹. Örneğe bakıldığında hukukî akıl yürütme ile klasik dedüksiyon arasında bazı farklar olduğu göze çarpmaktadır¹². Birinci önerme bir yasa metnidir ve dogma olarak kabul edilmelidir¹³. Ancak yasanın nasıl anlaşılması gerektiği hermenötik bir problemdir. Yukarıdaki akıl yürütmenin doğru şekilde çalışabilmesi için (A)'nın yapmış olduğu fiilin kasten olduğu ve yaralama eyleminin tipikliğini oluşturduğu bilinmelidir. Ancak mahkeme huzuruna gelen olaylarda çoğu zaman vakıa bu kadar net ve kesin değildir. Örneğin (A) isimli öğrencinin (B) isimli öğrenciyeye defter fırlattığı olayda¹⁴ defterin (B)'ye çarpıp çarpmadığı, çarpsa bile bu çarpmanın kanun hükmünde yer alan “acı vermek” kavramına uygun düşüp düşmeyeceği muğlaktır. Dahası olayda kullanılan defterin silah sayılıp sayılmayacağı ve bu hâlde hükmün TCK md. 86/3-

⁹ Bu tarz bir dedüksiyonun hukukî muhakeme için yetersizliğine veya yanlışlığına ilişkin bir sonraki paragrafımızda yer alacak fikirlerimize benzer bir eleştiri için bkz. Uzun (n 5) 22.

¹⁰ Uzun (n 5) 88.

¹¹ Subsumsiyona ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz. Çınar (n 5) 344–345.

¹² Hukukî muhakeme ile dedüksiyonun farkına ilişkin benzer bir tartışma için bkz. Uzun (n 5) 89 ve devamı.

¹³ Güriz (n 4) 100.

¹⁴ Örnek olay Av. Mücahit Furkan SEVER ve Arş. Gör. Talha GENÇ'ten öğrendiğim gerçek bir olaydır. Olayı çalışmamızda kullanmamıza izin verdikleri için kendilerine teşekkür ediyorum.

e'de¹⁵ yer alan nitelikli suç olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği de yine yukarıda yer alan önermeden kesin olarak bilgisine varamayacağımız, ek bilgiler ve yorumlar gerektirecek bir problemdir¹⁶. Yargılamanın nihaî amacı olan hüküm, hâkim tarafından deliller, beyanlar, mevzûat ve içtihat gibi çeşitli girdilerin birtakım metotlarla muhâkemenin geçirilmesi suretiyle ortaya çıkarılan bir sonuçtur. O hâlde hâkim yargılama faaliyetinde merkezî bir konum işgal etmektedir¹⁷.

Kaldı ki hüküm her zaman subsumsiyon yöntemiyle ortaya çıkartılamaz. Sözgelimi Dworkin'e göre hukuk yalnızca 1 ve 0'lardan oluşan kurallar dizisi değildir. Kuralların ötesinde bir de ilkeler mevzûbahistir¹⁸. İlkeler kuralların aksine ya doğru ya yanlış şeklinde Aristo mantığına göre çalışmaz. Bir arada ve birbirleriyle yarışma hâlinde hukuk düzenini kuşatırlar¹⁹. Hâkim somut olayın şartlarına göre ilkeleri değerlendirir ve kararını bu ilkelere göre verir²⁰. Hukukta da tüm diğer sosyal bilimler gibi yorum kaçınılmazdır²¹. Bir hukuk teorisi yaparken tarihe ve topluma dair tüm meseleler bu teorisin içinde kendisine yer bulur²². Dworkin'in yaklaşımıyla bakıldığında hâkim yargılamada daha da önemli bir hâle gelmektedir²³.

Hâkimin yargılamada ortaya koyduğu pratik bilinçli ve bilinçsiz saiklerle şekillenmektedir. Bilinçli saikler daha çok hâkimin felsefî ve hukukî görüşünden kaynaklanan yaklaşımlarını ifade eder. Bilinçsiz tercihler ise hâkimin insan olmasından kaynaklı psikolojik bilinçdışı faktörlerinin bir sonucudur.

¹⁵ “Kasten yaralama suçunun; ... silahla ... işlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında ... artırılır.” (TCK md. 86/3-e (Türk Ceza Kanunu (TCK), Kanun Numarası: 5237, Kabul Tarihi: 26/9/2004, RG 12/10/2004/25611))

¹⁶ Benzer doğrultuda bkz. Güriz (n 4) 100; Uzun (n 5) 22.

¹⁷ Benzer doğrultuda bkz. Uzun (n 5) 16.

¹⁸ Roger Cotterrell, *Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* Saim Üye (çev) (Pinhan Yayıncılık 2018) 254. Dworkin'de ilke kural ayrımı için bkz. Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977) 35 ve devamı.

¹⁹ Cotterrell (n 18) 256–257.

²⁰ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 338–341. Aynı doğrultuda bkz. Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* Ertuğrul Uzun (çev) (Nora Kitap 2018) 172-176.

²¹ ibid 77, Sevtap Metin, ‘Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı’ (2003) 61 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 35, 38; Uzun (n 5) 104.

²² Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* (n 20) 35, Metin, *Ronald Dworkin...* (n 21) 38-39.

²³ Aynı doğrultuda krş. Cotterrell (n 18) 258. Dworkin'in hâkim Herkül metaforu için bkz. Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* (n 20) 299 ve Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n 18) 105 ve devamı; Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak* Serdar Ünver ve Fatma Süzgül Şahin Ünver (çev) (Astana Yayınları 2021) 213 ve devamı.

B. Hukuk Felsefesinde Hâkim: Bilinçli Saikler

Hâkimin yargılamadaki merkezî konumu hukuk felsefesindeki fikir aykırılıklarının çıkış noktalarından birisidir. Özellikle hukuk felsefesinin öne çıkan üç ekolü olan doğal hukukun, hukukî pozitivizmin ve Amerikan hukukî realizminin hâkimden beklentileri kendi felsefî yaklaşımlarına göre oldukça farklılaşmakta ve bambaşka “ideal hâkim” tiplerini yaratmaktadır²⁴.

Doğal hukuk ekolü hukuku salt egemen iradesi olan bir yasadan ibaret görmemekte, olanın ötesinde aşkın bir ideale ve ahlâka referansla hukuk düzenini izah etmeye çalışmaktadır²⁵. Yürürlükteki hukukun meşruiyetinin kökünde daha üst bir hukuk olan doğal (ideal) hukuk mevcuttur. Yürürlükteki hukuk bu üst hukuka uygun olmakla meşruiyet kazanır, üst hukuka aykırılık hâlinde ise meşruiyetini ve hukuk olma vasfını kaybeder²⁶. Bu sebeple “*lex iniusta non est lex*” (âdil olmayan hukuk, hukuk değildir). Öyleyse doğal hukukçu yaklaşımın hâkime yüklediği vazife doğal hukukun koruyuculuğunu yapmak, karar verirken gerekirse pozitif hukuk mevzuatına aykırı olsa bile doğal hukukun ilkelerini gözetmektir.²⁷

Hukukî pozitivizm²⁸ ise doğal hukuk yaklaşımına karşı çıkmakta ve tam tersi bir düşünce ileri sürmektedir. Bu ekolün kimi yazarlarına göre hukuk bir olgudur ve iktidar

²⁴ Hukuk felsefesinin en köklü bu geleneklerini kısaca açıklamak pek çok nüansı ihmal etmeyi zorunlu kılar. Ancak hukuk felsefesinin önde gelen ekollerinin hâkimden beklentilerini gösterebilmek adına bu nüanslar ihmal edilmekte ve ekollerin ana hatlarıyla ortaya koyulduğu bir karikatür çizilmek istenmektedir.

²⁵ Cotterrell (n 18) 184–185.

²⁶ ibid 184; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 285.

²⁷ Esasında hukuk felsefesindeki çeşitlilik doğal hukuk ekolünün kendi içerisinde de mevcut olup yoknesak bir doğal hukuk ekolünden bahsetmek mümkün değildir. Murphy’ye göre üç farklı doğal hukuk okuması yapmak mümkündür. Bunlar “*lex iniusta non est lex*” ilkesinin de temelinde yer aldığı adâleti hukukun geçerlilik şartı sayarak âdil olmayan bir sistemin hukuk olmadığını iddia eden güçlü doğal hukuk okuması (bkz. Mark C Murphy, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006) 10), adâleti bir geçerlilik şartı değil etkililik şartı sayan ve âdil olmayan bir hukuk düzeninin kusurlu bir hukuk düzeni olduğunu iddia eden zayıf doğal hukuk okuması (ibid 11) ve hukukun geçerliliğini tartışma konusu yapmayıp ahlâka aykırılık mevzubahis olduğunda salt ilgili norma itaatsizlik şeklinde tebarüz eden doğal hukukun ahlâkî okumasıdır (ibid 11-12). Bu görüşlere güçlü doğal hukuk okuması için Gustav Radbruch, zayıf doğal hukuk okuması için Lon Fuller ve ahlâkî doğal hukuk okuması için sivil itaatsizlik makalesiyle Henry D. Thoreau örnek gösterilebilir. Paragrafımızın maksadı hukuk felsefesi ekollerinin hâkimden beklentisinin ne denli birbirinden farklılaşabildiğini göstermek olduğundan paragrafta güçlü doğal hukuk okumasına ağırlık verilmiştir.

²⁸ Bir önceki dipnotta doğal hukuk için olduğu gibi hukukî pozitivizm için de pek çok farklı ekol ve perspektiften bahsetmek mümkündür. Bu ekollerin en çok öne çıkanları arasında iradeci hukukî pozitivizm, normativist hukukî pozitivizm, esnek hukukî pozitivizm ve katı hukukî pozitivizm gösterilebilir. İradeci hukukî pozitivizm (ya da analitik hukukî pozitivizm) olarak anılan John Austin’in görüşü hukuku üstün

faaliyetidir²⁹. Doğal hukukun yaptığı gibi metafizik kavramlara başvurmak hukukun belirlenmiş alanının dışına çıkmaktır³⁰. Dahası doğal hukuktan bahsetmek hem saf bir hukuk biliminin yapılmasına engeldir hem de hukuku izafi ve muğlak bir zemine taşıyarak hukukî belirliliğe engel olmaktadır³¹. Öyleyse hâkim kendisini mümkün olduğu kadar geriye çekmeli, önüne gelen olayı egemen irade tarafından usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş yasalara dayalı olarak çözümlmelidir³².

Hukuk felsefesinin son büyük ekolü olan Amerikan hukukî realizmi ise kendisinden önceki her iki ekolü de gerçekliği görmezden gelmekle eleştirmektedir. Bu düşünceye göre diğer ekoller ve teorisyenler metafizik teoriler ve felsefî kavramlar içerisinde boğulurken hukuk pratiğinde başka bir gerçeklik yaşanmaktadır³³. Bir somut uyuşmazlığı hâkim doktrindeki felsefî düşüncelerle değil çoğu zaman ekonomik, sosyal veya siyasal gerekçelerle çözmektedir³⁴. Üstelik hâkimin siyasî ve felsefî düşüncelerinden, karar vermeden önce yediği yemeğin metabolizması üzerinde bırakmış olduğu tesire kadar pek çok motif hâkimin kararını etkilemektedir. Kaldı ki hâkimin hukuku veya vakıayı her zaman doğru anladığı da

otorite olan iktidarın uyulmadığında yaptırımla karşılaşılacak buyruğu olarak görür (Austin'in teorisi için bkz. Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 234 ve devamı, Wacks (n 23) 130 ve devamı, Cotterrell (n 18) 87 ve devamı). Normativist pozitivizm olarak anılan Hans Kelsen'in düşüncesi ise hukukun geçerliliğiyle ilgilenecek ahlâk ve politikadan soyutlanmış saf bir hukuk sistemi yaratmak ister. Kelsen'e göre her bir norm bir önceki norma dayanır ve nihayet hepsi bir varsayım olan temel norma dayanır. (Kelsen'in teorisi için bkz. Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 264 ve devamı, Wacks (n 23) 165 ve devamı, Cotterrell (n 18) 131 ve devamı). Görüşlerine Austin'i eleştirerek başlayan H. L. A. Hart'ın esnek hukukî pozitivizmi ise hukuku yalnızca buyruklardan ibaret birincil kurallar olarak değil aynı zamanda tanıma kurallarını da içeren ikincil kurallar olarak gören sosyolojik bir ton taşır. (Cotterrell (n 18) 142. Ayrıca Hart'ın teorisi için bkz. Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 321 ve devamı, Wacks (n 23) 149 ve devamı). Hart'ın asgarî düzeyde doğal hukuka imkân veren ve tanıma kuralını vurgulayan esnek (yumuşak, kapsayıcı) hukukî pozitivist anlayışı Jules Coleman tarafından sürdürülürken Joseph Raz gibi sert (katı, dışlayıcı) hukukî pozitivistler tarafından eleştirilmiştir. Raz Hart'ın tanıma kuralını kullanarak ahlâkî hukuk kuralına birleştirmesini eleştirerek hukukla ahlak arasında sert bir ayrımı öngören ayrılık tezine bağlılığını vurgulamıştır (Sevtap Metin, 'Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı.' (2006) 1 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37, 58. Ayrıca Raz'ın teorisi için bkz. Wacks (n 23) 190 ve devamı.).

Tıpkı doğal hukuk ekolüne ilişkin paragrafta olduğu gibi hukukî pozitivizm için de makalemiz kapsamında işe yarar bir karikatür çizilmek amaçlanmıştır. Hukukî pozitivist ekoller arasındaki ayrımlara yönelik ayrıntılı okuma için doktrinde takip edilebilecek monografik eserler ve makaleler mevcuttur. Bunlardan bazıları için bkz. Engin Arıkan, *Sert Pozitivizm* (On İki Levha Yayıncılık 2021); Gülriz Uygur, 'Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145.

²⁹ Cotterrell (n 18) 95; Wacks (n 23) 148; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 237.

³⁰ Cotterrell (n 18) 87; Wacks (n 23) 120.

³¹ Wacks (n 23) 167; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 265.

³² Aynı doğrultuda pozitivizm algısı için bkz. Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* (n 20) 152.

³³ Wacks (n 23) 259; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 300.

³⁴ Dworkin, *Taking Rights Seriously* (n 18) 3; Wacks (n 23) 251.

şüphelidir³⁵. Öyleyse hukuku anlamak için öncelikle bu gerçekliği kabul etmek gerekir. Bu görüşe göre hukukta matematik doğrular gibi tek bir doğru cevap yoktur³⁶. Pragmatist felsefeye dayanan bu okula göre lüzumu hâlinde hukuku araç olarak kullanarak sosyal mühendislik yapılmalıdır³⁷. Dolayısıyla hâkim hukukun salt bir uygulayıcısı olması ötesinde aynı zamanda hukukun yapıcısıdır³⁸.

Hâkimin yukarıda yer alan ve birbiriyle de çelişen bu üç tavrıdan (veya burada yer vermediğimiz diğer ekollere ait tavrılardan) hangisini tercih edeceği hukuk felsefesinin tartışma konularındandır. Üstelik hâkimin karar vermektan kaçınması yasaktır³⁹. Tıpkı bir insan için özgürlüğün kaçınılmaz olması ve hareketsizliğin de negatif anlamda bir hareket olması gibi hâkim de önüne gelen bir uyuşmazlıkta yukarıdaki tavrılardan birini tercih etmekten kaçınmaz. Hâkimler, hâkimlik pratiği içerisinde hukuk felsefesi ekollerinden birisini felsefi ve hukukî görüşüne dayalı olarak tercih etmek durumunda kalmaktadırlar. Öyleyse hukuk düzeninin hâkimden beklediği tavrın ne olduğu başlı başına bir sorun olarak tebarüz etmektedir.

C. Hâkimliğin Psikolojik Tahlili: Bilinçsiz Saikler

Hukuk kuralları toplumu düzenleyen soyut normlardır. Ancak bu soyut normlar mahkemede dava konusu olan somut olaya bir hâkim tarafından uygulanmakla somutlaşarak fenomenolojik bir gerçekliğe kavuşurlar. Bu hâliyle hâkimin karar sürecini anlamak, özellikle hâkim ve uygulama odaklı bir hukuk felsefesi anlayışı geliştiren realistlerden beri yargılama sürecini anlamlandırmak açısından önemlidir. Hâkimin bir önceki başlıkta yer alan tavrılardan hangisini takip edeceği kendi felsefi düşüncelerinin ve hukuk görüşünün bir neticesi olarak bilinçli tercihinin bir ürünüdür. Ancak bir insan olarak hâkim her zaman bilinçli saiklerle hareket etmez. Kimi zaman da bilinçdışı saiklerle hareket eder.

Karar verici pozisyonda bulunan hâkimler her şeyden önce insandırlar. Kararın insan olan bir hâkim tarafından veriliyor olması tabiatıyla öncelikle insanın karar sürecini

³⁵ Cotterrell (n 18) 288; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 298. Hukukta bilginin imkânına dair tartışma için bkz. Uzun (n 5) 41 ve devamı.

³⁶ Wacks (n 23) 256.

³⁷ Cotterrell (n 18) 277; Wacks (n 23) 252; Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 299.

³⁸ Abdullah Dinçkol, 'Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler' iç *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (Afa Yayıncılık 1995) 160.

³⁹ ibid 170.

incelemeyi gerekli kılmaktadır. İnsanın karar verme süreçleri psikoloji disiplini tarafından incelenmektedir.⁴⁰ Psikoloji disiplininin kurucularından Sigmund Freud'a göre insan kararı üç temel güdü üzerine oturur. Bu güdüler insanın arzu temelli biyolojik yanını ifade eden "id", kültür temelli ahlakî yanını ifade eden "süper ego" ve benliğini ifade eden "ego"dur⁴¹. Freud'un fikirlerine göre insan zihninde bilinçli düşüncelerin dışında "bilinçdışı" düşünce ve güdüler de mevcuttur⁴². Bu düşünce ve güdüler bilincin dışında ve fakat insan zihninde yer almaktadır. İnsan zihninin derinlerinden gelen ve çoğu zaman süper ego ile büyük bir çatışmaya giren bu güdüler bastırılarak bilinçdışına geri itilir. Ancak bu düşünce ve güdüler bilinçdışına itilmekle birlikte zihinden atılmaz, bilinçdışı alanımızda faaliyetlerini sürdürmeye ve insan eylemlerine tesir etmeye devam ederler. Freud bu fikriyle insan düşüncesinin bilinçten ibaret olmadığını, eylemlerimize bilinçdışından gelen saiklerin de yön verebildiğini bizlere göstermiştir.

Hukuk ve psikoloji alanlarında multidisipliner çalışmalar yapan Sourdin ve Cornes, Freud'un teorisini hukuk alanına taşımışlardır. Sourdin ve Cornes hukuk eğitimi sırasında hukukçuların "*hukukî süper ego*" ("legal super-ego") geliştirdiğini iddia etmektedir⁴³. Hukukçular hukukî vakıaları sıradan insanlar gibi yorumlayan kimselerken hukuk eğitimiyle birlikte hukukî bir süper ego edinmekte, fakülteden mezun olduklarında artık hukukî vakıayı edinmiş oldukları bu "hukukî süper ego" ile yorumlamaktadırlar⁴⁴. Yazarlara göre hukukî süper ego yalnızca kanun ve kuralların salt bilgisinden ibaret değildir, aynı zamanda hukuk kültürüyle birlikte şekillenir.⁴⁵

Saurdin ve Cornes'e göre:

⁴⁰ Hâkimlerin karar sürecini psikolojik yönden inceleyen bir çalışma için bkz. Alper Küçükay, 'Karar Vermenin Psikolojisi' (2018) 35 Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 607.

⁴¹ Charles Brenner, *Psikanaliz: Temel Kavramlar* Işık Savaşır ve Yusuf Savaşır (çev) (HYB Yayıncılık 1998) 41; Mehmet Tefik Özcan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 98. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sigmund Freud, *Haz İlkesinin Ötesinde: Ben ve İd* Ali Babaoğlu (çev) (Metis Yayınları 2011) 85.

⁴² Brenner (n 41) 40; Freud (n 41) 75 vd.

⁴³ Tania Sourdin and Richard Cornes, 'Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging' in Tania Sourdin and Archie Zariski (eds), *The Responsive Judge: International Perspectives* (Springer 2018) 106 <https://doi.org/10.1007/978-981-13-1023-2_4> accessed 11 July 2023. Bazı yönleri itibarıyla benzer bir düşünce için krş. Frederick Schauer, 'Is There a Psychology of Judging?' in David E Klein and Gregory Mitchell (eds), *The Psychology of Judicial Decision Making* (Oxford University Press 2010) 106 <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195367584.003.0007>> accessed 13 July 2023.

⁴⁴ Makale konusu kapsamında olmamakla birlikte yazarların bu teorisi akla şu soruyu getiriyor: Hukukî süperego ile Hart'ın içsel bakış ve tanıma kuralı düşünceleri birlikte okunabilir mi?

⁴⁵ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 106.

“Hukukî ego avukat ve hâkimlerin hukukî terimlerle yaklaşım ve analiz geliştirmeyi öğrendikleri, hukukî süper egolarının emirlerine uydukları yerdir. Şahsi ego gibi hukukî ego da kişinin kendisi olarak konuştuğu bir yerdir, ancak bu durumda [benlik yerine söz konusu olan] kişinin hukukî benliğidir. Kişi hukukî modda (yâni avukat veya hâkim rolünde) çalışırken, bilinçli şahsî süper ego ve ego bir kenara bırakılsa da bu kişinin bu bölümlerinden gelen dürtülerin hukukî akıl yürütmede bir rol oynamadığı anlamına gelmez. [Bu dürtüler, kararı] bilinçaltı düzeyde etkilerler.”⁴⁶

İnsan ve dolayısıyla bir insan olan hâkim kararlarını salt (hukukî bir) bilinçle inşa edememektedir. Kararlarda insan zihninin bilinçsiz manipülasyonlarının da tesiri vardır⁴⁷. Bu durumun hâkimi kanunun ağzı olarak gören pozitivist hukukî düşünceyle bağdaşmayacağı açıktır. Zira bu keşif hâkimin bastırmaya çalıştığı çocukluk travmalarından veya bilinçdışına itmeye çalıştığı kötü duygulardan sıyrılarak salt kanuna dayalı bir hüküm kurmasının imkânsız olduğunu ortaya koymaktadır⁴⁸.

II. HUKUK ALANINDA YAPAY ZEKÂ

A. Genel Olarak Yapay Zekâ

İnsanoğlu sınırlılıklarını teknoloji ile aşmak arzusundadır. Bu amaçla çalışan insanlığın teknolojik gelişimi geometrik bir hızla ilerlemektedir. Son bir asırda önceki yüzlerce yılın ötesinde bir teknolojik gelişim yaşanmıştır. Hiç kuşkusuz bu dönemde de bilgisayar teknolojisinin icadı ayrı bir önemi haizdir. Bilgisayar diğer birçok özelliğinin yanında çok sayıda insanın uzun mesailer harcayarak analiz edebileceği sayısız veriyi (bilgiyi) kısa bir sürede çözümleyebilme yeteneğine sahiptir. Bilgisayarın taşıdığı bu potansiyel tüm mesleklerde köklü değişim ve dönüşümlere zemin hazırlamıştır.

Bilgisayar teknolojisi çok kabaca “bilgi” işleyen ve analiz eden bir teknoloji olarak ortaya çıkmıştır. Bilgisayarların çok sayıda veriyi büyük bir hızla incelemesi “*makinelere*

⁴⁶ Tania Sourdin and Richard Cornes, ‘Implications for Therapeutic Judging (TJ) of a Psychoanalytical Approach to the Judicial Role - Reflections on Robert Burt’s Contribution’ (2016) 48() International Journal of Law and Psychiatry 8, 10. Köşeli parantez içerisindeki ifadeler çeviriyi daha anlaşılır kılmak amacıyla tarafımızca eklenmiştir.

⁴⁷ Bu düşünceli daha ayrıntılı incelemek için ibid 10–11. ve Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 106.’ya bakılabilir.

⁴⁸ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 110.

*düşünebilir mi?*⁴⁹ tartışmasını beraberinde getirmiştir. Bu soru Alan Turing'in "*Computing Machinery and Intelligence*" başlıklı 1950 tarihli makalesinde sorulmuş ve teknoloji dünyasının yakın zamandaki en büyük ilgi alanlarından birisinin doğumuna sebebiyet vermiştir: "Yapay Zekâ" ("*Artificial Intelligence*" ya da kısaca "AI"/"YZ").

Yapay zekâ kısaca "*insanlar tarafından yapılması zekâ gerektiren şeylerin makineler tarafından yapılmasını sağlama teknolojisi*" olarak tanımlanmaktadır⁵⁰. Bu teknolojinin icadıyla birlikte makineler salt veri işlemekle yetinmeyip aynı zamanda bu verileri yorumlayarak yeni bilgiler de üretebilecek bir potansiyel kazanmıştır. Öyle ki yapay zekânın henüz ilkel versiyonları bile kısa sürede satranç gibi zor strateji oyunlarını oynayabilecek ve neticede bu oyunların insan ustalarını alt edebilecek seviyeye ulaşmıştır⁵¹.

Yapay zekâ teknolojisiyle çalışan makineler klasik bilgisayarlardan farklı olarak kendilerine verilen algoritmayı takip eden otomasyonlar olmak dışında makine öğrenmesi veya derin öğrenme gibi teknolojiler kullanarak kendisini geliştirebilen, büyük veriden yararlanan doğal dil işleme (natural language processing / NLA) teknolojisiyle insan dilini taklit ederek insanla etkileşim kurabilen bir nitelik kazanmıştır⁵². İnsanlar birbirleriyle konuşarak yâni dil vasıtasıyla anlaşılırlar. Bilgisayarların yapay zekâ kazanmasıyla insanla makine arasında da tıpkı iki insan arasındaki iletişim gibi dil üzerinden etkileşim mümkün hâle gelmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse doğal dil işlemeyle birlikte yapay zekâyâ sahip makineler insan dilini anlayabilecek ve dahası insanla diyaloga girebilecek bir yapıya sahip olmuştur. Yapay zekâ tarafından kullanılan doğal dil işleme, bilgisayar sistemlerinin dili anlaması, yorumlaması ve üretmesiyle ilgilenen bir mühendislik alanı olarak ortaya çıkmış, bu

⁴⁹ Zafer İçer ve Başak Buluz, 'Yapay Zekânın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği' (2021) 3 <<https://www.academia.edu/41074795/>> accessed 11 July 2023; Alan M Turing, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) LIX(236) Mind 433, 433.

⁵⁰ Edwina L Rissland, 'Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning' (1990) 99(8) The Yale Law Journal 1957, 1958. Başka tanımlar için bkz. Oğuz Gökhan Yılmaz, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?' (2021) (66) Adalet Dergisi 379, 382.

⁵¹ Sourdın and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 1959. 1997 yılında büyükusta (GM) Garry Kasparov yapay zekâyâ oynadığı satranç maçı 3,5-2,5 yenilmiştir. Bu maç yapay zekânın bir GM'yi yendiği ilk maç olarak tarihe geçmiştir. Bkz. Demis Hassabis, 'Artificial Intelligence: Chess Match of the Century' (2017) 544(7651) Nature 413.

⁵² Tülay Turan, Nazan Kemaloğlu ve Ecir Küçüksille, 'Hukuk'ta Yapay Zeka: Çalışmalar ve Gelecek Öngörüler' (2020) 11(2) Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi 246, 247; İçer ve Buluz (n 49) 4-6. Ayrıca bkz. Emre Kıyak, 'Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru' (2020) 22(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79, 87 vd; Yılmaz (n 50) 382-384.

durum bilgisayar ve doğal dilleri birlikte inceleme kapsamına alan bilgisayar dilbiliminin doğmasına imkân sağlamıştır⁵³. Doğal dil işleme teknolojisinin önemi bilgisayar tarafından erişilebilir olan⁵⁴ tüm insanî bilginin makine için öğrenilebilir olmasına imkân sağlamasından gelmektedir. Böylece önceleri makineler kendilerine önceden verilen komutları yerine getirmek üzere birer otomasyon olarak kullanılırken bu teknolojiyle birlikte artık kitapları ayrıca bir kodlamaya ihtiyaç duymadan okuyup anlayabilir, karşılaştırabilir ve bu kitaplara dayalı olarak yeni bilgiler üretebilir seviyeye gelmiştir.

Bu teknolojinin en ünlü örneklerinden birisi de ChatGPT'dir. Son yıllarda gündem olan ve o günden beri adından çokça bahsettiren ChatGPT de doğal dil işleme ile çalışan bir yapay zekâ teknolojisidir⁵⁵. Bu teknoloji geniş bir metin külliyatını içerecek şekilde eğitilmiş ve âdeta insan kaleminden çıkmış gibi metinler üretebilecek kapasiteye ulaşmıştır. Teknoloji çevrelerinde özellikle sahte haber ve propaganda amaçlı kullanılacağı endişesini uyandırdıysa da büyük bir heyecan yarattığına da şüphe yoktur⁵⁶. Hukuk alanında sözleşmeler yaratmak, mahkeme kararlarını incelemek, uzunca belgeleri analiz ederek özetlemek, hukukî sorunlara cevap vermek gibi⁵⁷ birçok kullanıma imkân sunan bu teknolojinin hukuk alanındaki denemeleri diğer yapay zekâ yazılımlarıyla birlikte bir sonraki bölümde incelenecektir.

B. Hukuk Alanında Yapay Zekâ Denemeleri

Bugün hukuk mesleğinin icrasında vazgeçilemez araçlardan biri bilgisayardır. Her şeyden önce dilekçe ve beyanlar bilgisayar üzerinden yazılmaktadır. Duruşmalarda bilgisayar ve internet bağlantısı olmazsa olmaz hâle gelmiştir. Zabıt kâtibi tarafından tutulan duruşma zaptı aynı anda hâkim ve tarafların önündeki monitörler aracılığıyla kontrol edilmekte, taraflar gerekli gördükleri yerlerde zapta müdahale edebilmektedirler. Duruşma dosyaları UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) adı verilen bir bulut sisteminde saklanmakta ve duruşmalarda da bu sistem üzerinden işlemler yapılmaktadır. Teknoloji duruşmalar için o

⁵³ Kıyak (n 52) 87 vd., Wolf König, 'Dilbilim ve Yapay Zekâ' (1994) 5() Dilbilim Araştırmaları Dergisi 219, 219; Yılmaz (n 50) 384.

⁵⁴ Kıyak yazımızda atıfta bulunulan makalesinin ana fikirlerinden birisi olarak UYAP belgelerinin OCR (Optik Karakter Tanıma) ile taranarak yapay zekâ tarafından erişilebilir ve analiz edilebilir olmasını teklif etmektedir. Bkz. Kıyak (n 52).

⁵⁵ Partha Pratim Ray, 'ChatGPT: A Comprehensive Review on Background, Applications, Key Challenges, Bias, Ethics, Limitations and Future Scope' (2023) 3 () Internet of Things and Cyber-Physical Systems 121, 121 ve devamı.

⁵⁶ ibid 122.

⁵⁷ ibid 124, 136–137.

kadar merkezî bir konuma gelmiştir ki internet bağlantısının olmadığı veya UYAP sisteminde arıza meydana geldiği durumlarda çoğu zaman duruşmalar yapılamamaktadır. Bunun yanında önceleri uzak bir tutukevinde tutuklu bulunan sanıkların duruşmaya katılması için fiilen duruşma salonuna getirilmesine gerek kalmadan SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) ile duruşmaya katılabilme imkânı getirilmiştir⁵⁸. Artık e-duruşmalar yapılmakta ve avukatlar çevrimiçi olarak kendi ofislerinden duruşmaya katılabilmektedirler⁵⁹.

Teknolojinin hukuk alanındaki kullanımı elbette bunlarla sınırlı değildir. Hemen hemen tüm hukuk bürolarında “İçtihat Bilgi Bankası” yazılımları bulunmaktadır. Avukatlar ve araştırmacılar çeşitli tasniflere tâbi tutulmuş ve bir arama motoruna sahip olan bu yazılımlar aracılığıyla aradıkları konulara ilişkin Yargıtay içtihatlarını kolayca tarayabilmektedirler. Birçok hazır dilekçe ve sözleşmeye yine bu programlar aracılığıyla erişebilmektedirler.

Bilgisayar teknolojisinin hukuk meslekleri için ifade ettiğimiz öneminin yanında yeni yeni gelişmekte olan yapay zekâ teknolojisine dayalı denemeler de yapılmaktadır. Örneğin IBM tarafından avukat gibi düşünen bir yapay zekâ yazılımı tasarlanmıştır. Bu yazılım güncel gelişme ve değişiklikleri tâkip ederek kendisine sorulan sorulara çözümler üretmiştir⁶⁰. Bir Türk firması tarafından üretilen ARYA (Avukatlar İçin Robot Yazılım Arayüzü) Yargıtay dava sonuçlarını %90 oranında doğru tahmin edebilmiştir⁶¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarını inceleyen bir yazılım önceki kararları tarayarak kendisine sorulan yeni vakaları %79 oranında doğru tahmin edebilmiştir⁶². Yin ve arkadaşları tarafından yapılan çalışmalarda mahkumiyetlerde %92, hapis cezalarında %74 başarı elde etmişlerdir⁶³. 2018’de Çin’de yapay zekânın hukuk alanında kullanımına ilişkin CAİL2018 yarışması düzenlenmiş ve yapay zekânın hukuk alanında kullanımına ilişkin birçok bilgi elde edilmiştir⁶⁴. 2002 yılında yüksek mahkeme kararlarını tahmin için yapılan bir çalışmada yapay zekâ %75 oranında bir başarı

⁵⁸ Daha ayrıntılı bilgi için bkz. Seda Gayretli Aydın, ‘Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma’ (2017) 19(Özel Sayı-2017) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2101.

⁵⁹ Gökçe Varol Karaosmanoğlu, ‘Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi’ (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71, 75 vd.

⁶⁰ Turan, Kemaloğlu ve Küçüksille (n 52) 247.

⁶¹ ibid 247.

⁶² Sourdın and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 94.

⁶³ Turan, Kemaloğlu ve Küçüksille (n 52) 248.

⁶⁴ ibid 251. Ayrıca bkz. Chaojun Xiao, Haoxi Zhong, Zhipeng Guo, Cunchao Tu, Zhiyuan Liu, Maosong Sun, Yansong Feng, Xianpei Han, Zhen Hu, Heng Wang and Jianfeng Xu ‘CAİL2018: A Large-Scale Legal Dataset for Judgment Prediction’ <<https://arxiv.org/abs/1807.02478>> accessed 12 July 2023.

gösterirken hukukçu uzmanlar yalnızca %59'luk bir başarı göstererek makinelerin arkasında kalmışlardır⁶⁵. Meksika'da Expertius sistemi isimli yapay zekâ yazılımı hâkim ve katiplere davacının emekliliğe ve tazminata uygun olup olmadığını denetlemekte kullanılmaktadır⁶⁶. LDS (Legal Decision-making System / Yasal Karar Sistemi) arabuluculukta yükümlülüğü değerlendirerek sorumluluğu, ihmâli ve zararı hesaplamaktadır⁶⁷. HYPO isimli bilgisayar yazılımı, hukuki olayı ticaret hukukuna göre analiz etmek ve bilgi bankasından emsal davaları ortaya çıkartmak üzere tasarlanmış bir yapay zekâ yazılımı olarak kullanılmaktadır⁶⁸. ABD'de mahkûmun tekrar suç işleme olasılığını hesaplamada yardımcı yapay zekâ yazılımları kullanılmaktadır⁶⁹. Avrupa Birliği tarafından ticarî uyuşmazlıklarda alternatif çözüm yöntemlerini içeren Çevrimiçi Uyuşmazlık Çözüm Yazılımları (Online Dispute Resolution, ODR) desteklenmektedir⁷⁰. Hollanda'da kullanılan program Rechtwijzer adlı boşanma sürecinde yardımcı olmak üzerine tasarlanmış ve kullanılmaktadır⁷¹.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür⁷². Bir önceki bölümde örnek bir doğal dil işleme yazılımı olarak gösterilen ChatGPT'nin ortaya çıkmasının ardından hukuk alanında bu teknoloji birçok denemeye tâbi tutulmuştur. ChatGPT katıldığı baro sınavında ilk %10luk dereceye girecek başarı elde etmiştir⁷³. Kolombiya'da bir hâkim tarafından karara yardımcı olması için ChatGPT uygulaması kullanılmıştır⁷⁴. Choi ve diğerleri ChatGPT'yi Minnesota Üniversitesi Hukuk Fakültesi sınavlarına sokma deneyi yapmış, çoktan seçmeli ve

⁶⁵ Theodore W. Ruger, Pauline T. Kim, Andrew D. Martin and Kevin M. Quinn 'The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-Making' (2004) 104(4) Columbia Law Review 1150, 1152. Ayrıntılı bilgi için ibid 1150–1210.

⁶⁶ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 89.

⁶⁷ Rissland (n 50) 1966.

⁶⁸ ibid 1971.

⁶⁹ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 89.

⁷⁰ Avrupa Komisyonu, 'Why the ODR Platform Matters for Traders' <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register>> accessed 12 July 2023; Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 92.

⁷¹ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 92.

⁷² Rissland (n 50) 1966 vd; Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 89 vd; Turan, Kemaloglu ve Küçükşille (n 52) 247 vd; İçer ve Buluz (n 49) 8 vd; Ruger, Kim, Martin and Quinn (n 65) 1150–1210.

⁷³ Ray (n 55) 124.

⁷⁴ ibid 142. ChatGPT'nin başarılı olduğu bir başka baro sınavı deneyi için bkz. Michael James Bommarito and Daniel Martin Katz, 'GPT Takes the Bar Exam' (29 December 2022) <<https://papers.ssrn.com/abstract=4314839>> accessed 13 July 2023.

kompozisyon sorularından oluşan bu sınavda ChatGPT C+ geçer notu almıştır⁷⁵. Bir başka deneyde Oltz yaratmış olduğu hayalî hukuk profesörü Prof. Chris'in bir haftada üretmesi gereken makale, yazması gereken akademik mektuplar, okuması gereken sınav kağıtları, hazırlaması gereken ders programları gibi belgeler sebebiyle strese girdiğini ve işlerini ChatGPT'ye yaptırmaya karar verdiğini hayâl etmiştir. Bu deneyde Oltz, hayâlî Profesör Chris'in istediği belgeleri hemen hemen başarılı bir şekilde 25 dakikada ChatGPT'ye ürettirebileceğini ortaya koymuştur⁷⁶.

C. Yapay Zekânın Kullanılabileceği Hukuk Alanları

Yapay zekâ, bilgisayar teknolojisinin mevcut olduğu tüm alanlarda olabildiğince hızlı bir şekilde ilerlemektedir. Yukarıdaki tüm örnekler yapay zekâ çalışmalarının hukuk alanında da tüm hızıyla devam ettiğini göstermektedir. Tüm bu örneklerden yola çıkarak hukuk alanında yapay zekâdan yararlanılabilecek kimi çalışma sahalarını belirlemek mümkündür.

Her şeyden önce yapay zekâ avukatlık mesleğinin ifâsına yardımcı olmak amacıyla kullanılabilir⁷⁷. Avukatlık mesleği tabiatı itibarıyla çokça veriyi tâkip edebilmeyi gerektirmektedir. Günlük hayâtın yoğunluğu içerisinde kimi bilgiler gözden kaçabilmekte, bu ihmâller hak kayıplarına sebebiyet verebildiği gibi avukatların meslekî sorumluluğunu da gerektirebilmektedir. Sözelimi hukukta hak düşürücü süreler oldukça önem arz etmektedir. Yapay zekâ tarafından dava dosyalarının tâkip edilmesi ve kendiliğinden bu süreleri hesaplaması, tâkip etmesi ve hatırlatması avukatlık mesleğinin ifâsına katkı sağlayabilir.

Yine belgelerin muhafazası, sözleşme hazırlanması, hukukî araştırmanın kolaylaştırılması yapay zekâ teknolojisinin kullanılabileceği başkaca alanlar olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸. Bulut ve büyük veri sisteminden beslenen yapay zekâ yazılımları makine öğrenmesi yöntemini de kullanarak uygulayıcılar tarafından üretilen her bir içerikten beslenmek suretiyle yeni ve daha kusursuz belgeler üretebilir. Güncel mevzûatı da tâkip

⁷⁵ Jonathan H Choi, Kristin E. Hickman, Amy Monahan and Daniel Schwarcz, 'ChatGPT Goes to Law School' (23 January 2023) <<https://papers.ssrn.com/abstract=4335905>> accessed 13 July 2023.

⁷⁶ Tammy Pettinato Oltz, 'ChatGPT, Professor of Law' (4 February 2023) 211 <<https://papers.ssrn.com/abstract=4347630>> accessed 13 July 2023.

⁷⁷ İçer ve Buluz (n 49) 7. Benzer yönde bkz. Rissland (n 50) 1960.

⁷⁸ Örnek yazılım ve kullanım alanları için bkz. İçer ve Buluz (n 49) 9.

edebilecek bir yapay zekâ yazılımıyla avukatların belge hazırlarken oldukça büyük bir zaman tasarrufu sağlamaları mümkün olabilecektir⁷⁹.

Yapay zekânın bir diğer kullanılabileceği alan mahkemeye yardımcı hesaplamalardır. Örneğin maddî beden hasarının söz konusu olduğu bir kazada zararın hesaplanması için yapay zekâdan faydalanılabilir. Yine örneğin ceza yargılamasında tutukluluğu gerektirecek derecede ağır bir şüphenin mevcudiyetinin araştırırken veya risk değerlendirilmesi yapılırken yardımcı bir unsur olarak yapay zekâ teknolojisinin çeşitli emsal vakıalar üzerinden yapacağı analize başvurmak faydalı olabilir.

Yapay zekâ teknolojileri geleceğe projeksiyon tutmak amaçlı kullanılabilir. Bu teknoloji Yargıtay veya ilk derece mahkemesi kararlarını incelemek suretiyle mahkemenin istikrar kazanmış uygulama ve yaklaşımları belirleyebilir, böylece gerek davada taraflar stratejilerini bu verilere göre belirleyebilir gerekse karar verici makamında bulunan hâkim/heyet Yargıtay kararlarına uygun bir muhâkeme geliştirebilir⁸⁰.

Üzerinde birçok denemeler yapıldığı üzere yapay zekâ mahkeme kararı tahmininde kullanılabilir⁸¹. Özellikle Amerikan hukukî realizmi düşünce perspektifiyle ele alındığında hukuk hâkim kararlarıyla ortaya çıkan bir olgudur⁸². Aynı iki olaya farklı iki hâkim farklı kararlar verebilmektedir. O hâlde belirli bir mahkemede ne yönde karar verileceğini tahmin edebilmek için hâkimi/mahkemeyi tanımak oldukça önem arz etmektedir ve bu da ancak uzun yıllara dayanan meslekî tecrübeyle elde edilebilir⁸³. Yapay zekâ teknolojisiyse hâkimin önceden vermiş olduğu emsal kararlardan yararlanarak gelecek yargılamalar için projeksiyon yapılabilir. Böylelikle taraflar savunma stratejilerini yapay zekâ tarafından projeksiyon edilen muhtemel karara göre belirleyebilir⁸⁴. Aynı zamanda mahkemenin hukuk kurallarını ne şekilde yorumladığını önceden tahmin edebilmek hukukî belirliliği arttırmaya da katkı sağlayacaktır⁸⁵. Realist okul tarafından hukuk mesleğinin yapmış olduğu faaliyetin esasında

⁷⁹ ibid 12; Rissland (n 50) 1960.

⁸⁰ İçer ve Buluz (n 49) 11; Rissland (n 50) 1960.

⁸¹ İçer ve Buluz (n 49) 9.

⁸² Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 297.

⁸³ İçer ve Buluz (n 49) 9.

⁸⁴ ibid 9.

⁸⁵ Benzer fikir için krş. Daniel Martin Katz, Michael J Bommarito II and Josh Blackman, 'A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States' (2017) 12(4) PLOS ONE <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>> accessed 13 July 2023.

tam olarak da yargılama neticesini tahmin edebilmek olduğu dahi iddia edilmiştir ki⁸⁶ yargılama sonucunun tahminini kolaylaştıran yönüyle yapay zekâ teknolojisi tam da realist düşüncenin hukuk anlayışıyla paralellik arz ederek avukatlık mesleğinde işlevsel olarak kullanılabilir.

Bu noktada akıllara şu soru gelmektedir: Yukarıda sayılan tüm özelliklerin bir toplamı olacak şekilde dava içerisindeki verileri yorumlamak ve hâkimin/mahkemenin geçmiş kararlarından yola çıkarak yeni bir karar üretmek amacıyla yani bir hâkim olarak da yapay zekâ teknolojisinden yararlanılabilir mi?

III. YAPAY ZEKÂ HÂKİM OLARAK KULLANILABİLİR Mİ?

Yapay zekâyâ sahip makinelerin ortaya çıkmış olması bu makinelerin yargılamada insan hâkimlerin yerini alıp alamayacağı sorusunu beraberinde getirmiştir. Yapay zekânın bir yargılama gerçekleştirebileceği ve bu yargılama neticesinde bir karara varabileceğine kuşku yoktur. Ancak sonunda bir karara varılan her türlü yargılama hakîkî yargılama değildir. Örneğin çeşitli terör örgütleri veya suç örgütleri yahut aşiret veya aile meclisleri kendi yargılamalarını yaptıklarını iddia etmekte hatta görünürde mahkemelere benzeri ritüeller de gerçekleştirmektedirler. Fakat bu sözde yargılamalarda çoğu zaman ideolojik veya örgütsel saiklerle hareket edilir ve hüküm daha yargılama yapılmazdan evvel bellidir.

İlk bölümde de üzerinde durulduğu üzere yarmak kökünden türemiş olan “yargı” kelimesi bir olayın veya durumun âdeta yarılarak çözümlenmesi, analiz edilmesi ve neticesinde bir bilgi üretilmesi faaliyetini ifade eder. TDK yargı kelimesini “*Kavrama, karşılaştırma, değerlendirme gibi yollara başvuru olarak, kişi, durum veya nesnelerin eleştirici bir biçimde değerlendirilmesi, hüküm*”⁸⁷ olarak tanımlamıştır. Cevizci’nin Felsefe Terimleri Sözlüğü’ne göre ise yargı “1. Zihnin belli bir içeriği bir şey hakkında olumlama ya da inkâr etme edimi. ... 2. Bir cümlemin ya da önermenin doğruluk veya yanlışlığını belirleme işlemi. 3. Bu tür bir entelektüel faaliyetin eseri olan şey. 4. Doğru, iyi ve sağlam kararlar verebilme yetisi.”⁸⁸ olarak tanımlanmıştır. Kavram bu anlamlarla günlük hayatta ve felsefe dilinde de kullanılmaktadır. Günlük dildekine paralel olarak hukuk alanında da “hakîkî bir yargılamanın” yani eldeki verilere dayalı olarak bir çözümleme faaliyetinin neticesi olarak

⁸⁶ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 297; Cotterrell (n 18) 286.

⁸⁷ Türk Dil Kurumu (ed), *Türkçe Sözlük*, cilt 2 (Türk Tarih Kurumu 1998) 2397.

⁸⁸ Ahmet Cevizci, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (Paradigma Yayınları 2005) 1749.

ortaya çıkması gerekir⁸⁹. Ancak kimi zaman yargılar böyle bir faaliyet olmadan ortaya çıkabilmektedir.

Yapay zekâ hakîki anlamda bir yargılama yürütebilir mi? Bu soru yerinde bir sorudur zira önceki bölümlerde de ifade edildiği gibi yapay zekâ hukuk alanında pek çok kez denenmiş ve oldukça başarılı sonuçlar elde edilmiştir. Hâkim sayısının azlığı buna karşın derdest dosya sayısının çokluğu sebebiyle dava çözüm sürelerinin uzadığı, dosyalarla baş etmenin hayli zorlaştığı başta ülkemiz olmak üzere pek çok hukuk sisteminde yapay zekâ hâkimler bir çözüm olarak düşünülebilir. Dahası aşağıda da tartışılacağı üzere insan hâkimlerin kimi zaafaları yapay zekâ tarafından ortadan kaldırılıp daha âdil bir yargılama mümkün olabilir. Ancak buna karşın yine aşağıda görüleceği üzere yapay zekânın da bazı zaafaları ve meziyetleri mevzûbahistir. Bu bölümde insan hâkimler ile hâkim olarak kullanılan yapay zekâ makineler yargılamanın ilkeleri ve hâkimlerden beklenen vasıflar da göz önünde bulundurulmak suretiyle karşılaştırılacaktır.

A. Yapay Zekâ Hâkim İçin Bazı Hukuk Felsefesi Sorunları

Aşağıda insan ile yapay zekânın bir karar verici olarak üstün ve eksik yönleri tartışılacaktır. Ancak tüm bu problemlerin öncesinde cevap aranması gereken bazı hukuk felsefesi problemleri vardır. Özellikle altının çizilmesi gereken hususlardan biri, mevcut hâliyle bile, hukuku anlamlandırmada hâkimin ne şekilde davranması gerektiğini belirlemede güçlükler yaşıyor oluşumuzdur⁹⁰. “Hâkim nasıl davranmalıdır” sorusunun cevabı muhatabının hangi hukuk felsefesi ekolüne yakın olduğuna göre değişecektir. Kimisi için hâkimin vazifesi somut normu formel bir şekilde uygulamaktır. Hâkim olabildiğince yorumdan kaçınmalı ve yasa koyucu iradeyi saf bir şekilde somut olaya uygulamalıdır. Kimisine göreyse hâkim somut olayı karara bağlarken adalet ve hakkaniyetin gereklerini göz önünde bulundurmalıdır. Daha başkalarına göreyse hâkim daha iyi bir toplumun inşası için kararlarında sosyal mühendislik yapmalı, politik ve ekonomik gerekçeleri de dikkate almalıdır.

⁸⁹ Uzun tarafından dikkat çekildiği üzere hâkimin ahlâkî bir otorite olarak görüldüğü (örneğin kadılık gibi) sistemlerde hâkimin hükmü kendiliğinden meşru ve hukukun karşılığı iken demokratik hukuk sistemlerinde hâkimin muhakemesine hukukîlik hüviyeti kazandıran özellik hâkimin hukuka dayalı akıl yürütme süreci ve argümantasyonudur (Uzun (n 5) 17). Hâkim de diğer hukuk aktörleri gibi muhataplarını iknâ etmek zorundadır (ibid 19).

⁹⁰ Yargısal ahlâka ilişkin tartışmalar için bkz. Wacks (n 23) 95.

Hukuk felsefesinin tartışmalı konularından birisi zor davalar meselesidir. Zor davalar meselesi Hart ve Dworkin başta olmak üzere ünlü hukuk felsefecilerinin tartıştıkları ancak üzerinde uzlaşılabilir bir sonuca ulaşılamamış bir konudur. Kolay dava ile zor dava arasındaki kriter belirlenirken şöyle bir usûl tercih edilmiştir: Tüm hukukçuların hemfikir oldukları ya da olabilecekleri davalar “kolay dava” olarak değerlendirilebilirken, hukukçuların ihtilafa düştükleri ya da düşebilecekleri davalar “zor dava” olarak nitelendirilebilir⁹¹. “Bütün hukukçuların üzerinde anlaştıkları” bir dava var mıdır ya da diğer bir söyleyişle davalar kolay ve zor dava olarak tasnif edilebilir mi?⁹² Peki zor davalarda hâkim nasıl yorum yapar? Hukuk, kurallardan ibaret midir yoksa bazı ilkelere de bahsedebilir miyiz?⁹³ Hukuk, hâkimin yasama faaliyetine benzer bir faaliyetle dolduracağı boşluklu bir yapıya mı sahiptir yoksa yazılı olmayan bazı ilke ve siyasetlerle kuşatılmış mıdır?⁹⁴ Peki norm nasıl yorumlanacaktır? Lafız mı yoksa maksat mı hâkim için önceliklidir? Bütün bu sorular henüz insanlar için bile çözülmemiştir⁹⁵. Hâkimin bu sorulara vereceği cevap kararlarını da elbette doğrudan etkileyecektir. Hukuku kurallardan ibaret gören bir hâkim kanun boşluğuyla karşılaştığında hukuk yaratmak üzere iradeye başvuracakken hukukun boşluklu yapısına karşı çıkan bir hâkim zaten önceden beri var olduğunu düşündüğü ilkeleri araştırması ve bu ilkelere dayanarak çözüm üretmesi gerektiğini düşünecektir.

Yapay zekâ bu problemlerin üstesinden nasıl gelecektir? İki yol gözükmektedir: Birincisi, bizzat yapay zekâyı tasarlayan yazılımcıların yapay zekâdan belirli bir şekilde davranmasını istemeleridir. Yazılımcının tercihini haklı kılacak hiçbir geçerli sebep yoktur. İkinci yol ise bu tercihleri bizzat yapay zekâyı bırakmaktır. Bu aynı zamanda hukuk felsefesi sorunlarımızın çözümünü yapay zekâdan istemek anlamı taşır. Peki yapay zekâ felsefi düşünebilir mi? “Felsefi düşünce nedir” sorusu bile bizâtihi bir felsefi sorun olarak önümüzde dururken yapay zekânın felsefi bir düşünce yürütüp yürütemeyeceği evleviyetle tartışma

⁹¹ Rissland (n 50) 1968. Aynı doğrultuda bkz. Uzun (n 5) 24-25.

⁹² Örneğin Dworkin zor davaları kolay davaların bir türü saymış ve böyle bir ayrımı reddetmiştir. (bkz. M Balkan Demirdal, ‘Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü’ (2014) 18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 789, 800. Krş. Cotterrell (n 18) 254–255 ve 258.)

⁹³ Cotterrell (n 18) 254.

⁹⁴ H. L. A. Hart’a göre hukuk boşluklu bir yapıya sahiptir ve bu boşlukları hâkim yaratıcı takdir yetkisiyle doldurur (Ahmet Ulvi Türkbağ, ‘Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları’ (2011) 27 Anayasa Yargısı Dergisi 71, 77.) Dworkin’e göre ise kuralların sustuğu yerde ilkeler konuşmaya devam eder böylece hukukta boşluktan ve yaratıcı takdirden söz edilemez (ibid 82).

⁹⁵ Tartışmalar için bkz. Gülriz Özkök, ‘Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine’ (2002) 51(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.

konusudur. Eski filozofların fikirlerini analiz etmek ve hatta onları taklit ederek yeni sorulara onlar gibi cevaplar üretmek yapay zekâ için mümkün gözüküyor⁹⁶. Ancak eski filozofları taklit ve sentez etmek felsefi düşünce değildir⁹⁷. Öyleyse verdiği kararlarla insanların hayâtına dokunacak olan yapay zekâ hâkime felsefi sorunlarımızın çözümünü emanet edebilir miyiz? Bizlerden biri olan insan hâkimin felsefi tercihi bir noktaya kadar saygı duyulabilir fakat programlanmış bir makinenin bu saygıyı kazanması pek güç gözükmektedir.

Görülmektedir ki hukuk felsefesinin hâlihazırda sorun olarak ortaya koyduğu ve çözüm aradığı problemler yapay zekâ ile çözülememektedir. Hatta aksine yapay zekâ ile tartışmaların artacağını, meşrûiyet krizlerinin ortaya çıkacağını da söyleyebiliriz. Buna karşın hâkimlik görevinin insanlar tarafından yürütülmesi aşağıda tekrar değinileceği üzere yargılamaya sosyal bir meşrûiyet kazandırmaktadır.

B. Tarafsızlık ve Bağımsızlık

Yargılama her şeyden önce akıl kurallarına ve hukuka dayanmalıdır. Yargılamanın akıl kurallarına dayanmasını nesnellik ya da objektiflik olarak da ifade etmek mümkündür. Zira ilk bölümde de kısaca ifade edildiği üzere aklın objektif düşünme ilkeleri vardır. Bu ilkelere uygun olmayan yargılama hakîkî bir yargılama olarak ifade edilemez. Yine bir yargılamanın hukuka değil de farklı bir ideolojik, dinî ya da felsefi gerekçeye dayanması yargılamayı sözde yargılama hâline getirir.

Âdil ve hukuka uygun kararın ilk şartı hâkimin tarafsızlığıdır.⁹⁸ Tarafsızlık hâkimin felsefi ve politik görüşlerinden bağımsız olarak salt hukuka, rasyonel akla ve hukuka dayanan vicdânî kanaatine göre karar vermesini gerektirir.⁹⁹ Yine âdil bir karar için hâkimin diğer devlet erklerinden bağımsız olması gerekir. Zira, örneğin coğrafi teminatı olmayan ve sürgün tehdidiyle karşı karşıya olan hâkimin vicdânî ve âdil karar vermesi kimi zaman çok güçtür.¹⁰⁰

Tarafsızlık hâkimin her iki tarafa da eşit mesafede olmasını, bağımsızlık ise herhangi bir kişi, makam veya görüşün otoritesi güdümünde olmamasını ifade eder. Hâkim iddia ve savunma makamlarına ya da davalı ve davacı makamlara eşit mesafede değilse yargılamanın

⁹⁶ Masahiro Morioka, 'Can Artificial Intelligence Philosophize?' (2021) (12) The Review of Life Studies 40.

⁹⁷ ibid 40.

⁹⁸ Yasemin Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (Sümer Kitabevi Yayınları 2020) 306; Neil Vidmar, 'The Psychology of Trial Judging' (2011) 20(1) Current Directions in Psychological Science 58, 60.

⁹⁹ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 306–308.

¹⁰⁰ ibid 309.

hakîkî bir yargılama olmadığı söylenebilir. Bir davada birbiriyle çelişen en az iki tez mevcuttur. Hâkim bu tezlerle diyalektik bir ilişki kurarak bunları aşar. Hegelci bir ifadeyle söylemek gerekirse âdeta subjektif iradelerin çatışması hâkimin hükmüyle beraber aufhebung¹⁰¹ olarak objektif bir iradenin ortaya çıkmasını mümkün hâle getirir. Şayet hâkim taraflardan birisine herhangi bir sebeple yakınlık duyarsa sağlıklı bir diyalektik geliştiremez ve ortaya çıkan hüküm hukuk ve objektif aklı muhâkeme dışında olmaması gereken bir motivasyon içerir. Yine hâkim kararını verirken özgür ve bağımsız değilse yapılan yargılama hakîkî bir yargılama değil sözde bir yargılama olur.

Yapay zekâ kimi yönlerden tarafsız ve bağımsız karar vermeye insan hâkimden daha yatkın görünmektedir. Zira örneğin yapay zekâ hâkimin sürgün edilirim endişesiyle tehditle hukuka aykırı karar vermesi mümkün değildir. Yine yapay zekâ hâkim kendisine böyle bir komut verilmedikten sonra, siyasî ve felsefî görüşlerden bağımsız olacak gibi gözükmemektedir¹⁰². Ancak bu iddia tam anlamıyla doğru değildir. Çünkü evvelâ kamusal olan her şey tabiatı itibarıyla politiktir. Yargılama da bu anlamda politik bir eylemdir. Politik kökeni haiz kimi ilkeler ve yorumlar yargılama üzerinde etki sahibidir. Zaten ilk bölümde de ifade edildiği üzere büyük hukuk felsefesi ekollerinden realistlerin temel iddiası yargılamanın politik hüviyetini kabul etmek üzerine kuruludur. Bu yönüyle politik olmayan bir hukukî yorum yapmak mümkün gözükmemektedir. Diğer taraftan yapay zekâyâ sahip makineler her ne kadar bir tür zekâyâ sahip olsalar da en nihâyetinde belirli yazılımcılar tarafından kurgulanmaktadır. Öyleyse tabiatıyla yapımçılarından izler taşımakta, yapımçıların veya beslendikleri kaynakların politik ve felsefî görüşlerine dayanmaktadır¹⁰³. Yine aşağıda

¹⁰¹ “Kaldırarak-içerme” olarak Türkçeye çevrilmesi mümkün olan bu kavram Hegel’in felsefesinde merkezî bir konum taşımaktadır. Almancada çifte anlamlı bir yapıya sahip olan “aufhebung” kelimesi sonlandırmayı ancak sonlandırırken aynı anda saklamayı ve sürdürmeyi de ifade eder. (Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Mantık Bilimi: Büyük Mantık* Aziz Yardımlı (çev) (İdea Yayınevi 2014) 79-80). Örneğin bir kanun maddesi ilga edilerek yeni bir kanun maddesi yürürlüğe sokulduğunda eski kanun maddesi bir “hiçlik” olmaz, yürürlükten kalkar fakat olumsuzlanarak yeni kanun maddesinde varlığını devam ettirir. Zira yeni kanun maddesi eski kanun maddesindeki bir eksikliği ya da yanlışlığı giderdiğinden varlık zeminini eski kanun maddesinde bulur ve varlığını bir şekilde sürdürmesine imkân sağlayarak onun üzerinde yükselir (Bkz. Enver Orman, *Hegel’in Mutlak İdealizmi* (Belge Yayınları 2015) 151-152). Hegel’in varlığın her alanında geçerli olduğunu düşündüğü bu diyalektik mantık yargılama sürecine de uygulanabilir. Hâkim taraflarca ortaya atılan subjektif iddiaların her birini olumsuzlar veya olumsuzlar, böylece ortadan kaldırarak ve fakat sürdürerek (yani aufhebung ederek) hükmü meydana getirir. Görüldüğü gibi bu nevi bir bakış klasik diyalektik anlamındaki tez-antitez-sentez üçlemesinden farklılıklar içermektedir. Kanaatimizce yargılama sürecini açıklamakta tez-antitez-sentezden oluşan klasik diyalektik üçlemedense Hegelci anlamdaki aufhebung kavramı daha elverişlidir.

¹⁰² Bkz. Rissland (n 50) 1972.

¹⁰³ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 99.

tekrar üzerinde durulacağı üzere yapay zekâyâ sahip makinelerin algoritmalarına bilişim korsanlığı vasıtalarıyla müdahale edilmesi riski her zaman mevzûbahistir ve bu risk karşısında yapay zekâlı hâkimlerin tarafsızlığının ve bağımsızlığının denetimi insan hâkimlerden daha zordur.

C. Yorum ve Hermenötik

Hâkimin durumunu Yunan mitolojisindeki Hermes'e benzetmek mümkündür. İnsanlar ile Tanrılar farklı yapılara sahip olduklarından iletişim kurmaları mümkün değildir. Hermes ise hem insanlarla hem de Tanrılarla iletişim kurabilir ve arada mesajcı görevini görür. Bu faaliyet pasif bir haber nakli değildir, zaten bu mümkün de değildir. Hermes taşıdığı mesajlara kendi yorumunu katmaktadır¹⁰⁴. Hermenötik fikrinin temelinde yer alan bu mitolojik hikâyeye özellikle yorumda sübjektivitenin kaçınılmazlığına işaret etmektedir.

Kanunlar en nihâyetinde yazılı birer metindir. Yargılama ise soyut/cansız hukuk normunun somut/canlı olaya uygulanması işlemidir. Hâl böyleyken yargılama işlemi bir yorum faaliyeti hâline gelmektedir¹⁰⁵. Ancak yorum tabiatı itibarıyla yanlış anlamalara ve muğlaklıklara gebe dir. Aynı zamanda metnin/kanunun, okuyucu/yorumlayıcı/hâkim kadar yorumu mevcuttur, bu da hukukî belirlilik ve yeknesaklık önünde engel teşkil etmektedir¹⁰⁶. Bu durum realistler tarafından “kural şüphesi” olarak da ifade edilen hâkimin kuralı doğru algıladığına ve doğru uyguladığına yönelik şüphenin bir görünümüdür¹⁰⁷. Yine, istenmeyen bir durum olarak, kanun metni hâkimin olması gereken hukuk anlayışına uygun olmadığı hâllerde hâkimlerin yorumunu kendi felsefî yaklaşımına uygun bir şekilde yapmaya çalıştığı, âdeta hükmü eğip bükerek kanun metninden uzaklaştığı, böylece aşırı yorumlara yer verdiği söylenebilir¹⁰⁸.

Yapay zekâ teknolojisiyle birlikte yorum farkları ortadan kaldırılarak hukuk normunun tam da formalizme uygun bir şekilde somut olaya uygulanacağı garanti edilebilir. Ancak benzer bir durum yapay zekâ için de mevzûbahistir. Kanun metni her metin gibi sentaks ve

¹⁰⁴ Richard E Palmer, *Hermeneutics* (Northwestern University Press 1969) 13–15.

¹⁰⁵ Işıқтаç ve Metin (n 7) 183, Uzun (n 5) 24 ve devamı, ibid 97 ve devamı.

¹⁰⁶ Uzun (n 5) 37.

¹⁰⁷ Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 298.

¹⁰⁸ Bkz. Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 309. Alexy'e göre dört sebepten ötürü hukuk kurallarından yargılar çıkartılamaz: “(1) Hukuk dilinin muğlaklığı, (2) Normlar arasındaki muhtemel ihtilaf, (3) Mevcut geçerli bir norm altına girmeyen hukuki bir önermeyi gerektiren davaların bulunması olgusu ve son olarak (4) bazı özel durumlarda yasanın lazının aksine bir kararın olması.” (Uzun (n 5) 125).

semantik (sözdizimi ve anlambilimi) boyutlardan oluşur.¹⁰⁹ Yapay zekâ yazılımları tarafından metnin sentaksı oldukça başarılı bir şekilde analiz edilebilse de semantik yönünden aynı başarıyı gösterdiği söylenemez¹¹⁰. Üstelik kanun metnlerinin semantik anlamı yanında, günlük hayatta çok anlamlılık veya mecazlı kullanımlar oldukça sık başvurulan ifadeyi güçlendirme teknikleridir. Kimi zaman metnin birden fazla anlamı olabilir ve en doğru anlam ancak içinde bulunulan bağlamdan çıkartılabilir¹¹¹. Yine kimi zaman bir veya birden fazla kanun hükmünün birlikte yorumlanması gerekebilir. Tüm bu durumlar bir arada düşünüldüğünde hukukî metnelerin anlamının bir insan tarafından daha iyi anlaşılıp daha doğru bir hüküm kurulacağı sonucu çıkartılabilir.

Yapay zekâ teknolojisinin hukuk alanında kullanımının önünde sınırlılıklardan birisi de yapay zekâ teknolojisinin kolay davalar ile zor davalarda aynı başarıyı gösterememesidir¹¹². Yapay zekâ prosedür ağırlıklı işlemlerde, örneğin icra hukuk mahkemesi davalarında, daha başarılı olurken somut olayın daha karmaşık olduğu davalarda aynı başarıyı gösteremeyebilir. Mahkemelerde derdest olan davalar çoğu zaman zor davalar olarak tezâhür etmektedir¹¹³. Bunların yanında bir de yapılan deneyler çoğunlukla tek sanıklı davalar üzerinden gerçekleşmekte olup çok sanıklı davalarda yapay zekânın aynı performansı göstereceği kuşkuludur¹¹⁴.

Üstelik yasa metnlerinin tabiatından kaynaklı sorunlar da yapay zekâ için aşılması güç engellerdir. Yasalar somut olay meydana gelmeden önce yazılmış metinlerdir. Böyle olunca potansiyel tüm uyumsuzlukları kapsayacak derecede kapsamlı bir kanun yapmak hayatın akışı içerisinde mümkün değildir. Bu sebeple kanun, boşlukları doldurmak üzere hâkime takdir yetkisi vermek durumunda kalmıştır. Hâkim kanunu uyguladığı gibi yeri geldiğinde sosyal ihtiyaçları da dikkate almak durumundadır. Pozitif hukuk ile yaşayan hukuku karşılaştıracak ve uzlaştıracak olacak da yine hâkimdir¹¹⁵. Hâkimin bu görevini bir insanın duygu, his ve yaratıcılığı ile yerine getirmesi yapay zekâyâ sahip makinelerden daha mümkündür.

¹⁰⁹ Işıқтаç ve Metin (n 7) 61.

¹¹⁰ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 102. Bu sorunun aşılabilmesi için yapılan çalışmalar da mevcuttur. Bkz. Turan, Kemaloğlu ve Küçükşille (n 52) 251.

¹¹¹ Rissland (n 50) 1962.

¹¹² Aynı doğrultuda bkz. Turan, Kemaloğlu ve Küçükşille (n 52) 248.

¹¹³ Ruger, Kim, Martin and Quinn (n 65) 1184.

¹¹⁴ Turan, Kemaloğlu ve Küçükşille (n 52) 254.

¹¹⁵ Dinçkol (n 38) 170.

D. Hafıza ve Muhâkeme Gücü

Dworkin'e göre hâkimlerin yapmış oldukları faaliyet kendisinden önceki yazarlarca başlanmış bir hikâyeyi sürdüren hikâyecinin faaliyetine benzetilebilir¹¹⁶. Hâkim kendisinden önceki hâkimlerle uyum içerisinde bir hüküm ortaya koymalıdır¹¹⁷. O hâlde hâkimin eski yargı kararlarına hâkim olması, dahası onların ruhunu kavraması gerekir.

Hiç kuşkusuz insan beyni oldukça gelişmiş bir organdır. Buna rağmen makinelerin veri saklama ve işleme kapasitesi bugün insan beyninin çok ötesindedir. Ciltlerce klasörlerden oluşan dava dosyalarının hakkıyla incelenmesi ve hükmün tüm deliller hakkıyla incelenerek verilmesi çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Yine somut olayı ilgilendiren ve hâlâ yürürlükte olan eski tarihli bir kanun maddesi veya içtihat kimi zaman hâkimin ve tarafların dikkatinden kaçabilmektedir. Yapay zekâ hâkim içinse ciltlerce klasörden oluşan dava dosyasını incelemek çok daha kolaydır ve yapay zekâ hâkim tüm bu delilleri dikkati dağılmadan yorumlayabilir¹¹⁸.

Hâkimlerin iyi bir hafızaya sahip olması elbette iyidir. Fakat kimi zaman da hâkim unutmayı bilmelidir. Sözelimi her ne kadar kanunsuz elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı kanun tarafından emredilse de hâkim tarafından bir kez görülen bir delilin artık yokmuş gibi davranılması insan psikolojisine uygun değildir. Böyle bir delil hükmün gerekçesinde ifade edilemeyecek olsa da çoğu zaman hukuka aykırı delillerin hâkimde kanaat oluşturduğu, bu durumun taraflarca istismar edildiği de bir gerçektir. Yapay zekâ hâkimler içinse bir delil yok sayıldığında artık hükme hiçbir şekilde esas alınamayacağı garanti edilebilir.

Yapay zekâ hâkimler muhâkemelerini hafızalarında bulunan (veya erişebildikleri) emsal içtihatlarla dayalı olarak yürütürler. Bu yöntem çoğu zaman doğru sonuç verse de her somut vakıanın biricikliği göz önüne alındığında kimi zaman emsal içtihatlarla çözümlenemeyecek vakıalarla karşılaşılması muhtemeldir. İlk defa karşılan bir olaya veya zor dava olarak ifade

¹¹⁶ Metin, *Ronald Dworkin...* (n 21) 41 ve devamı; Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı* (n 20) 298.

¹¹⁷ Cotterrell (n 18) 261, Metin, *Ronald Dworkin...* (n 21) 43.

¹¹⁸ Ruger, Kim, Martin and Quinn (n 65) 1185.

ettiğimiz davalara hukuk normunun nasıl uygulanacağını belirlemek noktasındaysa insan hâkimin yapay zekâ yazılımlarının önünde olduğunu söylemek mümkündür¹¹⁹.

E. Duygular, Bilinçdışı ve Diğer Psikolojik Etkenler

Yapay zekâ hâkimin bir diğer avantajı insan hâkimin karar sürecini manipüle eden bilinçdışı tesirlerinden azade olmasıdır. Gerçekten de hâkimin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ne kadar temin edilirse edilsin “içten gelen tarafsızlığı” tesis etmek her zaman mümkün değildir¹²⁰. Zira bilinçdışının seçimler üzerindeki tesiri her zaman yeterince görünmez ve çoğu zaman bilinçdışının dayatmaları bilinçli tercihlerle karışabilir¹²¹. Sözelimi küçük bir çocukken şiddet gören ve bu durumu bastıran (bilinçdışına iten) bir hâkim, bu şiddetle özdeşleştirdiği kimi sembolleri sanık üzerinde görmesi durumunda bilincine varmadan sanık aleyhine negatif bir tutum geliştirebilir. Bu gibi hâkimin bilinçdışından kaynaklanan durumlar hukuka uygun karar verilmesini engelleyebilmektedir¹²².

Hâkimler her ne kadar rasyonel karar vermeye çalışsalar da nihâyetinde insandırlar. Çoğu zaman mahkeme salonunda yaşanan veya taraflarca ajite edilen durumlarda tesir altına girebilir ve hukuka uygun karar vermek yerine duygularıyla hareket edebilirler. Özellikle hâkimin taraflardan biriyle empati kurması oldukça tehlikeli olup âdil hükmün kurulmasını zorlaştırmaktadır¹²³. Ancak çoğu zaman hâkim elinde olmadan empati kurar veya duygularına yenik düşer¹²⁴. Yapay zekâ hâkimler içinse böyle bir tehlike söz konusu değildir.

İnsan hâkimin aleyhine bir diğer durumsa alışkanlıklardır¹²⁵. Alışkanlıklar çoğu zaman körlük yaratır. Özellikle dosyaların sayıca ve hacimce oldukça yoğun buna karşın zamanın bir hayli kısıtlı olduğu mevcut iş yükü içerisinde hâkimler alışkanlıklarına sığınmak mecbûriyetinde kalmaktadırlar. Böyle olunca somut dosyada özellik arz eden bazı husûslar gözden kaçabilmektedir. Yapay zekâ hâkim içinse böyle bir alışkanlık ve körlük söz konusu değildir.

¹¹⁹ Aynı doğrultuda krş. Sourdin and Cornes *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 100; krş. Schauer (n 43) 115.

¹²⁰ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 308.

¹²¹ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 112. Aynı doğrultuda ibid 16 ve devamı.

¹²² Vidmar (n 98) 58.

¹²³ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 308.

¹²⁴ Küçükay (n 40) 610.

¹²⁵ Dinçkol (n 38) 174.

Âdil kararın önündeki bir diğer engel önyargılardır¹²⁶. İnsanlar tabiatları itibarıyla önyargıya sahiptirler. Önyargılar evrimsel süreçte insanın hayatta kalmasını kolaylaştıran mekanizmalardır. Canlılar az (kalori) maliyet(i) harcayarak çok iş yapma eğilimindedirler. İnsanlar için her bir insanı tanımak, ayrıntıları incelemek ve buna göre bir hüküm oluşturmak oldukça maliyetlidir. Bu sebeple insanlar bir diğerinin kıyafetine, mesleğine veya etnik kökenine dayanarak önyargı geliştirirler. Örneğin yüzü façalı kollarında jilet izi olan gözleri hafif baygın ve elinde çakı taşıyan bir kimse gördüğünde zihin o kişinin tehlikeli bir kimse olduğuna dair bir önyargı geliştirir ve o kişiden uzak durulması gerektiğine dair refleks üretir. Böylece şâyet o kimse ile iletişime geçilmek mecbûriyeti söz konusu olursa bilinçdışı tarafından bu önyargıyla bir teyakkuz sağlanır. Önyargılar insanı hayatta tutan bir mekanizma olarak iş görür¹²⁷. Ancak aynı zamanda önyargılar sağlıklı düşünmenin önünde de bir engeldir. Sanığın dış görünüşüne veya dosyada bir başka unsura dayanarak -bilinçli yahut bilinçsiz- önyargı geliştirmek buna bir örnek olarak görülebilir. Yine hâkimin felsefi ve politik görüşü, ırk, cinsiyet, dinî mensûbiyet gibi unsurlara dayalı olarak da olmaması gereken benzer önyargılar gelişebilir. Dahası hâkim bilinç düzeyinde bu önyargıya sahip olmadığını düşünse bile bilinçdışında böyle bir mekanizma çalışarak hâkimin önyargı sahibi olmasına ve sağlıklı muhâkeme yapmasına engel teşkil edebilir¹²⁸.

Feraset sahibi bir hâkim önyargılarının üstesinden gelmeyi bilerek önyargısını son yargısı yapmayan, yargılamada objektif akıl yürütme kriterlerinden ve hukuktan tâviz vermeyen bir karakterde olmalıdır. Hâkimin önyargısız olması yanında aynı zamanda duygusal olmaması tersten söyleyişle rasyonel olması da gerekir. Duygular her ne kadar insanîyetin bir göstergesi olsa da sağlıklı düşünmeye zarar verip hukuka uygun olmayan

¹²⁶ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 308; Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 95; Küçükay (n 40) 611; Dinçkol (n 38) 173.

¹²⁷ Önyargılara evrimsel yaklaşım için bkz. Oliver Sng, Keelah EG Williams and Steven L Neuberg, 'Evolutionary Approaches to Stereotyping and Prejudice' in Chris G Sibley and Fiona Kate Barlow (eds), *The Cambridge Handbook of the Psychology of Prejudice* (Cambridge University Press 2016) 24 ve devamı, 32 ve devamı <<https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-the-psychology-of-prejudice/evolutionary-approaches-to-stereotyping-and-prejudice/9AD30C4C80027BC889911D9E010711E1>> accessed 24 November 2023. Duyguların benzer mekanizması için bkz. Küçükay (n 40) 610.

¹²⁸ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 95.

kararların ortaya çıkmasına sebebiyet verebileceğinden hâkim duygularına hâkim olmasını bilmelidir¹²⁹.

Tüm bunlar yanında hâkimin içinde bulunduğu hâletiruhiye de karar üzerinde tesir etmektedir. Örneğin yorucu bir günün ilk duruşmasında ve son duruşmasında verilen kararlar arasında hukukî olmayan farklar mevcut olabilir. Yine hâkimin gün içerisinde ne yediği, yediği yemeklerin sindirim sistemi üzerinde etkileri, sabah uykusunu üzerinden atmak üzere kafein tüketip tüketmediği, bir önceki gecesini iyi geçirip geçirmediği gibi gâyet insanî faktörler de hâkimin kararı üzerinde etkili olabilir. Yine hâkimin hasta veya yorgun olması sağlıklı bir karar almasını engelleyebilecektir¹³⁰. Bu gibi karar üzerinde tesiri olabilecek etmenleri saymakla tüketmek mümkün değildir¹³¹. İyi bir hâkim bu gibi manipülasyonlara kapılmadan âdil karar verebilen hâkimdir ancak bu da çoğu zaman mümkün olamamaktadır.

İnsan kararlarının bilinçdışının tesiriyle manipüle olduğu bir gerçektir. Ancak çoğu zaman insanîlik, merhamet, vicdân veya adalet süper egonun bilinçdışında yer alan bu boyutu tarafından insana sezdirilir. Böylece karar salt rasyonellikten çıkarak akıl ve kalbin diyalektiğiyle meydana gelen bir sentez hâlini alır¹³². Hâkimin ses tonu, beden dili, taraflara yaklaşımı adalet psikolojisi açısından önem arz eden husûslardır¹³³. Hâkim aynı zamanda yaşanmışlıkların vermiş olduğu tecrübe ile öğütler verir, yol gösterir, böylelikle hukuk alanı dışındaki hayât pratiklerine temas eder¹³⁴.

Yapay zekâ belki insan gibi bilinçdışından kaynaklı önyargıya sahip değildir fakat yapılan denemelerde -örneğin siyahîlere karşı negatif ayrımcılık uygulamak gibi¹³⁵- kimi ayrımcı davranışlar sergilemesi yapay zekânın da insan için geçerli olan önyargılardan hepten bağımsız olmadığını ortaya koymaktadır¹³⁶. O hâlde önyargıya ilişkin insan için söylediğimiz her şey yapay zekâ için de geçerli olduğu gibi önyargılarının farkına varmak ve bunlara engel olmak bakımından “düşüncesinin üzerine düşünebilen insan” yapay zekâdan daha büyük bir potansiyele sahiptir.

¹²⁹ Küçükay (n 40) 618.

¹³⁰ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 308.

¹³¹ Bkz. Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 95–96.

¹³² ibid 111. Krş. Sourdin and Cornes, *...Therapeutic Judging ...* (n 46) 11.

¹³³ Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 306, 310.

¹³⁴ Benzer düşünce için bkz. Sourdin and Cornes, *...Therapeutic Judging ...* (n 46) 10.

¹³⁵ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 90; Ray (n 55) 145.

¹³⁶ Yılmaz (n 50) 399.

Kaldı ki yargılama salt veri işlenmesi ve delillerin değerlendirilmesinden ibaret değildir¹³⁷. Aynı zamanda sosyal bir kurumdur. Duygular insanın kararını olumsuz yönde etkilediği gibi olumlu yönde de etkileyebilirler¹³⁸. Kimi zaman âdil karar formel hukuku aşan bir nitelikte tezâhür eder ya da bu duygulanım ile hâkim hukuku uygulamada ve adaletin tecellisinde daha kararlı hâle gelebilir. Yargılamayı salt bir veri işlemesine indirgemek aynı zamanda yargılananların insanlığını da reddetmek anlamı taşır¹³⁹.

F. Adalet ve Hakkaniyet

Hâkimin taşınması gereken vasıflardan birisi de adalet ve hakkaniyettir. Esasında yukarıda da değinildiği üzere hukuk felsefesi ekollerinin adalete yaklaşımları değişkenlik göstermektedir. Doğal hukuk geleneği hâkimi doğrudan adaletin bekçisi olarak görürken pozitivist gelenek adaleti hukuk olgusunun dışında bir değer olarak ele almaktadır. Ancak hukukî pozitivizm ile doğal hukuk arasındaki adalet tartışması daha çok hukukun ontolojisine yönelik bir tartışmadır. Cotterrell'in dikkat çektiği gibi “*Her şeyden önce hukukî pozitivizm hukukun içeriğinin ahlâki eleştiriye tâbi olabileceğini reddetmez. Mesele hukukun ahlâken değerlendirilip değerlendirilemeyeceği değil, onun asli niteliğinin ahlâki anlamda açıklanmak zorunda olup olmadığı*”¹⁴⁰. Adalet hukukun dışında kalan ahlâkî bir erdem sayıldıktan sonra tıpkı “bir hâkim dürüst olmalıdır” şeklindeki ahlâkî bir vasfın hâkimde olması beklenileceği gibi bir hâkimin âdil olması gerektiği fikri de pozitivistler için kabul edilebilir olacaktır. Adalet en kısa tabiriyle şerefli yaşamak, kimseye zarar vermemek, herkese hakkı olanı vermektir¹⁴¹.

Yargılamanın çeşitli ilkeleri vardır. Bunlar yüz yüze ve karşılıklılık, doğrudan yargılama, sözlü yargılama, açıklık, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, vicdânî kanaat gibi ilkelerdir¹⁴². Yapay zekâ tarafından yürütülen bir yargılamada bu ilkelerden pek çoğu ihmâl veya ihlâl edilmek durumundadır. Özellikle takdir yetkisinin yapay zekâ tarafından nasıl kullanılacağı muğlaktır. Bunun bir örneğini ceza muhakemesinde kabul edilen delillerin

¹³⁷ Aynı doğrultuda bkz. Nadire Özdemir, ‘Aktif Bir Hâkimlik Pratığının Kapsamı ve Sınırları: Hâkim Fiona Örneği’ (2017) 7(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 521, 526.

¹³⁸ Küçükay (n 40) 610.

¹³⁹ Sourdın and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 87, 113.

¹⁴⁰ Cotterrell (n 18) 190.

¹⁴¹ Bu üç ilke Romalı hukukçu Ulpianus tarafından ortaya koyulan ve Kant tarafından da izlenen hukukî ödevlerdir. Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 195.

¹⁴² Işıқтаç, *Adalet Psikolojisi* (n 98) 310–311; İçer ve Buluz (n 49) 32.

serbestçe değerlendirilmesi kuralı teşkil etmektedir¹⁴³. Ceza Muhakemesi Kanunu kanunî delil sistemi yerine vicdanî delil sistemini kabul etmektedir. Kanunî delil sisteminde tarafların iddialarını ispatlarken hangi delilleri getirebilecekleri ve bu delillerin değeri kanunla belirlenmişken vicdanî delil sisteminde taraflarca getirilen delillerin delil olmak bakımından değerlerini hâkim vicdanına göre takdir eder¹⁴⁴. Vicdanî delil sisteminde hâkim merkezî bir pozisyon işğâl eder¹⁴⁵. Kanun koyucu, hâkime çok sayıda takdir yetkisi tanımış, çoğu zaman kararı belirlemede hâkimin belirli aralık içerisinde vicdanî kanaatini kullanarak takdirde bulunmasını istemiştir. Yargılama ilkeleri ve özellikle takdir yetkisinin kullanımı insan hâkimi öne çıkartan özelliklerdendir¹⁴⁶. İnsanın hayât olayını anlama ve hissetmede yapay zekâyâ göre daha başarılı olacağı söylenebilir.

İnsan, davranışları makine tarafından anlaşılması güç derecede karmaşık ve belirsiz bir varlıktır¹⁴⁷. Aynı zamanda tüm insan faaliyetlerinin rasyonel olduğu varsayımı da çoğu zaman geçersizdir. İnsanlar kimi zaman duygularıyla hareket edip irrasyonel davranabileceği gibi kimi zaman da takıntılı ve hastalıklı bir tavırla insandan beklenmeyecek biçimde davranabilir¹⁴⁸. İnsan hâkim için akıl dışı davranışları anlamlandırmak yapay zekâ hâkime göre çok daha kolaydır.

Yine yapay zekâ hâkimlerin ahlakî değerleri bir insan gibi değerlendirebilmesi mümkün değildir.¹⁴⁹ Sözelimi rasyonel düşünen yapay zekâ gayriinsanî fikirler üretebilmektedir. Bu fikirler arasında ırkçılık, ojeni, kitlesel katliamlar gibi insanlık suçları da mevcuttur¹⁵⁰. Üstelik yapay zekânın hukuk alanında kullanımına ilişkin yapılan denemelerde de yapay zekâ tarafından siyahî sanıkların beyazlara göre negatif değerlendirildiği sonuçlar elde

¹⁴³ “(1) Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatıyla serbestçe takdir edilir. (2) Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.” (CMK md. 217 (Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4/12/2004, RG 17/12/200408.12.2001/24607))

¹⁴⁴ Doğan Gedik, ‘Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)’ (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan Özel Sayısı) 915, 916 ve 947.

¹⁴⁵ ibid 946.

¹⁴⁶ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 113.

¹⁴⁷ ibid 102.

¹⁴⁸ ibid 104.

¹⁴⁹ Aynı doğrultuda bkz. İçer ve Buluz (n 49) 32. Ayrıca yapay zekânın yargı uygulamasındaki etik çerçevesi için bkz. Yılmaz (n 50) 398 vd.

¹⁵⁰ Bir örnek: TRT Haber, ‘İrkçılık dijital teknolojide de mevcut’ (20 June 2020) <<https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/irkcilik-dijital-teknolojide-de-mevcut-494431.html>> accessed 13 July 2023.

edilmiştir¹⁵¹. Bu denemeler insanî kararın ancak insan bir hâkim tarafından verilebileceği yönündeki tezi güçlendirmektedir.

Bir diğer sorunsu adaletsiz kanunlar meselesidir. Esasında bu sorun hukuk felsefesi için başlı başına bir muammadır¹⁵². Hukukî pozitivizm gibi kimi ekoller hâkimlerin kanunun adalete uygunluğunu denetleme makamı olmadığını düşünerek her şartta pozitif hukukun uygulanması gerektiğini savunmuşlardır. Radbruch ve Alexy gibi kimi doğal hukukçular ise “adalete dayanılmaz derecede aykırılık” olması durumunda artık hâkimin pozitif hukuku ihmâl etmesi gerektiğini savunmuştur¹⁵³. Gerçekten de Nazi dönemi hukukçularının yargılandığı Nürnberg duruşmalarında pozitif hukuku kayıtsız şartsız uygulayan hâkimler hukukun evrensel ve temel değerlerini ihlâl ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulmuşlardır. Yapay zekâyâ sahip makinelerin pozitif hukuku uygularken adaleti ve hukukun evrensel ilkelerini göz önünde bulundurmaması bir sorun, bu ilkeleri göz önünde bulundurduğu iddiasıyla pozitif hukuku ihmâl etmesi ise başka bir sorun yaratacaktır. Bu çelişkide insan hâkim yapay zekâyâ göre daha itidalli bir yaklaşım sergileyebilir.

G. Kararın Sosyal Meşruiyeti

Hâkim hukukî olarak bilgili ve alana hâkim olmalıdır. Hukukî bilgisi zayıf olan hâkimlerin sağlıklı bir yargılama yürütmesi mümkün değildir. Böyle bir hâkim kolayca manipüle edilebilir. Mevzûata ve olaya ilişkin içtihatlar vâkıf olan bir hâkim olayı daha iyi muhâkeme eder, bilgisine güvendiğinden duygusallıktan veya manipülasyonlardan etkilenmeyerek hukuku uygulayabilir.

Hâkimin kendisine güvenli, soğukkanlı, sabırlı, zeki, dürüst, emin, hayâta dair bilgili, kültürlü, feraset sahibi ve muhâkeme yeteneği kuvvetli olması bir hâkimde olması beklenen vasıflardır¹⁵⁴. Güvenilmez, duygularını kontrol etmekte zorlanan, aceleci ve sabırsız, akli kıt bir hâkimin hukuk kurallarını objektif aklî kriterlere göre uygulaması beklenemez. Üstelik hâkimin bu başlık altında sayılan tüm vasıflara sahip olması da tek başına yeterli değildir. Hâkim aynı zamanda bu vasıflara sahip olduğunu taraflara hissettirmelidir. Böylece taraflar

¹⁵¹ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 90; Ray (n 55) 145.

¹⁵² Wacks (n 23) 105.

¹⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Altan Heper, ‘Alexy’ nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki’ iç *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (İstanbul Barosu Yayınları 2005). Ayrıca bkz. Işıқтаç, *Hukuk Felsefesi* (n 1) 288.

¹⁵⁴ Küçükay (n 40) 626 ve devamı.

hem mahkemeyi etkileyebilecekleri zannına kapılmayacaklar hem de verilen hükme teslim olmakta zorlanmayacaklardır. Hâkimin tarafsızlığından ve alana hâkimiyetinden emin olmayan bir tarafın mahkeme kararına teslim olması elbette çok güçtür. O hâlde hâkim durumuyla da hâkimlik vasıflarını üzerinde taşıdığı taraflara hissettirmelidir.

Literatürde kimi yazarlara göre bir insan tarafından yargılanan sanığın hâkimin tarafsızlığından şüphe duyması uygulamada çokça görülen bir durum olduğu hâlde yapay zekâyla yapılan bir yargılamada sanık böyle bir tarafsızlıktan kuşku duymayabilir, bu da yargılananın meşrûiyetini arttırabilir¹⁵⁵. Ancak buna karşın yargılama neticesinde kararın bir insan tarafından verilmesi karara sosyal bir meşrûiyet de sağlamaktadır. Uyma davranışının psikanaliz incelemesini yapan Mehmet Tevfik Özcan da toplumsal normun süper-ego aracılığıyla bireye dayatıldığını tespit etmiştir¹⁵⁶. Özcan'a göre "*süper-egonun baskılayıcı karakteri, normlara uyulmasını gözeten kurum ve kuruluşları her bir bireyin başına polis dikme zahmetinden kurtarır*"¹⁵⁷. Bu tespiti bir adım öteye taşıyarak insanların hukuk düzenine ve mahkeme kararlarına yalnızca doğrudan cebir tehdidi vasıtasıyla değil aynı zamanda süper-egolarının dayatması dolayısıyla normatif toplumsal düzene uymak için de itaat ettikleri söylenebilir. Gerçekten de Sourdin ve Cornes mahkeme kararlarının meşrûiyetinin insanın bebeklik dönemine ve ebeveynleriyle olan ilişkilerine dayandırılabilirliğini iddia etmektedir. Yazarlara göre insan kendi cinsinden olan insanların hükmünü makinelerin vereceği hükme göre daha meşrû görmekte ve benimsemektedir¹⁵⁸. Kaldı ki davanın tarafları da insan olarak bürokrasinin soğuk prosedürleri veya makinenin duygusuz akıl yürütmesi yerine kendi cinsinden olan ve duygularını anlayabilecek bir insan sıcaklığını tercih edeceklerdir¹⁵⁹.

İnsan hâkimi yapay zekâ hâkim karşısında öne çıkartan bir diğer husûs ise genel olarak teknolojiye yöneltilen eleştiriler ve endişelerdir. Yapay zekânın konuşulmaya başlamasıyla birlikte dünyayı ele geçiren robotlar kurgusal yapıtlarda çokça ele alınan bir fantezi hâlini almıştır. Bu kapsamda kimi düşünürler tarafından yapay zekâ insanoğlunun varoluşu için bir risk olarak da değerlendirilmiştir¹⁶⁰. Makinelere karşı bu güvensizlik insanları yargılamak gibi

¹⁵⁵ Vidmar (n 98) 60. Biz bu görüşe katılmamaktayız. Yukarıda tarafsızlık ve bağımsızlık başlığını taşıyan bölümde yapay zekâ için de tarafsızlık ve bağımsızlık noktasında bazı soru işaretleri olduğu hatırlanmalıdır.

¹⁵⁶ Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş (n 41) 99.

¹⁵⁷ ibid 101.

¹⁵⁸ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 98.

¹⁵⁹ Özdemir (n 137) 526–527. Bu noktada aktif bir hâkimlik pratiği önerisi ve tartışması için Özdemir'in çalışmasının tamamı ayrıca incelenebilir.

¹⁶⁰ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 103; Yılmaz (n 50) 388 ve 392.

stratejik ve ritüelistik bir görevin yapay zekâ hâkimlere terkedilmesi önünde bir engel olarak görülebilir. Özellikle veri güvenliğinin ve yapay zekâyâ dayalı manipülasyonların çokça gündeme geldiği bir çağda teknolojiye olan güvensizliği mâkul karşılamak gerekir. Zira “büyük dava” olarak nitelendirebileceğimiz siyasî davalarda veya “VIP kimselerin” yargılandığı davalarda bir makinenin gerçekten adaleti tesis etmek üzere programlanacağı veya herhangi bir etkiye maruz kalmayacağı kuşkuludur. Ayrıca sistemin bilgisayar korsanlarınca hacklenebileceği, hassas nitelikte kişisel verilerin kötü niyetli bilgisayar korsanlarının eline geçebileceği pek de haksız olmayan bir endişedir¹⁶¹. O hâlde böyle bir teknolojiyle yapılan yargılamanın bağımsız olduğuna kuşkusuz bir şekilde güvenmek mümkün değildir.

H. Antropofornik Yapay Zekâ Yaklaşımının Sorunları

Yapay zekâyâ sahip hâkimlerin imkânına ilişkin son bir tartışma yapay zekâyâ antropomorfik bakıştan kaynaklanmaktadır. Antropomorfizm, diğer bir ifade ile insan biçimcilik, insan olmayan varlıklara insanî özellikler atfedilmesidir¹⁶². Kant’ın tasviriyle birlikte insan belirli kategoriler içerisinde düşünür. Bu kategorinin içerisinde süzülüp elde edilen bilgiler fenomenolojik bilgiler olup hakikatin kendisini değil sadece bir görüntüsünü ifade ederler. İnsan için fenomenin ötesinin bilgisine sahip olmak teorik alan için mümkün değildir¹⁶³. Böyle olunca insan kendi muhayyilesinin ötesindeki varlıkları ve durumları anlayabilmek için antropomorfizme başvurmak ve bu varlıklara insanî özellikler atfetmek

¹⁶¹ Benzer doğrultuda bkz. Yılmaz (n 50) 401.

¹⁶² Cevizci (n 88) 128.

¹⁶³ Kısaca açıklamak gerekirse: Kant teorik aklın ilgilendiği alanı duyu dünyası ve akıl dünyası olmak üzere ikiye ayırır. Bu iki dünyaya karşılık gelecek şekilde de duyu dünyasının bilgisine “fenomen”, akıl dünyasının bilgisine “numen” adını verir. Saf deneyimin aklın a priori / verili kategorilerinden (Kant’ın kategoriler öğretisi için bkz. Heinz Heimsoeth, *Kant’ın Felsefesi* Takiyettin Mengüşoğlu (çev) (Doğu Batı Yayınları 2014) 82 ve devamı.) sentezlenmesi sonucunda fenomene dair bilgi ortaya çıkar. (Immanuel Kant, *Arı Usun Eleştirisi* (n 5) 159.) Kant’a göre insanın deneyime dayalı tüm bilgisi fenomenlerden ibarettir (ibid 172). Numene dair bilgi ise teorik alanın dışındadır yani deneyimle numen bilgisi elde etmek mümkün değildir (ibid 160). Deneyim bilgisiyle ulaşılamayan numenlerin bilgisine Kant pratik akıl alanında yani ahlâk öğretisinde imkân açmaktadır (Immanuel Kant, *Pratik Aklın Eleştirisi: = Kritik Der Praktischen Vernunft* Ioanna Kuçuradi (çev) (Türkiye Felsefe Kurumu 2014) 7). Örneğin insanın kendi özgürlüğüne dair bilgisi teorik aklın ulaşamayacağı, pratik akılla ulaşılacak böyle bir bilgidir. (bkz. ibid 49).

Kant’ın öğretisi doğrudan antropomorfizm tartışmasıyla ilişkili değildir. Ancak bu fikirleri kendi bağlamımızda yorumlamak gerekirse şunlar söylenebilir: İnsan sahip olduğu kategoriler dolayısıyla düşünür. Böyle olunca da bir insanın insanî olmayan bir bilgiye sahip olması yani antropomorfizmden kaçınması mümkün değildir.

durumunda kalmaktadır. Yapay zekânın hâkim olarak kullanılmasında ortaya çıkan felsefi problem şudur: Yapay zekâ insan gibi mi yoksa başka türlü mü karar verecektir?

Şayet bu soruya “insan gibi karar verecektir” diye cevap verilecek olursa, yapay zekâdan beklentimiz bize sadece hız ve zaman kazandırması mıdır? O hâlde yapay zekâdan beklentimiz insanın bir taklidi olmasıdır. Diğer taraftan insan gibi karar vermek ne demektir, bu sorunun cevabını vermek için insanın ne olduğuna ve nasıl karar verdiğine ilişkin nihaî bilgiye sahip olunması gerekir. Bunun, yani bir insanın insan aklının sınırlarını ve yapısını tam anlamıyla idrâkinin mümkünâtı bir tartışma meselesi olmakla birlikte insanlık henüz böyle bir bilgidен uzak olduğuna göre yapay zekâ en iyi ihtimâlle eksik bir insan gibi karar verebilir.

Sorumuza “hayır, insan gibi karar vermeyecek” şeklinde cevap verilirse bu durumda daha büyük muammalar ortaya çıkmaktadır. İnsan gibi olmayan bir karar verme nasıl mümkün olabilir? İnsan zekâyı ve karar vermeyi kendinden yola çıkarak anlayabilmektedir. İnsanî olmayan bir zekâ insan muhayyilesinin ötesindedir ve insan için hiçbir anlam ifade etmez. Hâliyle böyle bir zekânın yapacağı yargılamanın ne şekilde olacağı ve hatta bizâtihi yargılamaya elverişliliği dahi şüphelidir.

Görünen o ki insanın insan aklının ilkeleri ve insanîlik sınırları içerisinde yargılanması kaçınılmazdır. Bu durum yapay zekânın insanlar için iş kolaylaştırıcı teknolojiler olmanın ötesine geçemeyeceğini ortaya koymaktadır.

I. Yapay Zekâ İçin Alternatif Bir Öneri: Hâkim Asistanlığı

Buraya kadar yapay zekâ teknolojisinin ne olduğu, nasıl bir süreçle karar verdiği buna karşın insan yargıcın kararını etkileyen âmillerin neler olduğu incelenmiş; daha sonra karar verici olarak yapay zekâ hâkim ile insan hâkimin mukayesesi yapılmıştır. Yukarıda görüldüğü üzere insan hâkimin karar verme sürecinde kimi âmiller kararın âdil ve hukuka uygun olması önünde engel teşkil edebilmektedir. Aynı şekilde yapay zekâ hâkimin karar verici pozisyonda olması da birçok mahzurları beraberinde getirmektedir. Tüm bu sebeplerden ötürü literatürde yapay zekânın insan hâkimlere yardımcı bir pozisyonda kullanılması fikri geliştirilmiş, yapay zekânın bilirkişiye benzer bir hüviyette hâkim yardımcısı olarak kullanılabilmesine ilişkin görüşler ileri sürülmüştür¹⁶⁴.

¹⁶⁴ Turan, Kemaloğlu ve Küçüksille (n 52) 254; İçer ve Buluz (n 49) 31; Yılmaz (n 50) 402 ve devamı.

Her şeyden önce yapay zekâ teknolojisinin verileri analiz etmede ve sınıflandırmada muazzam bir başarısı olduğu ortadadır. Bu imkâna rağmen bazı endişelerle yapay zekâyı ve teknolojiyi tümünden yargı sürecinin dışında tutmak usûl ekonomisi ilkesine uygun olmayacaktır¹⁶⁵. Yapay zekâ teknolojisinin bu hâliyle zaten iş yükü altında boğulmakta olan yargının iş yükünü hafifletebileceğine kuşku yoktur. Yapay zekânın prosedürleri yerine getirdiği veya hızlandırdığı bir yargılama faaliyetinde buradan tasarruf edilen zaman âdil kararın araştırılmasına ayrılabilir.

Yine doktrinde ileri sürüldüğü gibi yapay zekâ kimi davalarda bilirkişi gibi değerlendirilebilir. Hâkim asistanı veya bilirkişi hüviyetine sahip yapay zekâ fikrinde karşımızda duran en önemli sorun yapay zekâyı insan hâkimin hangi işlevlerinin ne şekilde devredilebileceği sorunudur¹⁶⁶. Diğer bir söyleyişle yapay zekâ ne yapacaktır ve ne kadar yapacaktır? Yapay zekânın hâkim asistanı olarak kullanılması durumunda her şeyden önce vicdânî kararı takdir edecek olan yine bir insan olacaktır. Bilirkişi delilinin bağlayıcı olmayıp hâkim için takdiri bir delil hüviyeti taşıması gibi yapay zekânın inceleme sonucu da hâkimi bağlamayıp hâkim sonucu gerekçeleriyle birlikte değerlendirip vicdânen takdir edebilir. Yapay zekâyı sahip yazılımlar hâkim için gerekli materyalleri hazırlayabilir, dosyaları filtreleyebilir, dosyayı inceleyebilir ve araştırma yapabilir¹⁶⁷. Kimi hesapları yapmakta veya karar taslakları yazmakta hâkime yardımcı olabilir, böylece hâkim zamandan tasarruf edebilir aynı zamanda insan hâkim için de yapay zekâ için de sayılmış olan mahzurlar en aza indirilebilir¹⁶⁸. Yapay zekâ hâkim ceza yargılaması gibi incelik gerektiren (zor) yargılamalarda kullanılmadan önce öncelikle ticaret hukuku ve icra mahkemesi uyuşmazlıklarında kullanılabilir¹⁶⁹.

SONUÇ

Hâkim yargılama faaliyetinin sonunda nihaî hükmü ortaya koyan süje olmak itibarıyla merkezî bir öneme sahiptir. Hüküm belirli ve kurallı bir akıl yürütmenin sonucu olarak ortaya çıksa da hâkimin yorumunu ve hâkimlik pratiğinin izlerini kaçınılmaz olarak içinde taşımaktadır. Hâkimin hâkimlik pratiği bilinçli ve bilinçsiz saiklerden etkilenmektedir.

¹⁶⁵ Kıyak (n 52) 81.

¹⁶⁶ Sourdin and Cornes, *Do Judges Need to Be Human?* (n 43) 113.

¹⁶⁷ ibid 100. Benzer bkz. Turan, Kemaloğlu ve Küçükşille (n 52) 254.

¹⁶⁸ Yılmaz (n 50) 405–406.

¹⁶⁹ İçer ve Buluz (n 49) 33. Doktrinde yapay zekânın insan bilirkişinin görevini yerine getiremeyeceği, çünkü kimi bilgileri hesaba katamayacağı iddia edildiği de yapay zekâ ile mukayese edildiğinde bilirkişilerin de kimi eksik yönlerinin olduğu muhakkaktır. (Ruger, Kim, Martin and Quinn (n 65) 1183.)

Hâkimlik pratiğinin hangi çerçeve içerisinde kalması gerektiği hukuk felsefesinin başlıca problemlerinden bir tanesidir ve hâkim kaçınılmaz olarak belirli bir pratiği tercih etmek durumundadır. Diğer yandan hâkimin bilincinde olmadığı kimi psikolojik süreçler de hâkimlik pratiği üzerinde olumlu veya olumsuz etkiler bırakmaktadır.

Yapay zekâ teknolojisinin gelişmesiyle birlikte hukuk alanında da bu teknolojiden yararlanılabileceği fikri ortaya çıkmıştır. Yapılan kimi denemelerde gerçekten de yapay zekânın hukuk alanında metinleri tasnif etmek, yargı kararlarını önceden tahmin etmek, hukukî metin elde etmek gibi işlerin üstesinden gelebildiği görülmüştür. Yapay zekânın bu başarısı yargılamada hâkimlik makamının yapay zekâyâ sahip makinelere bırakılabileceği spekülasyonunun ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Çalışmamızda insan hâkimlerle karşılaştırılmak suretiyle yapay zekâyâ sahip makinelerin hâkim olarak kullanılma imkânı tartışılmıştır. Görülmüştür ki insanların gerek bilinçli gerekse bilinçdışı sebeplerle bazı zaafaları mevcuttur. Gerçekten de makineler insanî zaafaların pek çoğuna sahip değildir, hafıza ve işlem hızı gibi kabiliyetler bakımından insandan çok ötedir. Ancak yine çalışmamızda görülmüştür ki yapay zekânın hâkim olarak kullanılmasının önünde de pek çok teknik, etik, pratik ve felsefi sorun mevcuttur. Kaldı ki hukukun doğasına ve hâkimlik mesleğinin pratiğine yönelik hukuk felsefesi ekolleri arasında henüz uzlaşmaya varılmamış olması da yapay zekânın nasıl bir hâkimlik pratiği üzerinden programlanacağını belirlemenin önünde engel olarak durmaktadır.

Âdil ve hukuka uygun kararın ortaya çıkabilmesi için kimi özellikler yönünden insan hâkimler daha başarılıyken yapay zekâ hâkimlerin kimi özellikleri de insan hâkimlerin önündedir. Ancak buna rağmen hâkimlik mesleğinin yapay zekâyâ terkedileceği, insan hâkimlerin yerini yapay zekâların alacağı iddiaları şu an için pek gerçekçi gözükmemektedir. Çalışmamızda yapay zekâ hâkimlerle ilgili dikkat çekilen teknik mahzurların giderilmesinin ne derecede mümkün olduğu bilişim teknolojisi uzmanlarının çalışma sahasıdır. Ancak özellikle hukuk felsefesinin hâkimden nasıl bir yargı pratiği beklediği sorusunun çözüm bulamamış olması yapay zekânın hâkim olarak kullanılmasının önündeki en büyük engel olduğu kanaatindeyiz. Yine yargılamanın sosyal meşruiyeti, bilinçdışının karar alma ve karara teslimiyet üzerindeki etkileri göz önünde bulundurulduğunda teknik engellerin ötesinde ontolojik bazı mahzurların söz konusu olduğu değerlendirilebilir.

Elbette muhâkemelerin tamamen yapay zekâlara terkedilemiyor olması bu teknolojik imkândan hiç faydalanılamayacağı anlamına gelmemelidir. Özellikle yapay zekânın gelişmiş

işlem kapasitelerinin gerek hâkim gerekse diğer hukuk uygulayıcıları için büyük kolaylıklar ve zaman tasarrufu sağlayacağı ortadadır. Bu sebeple yapay zekânın hâkime yardımcı bir pozisyonda bilirkişi gibi çalışabileceği bir sistem önerilebilir. Bizce teknolojiden faydalanmak diğer tüm meslek alanlarında olduğu gibi hukuk alanında da önemlidir. Özellikle iş yükünün oldukça arttığı buna mukabil zamanın oldukça kısıtlı olduğu günümüzde zaman tasarrufu sağlayabilecek her türlü teknoloji imdadımıza yetişebilir. Ölçüyü belirlerlerken dikkat edilmesi gereken nokta bizce şudur: Zamanla olan yarışımız âdil ve insanî hüküm zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır.

KAYNAKÇA

Arıkan E, Sert Pozitivizm (On İki Levha Yayıncılık 2021).

Avrupa Komisyonu, ‘Why the ODR Platform Matters for Traders’ <<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.trader.register>> accessed 12 July 2023.

Bommarito MJ and Katz DM, ‘GPT Takes the Bar Exam’ (29 December 2022) <<https://papers.ssrn.com/abstract=4314839>> accessed 13 July 2023.

Brenner C, *Psikanaliz: Temel Kavramlar* Işık Savaşır and Yusuf Savaşır (çev) (HYB Yayıncılık 1998).

Cevizci A, *Felsefe Terimleri Sözlüğü* (Paradigma Yayınları 2005).

Choi JH, Hickman KE, Monahan A and Schwarcz D, ‘ChatGPT Goes to Law School’ (23 January 2023) <<https://papers.ssrn.com/abstract=4335905>> accessed 13 July 2023.

Cotterrell R, *Hukukbilimin Politikası Hukuk Felsefesine Eleştirel Bir Giriş* Saim Üye (çev) (Pinhan Yayıncılık 2018).

Çınar İ, ‘Ceza Muhakemesinde Hüküm Verme Sürecine Metodolojik Bir Bakış’ (2023) *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 21(Özel Sayı) 337.

Demirdal MB, ‘Ronald Dworkin’in Hukuk Teorisi Işığında Yargıçların Rolü’ (2014) *18(3-4) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 789.

Dinçkol A, ‘Hâkimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler’ iç *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (Afa Yayıncılık 1995).

- Dworkin R, *Hukukun Hükümranlığı* Ertuğrul Uzun (çev) (Nora Kitap 2018).
- Dworkin R, *Taking Rights Seriously* (Harvard University Press 1977).
- Emiroğlu İ, *Klasik Mantığa Giriş* (Elis Yayınları 2016).
- Freud S, *Haz İlkesinin Ötesinde: Ben ve İd* Ali Babaoğlu (çev) (Metis Yayınları 2011).
- Gayretli Aydın S, 'Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma' (2017) 19(Özel Sayı-2017) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2101.
- Gedik D, 'Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)' (2019) 21 D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan Özel Sayısı).
- Gözler K, *Hukuka Giriş* (Ekin 2022).
- Güriz A, *Hukuk Başlangıcı* (Siyasal Kitabevi 2019).
- Hassabis D, 'Artificial Intelligence: Chess Match of the Century' (2017) 544 Nature 413.
- Hegel GWF, *Mantık Bilimi: Büyük Mantık* Aziz Yardımlı (çev) (İdea Yayınevi 2014).
- Heimsoeth H, *Kant'ın Felsefesi* Takiyettin Mengüşoğlu (çev) (Doğu Batı Yayınları 2014).
- Heper A, 'Alexy'nin Hukuksal Pozitivizm Eleştirisi, Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki' iç *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi* (İstanbul Barosu Yayınları 2005).
- Işıқтаç Y ve Metin S, *Hukuk Metodolojisi* (Filiz Kitabevi 2016).
- Işıқтаç Y, *Adalet Psikolojisi* (Sümer Kitabevi Yayınları 2020).
- Işıқтаç Y, *Hukuk Felsefesi* (Filiz Kitabevi 2019).
- İçer Z ve Buluz B, 'Yapay Zekânın Ceza Muhakemesindeki Rolü ve Geleceği' (2021) <<https://www.academia.edu/41074795/>> accessed 11 July 2023.
- Kant I, *Arı Usun Eleştirisi* Aziz Yardımlı (çev) (İdea Yayınevi 1993).
- Kant I, *Pratik Aklın Eleştirisi: = Kritik Der Praktischen Vernunft* Ioanna Kuçuradi (çev) (Türkiye Felsefe Kurumu 2014).

Katz DM, Li MJB and Blackman J, 'A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States' (2017) 12(4) PLOS ONE <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>> accessed 13 July 2023.

Kıyak E, 'Büyük Veri ve Yapay Zekâ Teknolojileri ile Adım Adım Zeki UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) Ekosistemine Doğru' (2020) 22(1) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 79.

König W, 'Dilbilim ve Yapay Zekâ' (1994) 5() Dilbilim Araştırmaları Dergisi 219.

Küçükay A, 'Karar Vermenin Psikolojisi' (2018) 35() Türkiye Adalet Akademisi Dergisi 607.

Metin S, 'Joseph Raz'da Hukuki Otorite Kavramı.' (2006) 1 Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 37.

Metin S, 'Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı' (2003) 61 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 35.

Morioka M, 'Can Artificial Intelligence Philosophize?' (2021) 12() The Review of Life Studies 40.

Murphy MC, *Natural Law in Jurisprudence and Politics* (Cambridge University Press 2006).

Orman E, Hegel'in Mutlak İdealizmi (Belge Yayınları 2015).

Özcan MT, *Hukuk Sosyolojisine Giriş* (On İki Levha Yayıncılık 2015).

Özcan MT, İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol: Hukuk Dışı Mekanizmalar ve İlkel Hukuk (12 Levha Yayıncılık 2012).

Özdemir N, 'Aktif Bir Hâkimlik Pratiğinin Kapsamı ve Sınırları: Hâkim Fiona Örneği' (2017) 7(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 521.

Özkök G, 'Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine' (2002) 51(2) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1.

Palmer RE, *Hermeneutics* (Northwestern University Press 1969).

Pettinato Oltz T, ‘ChatGPT, Professor of Law’ (4 February 2023) <<https://papers.ssrn.com/abstract=4347630>> accessed 13 July 2023.

Ray PP, ‘ChatGPT: A Comprehensive Review on Background, Applications, Key Challenges, Bias, Ethics, Limitations and Future Scope’ (2023) 3 () *Internet of Things and Cyber-Physical Systems* 121.

Rissland EL, ‘Artificial Intelligence and Law: Stepping Stones to a Model of Legal Reasoning’ (1990) 99(8) *The Yale Law Journal* 1957.

Ruger T, Kim P, Martin A and Quinn K, ‘The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decision-Making’ (2004) 104(4) *Columbia Law Review* 1150.

Schauer F, ‘Is There a Psychology of Judging?’ in David E Klein and Gregory Mitchell (eds), *The Psychology of Judicial Decision Making* (Oxford University Press 2010) <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195367584.003.0007>> accessed 13 July 2023.

Sng O, Williams KEG and Neuberg SL, ‘Evolutionary Approaches to Stereotyping and Prejudice’ in Chris G Sibley and Fiona Kate Barlow (eds), *The Cambridge Handbook of the Psychology of Prejudice* (Cambridge University Press 2016) <<https://www.cambridge.org/core/books/cambridge-handbook-of-the-psychology-of-prejudice/evolutionary-approaches-to-stereotyping-and-prejudice/9AD30C4C80027BC889911D9E010711E1>> accessed 24 November 2023.

Sourdin T and Cornes R, ‘Do Judges Need to Be Human? The Implications of Technology for Responsive Judging’ in Tania Sourdin and Archie Zariski (eds), *The Responsive Judge: International Perspectives* (Springer 2018) <https://doi.org/10.1007/978-981-13-1023-2_4> accessed 11 July 2023.

Sourdin T and Cornes R, ‘Implications for Therapeutic Judging (TJ) of a Psychoanalytical Approach to the Judicial Role - Reflections on Robert Burt’s Contribution’ (2016) 48() *International Journal of Law and Psychiatry* 8.

TRT Haber, ‘İrkçılık dijital teknolojide de mevcut’ (20 June 2020) <<https://www.trthaber.com/haber/bilim-teknoloji/irkcilik-dijital-teknolojide-de-mevcut-494431.html>> accessed 13 July 2023.

Turan T, Kemaloğlu N ve Küçükşille E, 'Hukuk'ta Yapay Zeka: Çalışmalar ve Gelecek Öngörülleri' (2020) 11 Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Dergisi 246.

Turing AM, 'Computing Machinery and Intelligence' (1950) LIX(236) Mind 433.

Türk Dil Kurumu (ed), *Türkçe Sözlük*, cilt 2 (Türk Tarih Kurumu 1998).

Türkbağ AU, 'Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları' (2011) 27 Anayasa Yargısı Dergisi 71.

Uygur G, 'Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?' (2003) 52 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 145.

Uzun E, *Hukuk Metodolojisinin Sorunları* (Nora Kitap 2017).

Varol Karaosmanoğlu G, 'Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7251 Sayılı Kanun'la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi' (2022) 8(1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 71.

Vidmar N, 'The Psychology of Trial Judging' (2011) 20(1) Current Directions in Psychological Science 58.

Wacks R, *Hukuk Kuramını Anlamak* Serdar Ünver ve Fatma Süzgün Şahin Ünver (çev) (Astana Yayınları 2021).

Xiao C, Zhong H, Guo Z, Tu C, Liu Z, Sun M, Feng Y, Han X, Hu Z, Wang H and Xu J, 'CAIL2018: A Large-Scale Legal Dataset for Judgment Prediction' <<https://arxiv.org/abs/1807.02478>> accessed 12 July 2023.

Yılmaz OG, 'Yargı Uygulamasında Yapay Zekâ Kullanımı - Yapay Zekâ Hâkim Cübbesini Giyebilecek mi?' (2021) Adalet Dergisi 379.

İfade Özgürlüğüne Dair Uluslararası Standartlar ve Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu: İHAM'ın Vedat Şörlü Kararı Işığında Bir Değerlendirme^{*}, ^{**}

International Standards on Freedom of Expression and the Offense of Insulting the President: An Evaluation in the Light of ECtHR's Vedat Şörlü Decision

Arş. Gör. Enes KETHÜDA^{***}

Öz

Bu makale, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ifade özgürlüğü arasındaki gerilimi uluslararası insan hakları hukukunda kabul gören standartlar çerçevesinde ve güncel gelişmeler ışığında ele almıştır. Bu kapsamda öncelikle devlet başkanını ifade özgürlüğü karşısında özel olarak korumayı amaçlayan bu suç tipinin anakronik olduğu ve Avrupa Konseyi üye devletleri tarafından terk edildiği tespit edilmiştir. Ulaşılan ikinci önemli bulgu, cumhurbaşkanına hakaret suçunun ifade özgürlüğünün güvence rejimi kapsamında benimsenen üç aşamalı testin üç ögesi bakımından da sorun doğurduğu ve bu suç tipiyle ilgili sorunun -ilgili mahkeme kararlarında kavrananın aksine- bir normatif varlık ve meşruluk meselesi olduğudur. Makalede son olarak, 2016'da verdiği norm denetimi kararında söz konusu suç tipini Anayasa'ya uygun bulan Anayasa Mahkemesinin (AYM), İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin (İHAM) Vedat Şörlü kararının gereklerine uygun olarak ve ortaya çıkan yeni dinamiklerin etkisiyle 10 yıllık denetim yasağının ardından normu iptal edeceği öngörüsü paylaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler

İfade Özgürlüğü, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku, Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu, Anayasa Mahkemesi, Vedat Şörlü Kararı

Abstract

This article examines the tension between the offence of insulting the president and freedom of expression within the framework of standards accepted in international human rights law and in the light of recent developments. The first finding is that this type of offence, designed to specifically protect the head of state against freedom of expression, is anachronistic and has been abandoned by the member states of the Council of Europe. The second important finding is that the offence of insulting the president poses problems in terms of all three elements of the three-step test adopted within the scope of the guarantee regime of freedom of expression, and that the problem with this type of offence - contrary to what is perceived in the relevant court decisions - is a question

* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 15.01.2024 – **Makale Kabul Tarihi:** 04.02.2024.

** Bu makale, Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi bünyesinde gerçekleştirilen haftalık toplantılarda İHAM'ın Vedat Şörlü kararı sonrasında yapılan sunuma dair notların derlenmesi ve geliştirilmesiyle şekillendirilmiştir.

*** Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, eneskethuda@trabzon.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7896-8973.

of normative existence and legitimacy. Finally, the article shares the foresight that the Constitutional Court (TCC), which found this type of offence in accordance with the Constitution in its 2016 norm review decision, will cancel the norm after a 10-year ban on review in accordance with the requirements of the Vedat Şörlü decision of the European Court of Human Rights (ECtHR) and the impact of the new dynamics that have emerged.

Keywords

Freedom Of Expression, International Human Rights Law, Offense Of Insulting The President, Constitutional Court, Vedat Şörlü Judgment.

GİRİŞ

İfade özgürlüğü, öznelinin düşünce üretme ve bunu dışa vurma menfaatini korumasının yanı sıra, siyasetin toplum ve basın tarafından dikey olarak denetlenmesini sağlaması nedeniyle demokrasi ilkesinin önemli bir parçası ve insan haklarının savunulmasında önemli bir araç olması nedeniyle bir çeşit hak arama vasıtasıdır. Bu nedenle ifade özgürlüğüne dair verilerin bir ülkenin insan hakları, demokrasi ve hukuk devleti karnesi bakımından çok şey söylediği kabul edilir¹.

Türkiye'deki kronik ifade özgürlüğü sorununun güncel ögelerinden biri, TCK'nın 299. maddesinde yer alan cumhurbaşkanına hakaret suçu ve onun sürekli serpilmekte olan uygulamasıdır. Adalet Bakanlığının yayımladığı raporlarda ve literatürde yer alan verilere göre bu suç tipine yönelik soruşturmaların sayısı, 2009 yılına dek yıllık tek ve çift haneli rakamlarla ifade edilirken bundan sonraki süreçte aşamalı olarak artmış ve 2015 sonrasında beş haneli rakamlara ulaşmıştır². İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından 2021 yılının son çeyreğinde verilen Vedat Şörlü kararı, Türkiye'deki bu sorunu, meselenin yapısal yönüne de vurgu yaparak gözler önüne sermiştir. Mevcut makalede sözü edilen suç tipi, bu konudaki uluslararası standartlar ve Vedat Şörlü kararı ışığında, ifade özgürlüğünün değerlendirilmesinde kullanılan üçlü teste paralel bir inceleme metoduyla (kanunilik-meşru amaç-demokratik toplumda gereklilik) ele alınacaktır. Bu bağlamdaki değerlendirmede esasen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (BM İHK), Venedik Komisyonu, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri gibi Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme

¹ Handyside v the United Kingdom App no 5493/72 (ECtHR, 07 December 1976), § 49.

² Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adalet İstatistikleri', (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 2022), <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, Erişim Tarihi: 21.12.2023; Yaman Akdeniz ve Kerem Altıparmak, 'Türkiye'de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL'de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri', (İfade Özgürlüğü Derneği, 2018), https://ifade.org.tr/reports/IFOD_Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 21.12.2023.

sistemlerinin koruma ve danışma organlarının karar, rapor ve genel yorumlarına ve taraf oldukları bölgesel ve küresel insan hakları belgeleri bakımından Türkiye ile benzer konumda olan diğer devletlerin mevzuat ve uygulamalarına dayanan karşılaştırmalı ve içtihat hukuku temelli bir metot benimsenmiştir.

Bu kapsamda öncelikle cumhurbaşkanına hakaret suçunun amacı ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri değerlendirilecektir. Makalenin takip eden ikinci bölümünde mevzubahis suç tipi, ifade özgürlüğünün güvence rejiminde benimsenen sistematik çerçevesinde ve uluslararası standartlar ışığında detaylı bir biçimde ele alınacaktır. Üçüncü bölümdeyse Vedat Şörlü kararının ve uluslararası insan hakları hukukunun ifade özgürlüğü-cumhurbaşkanına hakaret suçu gerilimi bağlamında çizdiği çerçevenin iç hukuka nasıl aktarılabileceği ve bu kapsamdaki potansiyel ihtimaller tartışılacaktır. Makalenin çeşitli -ve ilgili- kısımlarında meseleyi ölçülülük testiyle sınırlı olarak kavrayan Anayasa Mahkemesinin, uluslararası insan hakları hukukunun çizdiği çerçeve karşısındaki yaklaşımı ve cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin içtihadı bağlamındaki tutarlılığı, 2016'da verdiği norm denetimi kararı ve güncel bireysel başvuru kararları çerçevesinde sorgulanacaktır. Bu bağlamda 2017 Anayasa değişikliğinin cumhurbaşkanının sistem içindeki rolü üzerinde yarattığı değişimin potansiyel etkilerine de yer verilecektir. Ayrıca AYM'nin oldukça yakın bir zamanda verdiği -uluslararası standartlarla uyumsuzluk bakımından karşılaştırılabilir bir mesele olan- kadının soyadına dair iptal kararının, cumhurbaşkanına hakaret suçunun geleceği bağlamındaki anlamı değerlendirilecektir.

Literatürde şimdiye dek cumhurbaşkanına hakaret suçunun anayasallığını ele alan çeşitli eserler yer almıştır. Mevcut çalışma çeşitli yönleriyle bu eserlerin yarattığı birikime özgün bir katkı sunmayı amaçlamaktadır: Literatürde ve mahkeme kararlarında cumhurbaşkanına hakaret suçunun ifade özgürlüğü bakımından doğurduğu sorunlar çoğunlukla ölçülülük testiyle bağlantılı bir mesele olarak kavranmıştır. Buna karşılık mevcut çalışmada söz konusu suç tipinin normatif varlığını ve -özellikle de- meşruluğunu sorgulayan bir yaklaşım benimsenecektir. Dahası çalışmada, kronolojik sebeplerle literatürel birikime yansımaya yer verilecek ve bu kararların suç tipi bakımından anlamı ele alınacaktır. Ayrıca mevcut çalışma, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili sorunları, ifade özgürlüğüne dair güvence rejiminin sistematığı ışığında, olabildiğince yalın ve anlaşılabilir bir metotla ele almayı hedeflemektedir.

I. SUÇ TİPİNİN AMACI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, TCK'nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçundan ayrı bir kısımda, TCK'nın 299. maddesinde "Cumhurbaşkanına hakaret eden kişi... cezalandırılır." gibi oldukça genel bir lafızla ele alınmıştır. Bununla bağlantılı olarak söz konusu suçun tanımlanmasında genel hakaret suçundan faydalanılmaktadır³. İki suç arasındaki ilişki bakımından dikkat çeken diğer bir husus, genel hakaret suçunun TCK'nın "Kişilere Karşı Suçlar" başlıklı kısmında, cumhurbaşkanına hakaret suçununsa "Devletin Egemenlik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" başlıklı kısmında yer almasıdır. Dolayısıyla eylem ve tanımlama boyutuyla benzeşen iki suç tipinin eylemin yöneldiği kişinin statüsüne göre farklı kategorilerde yer aldığı görülmektedir.

Kanun'un gerekçesi bu durumun cumhurbaşkanının Türkiye Cumhuriyeti'ni ve Türk milletinin birliğini temsil etme ve Anayasa'nın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını temin etme işlevinden kaynaklandığını ifade etmektedir. Dolayısıyla söz konusu hükmün gayesi kişilerin şeref ve itibarını korumayı amaçlayan alelde hakaret suçundan farklı olarak esasen cumhurbaşkanlığının temsil ettiği değerleri ve devletin saygınlığını korumaktır. Bu yönüyle söz konusu suç tipinin Türk siyasi kültüründe kutsallık atfedilen devlet ve -dolaylı olarak- millet kavramlarını korumayı hedeflediği söylenebilir. Nitekim aynı bölümde yer alan TCK m. 300, Türk Bayrağı ve İstiklal Marşı'nı; TCK m. 301 ise "Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını" korumayı amaç edinir.

Devlet başkanlığı makamını korumayı hedefleyen benzer normlar, karşılaştırmalı hukukta da var olmuştur. Söz konusu suç tipi, imparatorların şahsiyetleriyle devlet aygıtının bütünleştirilmesi çabasının ürünü olarak Roma İmparatorluğu döneminde doğmuş ve Avrupa'daki krallık dönemlerinde varlığını sürdürmüştür. Diğer bir ifadeyle cumhurbaşkanına hakaret suçu, esas itibarıyla imparatorluk ve krallık dönemlerinin kalıntısıdır⁴. Öte yandan devlet başkanının şahsını ve konumunu koruyan düzenlemeler, mutlak monarşilerin yıkılmasının ardından da yakın zamana dek Avrupa'da ulusal ceza hukuku sistemlerinin bir

³ Venice Commission, 'Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey', (Council of Europe, 2017), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e), Erişim Tarihi: 06.01.2024, § 50.

⁴ Venice Commission, 'Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey' (n 3), § 56; Hasan Sınar, 'Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları', (2015), 10(27), Ceza Hukuku Dergisi, 29, 30-31; Tolga Şirin, "'Majestelerini incitme" suçu', (T24, 26/10/2021), <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/majestelerini-incitme-sucu,32943>, Erişim Tarihi: 04/01/2024.

parçası olmuştur. Buna karşılık söz konusu normlar özellikle de 20. yüzyılın ikinci yarısında kadük hâle gelmiş veya mevzuattan kaldırılmıştır. Söz gelimi Almanya’da devlet başkanına hakaret suçu Federal Alman Anayasa Mahkemesinin cumhurbaşkanına yönelik ifadelerin nedenli sert ve haksız olursa olsun bu suçun kapsamına girmeyeceğini belirten kararıyla kadük hâle gelirken Macaristan (1994) ve Çek Cumhuriyeti’nde (1998) devlet başkanına hakaret suçu tamamen kaldırılmıştır. Yine benzer ceza normları Hollanda, Belçika, Yunanistan, Portekiz, Romanya, İspanya gibi ülkelerde uzun yıllardır uygulanmamaktadır⁵. Öte yandan söz konusu suç tipinin oldukça nadiren uygulama bulduğu Polonya, İtalya, Fransa gibi ülkelerdeki mevzuat ve uygulama, TCK m. 299’un aksine hürriyeti bağlayıcı cezaları bir yaptırım aracı olmaktan çıkarmıştır⁶. O hâlde çağdaş insan hakları hukukunun membaı olarak kabul edilen Avrupa hukuk sistemlerinin devlet başkanlarına hakareti yaptırıma bağlayan ceza normlarını ifade özgürlüğü lehine dışladığı söylenmelidir.

II. SUÇ TİPİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

İnsanın yaşamının entelektüel yönünü ilgilendiren ifade özgürlüğü, çeşitli içerikteki haber ve görüşlere erişme, düşünce ve kanaat sahibi olma ve bunları söz, yazı, resim gibi çeşitli yollarla ve araçlarla dışa vurma menfaatlerini korumaktadır. İfade özgürlüğü demokratik toplumun varlığının ve ilerlemesinin ve bireylerin kendini gerçekleştirmesinin temel koşullarından biridir. Bu hak, yalnızca olumlu karşılanan zararsız bilgi ve fikirler için değil aynı zamanda rahatsız edici, rencide edici ve şok edici ifadeler için de geçerlidir. Zira bunlar, demokratik toplumun temelini oluşturan çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik gibi değerlerin vazgeçilmez gerekleridir⁷.

Medeni haklar arasında yer alan ifade özgürlüğü, insan haklarının bütünselliği ilkesinin doğal bir sonucu olarak çevreye zarar veren hidroelektrik santral (HES) projelerini eleştiren bir köşe yazısında üçüncü kuşak haklar olarak da anılan dayanışma haklarıyla; işçilerin haklarını korumayı hedeflediğinde veya bir sanat eseri olarak belirdiğinde ikinci kuşakta yer alan ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla; hükûmetin ekonomi politikalarını yeren bir sosyal medya gönderisindeyse siyasi haklarla dayanışma hâlidir. Bu çalışmada suç tipinin niteliğinin etkisiyle söz konusu hakkın siyasi boyutu ön plana çıkacaktır. Bu yönüyle ifade özgürlüğü, demokratik sistemin işleyişini ve başta görev başındaki yöneticiler ve siyasi partiler

⁵ Venice Commission, ‘Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey’ (n 3), § 55.

⁶ Ibid.

⁷ Handyside v the United Kingdom (n 1), § 49.

olmak üzere sistemin her bir unsurunu denetleme ve şeffaflaştırma işlevi görür. İHAM'ın ifadesiyle ifade özgürlüğü ve onun türevi olan basın özgürlüğü, demokratik sistemlerin bekçi köpeğidir⁸.

Mutlak haklar bir kenara bırakılırsa insan hakları sınırsız değildir. Zira insan hakları paradoksal bir biçimde ancak sınırlandırıldıklarında herkes için var olabilirler. Aksi durum, bazılarının hak ve özgürlüklerini, kamusal çıkarlar ve diğer hak özneleri hakları aleyhine üstün kılmak anlamına gelebilir. İfade özgürlüğü de bu genel prensipten azade değildir. Bu yüzden Anayasa (m. 13, 25 vd.), İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) (m. 10), Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (BM MSHS, m. 18) gibi belgeler, ifade özgürlüğünün sınırlanabileceğini kabul etmekte ve bunun hangi koşullar altında yapılabileceğini ortaya koymaktadır. Söz konusu belgeler kapsamında ortaya konulan ilkelere göre ifade özgürlüğü ancak bir yasayla, bu belgelerde yer alan meşru amaçlara dayalı olarak ve demokratik toplum düzeninin gerektirdiği ölçüde kısıtlanabilir⁹.

Cumhurbaşkanına hakaret suçu, devlet başkanının şahsına ve makamına yönelen eleştirileri hürriyeti bağlayıcı yaptırıma tabi tutması nedeniyle ifade özgürlüğünün dışsal ve siyasi yönü bakımından oldukça ağır bir sınırlandırma anlamına gelmektedir. Dolayısıyla anılan suç tipinin hukuki ve meşru olabilmesi için bir önceki paragrafta genel hatlarıyla sözü edilen insan haklarının güvence rejimi şemasına uygun olması gerekmektedir. Bu nedenle izleyen başlıklarda siyasi ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını konu edinen söz konusu suç tipi, ifade özgürlüğüyle ilgili uluslararası standartların rehberliğinde, üçlü test kapsamında ele alınacaktır:

A. Kanunilik

İnsan hakları sınırlandırılmalarını güvenceli hâle getiren kriterlerden biri olan kanunilik ilkesi, en basit biçimiyle hakların ancak önceden düzenlenen normlarla sınırlandırılabilmesi anlamına gelir. Kanunilik ilkesi, insan haklarına yönelik bir güvence kriteri olmasının yanı sıra hukuk devleti ve demokrasi ilkelerinin de temelinde yer alır. Maddi yönüyle hukuk devleti ve hukuki güvenlik ilkelerinin zorunlu bir sonucu olan kanunilik ilkesi, insan haklarının ancak

⁸ European Court of Human Rights, 'Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights' (Council of Europe, 2022), <https://rm.coe.int/guide-on-article-10-freedom-of-expression-eng/native/1680ad61d6>, Erişim Tarihi: 08.01.2024, 53-61; Axel Springer AG v Germany App no 39954/08 (ECtHR, 07 February 2012), § 79.

⁹ Diğer bazı hakların yanı sıra ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri insan haklarının güvence rejiminin parçası olan üç kriter etrafında ele alması nedeniyle bu test literatürde "üçlü test/üç aşamalı test" olarak anılmaktadır. (Bernadette Rainey, Elizabeth Wicks, Clarev Ovey, *The European Convention on Human Rights*, (7th Ed., Oxford University Press, 2017), 342.

ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kurallarla sınırlandırılabilmesini sağlar. Bunun bir sonucu olarak beyaz bir kâğıda yazılan her norm, kanunilik prensibinin gerekliliklerini karşılama kabiliyetine sahip değildir ve insan haklarını sınırlandıran düzenlemelerin belirli bir *kanun kalitesine* sahip olması beklenir¹⁰. Üstelik bu güvence yalnızca düzenlemelerin değil yargısal ve idari uygulamaların da belirli ölçüde tutarlı olmasını gerektirir¹¹. Zira normun lafzıyla sınırlı bir öngörülebilirlik yaklaşımı, uygulamanın belirsizlik yarattığı durumlarda hak öznelerinin davranışlarını ayarlayabileceği ölçüde tutarlılık sağlayamaz ve öngörülebilirlik ilkesinin içini boşaltır.

Hukukilik ilkesinin demokrasiye bakan şekli yönüyle insan haklarını sınırlandıran yasaların, halkı temsil eden yasama organları tarafından yapılmasıyla ve böylece normlar hiyerarşisindeki yeriyle ilgilidir. Buna göre insan hakları ancak en yüksek düzeyde demokratik meşruiyete sahip olan yasama organları tarafından yapılan kanunlarla sınırlandırılabilir¹². Sınırlarıcı kuralın normlar hiyerarşisindeki yerine önem atfeden bu yaklaşıma göre yürütmenin düzenleyici işlemleri ve uygulama, ilk elden hak ve özgürlükleri sınırlandıracı bir işlev üstlenemez¹³.

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetimi gerekse ifade özgürlüğü kapsamında cumhurbaşkanına hakaret suçundan yakınılan bireysel başvuru kararlarında TCK'nın 299. maddesine atıf yaparak kanunilik şartının yerine getirildiğini kabul etmektedir¹⁴. Ancak Mahkemenin farklı bir bağlamda benimsediği kanunilik yaklaşımının da ortaya koyduğu üzere,

¹⁰ Tolga Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2019), 273 vd.; Venice Commission, 'Rule of Law Checklist', (Council of Europe, 2016), https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf, Erişim Tarihi: 08.01.2024, 25 vd.

¹¹ Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (no 10), 426-431; Kerem Altıparmak, 'Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? Kemal Gözler E Bir Cevap', (İnsan Hakları Okulu, 2022), <https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/>, Erişim Tarihi, 08.01.2024.

¹² Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (no 10), 273 vd.

¹³ İHAM, hukuk sistemi örf ve âdet hukuku ve mahkeme içtihatlarına dayanan Birleşik Krallık'ın üye devletler arasında yer almasının etkisiyle kural olarak hukukilik şartının şekli boyutunu zorunlu koşmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle İHAM, hangi erk tarafından üretildiğinden ve normlar hiyerarşisinde yerinden bağımsız olarak ulusal düzeydeki ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir olan tüm normların ve mahkeme içtihatlarının, kanunilik şartını yerine getirebileceğini kabul etmektedir. (The Sunday Times v the United Kingdom App no 6538/74 (ECtHR, 26 April 1979), §§ 46-53.). Buna karşılık AYM, temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran kanunların yasama organı tarafından üretilmiş olmasını ve belirli bir kanun kalitesine sahip olmasını şart koşmaktadır. (AYM, Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022, § 101). Diğer uluslararası sözleşme sistemlerinin kanunilik bakımından yaklaşımı için bkz. Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (no 10), 298-301.

¹⁴ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016; Yaşar Gökoğlu, B. No: 2017/6162, 8/6/2021, § 31.

Anayasa'nın 90. maddesi durumun bu denli basit bir biçimde kavranmasını engellemektedir. Söz konusu hükme göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda, ilgili uluslararası antlaşma hükümleri uygulanır¹⁵. AYM'ye göre bu hüküm uluslararası sözleşmelerin yalnızca lafzını değil, uygulanmasını da dikkate almalıdır. Mahkeme Sevim Akat Eşki başvurusunda, İHAM'ın evli kadınların kocasının soyadını alma zorunluluğunu Sözleşme'nin sekizinci maddesindeki özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkına ve 14. maddesindeki ayrımcılık yasağına aykırı gören yorumunun¹⁶, Medeni Kanun'un "Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır" hükmünü zımnen ilga ettiği ve bunun derece mahkemeleri tarafından dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bu nedenle Mahkeme, Medeni Kanun'daki hükme (TMK m. 187) rağmen kadının kimlik hakkına soyadı bağlamında yapılan müdahalenin kanuni dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir¹⁷.

Söz konusu yaklaşımın cumhurbaşkanına hakaret suçuna değen mealine göre şöyle bir mantık silsilesi oluşturulmalıdır: Anayasa'nın 90. maddesine göre, Sözleşme ve onun Mahkeme tarafından yorumu kanunlara nazaran öncelikli olarak uygulanmalıdır. İHAM tutarlı bir biçimde cumhurbaşkanına hakaret suçunun Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermektedir¹⁸. Öyleyse cumhurbaşkanına hakaret suçu zımnen ilga olmuştur ve yerel mahkemeler önlerine gelen davalarda bu hükmü ihmal etmeli, İHAS'ın yorumunu esas alarak karar vermelidir¹⁹. Ne var ki AYM, Sevim Akat Eşki kararında ortaya koyduğu yaklaşımı bazı bazı istisnai kararlar dışında²⁰ tutarlı bir biçimde sürdürmemiş, daha sonraki bireysel başvurusu içtihadında bu karara kanunilik ilkesiyle bağlantılı oldukça genel atıflar yapmakla yetinmiştir²¹. Bununla da bağlantılı olarak Mahkeme, cumhurbaşkanına hakaret suçuna dair kararlarında İHAM'ın

¹⁵ Bu konuda detaylı bir değerlendirme için bkz. Şirin, *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı* (no 10), 362 vd.

¹⁶ Ünal Tekeli v Turkey App no 29865/96 (ECtHR, 16 November 2004).

¹⁷ AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013, §§ 44-49.

¹⁸ Artun ve Güvener v Turkey App no 75510/01 (ECtHR, 26 June 2007); Önal v Turkey App no 44982/07 (ECtHR, 02 July 2019); Vedat Şörlü v Turkey App no 42048/19 (ECtHR, 19 October 2021), § 35; AYM, Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021.

¹⁹ Bu nedenle TCK m. 299 literatürde "olmayan hüküm" olarak adlandırılmıştır. (Kerem Altıparmak ve Yaman Akdeniz, 'TCK 299: Olmayan Hükümün Gazabı mı?', (Hukukpolitik, 2015), <https://www.hukukpolitik.com.tr/2015/11/10/tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi/>, Erişim Tarihi: 04/01/2024.

²⁰ AYM, Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014, §§ 39 vd; Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015, §§ 44 vd; Adalet Mehtap Buluryer, B. No: 2013/5447, 16/10/2014, §§ 45 vd.

²¹ Sevim Akat Eşki başvurusu, mahkemenin sonraki pek çok kararında "kanunilik şartına başka bağlamalarda dikkat çeken kararlar için bkz. Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187..." biçiminde marjinalleştirilmiş bir şekilde yer almıştır. Örn bkz. AYM, Selma Atabey [GK], B. No: 2021/38893, 27/9/2023, § 40.

Zira Sevim Akat Eşki kararında ortaya konan yorumlama biçimi, en az iki nedenle oldukça yerindedir. Birincisi, diğer uluslararası belgelerde olduğu gibi İHAS'taki haklar, oldukça genel ve yalnızca lafza dayalı olarak uygulanması oldukça güç bir biçimde ele alınmıştır. Diğer bir ifadeyle Sözleşmesel haklar, içeriklerini ve kapsamını açıklayacak bir ağza ihtiyaç duymaktadırlar. Bu nedenle Anayasa'nın 90. maddesinin Sözleşme'nin yalnızca lafzını kastettiği, onun gözetim organı olan İHAM'ın Sözleşme hükümlerini açıklama biçimini bir kenara ittiği düşünülemez. İkincisi Sözleşme'nin 32. maddesi, Sözleşme'yi yorumlama yetkisini, dolayısıyla Sözleşme hükümlerinin hangi anlama geldiğini belirleme yetkisini Mahkemeye vermektedir. Bunun bir sonucu olarak Mahkemenin Sözleşme'yi açıklama biçimi, somut başvurunun tarafları arasında subjektif etki doğurmasının yanı sıra taraf devletlerin tamamı ve onların muhatapları olan hak özneleri bakımından objektif etkiler de doğurmaktadır²⁹. Kaldı ki bugün Sözleşme olarak kabul edilen normatif sistem, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında şekillenen metnin çok ötesinde, İHAM'ın başta dinamik yorum yöntemi olmak üzere çeşitli yorum yöntem ve teknikleriyle yoğurup biçimlendirdiği bambaşka bir düzendir³⁰. Bu nedenle Anayasa'nın 90/son hükmündeki “temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar” ifadesinin -ima ettiği en önemli belge olan- İHAS bakımından Mahkeme içtihatları doğrultusunda kavranması zaruridir. Anayasa Mahkemesinin önceki paragraflarda açıklanan tutarsız ve çifte standartlı yaklaşımının yanı sıra bu teorik çıkarımlar da cumhurbaşkanına hakaret suçunun bir “kanunilik” sorunu taşımaya devam ettiği fikrini desteklemektedir.

B. Meşru Amaç

Doğrudukları taleplerin sınırsız olamayacağı gerçeği insan haklarının belirli meşru nedenlerle sınırlandırılabilmesini gerekli kılar. Meşru amaç kriteri, insan haklarına ancak haklı nedenlerin varlığı durumunda sınırlandırılabilme güvencesi sağlayarak keyfiligi önleyici bir rol üstlenir. Üstelik bu kapsamda ileri sürülebilecek haklı nedenlerin ucu açık değildir ve genellikle hakkın norm alanı tarif edildikten sonra hangi nedenlerin meşru amaç oluşturabileceği

Diğer bir ifadeyle norm denetiminde ölçü alınacak Anayasal parametrelerin değişimi, 10 yıllık bekleme süresini anlamsız kılmaktadır. (Şirin, “Majestelerini incitme” suçu’ (n 4)).

²⁹ Mahkemenin kendi kararlarında da benimsenen ve altı çizilen bu etkiye *res interpretata etkisi* (res interpretata effect) denmektedir. Bkz. Janneke Gerards ve Joseph Fleuren, ‘Comparative Analysis’, Janneke Gerards, Joseph Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law*, (Intersentia, 2014), 350.

³⁰ Bu konuda özellikle bkz. Ed Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 2010).

açıklanır³¹. Bunlar kamu düzeni, genel sağlık, genel ahlak gibi kamusal çıkarlar olabildiği gibi doğrudan diğer bireylerin hakları da olabilmektedir³².

AYM ve İHAM içtihadında ve kanun hükmünün gerekçesinde cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlık nedeni, başkalarının -özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı kapsamında yer alan- şeref ve itibar haklarının ve bu kapsamda özellikle de cumhurbaşkanının temsil ettiği değerlerin (Türkiye Cumhuriyeti ve Türk milletinin birliği bkz. AY m. 104/2) korunması olarak belirtilmektedir³³. Belirtmek gerekir ki her iki Mahkeme de genel olarak hükümetin ileri sürdüğü meşru nedenlerin ilgili hak kapsamındaki meşru nedenlerle uyumunu yüzeysel bir biçimde ele alma ve meşru amacın ağırlığını esasen testin üçüncü aşamasındaki ölçülülük testi çerçevesinde, meşru amaçla ifade özgürlüğü arasında tartım yaparken değerlendirme eğilimi göstermektedir. Bu nedenle söz konusu meşru nedenler Mahkeme kararlarında kolaylıkla kabul görmüştür³⁴. Buna karşılık çalışmanın bu kısmında meşru nedenin varlığı ve yerindeliliği daha detaylı bir biçimde ele alınacaktır. Bunun iki temel nedeni vardır: Birincisi, meşru neden bağlamında ihlal sonucuna ulaşmamasına rağmen İHAM ve insan hakları alanında faaliyet gösteren diğer uluslararası organlar, devlet başkanına hakaret suçu düzenlemelerinin kategorik olarak meşru olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla çalışmanın kalan kısmında ortaya konulacağı üzere cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili esas sorun bir ölçülülük ve adil denge sorunu değil, varlık ve meşruluk sorunudur. İkincisi, 2017 Anayasa değişikliği, ulusal makamların cumhurbaşkanına hakaret suçunun varlığını meşrulaştırmak için ileri sürdüğü gerekçeleri ilgilendiren bazı değişimler yaratmıştır³⁵. Bu durum dönüşümün suç tipinin meşruiyeti üzerindeki etkisi bağlamında bir değerlendirme yapmayı gerekli kılar.

Öncelikle her ne kadar iki mahkemenin bireysel başvuru kararlarında başkalarının özel yaşama ve aile yaşamı kapsamında korunan şöhret ve haklarının korunması meşru nedeni ön plana çıkmaktaysa da TCK m. 299'un hakaret suçundan ayrı ve egemenlik alametleri ve devlet

³¹ Sibel İnceoğlu, 'Hak ve Özgürlüklerin Güvence Rejimi', Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Şen Matbaa, 2013), 27-29.

³² İHAS'ın 10. maddesine göre ifade özgürlüğü, "...ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması..." meşru amaçlarıyla sınırlandırılabilir.

³³ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016, § 13; Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 35; AYM, Şaban Sevinç (2) (n 18), § 28.

³⁴ Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 42; AYM, Şaban Sevinç (2) (n 18), § 28.

³⁵ Tolga Şirin, *Türkiye'de Düşüncenin Tutsaklığı-II: İfade Özgürlüğünün Yeşili*, (Tekin Yayınları, 2021), 520-521; Özge Demir, 'Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna Yönelik Eleştirel Bir İnceleme', (2018), (3), Suç ve Ceza.

organlarının saygınlığıyla ilişkilendirilen bir başlık altında düzenlenmesi ve daha ağır bir yaptırım öngörmesi, meşru amaca dair meselenin bu denli basit kavranamayacağını göstermektedir. Diğer bir ifadeyle TCK'nın 125. maddesi zaten cumhurbaşkanının da şeref ve itibarını korumaktadır. Dolayısıyla bunu aşan özel ve daha aşırı korumanın ayrı bir meşru amacı olmalıdır. Bu nedenle söz konusu suç tipinde ön plana çıkan meşru amaç, bireysel başvuru kararlarında belirtilenin aksine, esasen cumhurbaşkanlığı makamının statüsü ve temsil değerlerin korunmasıdır. AYM'nin 2016'da verdiği norm denetimi kararında vurgulandığı üzere bu özel suç tipinin varlık nedeni cumhurbaşkanlığı makamının tarafsız konumuyla Devleti ve Türk milletinin birliğini temsil etme, parlamenter sistemde kendisine biçilen tarafsız konumu sayesinde anayasal düzeni ve kurumların uyumlu çalışmasını gözetme işlevlerine dayanmaktaydı. Öte yandan Mahkemenin bireysel başvuru kararlarıyla norm denetimi kararında ayrı meşru amaçlara ağırlık vermesi ilginçtir³⁶. Pek muhtemelen bu durum, bireysel başvuru sisteminin İHAM'ın etkisinde ve ona gidecek başvuruları azaltma çabasının ürünü olan bir mekanizma olmasıyla ilgilidir. Ancak belirtmek gerekir ki ne Sözleşme ne de Anayasa'nın 26. maddesi, doğrudan başkalarının şeref ve itibar haklarının korunması amacını açacak ve belli bir makamın korunmasını sağlayacak bir meşru amaç barındırmaktadır.

Buna ek olarak iç hukukta kabul gören bu meşru amaç şeması, uluslararası insan hakları hukukunun ortaya koyduğu prensiplerle bağdaşmamaktadır. İHAM, pek çok davada devlet başkanlarına, ifade özgürlüğü aleyhine yalnızca işlevleri veya statüleri nedeniyle ayrıcalıklı ve özel koruma öngörmenin modern insan hakları ve siyasi anlayışlarla ve dolayısıyla Sözleşme düzeni ve Sözleşme'nin ruhuyla³⁷ bağdaşmadığına karar vermektedir³⁸. Yine BM MSHS'nin koruma organı olan İnsan Hakları Komitesi, ifade özgürlüğüne dair ilkeleri ortaya koyduğu 34 No.lu Genel Yorum'da bu tür suçların meşru olmadığını vurgulamıştır:

“Ayrıca, devlet ve hükümet başkanları gibi en yüksek siyasi otoriteyi kullananlar da dâhil olmak üzere kamuya mal olmuş tüm kişiler meşru olarak eleştiriye ve siyasi muhalefete tabidir.

³⁶ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016, § 13 vd; Şaban Sevinç (2) (n 18), § 28. Mahkeme norm denetiminde ağırlık verdiği meşru amaçlara bireysel başvuru kararlarında yer alan demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük testi kapsamında temas etmiştir. (AYM, Şaban Sevinç (2) (n 18), §§ 29-30.).

³⁷ İHAM'ın yaklaşımının Sözleşme'nin ruhu kavramı etrafında değerlendirmesi için bkz. Duymaz (n 25), 412-416.

³⁸ Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 43; Artun ve Güvener v Türkiye (n 18), § 31; Önal v Turkey (n 18), § 40, 43; Pakdemirli v Turkey App no 35839/97 (ECtHR, 22 February 2005), § 52. Konuya dair Avrupa Konseyi bünyesindeki diğer metinler için bkz. Vedat Şörlü v Turkey (n 18), §§ 16-19.

Buna göre, Komite, lese majesty³⁹, desacato, otoriteye saygısızlık, bayrak ve sembollere saygısızlık, devlet başkanına hakaret ve kamu görevlilerinin onurunun korunması gibi konulardaki kanunlarla ilgili endişelerini dile getirmektedir ve kanunlar, yalnızca hakaret edilen kişinin kimliğine dayanarak daha ağır cezalar öngörmemelidir.”⁴⁰

Avrupa Konseyinin danışma organları olan Venedik Komisyonu ve İnsan Hakları Komiseri, TCK'nın 299. maddesine özgü paralel değerlendirmeler yapmışlardır. Her iki danışma organı da Türk hukukundaki bu sorunun, TCK'nın 299. maddesinin tamamen kaldırılmasıyla çözülebileceğini tespit etmiştir. İnsan Hakları Komiseri, yayımladığı *Türkiye 'de İfade Özgürlüğü ve Medya Özgürlüğüne İlişkin Memorandum'* da şunları belirtmiştir:

“Komiser, bu hükmün kullanılmasının İHAS ile son derece uyumsuz olduğu ve özellikle İHAM'ın devlet başkanlarına bir ayrıcalık veya özel koruma sağlamanın, onları yalnızca işlevleri veya statüleri nedeniyle eleştiriden korumanın modern uygulamalar ve siyasi anlayışlarla bağdaştırılamayacağı yönündeki kararını göz önünde bulundurarak, yargısal taciz anlamına geldiği kanaatindedir. Komiser, Venedik Komisyonunun 10. maddenin bu açık ihlallerine yönelik tek çözümün 299. maddenin yürürlükten kaldırılması olduğu yönündeki görüşünü paylaşmaktadır. Bu nedenle Komiser, Türk Anayasa Mahkemesinin Aralık 2016'da Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesinin ifade özgürlüğü hakkının özüne dokunmadığını ileri sürerek anayasaya uygun olduğuna karar verdiğini üzüntüyle not etmektedir.”⁴¹

Öte yandan bu değerlendirmelerin cumhurbaşkanının tarafsız ve partilerüstü bir konumda olduğu 2017 Anayasa değişikliği öncesine dair olduğunu belirtmek gerekir. Çağdaş insan hakları hukuku anlayışı ve uluslararası insan hakları hukukunun koruma mekanizmaları tarafından kabul görmese de mevzubahis suç tipinin söz konusu dönemdeki varlığı, belirli bir mantığa dayanmakta ve kamusal yarara hizmet etmekteydi. Buna göre milletin tamamını temsil eden, sistemin işleyişinde uyumlaştırıcılık rolü üstlenen ve tarafsız olan cumhurbaşkanı, bu konumun gerektirdiği itibarı korumalıydı. Diğer bir ifadeyle cumhurbaşkanına hakaret suçunun

³⁹ Latince orijinli bu ifade krala, kraliçeye veya başka bir yöneticiye karşı saygısızlık gösterme eylemini veya suçunu ifade etmek için kullanılır. (Oxford Learner's Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/lese-majesty?q=lese-majesty>, Erişim tarihi: 04/01/2024. Ayrıca bkz. Şirin, “Majestelerini incitme” suçu’ (n 4).

⁴⁰ Human Rights Committee, General Comment No. 34: Freedoms of Opinion and Expression (Article 19), 2011, § 38.

⁴¹ Commissioner for Human Rights, ‘Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey’, (Council of Europe, 2017), [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2017\)5](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2017)5), Erişim Tarihi: 06.01.2024, § 55. Ayrıca bkz. Venice Commission, Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey (n 3), §§ 49-75.

savunulabilirliği nispeten fazlaydı. 2017 Anayasa değişikliği sonrasında halkın belirli bir kesimi tarafından siyasi özne olarak seçilen cumhurbaşkanı, artık yürütme organının başı olarak politikanın en aktif makamı hâline gelmiş, partilerüstü konumunu yitirmiştir. Bu yüzden, her ne kadar bu konudaki anayasal hüküm varlığını sürdürse de cumhurbaşkanının devlet organlarının uyumlu çalışmasını ve anayasanın uygulanmasını gözetme işlevinin içi boşalmıştır. Zira cumhurbaşkanı artık yasama ve yargı organlarıyla dengelenmesi ve denetlenmesi gereken ve yürütme faaliyetini anayasaya uygun olarak yerine getirmekle yükümlü olan aktif bir “erk”tir. Dahası bu erk bireylerin günlük hayatında en yoğun biçimde karşılaştığı, en çok maruz kaldığı erktir. O hâlde hak öznelerinin cumhurbaşkanını sıklıkla ve yüksek dozajlı ifadelerle eleştirmesi gayet tabiidir. Ancak buna pek de imkân tanımayan TCK'nın 299. maddesi, Demokles'in kılıcı gibi hak öznelerinin tepesinde durmaktadır. Sonuç olarak söz konusu hüküm 2017 Anayasa değişikliğinin ardından ulusal makamlar tarafından ileri sürülen varlık nedenini de kaybetmiştir.

C. Demokratik Toplumda Gereklilik

Meşru bir amacın varlığı ve bu amaca dayalı bir yasanın çıkarılmış olması insan haklarının fütursuz bir şekilde sınırlandırılabilirliği anlamına gelmez. Söz konusu güvenceler sağlansa dahi insan hakları ancak demokratik toplum düzeninin gerektiği ölçüde sınırlandırılabilir. Bu güvence İHAS'ta yer alan bazı maddelerde (m. 8-11 ve Protokol No.4/m. 2) ve Anayasa'nın 13. maddesinde açıkça yer almaktadır. Ayrıca bu belgeleri koruyan her iki Mahkeme de bireysel başvuru kararlarında çoğu zaman kapsamlı esas değerlendirmesini söz konusu güvence kapsamında gerçekleştirmektedir. Takdir marjı doktrini, ölçülülük ilkesi, dinamik yorum ilkesi, caydırıcı etki öğretisi gibi Mahkeme içtihadını biçimlendiren önemli yorumlama ve inceleme ilkeleri demokratik toplumda gereklik kavramından türetilmiştir⁴². Bir müdahalenin demokratik toplumda gereklik kriterini karşılayabilmesi için diğerlerinin yanı sıra “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılaması ve “izlenen meşru amaçla ölçülü” olması gerekmektedir⁴³. Diğer bir ifadeyle demokratik bir toplumda insan hakları ancak toplumsal ihtiyacın zorunlu kıldığı durumlarda ve ölçüde sınırlandırılabilir. Bunun bir sonucu olarak kamu gücünün gerçekleştirdiği müdahalenin ve müdahalenin ölçüsünün “ilgili ve yeterli” argümantasyonlarla gerekçelendirilmesi gerekir⁴⁴.

⁴² Pieter Van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn ve Leo Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (4. Baskı, Intersentia, 2006), 340-341.

⁴³ *Handyside v the United Kingdom* (n 1), §§ 48-49.

⁴⁴ *Dudgeon v the United Kingdom* App no 7525/76 (ECtHR, 22 October 1981), § 54.

Cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili bireysel başvuru kararlarındaki üçlü testte, -bu konudaki genel eğilime paralel olarak- esasen demokratik toplumda gereklilik kriteri ve onun bir parçası olan ölçülülük prensibi üzerinde durulmaktadır. Bu kapsamda her iki Mahkeme de başkalarının hakları meşru nedeni kapsamında, cumhurbaşkanının şeref ve itibarının korunması hakkıyla başvurucunun başta ifade özgürlüğü olmak üzere çeşitli hakları arasında tartım yapmaktadır. Ne var ki AYM'nin ölçülülük tartımında kullandığı terazinin ayarı, İHAM'ın ve genel olarak uluslararası insan hakları hukukunun benimsediği ayardan gözle görülür şekilde ayrılmaktadır:

1. Uluslararası İnsan Hakları Hukukundaki Yerleşik İlkeler ve Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu

İHAM, Venedik Komisyonu, BM İHK gibi organların ürettiği karar, yorum ve belgelerde⁴⁵ yer alan ilkeler, cumhurbaşkanına hakaret suçunun mevcut hâliyle subjektif vakalardan bağımsız olarak ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığını ortaya koymaktadır. Söz konusu prensipler arasından cumhurbaşkanına hakaret suçu-ifade özgürlüğü gerilimine temas eden üç temel kriterden söz edilebilir:

a. İfadenin Yöneldiği Kişinin Statüsü

İfade özgürlüğüyle başkalarının şeref ve itibarı hakkının çatıştığı durumlarda, ifadenin yöneldiği kişinin sahip olduğu statü, ölçülülük testi bakımından önem arz eder. Buna göre siyasiler, kamuya mal olmuş kişiler, üst düzey kamu görevlileri gibi gruplarda yer alan kimselere yönelen ifadeler, sıradan insanlara yönelik ifadelere nazaran daha fazla koruma görmektedir⁴⁶. Bunun nedeni mevzubahis kimselerin gerçekleştirdikleri tasarruflarla birçok insanın hayatına temas etmeleri ile siyasal ve toplumsal yaşamda bilerek ve isteyerek bu denli önemli roller üstlenmiş olmalarıdır. Diğer bir ifadeyle söz konusu gruplarda yer alan bireyler, kendilerini bilinçli olarak toplumun gözetimine ve eleştirilerine açmaktadır⁴⁷. Dahası bunlar, sahip oldukları konumun sağladığı imkânlar sayesinde kendilerine yönelen eleştirilere cevap verme konusunda da sıradan insanlara nazaran avantajlı konumdadır. Ayrıca, anılan gruplarda yer alan kişilerin ifade özgürlüğüne katlanma külfeti, sahip olduğu konumun düzeyine paralel olarak kendi içinde de değişebilmektedir. Başka bir deyişle ifadenin yöneldiği muhatabın siyasal ve toplumsal statüsü yükseldikçe, ona yönelik ifade ve eleştiri hürriyetlerinin sahip

⁴⁵ Vedat Şörlü v Turkey (n 18); Venice Commission, Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey (n 3), § 75; Human Rights Committee (n 40), § 38.

⁴⁶ Castells v Spain App no 11798/85 (ECtHR, 23 April 1992), § 46.

⁴⁷ Oberschlick v Austria (no.2) App no 20834/92 (ECtHR, 01 July 1997), § 29.

olduğu müsamaha alanı genişlemekte, taraf devletin bu bağlamdaki ifadelere müdahale etmedeki takdir alanı daralmaktadır⁴⁸. Buna göre söz gelimi yürütme erkininin önemli paydaşlarından biri olan bir bakana yönelen ifade özgürlüğünün korunma düzeyi kural olarak kamu görevlilerine yönelen ifadelere nazaran daha fazladır⁴⁹.

İHAM, Oteki Mondragon/İspanya kararında devlet başkanının söz konusu skaladaki yerini ortaya koymuştur. Buna göre parlamenter sistemde olduğu gibi yetkisiz, tarafsız ve hakem konumundaki cumhurbaşkanı ve monarklar, kamuya mal olmuş kişiler gibi değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre devlet başkanının yetkisiz ve sorumsuz olması ve üstlendiği uyumlaştırıcı rol, onun devletin dümenindeki konumu itibarıyla sahip olduğu kurumsal sorumluluğunun açık bir biçimde tartışılmasını ve eleştirilmesini engellemez⁵⁰. Yürütmenin en etkili mercii olan cumhurbaşkanlarıysa bir önceki paragrafta açıklanan sebeplerle söz konusu skalanın tepesinde yer alır. Bu belirlemelere göre 2017 yılı öncesindeki cumhurbaşkanları, eleştiriye sıradan insanlara göre çok daha fazla katlanmak zorunda olan kategoride yer alırken 2017 Anayasa değişikliğinden sonra cumhurbaşkanı seçilen kimselerin eleştirilere katlanma külfeti, diğer tüm kategorilerden daha fazladır. Bu ilkelerin ortaya konulduğu Oteki Mondragon kararında Mahkeme, Kraliyete özel bir koruma sağlayan yasa hükmünü mahkûm etmiştir⁵¹. Türkiye aleyhine sonuçlanan Pakdemirli davasıdaysa Mahkeme, bir milletvekilinin cumhurbaşkanına yönelik ifadelerinin özel hukuk kapsamındaki tazminat davaları yoluyla ağır bir biçimde yaptırıma bağlanmasının dahi Sözleşme düzeniyle bağdaşmadığına karar vermiştir. Kararda başvuruçunun da bir siyasetçi olması ve ifadenin konusunun milletvekillerinin dokunulmazlığının kaldırılması gibi kamuoyunu ilgilendiren bir mesele hakkında olmasına önem atfedilmiştir⁵².

b. İfadenin Konusu

İfade özgürlüğünün korunma derecesinde etkili olan diğer bir husus, sarf edilen ifadelerin konusudur. Özellikle Avrupa düzeyinde bir konsensüsün olmadığı ahlaki ve dini konularda taraf devletlerin takdir marjı kural olarak geniştir. Bunun gibi sırf hakaret veya saldırı niteliğindeki ifadeler daha az koruma görmektedir. Buna karşılık ifade özgürlüğünün oldukça

⁴⁸ Sibel İnceoğlu, 'İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk', Ece Göztepe (ed), *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010), 96-102.

⁴⁹ Janowski v Polonya App no 25716/94 (ECtHR, 21 January 1999), § 33.

⁵⁰ Oteki Mondragon v Spain App no 2034/07 (ECtHR, 15 March 2011), § 56.

⁵¹ Ibid.

⁵² Pakdemirli v Turkey (n 38).

önemli olduğu siyasi konuşma ve tartışmalarda ve özellikle de güncel ve kamu yararını ilgilendiren konularda taraf devletlerin ifade özgürlüğüne müdahale bağlamındaki takdir marjı oldukça dardır⁵³. Dahası bu kapsamda değerlendirme yapılırken ifadenin hakaret veya kişisel saldırı niteliğinde olduğu düşünülen belli bir bölümü cımbızlanmamalı, bir bütün olarak ifadenin ulaşmak istediği genel amaca odaklanılmalıdır⁵⁴.

Bu bağlamda İHAM'ın -bu çalışmayı tetikleyen nedenlerden biri olan- Vedat Şörlü kararında yer alan ifadelerle yönelik değerlendirmelerinden söz etmek yerinde olacaktır. Mahkeme, başvurucunun hükümetin Suriye politikalarına ve savaştan beslendiğine dair belirli ölçüde saldırganlık içeren⁵⁵ sosyal medya paylaşımlarını ifade özgürlüğü kapsamında görmüştür. Mahkemeye göre, cumhurbaşkanının statüsüne özel bir ceza hukuku koruması sağlanmasının yanı sıra hak öznelerinin kamu yararını ilgilendiren konulardaki ifadelerinin çeşitli ceza yaptırımını ve tedbirlerine yol açması, ifade özgürlüğünün taraf devletlere bıraktığı takdir alanını aşmaktadır⁵⁶.

Yine daha önce bahsi geçen Otegi Mondragon kararında Mahkeme, başvurucunun milletvekili ve parlamento grubunun sözcüsü olmasına ve ifadelerinin siyasi içerik taşımaya özel önem atfetmiştir. Söz konusu konuşma, İspanya Kralının, kamuoyunu yakından ilgilendiren Bask Bölgesi ziyaretini ve Bask dilinde yayın yapan bir gazetenin kapatılarak üst düzey yöneticilerinin gözaltına alınmasını konu edinmiştir. Mahkeme ihlal kararında başvurucunun ifadelerinin kamu yararını ilgilendiren konulara ilişkin güncel bir tartışma bağlamında sarf edilmiş olması nedeniyle, "...başvurana verilen cezanın 'gerekliliğinin' tespitinde yetkililere tanınan takdir marjı(nın) özellikle dar..." olduğunu belirtmiştir⁵⁷.

Benzer bir biçimde Eon/Fransa kararında Mahkeme, başvurucunun cumhurbaşkanını protesto etmek için kullandığı "defol buradan aptal" ifadesini bağlamıyla birlikte yorumlayarak kamuyu ilgilendiren bir konudaki "hıcivli ifade biçimi" olarak görmüştür⁵⁸. Başvurucu, uzun yıllardır göçmenlerin sınır dışı edilmesiyle ilgili faaliyet gösteren bir aktivisttir. Mahkemeye göre başvurucunun kullandığı ifadelerin Fransa'da yasadışı olarak ikamet eden bir Türk

⁵³ Ibid, § 45; Otegi Mondragon v Spain (n 50), § 50, 57; Human Rights Committee (n 40), § 38.

⁵⁴ Mariya Alekhina and Others v Russia App no 38004/12 (ECtHR, 17 July 2018), § 219.

⁵⁵ Söz gelimi; "kandan beslenen iktidarımız yerin dibine batsın" ifadesi ve yine ABD başkanı Barack Obama ile Cumhurbaşkanı'nın karı-koca şeklinde tasvir edildiği bir karikatürde Cumhurbaşkanı'nın resminin üzerine yerleştirilen konuşma baloncuğunda "Suriye'nin tapusunu benim adıma yapacan mı kocacım?" ifadesi yer almıştır.

⁵⁶ Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 45.

⁵⁷ Otegi Mondragon v Spain (n 50), § 51.

⁵⁸ Eon v France App no 26118/10 (ECtHR, 14 March 2013), § 61.

ailesinin sınır dışı edilmesiyle bağlantılı olması, onu sırf saldırı niteliğinde olmaktan çıkararak kamusal ve siyasi bir tartışmanın bir parçası hâline getirmiştir⁵⁹.

c. Yaptırımın Niteliği

Hatırlatmak gerekirse ölçülülük terazisinin bir kefesinde korunmak istenen meşru neden, diğer kefesindeyse başvuru katlanması gereken külfet vardır ve bu ikisi arasında adil bir denge kurulmalıdır. İfade özgürlüğünün kullanılması nedeniyle uygulanan yaptırımın niteliği, hak öznelerinin korunmak istenen meşru nedenler uğruna katlanacağı külfeti belirlediğinden ölçülülük testi bağlamında önemli bir rol üstlenir.

İHAM ve uluslararası insan hakları hukukunun dinamik yorumlama metodunun nimetleri sayesinde geliştirdiği güncel perspektif, ceza hukukunu ve özellikle de hürriyeti bağlayıcı cezaları ifade özgürlüğü kullanımının aşırılıklarına karşı bir araç olmaktan çıkarma eğilimi göstermektedir. Bir diğer ifadeyle uluslararası insan hakları hukukuna göre ifade özgürlüğü kullanımları ilkesel olarak ceza yargılamalarının ve hürriyeti bağlayıcı cezaların konusu olmamalıdır⁶⁰. Buna rahatsız edici, şoke eden ve saldırgan ifadeler de dâhildir. Söz konusu yaklaşım ceza hukukunun son çare olması prensibiyle (ultima ratio) uyumludur. Buna göre ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı çatışmasına dair uyuşmazlıklar kural olarak özel hukukun alanına terk edilmelidir⁶¹. Özellikle de sahip oldukları hâkim konum nedeniyle devlet, hükümet veya yasama, yürütme ve yargı organlarının herhangi bir unsuru eleştiriye maruz kaldığı durumlarda bu ilke evleviyetle geçerlidir⁶². Gelgelelim şiddeti öven veya teşvik eden yahut nefret söylemi içerikli dışa vurumlarda ceza hukuku bir araç olarak kullanılabilir⁶³. Hatta bu tür dışa vurumlar pek çok durumda ifade özgürlüğünün sınırlarının dışında kalmakta, dolayısıyla ifade özgürlüğünün korumasından ve güvence rejiminden yararlanamamaktadır. Zira bunlar şiddete ve toplumun bazı bireylerinin diğerlerinden daha değersiz hissetmesine yol açar ve dolayısıyla demokratik ve eşitlikçi toplum idealinin özüne zarar verir⁶⁴.

⁵⁹ Ibid §§ 58-59.

⁶⁰ Human Rights Committee (n 40), § 47.

⁶¹ Parliamentary Assembly Resolution, 'Towards decriminalisation of defamation', (Council of Europe, 2007), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>, Erişim Tarihi: 05.01.2024, § 13.

⁶² Committee of Ministers, 'Declaration on freedom of political debate in the media', (Council of Europe, 2004), <https://rm.coe.int/09000016805dddf8>, Erişim Tarihi: 05/01/2024; Otegi Mondragon v Spain (n 50), §§ 58-59.

⁶³ Cumpănă and Mazăre v Romania App no 33348/96 (ECtHR, 17 December 2004), § 115; European Court of Human Rights (n 8), 49-50.

⁶⁴ M'bala M'bala v France App no 25239/13 (ECtHR, 20 October 2015), §§ 37-39; Norwood v the United Kingdom App no 23131/03 (ECtHR, 16 November 2004). Ancak Holokost, dini değerler gibi bazı meselelere

Belirtmek gerekir ki ceza hukukunun ifade özgürlüğü alanından dışlanmasına yönelik yaklaşım yalnızca hürriyeti bağlayıcı yaptırım kararlarıyla sınırlı değildir. HAGB, erteleme, defaatle soruşturmaya maruz kalma gibi uygulamalar, doğrudan yaptırım niteliği taşımasa da yarattığı süregelen ceza tehdidiyle ilgili kişide ve toplumun diğer üyeleri üzerinde ifade özgürlüğünün kullanımıyla ilgili caydırıcı etki, yani özgürlüğün kullanımına dair korku ve endişe uyandırır. Bu nedenle koruma organları, henüz somut bir yaptırım olmasa da bu gibi uygulamaları ölçülülük testi bağlamında dikkate alarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşabilmektedir⁶⁵. Söz gelimi Vedat Şörlü kararında gözaltı tedbirine de maruz kalan başvurusunun 11 ay 20 günlük hapis cezasının HAGB kararına çevrilmesi, başvuru ve toplumun diğer bireyleri üzerinde yaratacağı caydırıcı etki nedeniyle sonucun başvuru lehine olmasını engellememiştir⁶⁶.

Yine Türkiye aleyhine sonuçlanan Artun ve Güvener davasında başvurusunun mülga TCK kapsamında aldığı cezaların bir kısmının ertelenmesi diğer bir kısmınınsa para cezasına çevrilmesi benzer bir sonuca ulaşılmasına mâni olmamıştır. Söz konusu kararda ifadenin muhatabının cumhurbaşkanı olması dışında, başvurusunun bir gazeteci olması ve dava konusu yazıların, süreci başarısız bir biçimde yönettiği ve gerekli önlemleri zamanında almadığı gibi iddialarla cumhurbaşkanının Marmara Depremi sonucunda meydana gelen ölümlerdeki sorumluluğunu sorguluyor olması dikkate alınmıştır. Mahkemeye göre başvuru üzerinde hürriyeti kısıtlayıcı etki yaratmayan söz konusu cezalandırma metotları, yarattığı caydırıcı etkiyle başvuruların ve diğer gazetecilerin bu tip meseleleri özgürce tartışma konusundaki cesaretini kırmaktadır⁶⁷.

Son olarak Mahkemenin oldukça düşük miktarlı para cezası yaptırımını da bu kapsamda değerlendirebildiğinden söz etmek gerekir. Bir önceki başlıkta sözü edilen Eon/Fransa kararında başvuru, cumhurbaşkanına hakaret ettiği gerekçesiyle yerel mahkemeler tarafından 30 Euro para cezasına çarptırılmıştır. Hükûmetin para cezasının miktarı göz önüne alındığında mahkûmiyetin orantılı olduğu yönündeki savunması karşısında Mahkeme, "...mevcut davada

dair ifadelerin kategorik olarak ifade özgürlüğünün dışında bırakılması literatürde eleştiri konusu olmuştur. (Ronald Dworkin, 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri' (2011), 27(1), Anayasa Yargısı, 27, 30; Enes Kethüda, 'İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ile Dini Hislerin Korunması Hakkının Çatışması Sorunu', (2019), Anayasa Hukuku Dergisi, 8(15), 160-163.)

⁶⁵ Şahin Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECtHR, 20 March 2018), §§ 181-182; Nikula v Finland App no 31611/96 (ECtHR, 21 March 2002), § 54; Yaşar Kaplan v Turkey App no 56566/00 (ECtHR, 24 January 2006), § 35.

⁶⁶ Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 45.

⁶⁷ Artun ve Güvener v Turkey (n 18).

başvuranın gibi davranışlara yönelik cezai yaptırımların, güncel konularla ilgili hicivli ifade biçimleri üzerinde caydırıcı bir etkisi olabileceğini..."⁶⁸ vurgulayarak ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Neticede Türk Ceza Kanunu'nda yer alan cumhurbaşkanına hakaret suçu düzenlemesinin, uluslararası insan hakları hukukunda ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı çatışması bağlamında kabul gören bazı ilkelerle uyumsuz olduğu gözlemlenmiştir. Söz konusu ilkeler, ifade özgürlüğü-cumhurbaşkanına hakaret suçu geriliminde birincisine mutlak bir üstünlük tanınması gerektiğini salık vermektedir. Dolayısıyla ölçülülük testi bağlamında yapılan bu tartım aslında cumhurbaşkanına hakaret suçu bağlamında ölçülülük testinin ötesine geçen ve bu suçun meşruluğunu sorgulayan bir anlam doğurur. Diğer bir ifadeyle söz konusu çerçevenin doğurduğu sonuca göre TCK'nın 299. maddesinde yer alan cumhurbaşkanına hakaret suçu, vaka özelinde ayrı bir incelemeye gerek kalmaksızın başlı başına ifade özgürlüğünün genelgeçer ilkeleriyle çelişmektedir.

2. Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı

AYM'nin bireysel başvuru kararları sayfasında TCK m. 299'un kenar başlığı olan "cumhurbaşkanına hakaret" ifadesi ve ifade özgürlüğü kombinasyonu ile arama yapıldığında doğrudan söz konusu suç tipini ilgilendiren altı adet karar listelenmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunun devlet başkanına hakaret edilmesine dair uyuşmazlıklarını kategorik olarak ceza hukuku alanından dışlayan yaklaşımına karşılık AYM, bu kararların yalnızca bir kısmında (üç kararda) ihlal sonucuna ulaşmış ve bunların hepsinde bireysel başvuru kararlarındaki ilham kaynağı olan İHAM içtihadını görmezden gelmiştir. Üstelik AYM, söz konusu kararların demokratik toplumun gereklerine uygunluk testinde cumhurbaşkanının tarafsızlığına, devleti ve Türk milletinin birliğini temsil etmesine, uyumlaştırma rolüne dayanan kanun gerekçesini olumlu karşılamıştır. Mahkemeye göre: "Kanun koyucunun bu tercihi, suç olarak tanımlanan fiillerin hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımlarına tabi tutulacağına belirlenmesindeki takdir yetkisinin kapsamındadır."⁶⁹. Böylece Mahkeme, İHAM içtihadını es geçmek ve yasama organının takdir yetkisine vurgu yapmak suretiyle zımni bir biçimde bu konudaki uluslararası standartları tanımadığını ortaya koymuştur. Bu zımni ret, AYM içtihadıyla uluslararası standartlar arasındaki makasın gitgide açılmasına neden olmuştur. Anayasa Mahkemesi önünde

⁶⁸ Eon v France (n 58), § 61. Benzer şekilde Önal/Türkiye kararında da başvuru aleyhine hükmedilen para cezası "caydırıcı" görülmüştür (Önal v Turkey (n 18)).

⁶⁹ AYM, Umut Kılıç (n 22), § 30; Şaban Sevinç (2) (n 18), § 33.

kabul edilemez bulunan Vedat Şörli kararının İHAM önünde ihlalle sonuçlanması, bu durumun en önemli göstergelerinden birisidir. Bu durumda derece mahkemelerinin AYM'nin içtihadından saparak cumhurbaşkanına hakaret suçunu, ifade özgürlüğüne dair uluslararası standartlara uygun bir şekilde metruk hâle getirmesi de mümkün görünmemektedir⁷⁰.

Ayrıca AYM, 2016'da verdiği norm denetimi kararının ölçülülük testinde, cumhurbaşkanlığına hakaret suçuna dair cezanın belirlenmesi sırasında paraya çevirme, erteleme veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi seçeneklerin bulunmasını, orantılılık lehine veriler olarak ele almıştır⁷¹. Buna karşın hatırlanacağı üzere bir önceki başlıkta ele alınan uluslararası hukuktaki çerçeve, söz konusu karar tiplerinin hürriyeti bağlayıcı bir sonuç doğurmasa bile başvuru ve diğer hak özneleri üzerinde ifade özgürlüğünün kullanımı bakımından caydırıcı etki yaratabileceğini kabul etmektedir. Yine AYM'nin anılan kararında, bu suçtan dolayı yapılacak kovuşturmanın Adalet Bakanlığının iznine bağlı olmasını, hak özneleri lehine bir güvence olarak yorumlanmıştır⁷². Buna karşılık gerek Venedik Komisyonu raporunda gerekse İHAM içtihadında adalet bakanının iznine böyle bir anlam verilmemiştir. Aksine siyasetin bir parçası olması nedeniyle adalet bakanının vakaları yorumlama biçiminin objektiflikten uzak olma ve dönemin siyasi koşullarından etkilenme ihtimali vardır⁷³. Üstelik yeni cumhurbaşkanlığı sistemiyle birlikte adalet bakanı, artık suç tipinin mağduru konumundaki cumhurbaşkanının sekreteri konumundadır. Dolayısıyla artık izin koşulunun ölçülülüğe katkı sunduğu savı gerçekçiliğini tamamıyla yitirmiştir⁷⁴. Ne var ki AYM bu konuda da ne Avrupa Konseyi organlarının ne de diğer uluslararası koruma sistemlerinin ürettiği ilkelere hiç temas etmemiş, Anayasa'yı diğer ulusal anayasaların sahip olduğu genel eğilimden ve uluslararası hukukun oluşturduğu sistemden tamamıyla bağımsız bir belge olarak yorumlamıştır.

Dahası Mahkemenin cumhurbaşkanına hakaret suçuna dair tutarlı bir yaklaşım geliştiremediği de söylenebilir. Mahkemenin Hüsni Mahalli ve Şaban Sevinç (2) kararlarında ortaya koyduğu farklı tutum bu durumu gözler önüne sermektedir. Hüsni Mahalli başvurusunda yazar olan başvuru Türkiye'nin ve Cumhurbaşkanı'nın Suriye'de terör örgütlerine destek verdiği iddialarının yanı sıra, "Halep'te ruh hastalarına yer yok", "Mavi Marmaray'ı 'satanlar'",

⁷⁰ Duymaz (n 25), 424.

⁷¹ AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016, § 15.

⁷² AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016, § 21.

⁷³ Venice Commission, Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey (n 3), §§ 51, 92; Altuğ Taner Akçam v Turkey App no 27520/07 (ECtHR, 25 October 2011), § 77-78, 94.

⁷⁴ Duymaz (n 25), 422.

“ülke diktatörlüğe gidiyor” gibi ifadelere de yer verdiği röportaj, sosyal medya mesajları ve TV’de yer alan konuşmalarında genel olarak Türkiye’nin politik gidişatını, Suriye politikasını ve Ortadoğu’daki konumunu eleştirmiştir. Bunun üzerine başvuru bir aydan fazla bir süre boyunca tutuklu kalmış ve yargılama sonucunda hakkında verilen 1 yıl 8 ay 25 gün hapis cezası hükmünün açıklanması geri bırakılmıştır. Mahkeme ifade özgürlüğüne dair değerlendirmesinde, -tutukluluk tedbiriyile ilgili olarak- özgürlük ve güvenlik hakkı kapsamında, ölçülülük testi bakımından yaptığı oldukça soyut ve zayıf değerlendirmeleri⁷⁵ tekrar etmekle yetinmiştir⁷⁶. Hâlbuki bir önceki başlıkta ifade özgürlüğüne dair ortaya konan ilkeler başvuruya tatbik edildiğinde başvurunun bir gazeteci olması, Suriye’deki iç savaşın Türkiye üzerindeki etkisi, Türkiye’nin bu konudaki politikalarının o dönemde kamuoyunun gündemini yoğun bir şekilde meşgul etmesi ve kullanılan ifadelerin *bir bütün olarak* bu kamusal ve siyasi tartışmalara odaklanması, ifadelerin yöneldiği kişinin Cumhurbaşkanı olması⁷⁷ ve başvurunun 37 gün boyunca hürriyeti bağlayıcı cezai tedbire maruz kalması tespitleriyle müdahalenin ölçsüz olduğu sonucuna ulaşılmalıydı.

Şaban Sevinç (2) başvurusundaysa basın mensubu ve milletvekili adayı olan başvurunun 2015 genel seçimleriyle ilgili bir tartışma programında "yani yolsuzluk tapeleri olan, ses kayıtları olan, oğluyla rüşvet konuşması olan Cumhurbaşkanlığına aday bile olamaz diye düşünülmüş." ifadelerini kullandığı için 11 ay 20 gün hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. AYM söz konusu kararda ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı arasındaki çatışmaya ilişkin ilkeleri ortaya koymuş ve bunlar arasında özellikle de başvurunun bir milletvekili adayı olması, ifadelerin seçim iklimine girilen bir dönemde kamusal yararı ilgilendiren bir tartışmaya dair olması, ifadelerin yöneldiği kişinin cumhurbaşkanı olması ve kendisine yöneltilen eleştirilere yanıt verme araçlarına sahip olmasını ve HAGB kararının caydırıcı etki yaratma potansiyelini dikkate alarak ihlal sonucuna ulaşmıştır⁷⁸.

⁷⁵ Tutukluluğun ölçülülüğüne dair incelemesinde derece mahkemesinin cezanın ağırlığı ve delillerin toplanması bakımından gerekmesi gibi başvurunun somut durumunu yeterince hesaba katmayan değerlendirmelerini sorgulanmadan kabul edilmiştir (AYM, Hüsnü Mahalli, B. No: 2017/4934, 18/11/2020, §§ 50-55.).

⁷⁶ Ibid, §§ 59-61. Benzer yöndeki eleştiriler Hasan Tahsin Gökcan ve Yusuf Şevki Hakyemez tarafından yazılan karşı oylarda da yer almıştır.

⁷⁷ Üstelik henüz yeni rejime geçilmemiş olmasına rağmen söz konusu dönemde cumhurbaşkanı yürütme erki üzerinde fiilen oldukça etkiliydi. Bu yüzden rejim literatürde “fiili başkanlık sistemi” olarak anılmıştır. (Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Baskı, Ekin Yayinevi, 2019), 762 vd.

⁷⁸ AYM, Şaban Sevinç (2) (n 18), §§ 38-44.

Cumhurbaşkanına hakaret suçunu konu edinen iki kararda Mahkemenin tutumuna dair ortak olan tek husus, devlet başkanını özel olarak koruyan düzenlemelerin Sözleşme düzeniyle uyumsuz olduğu yönündeki İHAM içtihadını anmaktan kaçınmış olmasıdır. İki karar ifadenin içeriği ve müdahalenin türü bakımından karşılaştırıldığında ortaya ilginç sonuçlar çıkmaktadır: İhlal neticesine ulaşılan Şabanç Sevinç başvurusu, doğrudan cumhurbaşkanını ve TCK kapsamında yer alan rüşvet ve yolsuzluk gibi suçlarla itham etmesi bakımından, daha çok devlet politikalarına yönelik eleştirileri konu edinen Hüsni Mahalli başvurusuyla kıyaslandığında daha saldırgan ve rencide edici ifadeler içermektedir. Dahası Şaban Sevinç (2) davasının aksine Hüsni Mahalli başvurusunda başvuru, 37 yedi gün boyunca hürriyeti bağlayıcı koruma tedbirine maruz kalmıştır. Bu nedenlerle iki karar, Mahkemenin cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili henüz net bir yaklaşım geliştiremediğini göstermektedir. Öte yandan birbirinin zıddı olan her iki kararın da ikiye karşı üç üyenin çoğunluğuyla alındığını, Şaban Sevinç (2) kararında esasen Hicabi Dursun'un önceki karardan farklı olarak Yusuf Şevki Hakyemez ve Hasan Tahsin Gökcan' a katılması sonucunda ihlal sonucuna ulaşıldığını belirtmekte yarar vardır.

Şaban Sevinç (2) kararı dışında aynı gün verilen Diren Taşkiran ve bundan yaklaşık iki hafta sonra, diğer bölüm tarafından verilen Yaşar Gökoğlu kararlarındaysa oy birliğiyle ihlal kararı çıkmıştır. Şaban Sevinç (2) kararıyla kıyaslandığında her iki davadaki durum da ifade özgürlüğünün ihlali sonucu lehine çok daha belirgindir. Bu kararların birincisinde, başvuru basını açıklaması sırasında sarf ettiği "AKP iktidarı ve sarayın bekası uğruna Sur, Cizre, Silopi ve Kuzey Kürdistanın birçok yerinde katliamlara devam ediyor." şeklindeki ifadenin, ikincisindeyse "...kaçak saraydaki iktidarını devam ettirmeye çalışmaktadır." ifadesinin sırasıyla terörle mücadele politikasına ve Cumhurbaşkanlığı Külliyesi'nin imar durumuna ilişkin eleştirel bağlamından koparılması sonucu HAGB kararıyla sonuçlanan yargılamalar söz konusu olmuştur. Mahkeme her iki kararda da ifade özgürlüğü-şeref ve itibar hakkı çatışmasına ilişkin genel ilkeleri tekrar ettikten sonra kısa bir değerlendirmeye ihlal sonucuna ulaşmıştır⁷⁹.

Sonuç olarak uluslararası insan hakları hukukunun çizdiği çerçeveden farklı ve norm denetimindeki yaklaşımına paralel olarak AYM, bireysel başvuru kararlarında cumhurbaşkanının statüsüne özel bir koruma sağlamanın ifade özgürlüğü bakımından ilkesel bir sorun doğurmadığı sonucuna varmaktadır. Bunun sonucu olarak her bir başvuruyu özel

⁷⁹ AYM, Diren Taşkiran (n 22), §§ 37 vd.; Yaşar Gökoğlu (n 14), §§ 33 vd.

koşulları çerçevesinde ve demokratik toplumda gereklilik ölçütü bağlamında değerlendirmektedir. Buna karşın AYM'nin henüz bu kapsamdaki değerlendirmeleri bağlamında da tutarlı bir içtihat üretilmediği söylenemez. Karşılaştırmalı bir biçimde ele alınan iki bireysel başvuru kararı, AYM'nin bu konudaki yaklaşımının toplantıya katılan üyelerin kimler olduğuna ve bir üyenin tutumuna göre değişebileceğini göstermektedir. Dahası çoğunluğun durumuna göre Mahkemenin ifade özgürlüğü-cumhurbaşkanına hakaret suçu gerilimi bağlamında dayandığı ilkeler ve inceleme biçimi de değişmiştir. Dolayısıyla uluslararası insan hakları hukukunun dikkate alınmaması dışında, konuya dair henüz bir genel kurul kararı verilmemesinin de etkisiyle bir öngörülebilirlik sorununun varlığı gözlemlenmiştir. Belki de bunun bir yansıması olarak Mahkeme, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla bağlantılı az sayıdaki kararları arasında neredeyse hiç atıf yapmamıştır⁸⁰.

III. VEDAT ŞÖRLÜ KARARININ UYGULANMASI

Öncelikle belirtmek gerekir ki, Vedat Şörlü kararının gerektirdiği dönüşüm ihtiyacı, en iyi ihtimalle Anayasa'nın 90/son hükmündeki değişikliklerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlara nazaran öncelendiği 2004 yılından itibaren bir gereklilikti. Zira yukarıda ele alındığı üzere İHAM, bazıları Türkiye aleyhine olan eski tarihli kararlarından itibaren Sözleşme düzeninin statüyü koruyan bir ifade özgürlüğü anlayışı benimsemediğini ortaya koymuştur. Söz konusu kararların objektif etkisi, meselenin bir yasa değişikliğiyle kökten çözülmesini gerektirmekteydi. Nitekim Venedik Komisyonunun Vedat Şörlü kararından çok daha önce, 2016 yılında yayımladığı raporun sonuç kısmında “Bu koşullar altında... İHAS'ın 10. maddesinin daha fazla ihlal edilmesini önlemek için tek çözümün bu maddenin tamamen yürürlükten kaldırılması olduğu...” vurgulanmıştır⁸¹.

Dolayısıyla Vedat Şörlü kararı, cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından malumun ilanı olmuştur. Bununla beraber, Söz konusu karar, TCK m. 299'un doğurduğu ihlal silsilesinin ancak yasanın kaldırılmasıyla giderilebileceğini belirten ilk Mahkeme kararı olma özelliğini taşımaktadır. Mahkemeye göre:

“Bu sonuçlar, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın başvuran açısından ihlal edilmesinin söz konusu hükmün kaleme alınışı ve uygulanmasına

⁸⁰ Bu çalışmada temas edilen altı kararın yalnızca ikisinde cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili ilk dava olma niteliğindeki Umut Kılıç kararının TCK m. 299'un ihlas edilme nedenini açıklayan iki paragrafına atıf yapılmıştır (AYM, Yaşar Gököğlu (n 14), §§ 36-37; Şaban Sevinç (2) (n 18), §§ 32-33).

⁸¹ Venice Commission, Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey (n 3), § 75.

ilişkin bir sorundan kaynaklandığı anlamına gelmektedir. Mahkeme bu bağlamda, ilgili iç hukukun Sözleşme'nin yukarıda belirtilen hükmüyle uyumlu hâle getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini sağlayacak uygun bir telafi şeklini teşkil edeceği kanaatine varmaktadır⁸².

Bu durumda yapılması gereken, Venedik Komisyonunun yukarıda alıntılanan görüşte tavsiye ettiği üzere devlet başkanına hakaret suçunun kaldırılmasıdır. Bu konudaki birincil rol, şüphesiz yasama organına düşmektedir. Ancak yasama organının bu konuda şimdiye dek sessiz kalması, gözlerin -sahip olduğu iptal yetkisi nedeniyle "negatif kanun koyucu" olarak anılan⁸³- AYM'ye çevrilmesine neden olmaktadır. Bir önceki başlıkta Anayasa Mahkemesiyle ilgili ortaya konan tablo, bu beklentiye de şüpheyle yaklaşılmaya neden olmaktadır.

Buna karşılık AYM kararlarıyla ilgili üç gerçek, durumun değişebileceğini göstermektedir. Bunların ilki, Anayasa Mahkemesinin TCK m. 299'a dair kararlarının tamamının cumhurbaşkanının partiler üstü ve tarafsız olduğu dönemde gerçekleşmiş vakalara ilişkin olmasıdır ve Mahkeme kararlarında Kanun'un gerekçesine atıfla bu gerçeği önemsemiştir. Dolayısıyla Mahkeme cumhurbaşkanlığı sisteminin yürürlüğe girmesinin ardından gerçekleşen vakalar ve norm denetimi başvurusu bakımından tutum değişikliği gerçekleştirebilir. Bununla bağlantılı olarak yorumlanması gereken ikincisi, Mahkemenin öyle ya da böyle -iç hukuk yolları tüketilmediği için kabul edilemez bulunan Nezir Kızılkaya başvurusu⁸⁴ bir kenara bırakılırsa- esas hakkında karar verdiği son üç başvuruda İHAM içtihadını andıran bir test uygulayarak ihlal sonucuna ulaşmış olmasıdır⁸⁵. Söz konusu kararlar, cumhurbaşkanına hakaret suçunun özünde yatan sorunu görmezden gelse de sistem değişikliğinin yaratacağı etkiyle birlikte yorumlandığında ümit vericidir.

Son olarak AYM, yakın bir zamanda soyadı düzenlemesine ilişkin hükmü İHAM içtihadına⁸⁶ ve başta Sevim Akat Eşki kararı olmak üzere ona dayanarak oluşturduğu bireysel başvuru içtihadına vurgu yaparak iptal etmiştir⁸⁷. AYM dava konusu TMK m. 187 hükmünü daha önce, 2011 yılında, cumhurbaşkanına hakaret suçuna dair verdiği norm denetimi kararında

⁸² Vedat Şörlü v Turkey (n 18), § 54.

⁸³ Yahya Berkol Gülgeç, 'Normların Ayrılması Teorisi ve Türk Anayasa Mahkemesinin İptal yetkisi', (2023), 14(1), İnÜHFD, 315, 324.

⁸⁴ Nezir Kızılkaya, B. No: 2017/36160, 2/3/2022.

⁸⁵ Bkz. AYM, Diren Taşkıran (n 22), Şaban Sevinç (2) (n 18), Yaşar Gökoğlu (n 14).

⁸⁶ Ünal Tekeli v Turkey (n 16).

⁸⁷ AYM, E. 2022/155, K.2023/38, 22/02/2023, §§ 37-38.

olduğu gibi Anayasa'ya uygun bulmuş⁸⁸, buna karşılık aradan geçen 10 yılın ardından Mahkeme dinamik yorumuyla bu hükmü iptal etmiştir. Her ne kadar AYM soyadı meselesinden farklı olarak cumhurbaşkanına hakaret suçuna ilişkin bireysel başvuru kararlarında İHAM içtihadına atıf yapmaktan kaçınsa da bu gelişme, sistem değişikliğinin yaratacağı etkiyle birlikte hesaba katıldığında AYM'nin söz konusu maddeyi iptal etme ihtimali bakımından önemli bir veri sunar.

SONUÇ

Tarihsel arka plan ve karşılaştırmalı hukuka dair veriler, devlet başkanına hakaret suçunun imparatorluk ve krallık dönemlerinden kalma ve Avrupa Konseyi üye devletleri tarafından uygulanmayan, anakronik bir suç tipi olduğunu göstermektedir. Daha da önemlisi söz konusu suç tipi, bağlı olduğumuz uluslararası belgelere ve bu belgelerin koruma organlarına göre ifade özgürlüğüyle bağdaşmamaktadır. Mevcut çalışmada bu durum, kanunilik-meşru amaç-demokratik toplumda gereklilik fazlarından oluşan üç aşamalı test etrafında ele alınmış ve şu dört temel sonuca ulaşılmıştır:

Birincisi, cumhurbaşkanına hakaret suçu, üç aşamalı testin her üç safhası bakımından da sınıfta kalmıştır: Kanunilik bakımından sorun, Anayasa'nın, insan haklarına dair uluslararası antlaşmaları normlar hiyerarşisindeki ve kanunlar karşısındaki konumlandırma biçimine dayanmaktadır. Buna göre, İHAM'ın devlet başkanına hakaret suçunu Sözleşme düzeniyle uyumsuz gören yaklaşımı, cumhurbaşkanına hakaret suçunun normatif geçerliliğini tartışmalı hâle getirmektedir. Üstelik bu yorumlama biçimi Anayasa Mahkemesinin farklı konulardaki kararları bağlamında kabul görmüştür. Meşru nedenle bağlantılı sorun, herhangi bir statüyü özel olarak koruma amacı taşıyan düzenlemelerin ifade özgürlüğüne dair güncel insan hakları anlayışıyla tamamen zıt olmasından kaynaklanmaktadır. Son olarak demokratik toplumun gereklerine uygunluk testi bağlamında söz konusu suç tipi, ifadelerin korunma düzeyiyle yöneldiği kişinin sahip olduğu siyasi ve toplumsal statü arasında paralellik olmasına, siyasi ve kamu yararını ilgilendiren konulara dair ifadelerin özel olarak korunması gerektiğine ve ifade özgürlüğü kullanımının ceza hukukunun ve özellikle de hürriyeti bağlayıcı cezaların konusu olmaması gerektiğine dair prensiplerle bağdaşmamaktadır.

İkincisi, suç tipiyle ilgili esas problem, Anayasa Mahkemesinin yaklaşımının aksine, bir varlık ve meşruluk sorunudur. Anayasa Mahkemesi cumhurbaşkanına hakaret suçunu yasama

⁸⁸ AYM, E. 2009/85, K.2011/49, 21/10/2011.

organının suç ihdas etme konusundaki takdir alanında görmekte, bu kapsamdaki bireysel başvuruları vaka temelli ele almakta ve somut olaydaki ölçülülük sorununa odaklanmaktadır. Hâlbuki Vedat Şörlü kararında ve Venedik Komisyonunun TCK m. 299'a dair spesifik değerlendirmelerinde açıkça belirtildiği üzere devlet başkanına ceza hukuku bağlamında ayrı bir koruma tanıyan bu suç tipi tamamıyla ilga edilmelidir. Zira söz konusu suç tipi, TCK'nın 125. maddesinde yer alan hakaret suçundan farklı olarak esasen cumhurbaşkanı nezdinde devlet ve millet gibi kavramları korumayı amaç edinmektedir. Bu yönüyle suç tipi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenleri arasında sayılan başkalarının haklarını -spesifik olarak başkalarının şeref ve itibar hakkını- koruma meşru amacının ötesinde ve ondan farklı bir amaç gütmektedir. Uluslararası insan hakları hukukunun çizdiği genel tablo, böyle bir suç tipini kategorik olarak ifade özgürlüğüyle uyumsuz görmektedir. Üstelik bu tespitler cumhurbaşkanının yürütmenin tek ve yetkili başı olduğu yeni rejim bakımından evleviyetle geçerlidir.

Üçüncüsü, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili varlık ve meşruluk sorunu yeni bir mesele değildir. Mevzubahis sorun, en iyi ihtimalle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların kanunlara nazaran öncelikli olarak uygulanacağını belirten Anayasa m. 90/son hükmünün yürürlüğe girdiği andan itibaren mevcuttur. Zira İHAM, bazıları Türkiye aleyhine olan eski tarihli kararlarından itibaren devlet başkanına ifade özgürlüğü karşısında özel koruma sağlayan düzenlemelerin Sözleşme ile uyumsuz olduğuna karar vermektedir. Söz konusu kararların objektif etkisi, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili normatif sorunun giderilmesini gerektiriyordu. Bu durumda Vedat Şörlü kararı malumun ilanı olmuştur. Buna karşın söz konusu karar, bu yapısal sorunun ancak kanun değişikliğiyle giderilebileceğini belirten ilk mahkeme kararı olması nedeniyle önemlidir.

Dördüncüsü, cumhurbaşkanına hakaret suçuyla ilgili bu sistemik sorunun esas muhatabı yasama organıdır. Buna karşılık yasama organının şimdiye kadarki sessizliği pek de ümit verici bir tablo sunmamaktadır. Bu nedenle gözler, negatif kanun koyucu olan AYM'ye çevrilmektedir. AYM'nin şimdiye kadar ortaya koyduğu içtihat, meselenin özünü ve bu konudaki İHAM içtihadını gözden kaçırmaması/görmezden gelmesi nedeniyle tereddüt uyandırıcıdır. Buna karşılık Mahkemenin cumhurbaşkanına hakaret suçunu henüz yeni rejimle bağlantılı olarak ele almamış olması, bu konuya dair son üç bireysel başvuru kararında öyle ya da böyle ihlal sonucuna ulaşmış olması ve soyadı düzenlemesini iptal ettiği yakın tarihli kararda İHAM içtihadı ve ona dayanarak oluşturduğu kendi bireysel başvuru içtihadına merkezî bir rol biçmesi, bu konudaki ümitleri diri tutmaktadır.

KAYNAKÇA

Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, 'Adalet İstatistikleri', (Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, 2022), <https://adlisicil.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adalet-istatistikleri-yayin-arsivi>, Erişim Tarihi: 21.12.2023.

Akdeniz Y. ve Altıparmak K., 'Türkiye'de Can Çekişen İfade Özgürlüğü: OHAL'de Yazarlar, Yayıncılar ve Akademisyenlerle İlgili Hak İhlalleri', (İfade Özgürlüğü Derneği, 2018), https://ifade.org.tr/reports/IFOD_Turkey_Freedom_of_Expression_in_Jeopardy_TUR.pdf, Erişim Tarihi: 21.12.2023.

Altıparmak K., 'Anayasa Mahkemesinin HAGB Kararı Neden Doğru? Kemal Gözler'e Bir Cevap', (İnsan Hakları Okulu, 2022), <https://blog.insanhaklariokulu.org/anayasa-mahkemesinin-hagb-iptal-karari-neden-dogru-kemal-gozlere-bir-cevap/>, Erişim Tarihi, 08.01.2024.

Altıparmak K., ve Akdeniz Y., 'TCK 299: Olmayan Hükmün Gazabı mı?', (Hukukpolitik, 2015), <https://www.hukukpolitik.com.tr/2015/11/10/tck-299-olmayan-hukmun-gazabi-mi/>, Erişim Tarihi: 04/01/2024.

Bates E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights*, (Oxford University Press, 2010).

Commissioner for Human Rights, 'Memorandum on freedom of expression and media freedom in Turkey', (Council of Europe, 2017), [https://rm.coe.int/ref/CommDH\(2017\)5](https://rm.coe.int/ref/CommDH(2017)5), Erişim Tarihi: 06.01.2024.

Committee of Ministers, 'Declaration on freedom of political debate in the media', (Council of Europe, 2004), <https://rm.coe.int/09000016805dddf8>, Erişim Tarihi: 05/01/2024.

Demir Ö., 'Yeni Rejimde Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuna Yönelik Eleştirel Bir İnceleme', (2018), (3), Suç ve Ceza, 43-80.

Duymaz E., 'Anayasa Mahkemesinin Cumhurbaşkanına Hakaret Suçuyla İmtihani', *Prof. Dr. Metin Günday Armağanı*, (I. Cilt, Atılım Üniversitesi Yayınları, 2020), 409-438.

Dworkin R., 'Siyasal Anayasanın Ahlaki Temelleri' (2011), 27(1), Anayasa Yargısı, 27-39.

European Court of Human Rights, ‘Guide on Article 10 of the European Convention on Human Rights’ (Council of Europe, 2022), <https://rm.coe.int/guide-on-article-10-freedom-of-expression-eng/native/1680ad61d6>, Erişim Tarihi: 08.01.2024.

Gerards J. ve Fleuren J. ‘Comparative Analysis’, Janneke Gerards, Joseph Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the judgments of the ECtHR in national case law*, (Intersentia, 2014).

Gözler K., *Türk Anayasa Hukuku*, (3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019).

Gülgeç Y. B., ‘Normların Ayrılması Teorisi ve Türk Anayasa Mahkemesinin İptal yetkisi’, (2023), 14(1), İnÜHFD, 315-328.

Human Rights Committee, General Comment No. 34: Freedoms of Opinion and Expression (Article 19), 2011.

İnceoğlu S., ‘Hak ve Özgürlüklerin Güvence Rejimi’, Sibel İnceoğlu (ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, (Şen Matbaa, 2013), 23-52.

İnceoğlu S., ‘İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Çoğulculuk’, Ece Göztepe (ed), *Çoğulcu Demokrasi ve Çoğunlukçu Demokrasi İkilemi ve İnsan Hakları Toplantısı*, (Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2010), 83-130.

Kethüda E., ‘İHAM Kararları Işığında İfade Özgürlüğü ile Dini Hislerin Korunması Hakkının Çatışması Sorunu’, (2019), *Anayasa Hukuku Dergisi*, 8(15), 131-169.

Oxford Learner’s Dictionaries, <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/lese-majesty?q=lese-majesty>, Erişim tarihi: 04/01/2024.

Parliamentary Assembly Resolution, ‘Towards decriminalisation of defamation’, (Council of Europe, 2007), <https://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17588&lang=en>, Erişim Tarihi: 05.01.2024.

Rainey B., Wicks E., Ovey C., *The European Convention on Human Rights*, (7th Ed., Oxford University Press, 2017).

Sınar H., ‘Cumhurbaşkanına Hakaret ve Devletin Egemenlik Alametlerini Aşağılama Suçları’, (2015), 10(27), *Ceza Hukuku Dergisi*, 29-69.

Şirin T. *Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı*, (On İki Levha Yayıncılık, 2019).

Şirin T., ‘‘Majestelerini incitme’’ suçu’, (T24, 26/10/2021), <https://t24.com.tr/yazarlar/tolga-sirin/majestelerini-incitme-sucu,32943>, Erişim Tarihi: 04/01/2024.

Şirin T., Türkiye’de Düşüncenin Tutsaklığı-II: İfade Özgürlüğünün Yeşili, (Tekin Yayınları, 2021).

Van Dijk, P., van Hoof F., van Rijn, A. ve Zwaak L., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (4. Baskı, Intersentia, 2006).

Venice Commission, ‘Opinion on Articles 216, 299, 301 And 314 of the Penal Code of Turkey’, (Council of Europe, 2017), [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)002-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)002-e), Erişim Tarihi: 06.01.2024.

Venice Commission, ‘Rule of Law Checklist’, (Council of Europe, 2016), https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf, Erişim Tarihi: 08.01.2024.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları

Altuğ Taner Akçam v Turkey App no 27520/07 (ECtHR, 25 October 2011).

Axel Springer AG v Germany App no 39954/08 (ECtHR, 07 February 2012).

Castells v Spain App no 11798/85 (ECtHR, 23 April 1992).

Cumpăna and Mazăre v Romania App no 33348/96 (ECtHR, 17 December 2004).

Dudgeon v the United Kingdom App no 7525/76 (ECtHR, 22 October 1981).

Eon v France App no 26118/10 (ECtHR, 14 March 2013).

Handyside v the United Kingdom App no 5493/72 (ECtHR, 07 December 1976).

Janowski v Polonya App no 25716/94 (ECtHR, 21 January 1999).

Mariya Alekhina and Others v Russia App no 38004/12 (ECtHR, 17 July 2018).

M'bala M'bala v France App no 25239/13 (ECtHR, 20 October 2015).

- Nikula v Finland App no 31611/96 (ECtHR, 21 March 2002).
- Norwood v the United Kingdom App no 23131/03 (ECtHR, 16 November 2004).
- Oberschlick v Austria (no.2) App no 20834/92 (ECtHR, 01 July 1997).
- Otegi Mondragon v Spain App no 2034/07 (ECtHR, 15 March 2011).
- Önal v Turkey App no 44982/07 (ECtHR, 02 July 2019)
- Pakdemirli v Turkey App no 35839/97 (ECtHR, 22 February 2005).
- Şahin Alpay v Turkey App no 16538/17 (ECtHR, 20 March 2018).
- The Sunday Times v the United Kingdom App no 6538/74 (ECtHR, 26 April 1979).
- Ünal Tekeli v Turkey App no 29865/96 (ECtHR, 16 November 2004).
- Vedat Şörlü v Turkey App no 42048/19 (ECtHR, 19 October 2021).
- Yaşar Kaplan v Turkey App no 56566/00 (ECtHR, 24 January 2006).
- Artun ve Güvener v Turkey App no 75510/01 (ECtHR, 26 June 2007).

Anayasa Mahkemesi Kararları

- AYM, Adalet Mehtap Buluryer, B. No: 2013/5447, 16/10/2014.
- AYM, Atilla Yazar ve diğerleri [GK], B. No: 2016/1635, 5/7/2022.
- AYM, Diren Taşkıran, B. No: 2017/26466, 26/5/2021.
- AYM, E. 2009/85, K.2011/49, 21/10/2011.
- AYM, E. 2016/25, K. 2016/186, 14/12/2016.
- AYM, E. 2022/155, K.2023/38, 22/02/2023.
- AYM, Gülsim Genç, B. No: 2013/4439, 6/3/2014.
- AYM, Hüsni Mahalli, B. No: 2017/4934, 18/11/2020.
- AYM, Neşe Aslanbay Akbıyık, B. No: 2014/5836, 16/4/2015.
- AYM, Selma Atabey [GK], B. No: 2021/38893, 27/9/2023.
- AYM, Sevim Akat Eşki, B. No: 2013/2187, 19/12/2013.

AYM, Şaban Sevinç (2), B. No: 2016/36777, 26/5/2021.

AYM, Umut Kılıç, B. No: 2015/16643, 4/4/2018.

AYM, Yaşar Gökoğlu, B. No: 2017/6162, 8/6/2021.

Çeviri

Kıta Avrupası Ceza Yargılaması: ‘‘Efsane’’ ve Gerçek^{*}, ^{**}

Continental Criminal Procedure: ‘‘Myth’’ and Reality

Prof. Dr. John H. LANGBEI^{*}

Prof. Dr. Lloyd L. WEINREB^{}**

Çevirmen Öğr. Gör. Başak Oya KORAP^{*}**

Öz

Prof. Dr. John H. Langbei ve Prof. Dr. Lloyd L. Weinreb’in söz konusu makalesinde makalenin yayınlandığı Yale Law Journal dergisinin bir başka sayısında yayımlanmış ve Prof. Abraham Goldstein ve Arş. Gör. Martin Marcus tarafından kaleme alınmış olan ‘‘The Myth of Judicial Supervision in Three ‘‘Inquisitorial’’ Systems: France, Italy, and Germany’’ adlı makale ele alınmıştır. Goldstein ve Marcus, ‘‘The Myth Of Judicial Supervision in Three ‘‘Inquisitorial’’ Systems: France, Italy, and Germany’’ makalesinde Kıta Avrupası ceza soruşturma ve kovuşturma modelini temsil eden üç Avrupa ülkesi olan Fransa, Almanya ve İtalya’nın ceza muhakemesi hukuku kuralları hakkındaki gözlemlerini tartışmışlardır. Çevirisini yayımlamakta olduğumuz makalenin yazarları olan Langbei ve Weinreb ise söz konusu gözlemleri eleştirmişlerdir. Bu eleştirilere göre; Goldstein ve Marcus’un tanımlamak istedikleri prosedürlerin en önemli özelliklerini yanlış yorumladıklarına ve tanımlarının büyük ölçüde yanıltıcı olduğuna inanmaktadırlar. Aynı zamanda, Kıta Avrupası usullerinden öğrenilecek çok şey olduğunu ve bu usullerin Amerika Birleşik Devletleri (ABD) koşullarına uyarlandığında, belirgin iyileştirmeler sağlayabileceğini düşünmektedirler. Makalenin özellikle ‘‘I. ALMANYA’’ başlığı altında belirtilen, savcılığın kararının denetlenmesi yani süpervizyonu ile ABD ceza muhakemesi prosedürleri içerisinde bulunan savcılığın şüpheli ile itiraf pazarlığı yapması yetkisi arasındaki farklılıklar üzerine getirilen tespitler oldukça dikkat çekicidir. Bilindiği üzere ülkemizde Ceza Muhakemesi Hukuku kuralları, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu kuralları ile benzerlik göstermektedir ve Kıta Avrupası Ceza Muhakemesi Usullerini benimsediğimiz yadsınamaz bir gerçektir. Bu çerçevede değerlendirildiğinde tercümesini yapmış olduğumuz söz konusu makalenin ABD, Almanya ve Fransa ülkelerinin ceza soruşturması ve kovuşturması usulleri arasındaki farklılıklarını gözler önüne sermek açısından önemli olduğunu düşünmekteyiz.

* Hakemli Çeviri / **Çeviri Geliş Tarihi:** 10.12.2023 – **Çeviri Kabul Tarihi:** 07.02.2024.

** Bu çalışma ‘‘Continental Criminal Procedure: ‘‘Myth’’ and Reality’’ başlığı ile The Yale Law Journal dergisinde Cilt:87, Sayı: 8, Temmuz 1978, s. 1549-1569 aralığında yayınlanan makalenin Türkçe çevirisidir.

• Chicago Üniversitesi Hukuk Profesörü

•• Harvard Üniversitesi Hukuk Profesörü

••• Yalova Üniversitesi Çınarcık Meslek Yüksekokulu Hukuk Bölümü, basak.korap@yalova.edu.tr, ORCID: 0000-0001-5207-1343.

Anahtar Kelimeler

Ceza Muhakemesi Hukuku, itiraf pazarlığı, adli süpervizyon, savcı- sulh ceza hakimi ilişkisi, Kıta Avrupası Hukuku.

Abstract

Prof. John H. Langbei and Prof. Lloyd L. Weinreb's article in question was published in another issue of the Yale Law Journal in which the article was published, "The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany" by Prof Abraham Goldstein and Research Assist. Martin Marcus, discuss their observations on the rules of criminal procedure law in France, Germany, and Italy, three European countries representing the Continental European model of criminal investigation and prosecution. Langbei and Weinreb, the authors of the translated article, criticised these observations. According to these critics, they believe that Goldstein and Marcus have misinterpreted the most important features of the procedures they seek to define and that their definitions are largely misleading. At the same time, they recognise that there is much to be learned from Continental European procedures and that these procedures, when adapted to United States (US) conditions, can lead to significant improvements. Particularly noteworthy are the observations made in the article under the heading "I. GERMANY" on the differences between the supervision of the prosecutor's judgement and the power of the prosecutor to negotiate a plea bargain with the suspect in the US penal procedure. As it is known, the rules of the Penal Procedure Law in our country are similar to the rules of the German Penal Procedure Code and it is an undeniable fact that we have adopted Continental European Criminal Procedures. Within this framework, we believe that the article in question, which we have translated, is important in terms of revealing the differences between the criminal investigation and prosecution procedures of the USA, Germany and France.

Keywords

Penal Procedure Law, plea bargain, Judicial Supervision, relationship between prosecutor and magistrate, Continental European Law.

GİRİŞ

Bu derginin yakın tarihli bir sayısında, Profesör Abraham Goldstein ve Araştırma Görevlisi Martin Marcus, "Kıta Avrupası" veya "engizisyonel- hakimın savcı rolü üstlendiği ceza yargı sistemi" soruşturma ve kovuşturma modelini temsil eden üç Avrupa ülkesi olan Fransa, Almanya ve İtalya'nın ceza usulleri hakkındaki gözlemlerini tartıştılar¹. Goldstein ve Marcus bu ülkelerdeki araştırmalarını, ABD'deki itiraf pazarlığını ve aşırıya kaçan savcılığın takdir yetkisini inceleme arzusunun tetiklediğini belirtmişlerdir. Yazarlar, ABD'deki savcılık takdir yetkisinin ve itiraf pazarlığının suçluluğa yol açabileceği iddialarına

¹ Goldstein & Marcus, "The Myth of Judicial Supervision in Three "Inquisitorial" Systems: France, Italy, and Germany", (1977), Yale L.J. 87, 240, 240 [bundan sonra çapraz referans olmadan "The Myth of Judicial Supervision" (Yargı Denetimi Efsanesi) olarak anılacaktır].

karşı verilen aslında bu yetkilerin, adli kontrol kararları ile denetlendiğine yönelik savunmaların doğruluğunu araştırmak istediklerini belirtmişlerdir.

Ayrıca, suçun soruşturulmasında yargı denetiminin, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin hariç tutulması yoluyla resmi suistimalleri caydırma çabalarımızı ne ölçüde bertaraf ettiğini öğrenmekle de ilgilenmişlerdir². Kanaatleri makalelerinin başlığında özetlenmiştir: “Adli Süpervizyon” bir “efsane” dir. Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinin bizimkinden daha katı bir hukuk kuralına bağlı olduğu iddiası “ideolojiye” ve “yetkililerin ideolojiye bağlı olduğu varsayımına” dayanmaktadır³. Savcı ve kendi alanlarında polis Avrupa'da da burada olduğu gibi baskındır; yargısal sorumluluk çoğunlukla diğer yetkililer tarafından oynanan birincil rollere “tepkilidir”⁴. Yazarlar, biz Amerikalılara tanımladıkları modellerden ödünç alma konusunda şüpheli ve temkinli olmamızı tavsiye etmektedir.

Goldstein ve Marcus'un tanımlamak istedikleri prosedürlerin en önemli özelliklerini yanlış yorumladıklarına ve tanımlarının büyük ölçüde yanıltıcı olduğuna inanıyoruz. Haklı olarak belirttikleri gibi, bu ülkedeki ceza adaletinden duyulan ısrarlı ve derin memnuniyetsizlik, birçok insanın başka yerlerdeki uygulamalardan çok şey öğrenip öğrenemeyeceğimizi merak etmesine yol açmıştır. Bu konuda onlarla hemfikiriz. Ceza muhakemesi sanki bölünmez paketler halinde sunuluyormuş gibi “şu model ya da bu model” şeklinde sorulmamalıdır; kendimize “Fransız sistemini” mi yoksa “Alman sistemini” mi benimsememiz gerektiğini de sormamalıyız. Aynı zamanda, Kıta Avrupası usullerinden öğrenilecek çok şey olduğunu ve bu usullerin bizim koşullarımıza uyarlandığında, şu anda sahip olduklarımıza göre belirgin iyileştirmeler sağlayabileceğini düşünüyoruz. Goldstein ve Marcus ihtiyatlı olmayı ve başka yerlerdeki deneyim ve sonuçları dikkatle incelemeyi tavsiye ederken, kendi yaklaşımları ne ihtiyatlı ne de dikkatlidir ve tavsiyelerini yalanlamaktadır. Yazarların da inandığı gibi, konu önemli olduğu için, bu kısa anlaşmazlık beyanını yazmak zorunda kaldık. Aşağıda Fransız ve Alman usulleri hakkında bazı gözlemlerde bulunuyoruz; ikimizin de yakından tanımadığı İtalyan prosedürü hakkında özel olarak yorum yapmıyoruz. Başlıca anlaşmazlıklarımız geneldir. Yazarlar, Kıta Avrupası sistemlerinde polis, savcı ve sulh ceza hakimliği makamlarının Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi aynı çizgide tanımlanmadığına dikkat çekse de, başka yerlerdeki benzer görevlilerin Amerikalı meslektaşlarından büyük ölçüde ayırt edilemez olduğunu düşünüyorlar. Yabancı yetkililerin

² The Myth of Judicial Supervision s.245-246.

³ The Myth of Judicial Supervision s.283.

⁴ The Myth of Judicial Supervision. s.282.

seçim, eğitim ve meslek kurallarındaki ve içinde çalıştıkları kurumsal yapıdaki tüm farklılıkları önemsiz olarak görmezden gelmekte veya reddetmektedirler. Bu da elbette her yerdeki uygulamaların az ya da çok birbirine benzediği sonucunu kaçınılmaz kılıyor. Ancak, yazarların varsaydığı gibi, Fransız bölge savcısı (*procureur*) ve Alman Eyalet Savcısının (*Staatsanwalt'in*) sadece yabancı dil konuşan bölge savcıları olduğu; Fransız polis yargıç ve Alman polisinin (*polizei'nin*) sadece farklı uniformalar giymiş bir Amerikan kentinin cinayet masası olduğu; Fransız soruşturma hakiminin (*juge d'instruction'un*), Alman hakimi (*Richter*) ve Amerikan yargıçının, cübbenin altında bir ve aynı olduğu aşikar değildir. Görünürdeki farklılıklar şüphesiz ki, işlev ve performansın altında yatan bir benzerliği maskeleymektedir; ancak bu, bu tür farklılıkları en baştan önemsiz kılan bir ön kabulden ziyade, her durumda somut olarak gösterilmesi gereken bir şeydir. Goldstein ve Marcus, Amerikan “itham sistemi” süreciyle karşılaştırmak için bir Kıta Avrupası ceza usulü modeli oluşturarak ilerlemektedir; modellerinde, savcılık takdir yetkisi ya tamamen ortadan kaldırılmakta ya da “dikkatle kontrol edilmektedir” ve “tam adli tahkikat . . . resmi olarak isnat edilen her suçla ilgili olarak [yapılmaktadır]”⁵. Makalelerinin çoğu, inceledikleri ülkelerde modelle çelişen bulguları açıklamaktadır. Ancak model, bu ülkelerdeki hem teoriyi hem de pratiği yanlış bir şekilde yansıtmaktadır. Aslında, yazarların sandığı gibi, üç ülkenin prosedürlerinin uyduğu tek bir “model” yoktur; aralarındaki farklılıklar birçok açıdan benzerlikler kadar önemlidir⁶. Goldstein ve Marcus, sundukları modelin yanlış olduğunu tespit ettikten sonra şu sonuca varmaktadırlar, gerçekliğin Kıta Avrupası'ndaki uygulamalara benzemesi gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak vardıkları sonuçlar, çoğunlukla altta yatan gerçekliğin “ne olması gerektiğine” dair varsayımlara dayandığından, yerine koydukları model kadar uzaktır.

⁵ The Myth of Judicial Supervision, s.244.

⁶ Örneğin Goldstein ve Marcus'un saldırdığı modelde çok büyük bir yer tutan adli tahkikat teorisi, Fransa ve İtalya'daki prosedürün karakteristiğidir, ancak hakimlerin ön soruşturma sorumluluğunun bulunmadığı Almanya'da böyle bir durum söz konusu değildir. Goldstein ve Marcus, Soruşturma Hakimliği (Untersuchungsrichter) kurumunun 1975 yılında Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'ndan çıkarılmasını “Almanya'da sorgu hakimliğinin kaldırılması” olarak tanımlamaktadır. Ibid., s.249. Bunun anlamı, Almanların daha önce Fransızlar gibi yargısal olarak yürütülen bir ön inceleme sistemi uyguladıklarıdır. Aslında, Soruşturma Hakimliği (Untersuchungsrichter) tarafından yapılan inceleme, Alman yargılama usulünün olağan bir aşaması olmayıp, yalnızca bazı çok ciddi veya karmaşık davalarda, özellikle yeminli delillerin korunması amacıyla, savcılık veya savunma makamının talebi üzerine sunulan bir seçenektir. Bkz. Alman Ceza Muhakemeleri Kanunu §§ 178-180, 188, (1975'te yürürlükten kaldırılmıştır), (bundan sonra StPO olarak alıntılanacaktır); Ibid. §§ 251 (1977) (adli olarak yürütülen soruşturmanın teslim alınmasına izin verilmesi). Bu prosedür nadiren kullanılmıştır. Bu sistemin kaldırılması, Goldstein ve Marcus'un okuyucusunun çıkarabileceği gibi, yargılama öncesi sulh ceza hakimliğine ilişkin bir sistemi savcılık sistemi ile “değiştirmemiştir”, Myth of Judicial Supervision, s. 249.

I. FRANSA

Bir davanın soruşturulmasını ve bir juge d'instruction (soruşturma hakimi) tarafından resmi suçlamaların hazırlanmasını Fransız ceza muhakemesi usulünün prototipi olarak ele alan Goldstein ve Marcus, davaların çoğunda gerçeğin farklı olduğunu tespit etmiştir. Bir talimat (hakime ait soruşturma) yalnızca en ciddi suç kategorisi olan cürümler için gereklidir. Ayrıca söz konusu talimat, kabahatler için gerekli olmadığı gibi, aynı zamanda daha az ciddi olan ağır suçların çoğunu da içeren çok daha geniş bir kategorideki suçlar için de gerekli görülmemektedir⁷. Çoğu zaman, bir davayı juge d'instruction'a (soruşturma hakimine) gönderme kararından sorumlu olan procureur (savcı), bir suçun delit (suç) olarak kovuşturulması gerektiğine dair kanıtları görmezden gelir ve bunu bir delit (suç) olarak nitelendirir ve ardından yargılama ve hüküm için doğrudan mahkemeye (ağır ceza mahkemesine- tribunal correctionnel) gönderir⁸. Bu “düzeltme” (*correctinalization*) uygulaması, bir soruşturma sulh ceza hakimi tarafından hazırlanan dava sayısını daha da azaltmaktadır.

Goldstein ve Marcus, davaların küçük bir kısmının bir soruşturma hakimine (juge d'instruction'a) sunulmasını ve özellikle de “düzeltme” (*correctinalization*) uygulamasını Fransız ceza muhakemesi usulü “modelinden” bir sapma olarak değerlendirmektedirler; en azından teorik düzeyde, tüm davalarda olmasa da çoğu davada adli soruşturma yapılmamasının uygunsuz olduğunu ve üzüntü duyulması gerektiğini kuvvetle ima etmektedirler⁹. Bu görüş onların kendi yanlış modelleriyle meşguliyetlerini yansıtmaktadır. Suçlamanın daha az ciddi suçlardan biri olması ve daha fazla soruşturmaya gerek görülmemesi halinde, teoride bile bir talimat öngörülmemektedir¹⁰. Savcının (*procureur*) çok fazla vakada süreci bir talimatla

⁷ Suçlar, beş yıldan fazla hapis cezası ile cezalandırılan cürümlerdir. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL) Maddeler: 1, 6-7, 18-19 (72. baskı. Dalloz 1974-75). Suçlar (Delits), genellikle iki aydan fazla ve beş yıldan fazla olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılır. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL), maddeler: 1,40, (72. baskı. Dalloz 1974-75). Ayrıca, iki aydan fazla olmayan hapis cezası ile cezalandırılabilen ve aykırılık olarak adlandırılan küçük suçlar kategorisi de bulunmaktadır. Fransız Ceza Kanunu (Code PENAL) maddeler: 1, 465.

⁸ Cour d'assises (Ağır ceza mahkemesi) suçlar üzerinde yargı yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) maddeler: 214,231. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Ağır ceza mahkemesi (tribunal correctionnel), suçları yargılama yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 381. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Sulh ceza mahkemesi- polis mahkemesi (tribunal de police) ihlallerle ilgili yargı yetkisine sahiptir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 521. (16. Baskı Dalloz, 1974-75).

⁹ Bkz. Myth of Judicial Supervision s. 250-251.

¹⁰ Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 79. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Bu husus, ceza muhakemesine ilişkin standart Fransız eserlerinde açıkça belirtilmektedir. Örneğin: “Les

yüklememek için suçları “düzelttiği” şüphesiz doğru olsa da, bunu yapma kararı gerekli bir prosedürden kaçınmaz. Fransa'da suçlamaların ve mahkumiyetlerin çok yumuşak olduğuna inanılabilir; öyle olsun ya da olmasın, suç işlemekle itham edilen kişiler, sahip olmaları gereken bir soruşturmadan mahrum bırakılmamaktadır¹¹. Gerçekten de, Goldstein ve Marcus'un belirttiği gibi, bir dava “ıslah edildiğinde”, sanık ağır ceza mahkemesinin (tribunal correctionnel) yargı yetkisine itiraz edebilir ve davanın bir yargıç tarafından incelenmesini talep edebilir, bu durumda dava bir *suç* olarak nitelendirilebilir¹².

Suçlar ve cürümler arasındaki ayırım ve her biri için gerekli prosedürler, yazarların öne sürdüğünden oldukça farklı bir noktaya işaret etmek için kullanılabilir: sorumlu devlet görevlisi bir suçun soruşturmasının tamamlanmadığına inandığında ve devletin büyük bir suç kanıtlanma niyetinde olduğu tüm durumlarda, bir sulh yargıcının yönetiminde bir soruşturma yapılır. Fransız deneyiminden çıkarabileceğimiz ders, tüm davalarda ayrıntılı suç sonrası soruşturma önerilerine şüpheyle yaklaşmamız gerektiğidir. Her davada adli soruşturma yapılması şeklindeki yanlış model, dikkatimizi sormamız gereken sorudan uzaklaştırmaktadır: Fransa'da çok sayıda cürüm (*delit*) için fiilen öngörülen prosedür, benzer davalarda bizimkine tercih edilebilir mi? Yazarlar, çoğu zaman, bir dava bir soruşturma hakimine (juge d'instruction'a) sunulmadığında bile, savcının kendisinin çok az soruşturma yaptığını gözlemlerler. Amerikalı bir savcı gibi o, genellikle polis tarafından toplanan ve dava dosyasında kendisine sunulan kanıtlara dayanır. Bu nedenle, “suçların (delits) ezici bir çoğunluğunun polis raporundan biraz daha fazlası olan bir dosyayla mahkemeye çıkması

juridictions d'instruction ont un role trits important, mais limite A certains types d'infractions: en droit fraçais, en effet, l'instruction pr paratoire n'est obligatoire que pour les crimes, qui sont tout de mfme une chose relativement rare; elle est facultative en matiire de delits correctionnels et exceptionnelle pour les contraventions de police”. 2 R. Merle & A. Vitu, *Traite De Droit Criminel*, 2, (1973), s.196; bkz.: Stefani & G. Levasseur, *Procedure Penale*, 9, (1975), s. 32.

¹¹ Merle ve Vitu, diğer Fransız yorumcular gibi, “düzeltme” (correctinalization) uygulamasının herkes tarafından kabul edilmesine rağmen, savcının (procureur) yasal yetkisinin ötesinde olduğunu gözlemlemektedir. Uygulamanın çeşitli zararlı etkilerine işaret etmektedirler: örneğin, eşit olmayan cezalar, ceza hukukunun caydırıcı etkisinin zayıflaması, polisin cesaretinin kırılması ve suçların yasal tanımının çarpıtılması. Merle ve Vitu, yukarıda zikredilen dipnot 10'da yer alan eser, s.563-564. Bu tür bir “düzeltme” eleştirisi, (doğru ya da yanlış) suç (delit) olarak nitelendirilen ve olağandışı ya da karmaşık olmayan bir suçun bir soruşturma hakimine (juge d'instruction'a) sunulması gerektiği iddiasından oldukça farklıdır.

¹² Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) madde: 659. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Davada müşteki (*partie civile*) olarak yer alabilecek olan suç mağduru da “düzeltmeye” (*correctinalization*) itiraz edebilir. Aynı şekilde, mağdurun soruşturma hakimi önünde müşteki olarak şikayette bulunması halinde, “düzeltmenin” önüne geçilmiş olur. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu (Code de procédure pénale) maddeler: 85,86. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Goldstein ve Marcus'un “Myth of Judicial Supervision” adlı eserinde, sayfa 253'te belirttiği gibi, “düzeltme” nadiren bozulur. Bkz. genellikle, R. Merle & A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.563-564.

muhtemeldir” diyorlar¹³. Benzer şekilde, özellikle ciddi veya karmaşık olmayan bir suçun soruşturulmasında yargıç büyük ölçüde polisin çalışmalarına güvenir. Yazarlar, ister cürümlerden (delits) ister suçlardan bahsedilsin, “Kanun'un resmi gerekliliklerinin perdesi arkasında, Fransız dosyası, derlenme şekli ve hatta içeriği, genellikle sanıldığı gibi bir Amerikan savcısının dosyasından farklı olmayabilir” sonucuna varmaktadır¹⁴. Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi Fransa'da da adi suçlar çoğunlukla polisin suç mahallindeki ilk müdahalesinin bir parçası olarak rutin bir şekilde topladığı kanıtlara dayanarak “çözülür”. Bu gibi durumlarda, soruşturmanın savcıya ulaşmadan önce büyük ölçüde tamamlanmış olması doğaldır; savcının ya da soruşturma hakiminin normalde polis tarafından sağlanan bilgilere dayanması, yalnızca adli soruşturmayı değişmez standart olarak kabul edenleri şaşırtabilir. Fransız usulü bunun aksini öngörmemektedir. Ancak Amerikan polis teşkilatına aşina olan bir kişi, Fransız soruşturma dosyasının “polis raporundan biraz daha fazlası” olduğu şeklindeki ifadeyle yanıtlanacaktır. Bu ülkede “polis raporu” öncelikle bir iç polis belgesidir, polisin müdahale etmesini gerektiren bir olayın raporudur ve eğer olay suç teşkil ediyorsa ve birisi suçtan tutuklandıysa, olayın nasıl aydınlatıldığına dair bir kayıttır. Polisin kovuşturma ve mahkumiyet için yasal olarak yeterli bir dayanak sağlaması beklenmemektedir. Raporun hazırlanması, savcılığın hiçbir şekil veya içerik şartına tabi değildir; savcı tarafından, olsa olsa, kanıtlayıcı önemi olmayan gayri resmi bir belge olarak kullanılır. Öte yandan, Fransız soruşturma dosyası, yargılamanın delil temelini bir parçası olarak hazırlanmış ve dosyanın kullanılması amaçlanmıştır. Goldstein ve Marcus'un bir kurgu olarak özetledikleri ceza soruşturma polisi sıfatıyla¹⁵ Fransız polisinden, eksiksiz ve resmi olarak doğru, iddia makamının yanı sıra savunmanın da erişimine açık ve araştırmaya dayalı bir incelemeye dayanabilecek bir soruşturma kaydı hazırlaması beklenmektedir¹⁶. Soruşturma dosyasının bir suçun işlendiğini kanıtlamak için yetersiz olması halinde, dava düşmediği sürece, daha ileri bir soruşturma için bir soruşturma hakimine teslim edilmesi gerekir. Elbette, gerçekler karmaşık değilse ve tartışmaya açık değilse, bir dosya daha kolay derlenir. Zor davalarda olduğu kadar kolay davalarda da, bir Fransız davasının, suçunun ya da cürümünün dosyası, normalde hem

¹³ Myth of Judicial Supervision, s.255.

¹⁴ Myth of Judicial Supervision, s.255-256.

¹⁵ Myth of Judicial Supervision, s.249.

¹⁶ Bkz. örneğin ceza soruşturması polisinin bu suçlarla ilgili soruşturma sorumluluklarını belirten ve polisin adli yönlendirmeden soruşturma yetkisine sahip olduğu apaçık delilleri ortaya koyan ilgili maddeler, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 53-74. (16. Baskı Dalloz, 1974-75). Bkz. genel olarak R. Merle ve Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10, s.249-250.

suçlayıcı hem de suçsuz gösterici kanıtların kalıcı bir kaydını sağlar ve bu, bu ülkede düzenli olarak mevcut olan duruşma tutanağı dışındaki her şeyden önemli ölçüde üstündür.

Goldstein ve Marcus'un Fransız polisinin soruşturma sorumluluğuna ilişkin spesifik yorumları, soruşturma kayıtlarının yeterliliğinden ziyade, polisin illegalliğinin ‘‘adli’’ gözetimi eksikliğiyle ilgilidir. Onlar yine, soruşturmaların yargısal denetimine ilişkin modellerinin sınırlı bir uygulama alanı olduğunu gözlemlemektedirler; zira polisin suç mahalline giderken sulh hakimlerinin refakatinde olması gerekmektedir. Bunun da ötesinde, yazarlar etkili bir ‘‘olaydan sonra inceleme’’ eksikliği karşısında şaşırılmışlardır. Fransız soruşturma hakimi ve mahkemeleri polis davranışlarının yasallığını nadiren araştırır; yasadışı bir eylemi ‘‘hükümsüz kılma’’ yetkisine sahip olsalar da, bunu nadiren bu ülkedeki gibi, yasadışı olarak elde edilmiş kanıtları hariç tutarak yaparlar¹⁷.

Bu durum, önemli ölçüde, Fransa'da polisin görevi kötüye kullanmasına karşı bir çare olarak delillerin karartılmasının burada olduğu gibi uygulanmadığını ortaya koymaktadır. Yasadışı yollardan elde edilen delillerin hariç tutulması arzu edilen bir durum olsa da olmasa da, bu ülkede bu yola geç ve tereddütlü bir şekilde başvurulması¹⁸, bunun bir sürecin diğerinden daha önemli bir özelliği olmadığını göstermektedir. Ceza yargılamasının bizimkine daha çok benzediği İngiltere'de, yasa dışı delilleri hariç tutma kuralının otomatik olarak uygulanması sürekli olarak reddedilmiştir¹⁹. Fransız ve Amerikan hukukları arasında polisin hangi uygulamalarına izin verilebileceği konusunda da farklılıklar vardır ve bunların kovuşturma usullerinin seçimiyle şu ya da bu şekilde bir ilgisi yoktur. Devlet ve birey arasındaki genel olarak daha otoriter ilişkinin bir yönü olarak, Fransa'da polisin daha fazla güç kullanmasına ve bizim terimlerimizle kötüye kullanmasına burada olduğundan daha fazla müsamaha gösterilmektedir. Örneğin Fransız yasaları, en azından Miranda'dan önce²⁰, bu ülkede polis tarafından herhangi bir yetki olmaksızın gerçekleştirilen gözaltında sorgulama türüne belirli koşullar altında açıkça izin vermektedir²¹. Fransa'da yasalara uygun olan bir davranışı burada

¹⁷ Myth of Judicial Supervision, s.254-255.

¹⁸ Yasadışı aramalara ilişkin kural, 1961 yılında Mapp v. Ohio, 367 ABD, 643 (1961) kararına kadar anayasal bir mesele olarak eyaletlere uygulanmamıştır. Mapp'ten bu yana, hem prensipte hem de uygulamada, yasa dışı delilleri hariç tutma kuralları tam anlamıyla başarılı olamamıştır. Bkz. örneğin, ABD v. Ceccolini, 98 S. Ct. 1054 (1978); Stone v. Powell, 428 ABD, 465 (1976) (Dördüncü Değişiklik davalarında hariç tutma kuralının uygulanmasının sınırlandırılması).

¹⁹ Bkz. örneğin, Jeffrey Black'e karşı, [1977] 3 W.L.R. 895 (Q.B.), [1978] All E.R. 555 kararları.

²⁰ Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966) kararı.

²¹ Belirli durumlarda, Fransız polisinin bir kişiyi, öngörülen koşullar altında, 24 ve bazen 48 saat boyunca sorgulamak üzere gözaltında tutmasına izin verilmektedir. Uygulama şu şekildedir *garde a vue* (polis gözaltısı)

yasalara aykırı olan bir davranışla karşılaştırmamalı ve ardından burada yasalara aykırı olduğu için Fransa'da düzensiz ve denetimsiz olduğu sonucuna varmamalıyız.

Goldstein ve Marcus, Fransız polisinin uygulamalarını açıkça onaylamalarına rağmen, Fransız polisinin yetkilerini sınırlayan kurallara genel olarak duyarlı olup olmadığına dair hiçbir şey söylemiyor. Hesapsızca yazarlar, ceza soruşturmasının yürütülmesinde Fransız polisinin sulh ceza hakimliğinin (özellikle de savcının) gözetim ve denetimine tabi olduğundan bahsetmemektedir²². Savcı, denetimine tabi polis memurları hakkında düzenli değerlendirmeler yapar ve bu değerlendirmeler memurların resmi sicillerinin bir parçası haline gelir. Böylece polisin doğrudan bürokratik kontrolü için bir çerçeve oluşmuş olur ki bu eksiklik nedeniyle bu ülkede yasa dışı delillerin hariç tutulması kurallarının şüpheli caydırıcı etkisine bel bağlamak zorunda kaldık. Bu kontrol mükemmeldir ve Fransızlar tarafından çok eleştirilmektedir²³; bir şekilde benzediği Alman bürokratik yapısından daha az başarılı olduğu açıktır²⁴. Ancak bunu tamamen görmezden gelmek karşılaştırmayı değersiz kılar.

Goldstein ve Marcus'un bir kurgu olarak reddettiği “adli polis” kavramı, polisin sulh ceza hakimi konumunda olduğunu değil, ne kadar kusurlu olursa olsun, polisin soruşturma işlevlerinin ceza sürecine entegre olduğunu ve rollerinin tamamen ayrı bir tanımından ziyade onun taleplerine cevap verdiğini ima etmeyi amaçlamaktadır. Fransız polisinin kurumsal yapısının güçlü ve zayıf yönleri ile cezai kovuşturmayla olan ilişkisinden öğrenilecek çok daha fazla şey vardır.

Goldstein ve Marcus'a göre, Fransa'da cezai soruşturmanın doğrudan yargı denetimine tabi olmaması, bu dava ile onarılmış değildir. Her ne kadar teoride duruşma “sanığın suçluluğunun mahkeme tarafından aktif bir şekilde araştırılması”²⁵ olsa da, çoğunluğu

denir. Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 63, 77, 16. Baskı Dalloz, (1974-75); bkz. Myth of Judicial Supervision, s.253. Bu ülkede Miranda kuralları polis sorgusunu engellememiş, sadece bazı resmi gereklilikler getirmiş olabilir. Böyle olduğu ölçüde, mevcut uygulamamızın *garde a vue* ile bazı benzerlikleri vardır, ancak burada sorgulama için gözaltının Fransa'da olduğu kadar uzun sürmesi oldukça nadirdir.

²² Örneğin, Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu, maddeler: 12, 13, 19, 54, 56, 63-64, 68, 75, 16. Baskı, Dalloz, (1974-1975); genel olarak bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.253-254.

²³ Adli polis olarak görev yapan polisler genellikle barışı koruma gibi başka görevler de üstlenirler. Soruşturma çalışmaları, doğrudan suç mahalline gittikleri durumlarda olduğu gibi, adli bir yetkilendirme uyarınca yapılmadığında, çeşitli sıfatlarıyla sorumluluklarını birbirinden ayırmak zordur. Bürokratik kontrolün sınırları iyi tanımlanmamıştır çünkü denetim, çeşitli politika işlevleriyle ilgili devlet kurumları arasında paylaşılmaktadır; genel olarak bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10'daki eser, s.222-243.

²⁴ Aşağıdaki sayfa 1560'a bakınız.

²⁵ Myth of Judicial Supervision s. 265.

oluşturan “daha basit ve daha rutin davalar”²⁶ için Continental duruşmasının neredeyse hiç ayırt edilemez olduğunu iddia etmektedirler. Goldstein ve Marcus’un söz konusu teoriyi kabul etmelerinin nedeni, sanığın savunmanın temelini vicdanen sorgulayan bir yargıç önünde suçunu itiraf etmesinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, yazarlar, Fransız yargılamasının yürütülmesiyle ilgili olarak, ağır ceza mahkemesindeki yargılamaların aşağıdakileri içerebileceğini belirtmek dışında neredeyse hiçbir şey söylememektedir; sanık suçluluğuna itiraz etmezse, hızlı, hatta “göstermelik” olabilir; bu gibi durumlarda, “kanıtların yeterliliğinin ve suçlamanın doğruluğunun anahtarı duruşmanın kendisinden çok dosyada yatmaktadır”²⁷.

Goldstein ve Marcus, ihtilafli gerçeklerin araştırılmasının, bir suç ya da cürümle (delit) itham edilen bir sanık için mevcut olmadığını ileri sürmemektedir. Bunun yerine, sanığın suçlamalara itiraz etmemesi için bu ülkedeki itiraf pazarlığına benzer bir baskıya maruz kaldığını iddia ediyorlar. Tıpkı burada olduğu gibi, “savcı ve hakimin sanık için ne yapabileceği ve sanığın onlar için ne yapabileceğinin kararları açıkça etkilediğini” söylüyorlar²⁸. Bununla birlikte, Fransız uygulamalarına ilişkin somut gözlemlerinin çoğu diğer yöne işaret etmektedir. Goldstein ve Marcus, savcılarının savunma pazarlığına benzer uygulamalarda bulduklarını sürekli olarak reddettiklerini belirtmektedirler.

“ [Savcılar] itirafları ve işbirliğini, suçlamama konusundaki takdir yetkilerini olumlu bir şekilde kullanarak ödüllendirmemekte ısrar etmektedirler. Muhbirlerden şüphe duyduklarını ve pazarlığa karşı düşmanlık beslediklerini ifade ediyor ve merhamet konusunu mahkemelere bıraktıklarını söylüyorlar. Sistem onlara yardımsever suçluların davalarını düşürme yetkisi verse de bunu yapma eğilimi vermiyor; hakime duyulan tarihi saygı, savcılarını davaları mahkemeye göndermeye ve mahkemenin sağlayabileceği her türlü iyileştirmeye yatkın hale getiriyor”²⁹.

Diğer kaynaklardan elde ettikleri bilgiler de savcılarının açıklamalarıyla çelişmemektedir. Yazarlar, “savcı ve savunma avukatı arasında konuşmalar olsa da ... suçlamaların azaltılması veya “düzeltilmesi” için bir itirafın “takas” edilmesinden ya çok az bahsedildiğini ya da hiç

²⁶ Myth of Judicial Supervision ,s.268.

²⁷ Goldstein ve Marcus'un tartışmanın bu bölümünde dosyaya yaptıkları atıflar, dosyanın bir Amerikan polis raporuyla karşılaştırılabilir olduğu yönündeki önceki önerilerini önemli ölçüde zayıflatmaktadır.

²⁸ Myth of Judicial Supervision, s.270.

²⁹ Myth of Judicial Supervision, s.277 (dipnot atlanmıştır).

bahsedilmediğini” bildirmektedir³⁰. Bu ülke ile keskin bir tezat oluşturacak şekilde savcılar ve savunma avukatları, pazarlık yaptıklarını kabul etmekte ve özellikle savunma avukatları, Fransa'da itiraf pazarlığı hem uygulamaya hem de meslek etiğine aykırı olsa da, olumlu bir pazarlık elde etmek için özel yeteneklerini sıklıkla ileri sürmektedirler.

O halde Goldstein ve Marcus nasıl oluyor da itiraf pazarlığının ya da yakın bir benzerinin Fransız sürecinin bir parçası olduğu sonucuna varıyor? Avrupa'da, burada olduğu gibi, bir savcının işbirliği yapan bir sanığa karşı daha yumuşak davranma yetkisine sahip olabileceğine dair bazı genel gözlemler dışında, kendilerine söylenenin aksine, tamamen “düzeltme” uygulamasına dayanmaktadırlar: savcı “düzeltme” yaptığında, “aslında, sanığın bir suçla itham edilmesi halinde sahip olacağı tüm süreçten feragat etmesi karşılığında, sanığa daha az bir ceza teklif etmektedir”³¹.

Gizli itiraf pazarlığı olarak bu “düzeltme” (correctionalization) açıklaması, bunu yapması gereken kişiler için tanınmaz olacaktır. Bir kez daha kendi modellerinden yola çıkan Goldstein ve Marcus, bir Fransız sanığın durumunu, sanki adli soruşturma hakkı varmış ve cezasının bir suç için öngörülen cezayı aşmayacağından emin olmak karşılığında bunu feda ediyormuş gibi tanımlamaktadır. Böylece, cezada bazı avantajlar elde etmek için duruşmadan vazgeçen Amerikalı sanığa benzetilmiştir. Ancak, daha ciddi bir suçtan yargılanmakta ısrar etmediğinde bir şeylerden vazgeçtiğini öne sürmek, başta sanık olmak üzere ilgili herkesi ürkütecektir. ABD'den farklı olarak Fransa'da, suçlamanın ciddiyeti kovuşturma sürecini etkilemektedir ve bunun sanığın anlaşmayı kabul etmesiyle hiçbir ilgisi yoktur³². Savcı, “düzeltme” kararını sanıkla veya avukatıyla görüşmeden verir. Sanığın, bir suç için daha ayrıntılı bir yargılamanın kendisine, suçu kabul etmesi halinde kaybedeceği, Amerikalı sanığın beraat etme şansına benzer bir avantaj sağlayacağını düşünmesi için normalde hiçbir neden yoktur.

Suçunu kabul eden Amerikalı sanığın aksine, suçun “düzeltmesini” kabul eden bir Fransız sanık, savcılığın aleyhindeki delillerini kabul etmek zorunda değildir. Hiç şüphe yok ki sanık bazen, bir şekilde çıkar elde etmeyi umduğu için, bir anlamda istemeyerek de olsa

³⁰ Myth of Judicial Supervision, s.269.

³¹ Myth of Judicial Supervision, s.277. “Düzeltme” nin (correctinalization) itiraf pazarlığının bir benzeri olduğuna belki de kendileri de tam olarak ikna olmamış olacaklar ki şöyle ekliyorlar: “Ve Alman deneyimi, Fransız savcılarını iddia ettikleri kadar esnek değilse, Fransız polisinin suçlama konusunda oradaki yetkililerin kabul ettiğinden daha fazla takdir yetkisi kullanıyor olabileceğini düşündürüyor” (dipnot atlanmıştır). Böylesine açık bir varsayıma itibar etmek bile, bunun itiraf pazarlığı ile çok az ilgisi vardır.

³² Yukarıdaki sayfa 1551'e bakınız.

işbirliği yapar. Ancak işbirliği, açık veya zımni olarak “düzeltme” şartı değildir. Sanık, kovuşturmayı delilleri arasına koyabilir ve çoğu zaman yapar da. Suçlamalardan tamamen masum olduğunu iddia edebilir, aleyhindeki delilleri sorgulayabilir ve sözde pazarlığın kendi tarafını kaybetme riski olmadan kendi delillerini sunabilir. Bunun tam tersine, Amerikalı sanık suçlamaları doğrulamadığı takdirde suçunu kabul etmeme riskiyle karşı karşıyadır³³. Suçları yargılayan *Cour d'assises'de* (ağır ceza mahkemesi) olduğu gibi *tribunal correctionnel* (ağır ceza mahkemesi) önünde de mahkumiyet, dosyada yer alan ve mahkemeye sunulan suçluluk deliline bağlıdır.

Goldstein ve Marcus'un Fransız ceza yargılamasına ilişkin Amerikanlaştırılmış açıklamalarının bir nedeni, soruşturma ve kovuşturma işlevlerinin yargı işlevlerinden zorunlu olarak ayrı olduğu ve bizim yargı işlevleriyle ilişkilendirdiğimiz niteliklerle yerine getirilemeyeceği yönündeki ön kabulleridir. Dolayısıyla, aradıkları “adli sorumluluğun” sadece bir hakim tarafından diğer görevlilerin, polis ve savcılarının denetlenmesi anlamına gelebileceğini varsayıyorlar. “Adli sorumluluğun” bazı açılardan rollerin yeniden tanımlanması ve işlevlerin bütünleştirilmesi yoluyla sağlanabileceği ihtimali göz ardı edilmektedir. Bu bağlamda, Amerika'yı yeniden keşfetmek konusundaki ısrar, yalnızca Amerikan ceza davası süreci göz önünde bulundurulduğunda mantıklıdır. Bu ülkede savcılık ve soruşturma işlevleri yargı işlevinden ayrı olmakla kalmayıp, aynı zamanda böyle kalmaları bir ilke meselesidir. Ne var ki, Fransa'da uzun bir geleneğin reddettiği şey tam da bu ayrılık ilkesidir. Savcılık ve yargı işlevleri arasında, bölge savcısı ve müdafinin avukat olarak ortak bir işlevi paylaştığı ve yargıç rolünden keskin bir şekilde ayrıldığı buradaki uyumun aksine, önemli bağlantılar vardır. Hem savcılar (*procreurs*) hem de soruşturma hakimi (*juges d'instruction*), ilki *migistrats du parquet* (savcı) ve ikincisi *magistrats du siege* (hakimler ve savcılarının genel ifadesi) olarak adlandırılan sulh ceza hakimliğinin (soruşturma hakimliği) bir parçasıdır. Sulh hakimleri, sulh hakimliğinin her iki kolunun çalışmalarını içeren ve serbest avukatların eğitiminden farklı olan ortak bir mesleki eğitim alırlar. Her iki türden sulh

³³ Goldstein ve Marcus, savunmayı kabul etmeden önce “savunmanın olgusal dayanağına” ilişkin gerekli soruşturmayı dikkatli bir şekilde yapan bir Amerikalı yargıcın “tartışmasız Kıta yargılamasıyla çarpıcı benzerlikler taşıyan kısa bir 'sorgulayıcı' soruşturma” yürüttüğünü belirtmektedir. *Myth of Judicial Supervision*, s. 268-69. Birçok hâkimin savcının dosyalarını düzenli olarak inceleyip incelemediğini, tanıkları sorgulayıp sorgulamadığını veya sanığı Goldstein ve Marcus'un önerdiği kadar ayrıntılı bir şekilde inceleyip incelemediğini sorguluyoruz. Bazen durum böyle olsa bile, birçok Amerikalı gözlemci bu tür sorgulamaların sanığı, hakimi savunmayı kabul etmeye ikna etmek için gerekli olduğu ölçüde yalan söylemeye mecbur bırakıp bırakmadığını merak etmektedir. Fransız sanığın aksine, suçunu kabul etmek isteyen Amerikalı bir sanığın kendini savunmakla kaybedeceği çok şey vardır.

hakimleri de ortak mesleki birliklere üyedir. Kariyerleri boyunca, sulh hakimlerinin magistrat du parquet'ten magistrat du siege'e ve tersi şekilde görev değiştirmeleri nadir değildir³⁴. Goldstein ve Marcus tüm bunları görmezden geliyor, çünkü savcının Amerikalı bir savcıdan başka bir şey olduğunu iddia etmek “kurgulara başvurmak” anlamına geliyor. Soruşturma veya kovuşturma işlevlerinin yargı işlevleriyle birleştirilmesinin eleştirilmeksizin onaylanması veya taklit edilmesini önermiyoruz³⁵. Bununla birlikte, yakın gözlemlere dayanarak böyle bir kombinasyonun başarısız olduğu veya muhtemelen başarısız olacağı sonucuna varmak başka bir şeydir, bunu bir “kurgu” olarak etiketlemek ve öylece bırakıp gitmek başka bir şeydir.

II. ALMANYA

Goldstein ve Marcus, Almanya'da suç soruşturmalarının çoğunun polis tarafından yürütüldüğünü gözlemlemiştir. Bir kez daha, polis tarafından yasadışı yollarla elde edilen delillerin hariç tutulmasına ilişkin Amerikan hukuk yolunun izlenmediğine dikkat çekiyorlar. Bu nedenle, “hazırlık soruşturması, polisin uymayı tercih ettiği ölçüde Kanun gerekliliklerine uyar” sonucuna varmışlardır³⁶. Gerekliliklerin “gücünü polisin yasal kurallara uymak için hissettiği yükümlülük derecesinden aldığı” eklerken³⁷, yükümlülüğün sadece hissedilmekle kalmayıp yerine getirilmesini sağlamak için dikkatle geliştirilen kurumsal çerçeve hakkında hiçbir şey söylememektedirler.

Alman polis güçleri nispeten büyüktür, eyalet düzeyinde organize ve koordine edilirler ve çok sayıda rütbe ve tazminat derecesine sahiptirler. Her kuvvet meritokratik (liyakate dayalı) terfi politikaları izler ve bunların iyi düzeninden o eyaletin parlamento içişleri bakanı sorumludur. Bu sistem, polis memuruna, kariyeri boyunca personel dosyasında kalacak olan vatandaş şikayetlerinden kaçınması için doğrudan bir teşvik sağlamaktadır. Görevi kötüye

³⁴ bkz. R. Merle ve A. Vitu, yukarıda bahsedilen dipnot 10, s.202.

³⁵ Kıta Avrupası usulüne yönelik bazı eleştirmenler, savcının bazı yargısal nitelikler kazanması halinde, hakim de savcının bazı niteliklerini kazanmasının ve bir hakimin her şeyden önce sahip olması gereken tarafsızlıktan yoksun kalmasının muhtemel olduğuna inanmaktadır. Bu durum Fransa'da ve diğer bazı ülkelerde ciddi bir endişe kaynağı olmuş ve buna kısmi bir yanıt olarak savunma avukatlarının bağımsız sorumluluklarını bizim suçlayıcı modelimiz doğrultusunda artırma çabası gösterilmiştir. Kuşkusuz, bu ülkede savcının işlevini, istenmeyen bir ters etkiye karşı dikkatli bir şekilde korunmadan “yargısallaştırma” çabası tavsiye edilmez. Yargısal rolün bölünmez olarak algılanması gerekmez; sürecin bazı aşamalarında bazı amaçlar için savcılık ve yargı niteliklerinin birleştirilmesi, farklı görevlileri içeren diğer aşamalarda benzer bir birleşimi gerektirmez.

³⁶ Myth of Judicial Supervision, s. 262.

³⁷ Myth of Judicial Supervision, s.262.

kullanma şikayetlerinin soruşturulması için hem idari hem de adli yaptırımlara ilişkin hükümler de dahil olmak üzere kapsamlı bir yasal prosedür bulunmaktadır. Görevlendirilmiş bir birim amiri, herhangi bir vatandaş şikayetini araştırmak ve vardığı sonuçların gerekçelerini belirtmekle yükümlüdür. Şikâyetçi, bir üst birim amirine yeni bir şikâyette bulunarak bu eylemin gözden geçirilmesini sağlayabilir; bu amir de vardığı sonuçları yazılı olarak gerekçelendirmelidir. Her seviyede yazılı bir gerekçe beyanı zorunluluğu, departman içi örtbasları caydırmayı amaçlamaktadır. Şikayetin devam etmesi halinde, azarlamadan emeklilik haklarının kaybıyla birlikte işten çıkarmaya kadar değişen yaptırımlar uygulanabilir³⁸.

Polisin davranışı ceza hukukunu ihlal ettiğinde, vatandaş ilk şikayetini savcıya yapar³⁹ ve disiplin işlemleri genellikle olağan mahkemelerdeki ceza yargılamaları tamamlandıktan sonra gerçekleşir. Amerikalılar cezai kovuşturmaları polisin suiistimalleri için neredeyse umutsuz bir çare olarak görmeye alışkındır. Bununla birlikte, Baden-Württemberg eyaletinde, komşusunun kedisini havalı tüfekte vurduğu iddia edilen bir gencin şikayetini soruşturan polis memuru Otto N'nin davasının Almanya'da nasıl sert bir şekilde ele alındığını düşünün. Çocuk aleyhinde önemli kanıtlar vardı ancak çocuk itiraf etmekte direndi. Polis karakolundaki ifade alma işlemi sırasında polis memuru çocuğa önce tokat atmış, ardından da birkaç kez yumruklamıştır. Çocuğun babası ceza davası açmış ve polis memuru bu suçtan dolayı bir yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁴⁰.

Goldstein ve Marcus, “polise karşı şikayetlerin giderilmesi için ... [nadiren] dava açıldığını ve bunların başarılı olma ihtimalinin düşük olduğunu” söylerken yanılıcıdırlar⁴¹. Suistimali caydırmayı amaçlayan bir sistem amacında başarılı olmuşsa, suistimali düzeltmeye

³⁸ Örneğin Baden-Württemberg'de, amir daha az ciddi bir durumda (1) resmi bir onaylamama olarak tanımlanan ve suçu işleyen memura gelecekte onaylanmayan davranıştan kaçınması için bir talimatın eşlik ettiği bir uyarı; (2) resmi kınama; veya (3) bir aylık maaşı aşmayacak bir para cezası uygulayabilir. Bu yaptırımlar polis memurunun özlük dosyasına işlenir ve terfi ve iş tercihi olasılıklarını etkiler. Daha ciddi durumlarda, bölüm amiri konuyu idare mahkemesindeki disiplin dairesine taşıyacak adımları atmalıdır. Mevcut yaptırımlar arasında (1) beş yıla kadar maaşın beşte bir oranında azaltılması; (2) aksi takdirde uygulanabilecek maaş artışlarının reddedilmesi; (3) daha düşük bir rütbeye indirilmesi; (4) işten çıkarma ve (5) emeklilik haklarının azaltılması veya reddedilmesi yer almaktadır. Ülke Disiplin Yönetmeliği, §§ 4-13 (1962), Baden-Württemberg Eyaleti Toprakları Kanunu No.51, s.3 ve 5 arasında yeniden yayınlanmıştır, (G. Dürig, 1977'de edite etmiştir).

³⁹ Savcının yasal olarak uygulanabilir kovuşturma görevi ile ilgili olarak bkz. s. 1563 ve sonraki dipnot 54.

⁴⁰ 31 Ağustos 1961 tarihli karar, Tübingen Bölge Mahkemesi 2. Büyük Ceza Dairesi, KLS 15/61, onaylandı, 28 Kasım 1961, Federal Adalet Mahkemesi 1. Ceza Senatosu, 457/61. Davayı bilirkişilik günlerinden hatırlayan Erlangen Üniversitesi'nden Profesör Gunther Arzt'a, kararların kopyalarını bizim için temin ettiği için minnettarız. Bu davadaki polis memuru ayrıca daha hafif iki görevi kötüye kullanma suçundan da suçlu bulunmuş ve toplam bir yıl bir ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Elbette departman işlemleri de yapıldı.

⁴¹ Myth of Judicial Supervision, s. 261 (dipnot atlanmıştır).

yönelik eylemlerin nispeten seyrek olması gerekir. Eğer her şikayet soruşturulursa, önemli bir kısmının polisin lehine sonuçlanması gerekir. Almanların polisin suiistimallerini caydırma ve cezalandırma konusunda çoğu Alman hukuk akademisyeni ve diğer hukuk uzmanlarının inandığı kadar başarılı olup olmadıkları, dikkatli ve kapsamlı bir ampirik çalışmayı ödüllendirecek bir sorudur. Goldstein ve Marcus'un dayandığı genellemeler soruyu yanıtlamak için çok az şey ifade etmektedir. Gerçekten de, bahsettikleri tek somut örnek Augsburg'da polis memurlarının başarılı bir şekilde kovuşturulduğu vakalardır⁴². Modern Almanya'daki kadar görünür ve açık sözlü bir basın ve parlamento sürecinin olduğu bir yerde, siyasi tartışmanın, polis istismarı ve dışlayıcı kurallar hakkındaki sert Amerikan tartışmasının gerçek bir karşılığını bilmemesi önemlidir.

Goldstein ve Marcus, yaptıkları görüşmelere dayanarak, Alman savcılarının suçlamalarda Amerikalı savcılara özgü bir takdir yetkisi kullandıklarını reddettiklerini bildirmektedir. Bununla birlikte, kendi bulgularını küçümsüyorlar ve Almanya'da ve gözlemledikleri diğer sistemlerde savcılık “takdir yetkisinin uygulandığı sonucuna varıyorlar... Amerika Birleşik Devletleri'nde bunu destekleyenlerle benzer nedenlerden dolayı”⁴³. Gerçekte, Almanlar son derece ciddi suçların kovuşturulmasında takdir yetkisini ortadan kaldırmada başarılı olmuştur.

Temel kanuni düzenleme basittir⁴⁴. Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun madde 152/11, Alman savcının “yeterli olgusal dayanak olduğu ölçüde, kovuşturulabilir tüm suçları kovuşturmasını gerektirmektedir”⁴⁵. *Legalitätsprinzip* olarak adlandırılan bu zorunlu kural, Alman savcının, suçlunun cezai sorumluluğunun kanıtlanabilir olduğu durumlarda kovuşturmayı reddetme yetkisini reddeder. Bununla birlikte, suçlunun suçunun “hafif sayılabileceği” ve “kovuşturulmasında kamu yararı bulunmadığı” hallerde kabahatler (*Vergehen*) için takipsizlik kararı verilmesine izin veren Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu

⁴² Myth of Judicial Supervision, s.261, dipnot 55.

⁴³ Myth of Judicial Supervision, s.280.

⁴⁴ 1970'lerde Amerikalılar tarafından veya Amerikalılar için bu planın amacını, kökenlerini ve işleyişini açıklayan önemli bir literatür üretilmiştir. Bkz. örneğin, Hermann, “The Rule of Compulsory Prosecution and the Scope of Prosecutorial Discretion in Germany”, 41, (1974), U. CHI. Law Review, 468; Jescheck, “The Discretionary Powers of the Prosecuting Attorney in West Germany”, (1970), 18 AM. J. ComP. L., s.508; Langbein, “Controlling Prosecutorial Discretion in Germany”, (1974), 41, U. CHI. L. Rv., s.439.

⁴⁵ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu (STPO) § 152(11), (1977).

madde 153/I ile sınırlandırılmıştır⁴⁶. Tüm ağır suçlar (*Verbrechen*) ve iki önemsiz davranış kriteri altında mazur görülemeyecek tüm kabahatler kovuşturulmalıdır⁴⁷.

Bu sistemin önemli bir sonucu, ciddi suçlarda suçlama veya itiraf pazarlığı yapılamayacağıdır. Bu tür her davada kovuşturma yapmakla yükümlü olan savcının, örneğin, suçun kabulü karşılığında cezada indirim teklif etme yetkisi yoktur. Zorunlu kovuşturma kuralı, savcının davayı en güçlü ve en kapsayıcı haliyle mahkemeye taşımalarını gerektirir⁴⁸. Eğer savcı bunu yapmazsa, mahkeme savcının hatasını düzeltme yetkisine sahiptir⁴⁹. Sanık suçunu kabul etse bile, maddi gerçeklerin ortaya konması için kanıtların toplanacağı bir duruşma yapılmalıdır.

Alman ceza muhakemesi usulü nispeten hızlıdır⁵⁰, bu nedenle savcının elinden gelse bile yargılamadan kaçınmaya çalışmak için özel bir teşviki yoktur. Savcının ön duruşma dosyası duruşmayı kolaylaştırır, çünkü duruşma hakimi tanıkları ve sanığı sorgularken bu dosyadan yararlanır. Savcı, soruşturmayı kapsamlı ve tarafsız bir şekilde yürütmekle yükümlüdür ve dosya, suçlayıcı olduğu kadar şüphelinin suçsuzluğuna işaret eden deliller de içermektedir⁵¹.

⁴⁶ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, § 153(1).

⁴⁷ Kanunda öngörülen ve niceliksel önemi olmayan birkaç istisna vardır, Langbein, yukarıdaki dipnot 44, s.458 ve Numara 8'de toplanmıştır.

⁴⁸ Önemsiz ikincil suçların kovuşturulmamasına izin veren önemsiz bir istisna vardır: “eğer [böyle bir kovuşturmanın] yol açabileceği ceza ... sanığa başka bir fiilden dolayı verilen veya verilmesi beklenen cezayla karşılaştırıldığında önemsizse.”, Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu - STPO § 154, Langbein, *Comparative Criminal Procedure: Germany* eseri içerisinde tercüme edilmiştir, s.159, 1977.

⁴⁹ Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu – STPO, § 206, J. Langbein, yukarıdaki dipnot 48, s.9'daki eseri içerisinde tartışılmıştır.

⁵⁰ Bkz. J. Langbein, yukarıdaki dipnot 48'deki eseri, s.77, (Casper ve Zeisel'den alınan verilerin özeti, “Lay Judges in the German Criminal Courts”, (1972), I J. LEG. STUD. 135, s. 149-151.

⁵¹ Bu çekişmesiz savcılık uygulaması, Goldstein ve Marcus'un makalesinde yer alan bir başka hatayı da önemli ölçüde ortaya koymaktadır. Yazarlar şöyle diyor: “Alman savcı ... önceden herhangi bir resmi işlem yapmadan bir davayı mahkemeye götürebilir; ön duruşma veya büyük jürinin bir benzeri yoktur”, *Myth of Judicial Supervision* s. 262. Aslında Alman ceza yargılama usulü, Anglo-Amerikan ön duruşmasına oldukça yakın bir benzerliğe sahiptir. *Zwischenverfahren* olarak adlandırılan bu prosedür, ön soruşturma ile yargılama arasında yer alan bir prosedürdür. Prosedürün bu aşamasında, duruşma hakimi savcının sanığın duruşmada hazır bulunmasına dair talebini geçerli sebebe karşılık gelen bir standarda göre inceler, STPO §§ 199-210 (1977), geçerli sebeple ilgili düzenleme; *Ibid*, § 203. Kanun, sanığın savcının talebine itiraz etmesini ve mahkemenin delil toplama da dahil olmak üzere çeşitli yollarla sanığın beyanlarını araştırmasını öngörmektedir. Çekişmeli ön davalar Almanya'da Amerikan uygulamasına göre niceliksel olarak daha az önemli olsa da, Goldstein ve Marcus bunun iyi bilinen ana nedenine değinmemektedir. Alman usulü, savcıya suçlayıcı olduğu kadar suçlu aklamayı da araştırma sorumluluğu yükleyerek, desteklenemeyen davaları ön soruşturma aşamasında sona erdirmeyi amaçlamaktadır, STPO, § 160 (II). Polis de benzer bir hukuki yükümlülüğe sahiptir, bkz. § 136 (II). Basit konular dışında, savcının bir şüpheli hakkında suç duyurusunda bulunmadan önce şüphelinin ifadesini alması gerekmektedir, bkz. STPO §163a (I). Kendisine yöneltilen suçlamalara kolay bir cevabı olan şüpheli bunu o zaman açıklayacaktır. Yazarlardan biri tarafından görüşülen Alman müdafileri, savcıların

Bu dosya, duruşma öncesinde sanık ve müdafisine sunulur⁵² ve onlar da talepte bulunarak savcıdan kendi gözünden kaçan savunma iddialarını ve kanıtları araştırmasını isteyebilir⁵³. Sürpriz ve adli strateji, genellikle basit ve hızlı olan duruşmada büyük ölçüde ortadan kaldırılmıştır.

Polis gibi Alman savcılar da katı meritokratik (liyakate dayalı) terfi standartlarına sahip bir kariyer hizmetinin üyeleridir. Kovuşturmaya yer olmadığına dair tüm kararlar vatandaş şikayeti üzerine incelenebilir (*Dienstaufsichtsbeschwerde*) ve her şikayet ve çözümü ilgili personel dosyalarına işlenir. Zorunlu kovuşturma kuralının uygulanmadığı daha hafif bir kabahat durumunda bile, şikayetçi vatandaş, kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın onaylanması halinde bir gerekçe beyanı yayınlamak zorunda olan Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kararın incelenmesini isteme hakkına sahiptir⁵⁴.

Goldstein ve Marcus, Alman zorunlu kovuşturma kuralının tamamen etkili olmaktan daha az bir şey olduğuna dair hiçbir kanıt sunmuyor. Goldstein ve Marcus, bir Alman savcının, bildiği kanıtlar mahkumiyeti destekleyebilecekken ciddi bir suçu kovuşturmayı keyfi olarak reddettiği hiçbir vakaya değinmiyorlar ve görüştükları kişilerden veya başka herhangi birine ait böyle bir vaka raporundan bahsetmiyorlar. Yine de iddia ediyorlar ki: “*Her ne kadar savcılar delil gerekçelerini politik nedenlerle yapılan görevden almaları gizlemek için kullandıklarını inkâr etseler de, delil yetersizliği nedeniyle düşürülen çok sayıda dava göz önünde bulundurulduğunda bu inkârlar gücünü büyük ölçüde yitirmektedir. 1970 yılında, bildirilen 3,3 milyon vakanın yüzde altmış sekizi savcı tarafından bu tür gerekçelerle feshedilmiştir. Bu rakamlar polise bildirilen ancak çözülemeyen suçları içerse de, savcının bir miktar takdir yetkisi kullandığına açıkça işaret etmektedir*”⁵⁵. Goldstein ve Marcus'un

savunma iddialarını tam olarak araştırmalarını sağlamakta zorluk çekmediklerini ve savcılarının genellikle, suçsuzluğu kanıtlayan delillerin bir sanığın yargılanması için yeterli gerekçe olmadığını gösterdiğinde dava açmayı reddettiklerini bildirmektedir. Ancak savcı suçlama görevini yerine getirirken hata yaptığında, Zwischenverfahren sanığın hatayı düzeltmesi için kullanılabilir.

⁵² STPO § 147 (1977).

⁵³ H. Schorn, *Der Strafverteidiger: Ein Handbuch Für Die Praxis*, (1966), s.116.

⁵⁴ Zorunlu kovuşturma kuralının geçerli olduğu ağır suç vakalarında, savcı yine de yeterli olgusal veya hukuki dayanak bulunmadığı gerekçesiyle kovuşturma yapmayı reddedebilir. Ancak, bu tür davalarda mağdurun sadece departman incelemesi yapılmasını isteme hakkı değil, aynı zamanda eyalet yüksek mahkemesi tarafından adli inceleme yapılmasını isteme hakkı da vardır. Kovuşturmaya zorlamak için bu adli işlemler (*Klageerzwingungsverfahren*) nadirdir, çünkü kanun, departman incelemesinin yargısal denetimden önce yapılmasını gerektirmektedir ve çoğu hatalı kovuşturmanın kararı departman düzeyinde düzeltilmektedir, bkz. Langbein, yukarıdaki dipnot 44'teki eser, s.463-466.

⁵⁵ *Myth of Judicial Supervision*, s. 275 (vurgu eklenmiştir) (dipnot atlanmıştır).

yayınlanmamış ve resmi olmayan bir kaynağa dayandırdıkları bu istatistikler son derece yanıltıcıdır. *Polizeiliche Kriminalstatistik* adlı resmi yayın, aynı yıl için tüm ağır suçlar ve trafik ihlalleri dışındaki tüm kabahatler dahil olmak üzere bildirilen suç sayısını 2.413.586 olarak vermektedir⁵⁶. Temizlenmeyen vakaların büyük çoğunluğu, delil elde etmenin zor olduğu, korunmasız malları etkileyen nispeten daha az ciddi kabahatlerdir; örneğin polis, kendilerine bildirilen 133.459 bisiklet hırsızlığı ve 212.726 motorlu araçtan mal hırsızlığı vakasının yüzde yirmisinden azını temizlemiştir⁵⁷. Goldstein ve Marcus, bu istatistiklerin iddia ettikleri gibi çözülmemiş ve ağırlıklı olarak küçük suçlardan başka bir şeyi temsil ettiğine dair hiçbir kanıt sunmamaktadır. Ancak yazarlar bu rakamlara dayanarak Alman savcılarının kanıtlanabilir tüm ağır suç vakalarını kovuşturmalarını gerektiren kurala uymadıklarını ileri sürüyorlar.

Goldstein ve Marcus daha sonra şüpheleri tekrar polise yöneltti⁵⁸. Savcı uslu dursa bile, polis onu kandırabilir, çünkü savcı bir davanın delil yetersizliği nedeniyle sona erdirilmesi gerektiği yönündeki kararını nadiren ikinci kez gözden geçirecektir. Ancak yazarlar, polisin aslında daha iyi bildiği halde delil elde edilememiş gibi davrandığı herhangi bir vakadan bahsetmemektedir. Elbette Alman polis teşkilatları, insan gücünü o anın gerekliliklerine göre tahsis etme konusunda yönetsel takdir yetkisine sahiptir: cinayetler, küçük suçlardan daha kapsamlı bir şekilde soruşturulmaktadır. Ancak Goldstein ve Marcus, bu takdir yetkisinin mantıksız, keyfi veya uygunsuz bir temelde kullanıldığını gösteren hiçbir şey sunmamıştır.

Goldstein ve Marcus, Alman zorunlu kovuşturma kuralının “imkansız talep ettiği: suçun arttığı ve kaynaklar için şiddetli rekabetin yaşandığı bir dönemde yasaların tam olarak uygulanması”⁵⁹ sonucuna vardıklarında, bu kuralın kapsamını ve kurumsal bağlamını yanlış anlamaktadırlar. Zorunlu kovuşturma kuralı, kaynak yetersizliği faktörünü dikkate almak ve ahlaki açıdan daha az sorunlu olan daha hafif suçlar alanında gerekli düzenlemeleri yapmak için kanunla tam olarak ağır suç vakalarıyla sınırlandırılmıştır⁶⁰. Zorunlu kovuşturma kuralı, profesyonellerin buna uyması için uygun teşvikler yaratıldığı ve kovuşturma, ciddi suç

⁵⁶ Ayrıca 2000'in biraz altında devlet güvenliği suçu işlenmiştir. Bundeskriminalamt Wiesbaden, *Polizeiliche Kriminalstatistik*, (1970), s. 1- 31, (R. Holle tarafından 1971 yılında edite edilmiştir). Goldstein ve Marcus tarafından verilen daha büyük rakam muhtemelen 900.000 trafik ihlalini içermektedir.

⁵⁷ Bundeskriminalamt Wiesbaden, *Polizeiliche Kriminalstatistik*, (1970), s.14-107.

⁵⁸ *Myth of Judicial Supervision*, s. 275-276. Yazarlar, Fransa ile ilgili bir başka noktada savundukları gibi, burada da savcıyla ilgili desteklenmeyen bir varsayımı polisle ilgili aynı derecede desteklenmeyen bir varsayım ile desteklemektedirler, bkz. Yukarıdaki dipnot 31.

⁵⁹ *Myth of Judicial Supervision*, s. 280.

⁶⁰ STPO § 153 (1977).

vakalarında olağan yargılamalardan kaçınmak için baskı yaratmayan etkili ve çekişmesiz bir yargılama usulüne göre düzenlendiği için bu kadar sorunsuz işlemektedir.

Goldstein ve Marcus, zorunlu kovuşturma kuralının uygulanmadığı daha hafif kabahatlere dönerek, küçük davaların yargılamasız “ceza emri” prosedürü⁶¹ kapsamında ele alınmasını “Amerikan suçluluk savunmasının doğrudan bir benzeri” olarak tanımlamaktadır⁶². Ancak bu benzetmeyi zayıflatan farklılıklara yeterince vurgu yapmamaktadırlar. Ceza emri, Goldstein ve Marcus’un kendileri de dahil olmak üzere çoğu insanın Amerikan itiraf pazarlığı prosedürünün merkezinde gördüğü özelliklerden yoksundur. Birincisi, Amerikan itiraf pazarlığının önemli bir alanı olan ağır suçlar veya ciddi kabahatler için ceza emri mevcut değildir⁶³. İkincisi, pazarlık söz konusu değildir; sanığa ceza kararını kabul etmesi ya da etmemesi esasına göre teklif edilir. Üçüncüsü, sanığın ceza emrini duruşma lehine reddetmesi halinde, savcı neredeyse hiçbir zaman ceza emrinde yer alan cezadan daha yüksek bir ceza önermemekte ve mahkeme de bunu uygulamamaktadır. Sanığa, yargılanmayı talep etmesi ve mahkum edilmesi halinde daha ağır bir yaptırımla karşılaşacağı tehdidiyle yargılanma hakkından feragat etmesi için baskı yapılmaz⁶⁴. Amerikan itiraf pazarlığının, kabahatlere uygulandığı şekliyle bu ülkedeki olası benzeri, sürücünün bir çözüm olarak kabul edebileceği ya da itiraz edebileceği ve bu durumda bir duruşmaya sahip olabileceği idari para cezasıdır. Çoğumuz cezayı itirazsız kabul etsek de, bu prosedürü bir itiraf pazarlığı olarak görmek gerçekten de garip olacaktır. Trafik cezasına itiraz etmeyi reddeden Amerikalı gibi, bir ceza emrini (*penal order*) kabul eden Alman da kendisini mahkeme masrafından ve sıkıntısından kurtarabilir, ancak suçlamayı veya cezayı etkileyemez. Ceza emri usulü bir kovuşturma yöntemidir, seçici kovuşturma için bir araç değildir.

⁶¹ Savcı, ceza kararının çıkarılması için yerel ceza mahkemesine başvurur. Savcı önerilen kararı taslak olarak hazırlar ve teorik olarak yargıç dosyayı ve kararı inceleyerek kendi kararı olarak kabul eder. Uygulamada bu inceleme genellikle üstünlük yapılmakta ve karar genellikle savcının önerdiklerini içermektedir. Karar, mahkeme tarafından verilen geçici bir hüküm şeklindedir: “Filanca tarihe kadar itiraz etmediğiniz takdirde, filanca cezai yasak(lar)ı ihlal eden filanca davranışınız nedeniyle filanca cezai yaptırım(lar)a mahkum edildiniz.” Kararda sanığa, zamanında (bir hafta içinde) itirazda bulunması halinde ceza yargılamasına tabi tutulma hakkı olduğu belirtilmektedir. Eğer itiraz ederse, ceza emri geçersiz olur ve ceza emri hiç verilmemiş gibi olağan bir ceza yargılaması yapılır, bkz. Langbein, yukarıdaki dipnot 44’teki eser, s.456.

⁶² Myth of Judicial Supervision, s. 267. Anglo-Amerikan suçluluk savunması ile mekanik benzerlik Jescheck’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s.515’te ve Langbein’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s. 456’da belirtilmiştir.

⁶³ Bkz. STPO § 407 (1977), (ceza emri prosedürü sadece hapis cezası gerektirmeyen suçlar için yetkilendirilmiştir). 1975 yılına kadar, bir ceza emri kapsamında en fazla altı ay hapis cezası verilebiliyordu.

⁶⁴ Bkz. Langbein’in yukarıdaki dipnot 44’te bahsedilen eseri, s. 457.

Alman ceza muhakemesi usulü, yalnızca küçük kabahatlerin şartlı olarak kovuşturulmamasına ilişkin düzenlemelerinde, cezai suçlamaların bertaraf edilmesinde herhangi bir müzakere unsurunu kabul eder. Hatırlanacağı üzere, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 153. maddesi, kanıtlanabilir cezai sorumluluk hallerinde, suçlunun suçunun önemsiz görülmesi ve kovuşturmada kamu yararı bulunmaması halinde savcının kovuşturmayı reddetmesine izin vermektedir. Bölüm 153a, savcının bu tür bir tasarrufu mağdura tazminat ödenmesi ya da benzer başka bir işlem yapılması koşuluna bağlamasına izin vermektedir. Bununla birlikte, bir kez daha, takdir yetkisinin kullanımı küçük davalarla sınırlıdır⁶⁵, ve pazarlığın kapsamı ve şekli, bu ülkede bir suçun kabulü için yapılan pazarlıkla çok az benzerlik göstermektedir.

Goldstein ve Marcus, ciddi suçlarla ilgili davalarda, sanığın kendisine yöneltilen ana suçlamalara itiraz etmediği Alman davalarındaki suçu kabul etmemizin “daha incelikli bir benzerini”⁶⁶ algılamaktadır. “İtirazsız duruşma kısadır; çok az tanık çağrılır; ve yargıç tanık çağırma görevini gerçekleri ortaya çıkarmaktan ziyade itirafı doğrulamak olarak görür”⁶⁷. Elbette sanık itirafta bulunmuşsa duruşma muhtemelen daha kısa sürecektir. Yazarların kendilerinin de belirttiği gibi: “Yargıcın bir tanığı yakından sorgulaması için görünürde bir neden yoksa ve avukatlardan ya da taraflardan bu yönde bir teşvik gelmiyorsa, sonuç özellikle araştırmaya dayalı olmayan ve dosyanın dışına çıkma olasılığı düşük bir duruşma olacaktır”⁶⁸. Bu tür yargılamalar, tüm şüphelerin sanık lehine çözümlenmesi kuralı akılda tutularak, koşulların gerektirdiği ölçüde derinlemesine incelenir. Goldstein ve Marcus'un bu tür davaların “engizisyon teorisinin vaat ettiği tam ve bağımsız adli soruşturmadan”⁶⁹ uzaklaştığı sonucuna

⁶⁵ Goldstein ve Marcus'un dayandığı Herrmann'ın çalışması, bkz. s. 243 dipnot 8'de, bkz. Myth of Judicial Supervision, Alman Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu m.153a bölümünün esas olarak trafik kabahatleri ve diğer önemsiz kabahatler için kullanıldığını göstermektedir. Herrmann, yukarıdaki dipnot 44'teki eser , s.489-493.

⁶⁶ Myth of Judicial Supervision, s.267.

⁶⁷ Ibid, s.267-268. Tanıkların “çağırılmamasına” yapılan atıf yanıltıcıdır. Dosyada duruşma öncesi bir itiraf olmadığı sürece, duruşma mahkemesi sanığın itiraz edip etmeyeceğini önceden bilemez. Bu nedenle mahkeme ilgili tüm tanıkları çağıracaktır. Duruşmada her zaman önce sanık dinlenir. Daha sonra itiraf ederse, mahkeme genellikle potansiyel tanıklardan sadece bazılarını çağırır ve sanığın itiraf ettiklerini doğrularlarsa mahkeme diğerlerini çağırmaz. Casper ve Zeisel, 500'den fazla Alman davasından oluşan bir örnekte duruşma süresini ve müzakere süresini ölçmüştür. Sanığın itirafta bulunduğu örnek davaların %41'inde daha az yargılama süresine ihtiyaç duyulduğunu, ancak “farklılıkların Amerikan deneyimine dayanarak beklenenden çok daha küçük olduğunu” tespit etmişlerdir. Müzakere süresi neredeyse hiç farklılık göstermemektedir, bu da [ihtilaflı davalarda bile] müzakere süresinin büyük kısmının ceza konusuna ayrıldığını göstermektedir”. Casper ve Zeisel, yukarıdaki dipnot 50'de yer alan eser, s.150.

⁶⁸ Myth of Judicial Supervision, s.266.

⁶⁹ Myth of Judicial Supervision s.266-267.

varmak için hiçbir dayanağı yoktur. Bu tür yargılamaları, “giderek artan sayıda Amerikan yargı sisteminde suçun kabul edilmesi” için yapılan hızlı yargılamaya benzettiklerinde⁷⁰, suçluluğun açık olduğu bir davayı, tanımı gereği suçluluğun kanıtlanmadığı bir davaymış gibi ele alıyor görünmektedirler.

DEĞERLENDİRME

Daha önce de belirttiğimiz gibi, Goldstein ve Marcus'un kendileri de önemli ölçüde yıkmaya çalıştıkları efsanelerin esiri olmuş durumdadır. Ziyaret ettikleri ülkelerdeki hiçbir uygulayıcı veya akademisyen, rutin davaların büyük çoğunluğunda izlenen prosedürlerin, en zor ve ciddi davaları karakterize eden ayrıntılı ve uzun soruşturma ve yargılama süreçlerini içerdiğini iddia etmez. Goldstein ve Marcus'un sadece alıntı yaptığı bazı İngilizce yazılardan gerçekten de böyle bir yanlış anlama türetilabiliyorsa, gerçekte ne olduğunu açıklamak için sadece bu tür kaynaklara güvenmemek için daha fazla neden vardır. Yazarların üç yabancı ülkenin ceza usullerini tanımladıklarını iddia ettikleri, ancak bu ülkelerin hiçbir literatürüne atıfta bulunmadıkları ve hatta yabancı literatürü “gözden geçirmediklerini” kabul ettikleri bir makale karşısında şaşkınlığa uğradığımızı itiraf ediyoruz⁷¹. Belli ki her bir ülkede kendi

⁷⁰ Myth of Judicial Supervision s.268.

⁷¹ Myth of Judicial Supervision, s.245, dipnot 16. Yazarlar, Fransız, Alman ve İtalyan literatürünü göz ardı etmelerini, bu ülkelerdeki akademisyenlerin “Amerikan sistemi hakkında mevcut olanla karşılaştırılabilir çok az ampirik açıklama olduğu veya hiç olmadığı görüşünü” doğruladıkları gözlemiyle açıklamaktadır. Her ne kadar bu ülkelerde buradaki kadar sık tam kapsamlı ampirik çalışmalar yapılmamış olsa da, yabancı literatür, çoğu zaman eleştirel olmak üzere, gerçek uygulamaları tanımlayan materyallerden yoksun değildir. Fransa için, bu tür materyallerin hazır kaynaklarına örnek olarak Association Nationale Des Avocats De France Et De La Communauté, Le Barreau Face Aux Problemes Actuels De La Justice Penale (1969); A. Mellor, Les Grands Problemes Contemporains De l'instruction Criminelle (1952). Ceza muhakemesine ilişkin makaleler yayınlayan çok sayıda hukuk dergisi ve avukatların ve memurların meslek örgütlerinin yayınları bulunmaktadır ve bunlar arasında somut güncel sorunları tartışan makalelere düzenli olarak rastlamak mümkündür. Revue de Science Criminelle et de Droit Penal Comparé güncel yazıların bir bibliyografyasını yayınlamaktadır. Recueil Dalloz Sirey ve La Semaine Juridique gibi bazı yayınlar, yürürlükteki mevzuat metnine, komisyon raporları gibi ilgili yasal belgelere (iravaux préparatoires) yapılan atıfların bir listesiyle birlikte eşlik etmektedir; ceza muhakemesine ilişkin olanlar önemli bir bilgi kaynağıdır. Buna ek olarak, R. Merle ve A. Vitu, yukarıdaki dipnot 10 ve G. Stefani & G. Lévassieur, yukarıdaki dipnot 10 gibi standart genel incelemelerin yanı sıra P. Chambon, Le Juge D'instruction, (1972) gibi daha uzmanlaşmış çalışmalar ve avukatlar ve memurlar için çok sayıda uygulama el kitabı, belki de örf ve adet hukuku zevkine göre kanunlara çok fazla odaklanmıştır, ancak bunlardan tanımladıkları sistemler hakkında öğrenilecek çok şey vardır. Ceza muhakemesine ilişkin başlıca Alman eserleri, içtihat hukukuna ve geniş bir süreli yayın, monografi ve *Festschrift* literatürüne yapılan atıfları toplar ve düzenler. Löwe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung Und Das Gerichtsverfassungsgesetz, 22, (1971-1974 yılları arasında edite edilmiştir), 3 Cilt; E. Schmidt, Lehrkommentar Zur Strafprozessordnung Und Zum Gerichtsverfassungsgesetz, 3 Cilt, (1957-1970 yılları arasında edite edilmiştir). Profesyonellerin tipik olarak yaptığı tek ciltlik çalışma T. Kleinknecht, Strafprozessordnung, 33, (1977), bir özetleme harikasıdır. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft ve Goldammer's Archiv für Strafrecht olmak üzere iki önde gelen dergi ceza hukuku ve ceza muhakemesi

gözlemlerini çok az yapmışlar ve vardıkları sonuçları, ceza kanunlarının açıklamaları dışında çok az şey içerdiğini kendilerinin de söylediği İngilizce literatüre dayanarak önceden çerçevesi çizilmiş mülakatlara dayandırmışlar⁷². Bu ülkede mevcut literatürün hiçbirini okumamış ve kişisel gözlemleri de benzer şekilde sınırlı olan bir Fransız tarafından Amerikan ceza usulü hakkında Fransızca yazılmış bir makaleyi ne kadar ciddiye alacaklarını merak ediyoruz.

Goldstein ve Marcus ile bu ülkedeki ceza muhakemesinin eleştirel bir değerlendirmesi için zamanın uygun olabileceği konusunda hemfikir olduğumuz için, makalelerinde tartıştıkları konuların kayda değer bir öneme sahip olduğuna inanıyoruz. Meselelerin "çekişmeli model" ile "engizisyon- soruşturma modeli"⁷³ arasında bir seçim olarak çerçevenmemesi gerektiği konusunda kesinlikle hemfikiriz, özellikle de bu iki modelin gerçekleştikleri veya gerçekleştirebilecekleri koşullarla ilgisi olmayan teorik soyutlamalar olarak sunulması halinde. Makalelerinin sonunda belirttikleri husus - tasarladığımız herhangi bir prosedürün çoğu davanın nispeten hızlı ve özet bir şekilde çözülmesine izin vermesi ve ciddiyeti veya karmaşıklığı ya da hazır kanıtların sonuçsuzluğu nedeniyle olağandışı olan az sayıdaki dava için özenli ve maliyetli prosedürleri saklı tutması gerektiği⁷⁴ - doğrudur ve ceza sürecimizi iyileştirmeye yönelik her türlü çaba için esastır. Bütün bunlar, gerçekten de, başka yerlerdeki deneyimlerle ortaya çıkmıştır.

Öte yandan, diğer ülkelerin, özellikle de en iyi bildiğimiz Fransa ve Almanya'nın deneyimlerinden Goldstein ve Marcus'un izin verdiğinden çok daha fazla şey öğrenilebileceğini düşünüyoruz. Suçluluğun tespitine yönelik özet yargılama usulleri, sırf çok sayıda davanın çözümünde birincil araç oldukları için birbirlerine benzemek zorunda değildir. Basit ve hızlı süreçleri karşılaştırırken hangi sistemin "gerçeği daha adil ve doğru bir şekilde ortaya çıkardığını"⁷⁵ sormak, daha zahmetli süreçleri karşılaştırırken sormaktan daha az önemli değildir. Goldstein ve Marcus'un aksini düşündüklerini sanmıyoruz. Ancak, gerçek

usulü alanında uzmanlaşmıştır. Ayrıca, Juristenzeitung ve Neue Juristische Wochenschrift gibi önde gelen genel hukuk dergilerinde bu alandaki gelişmelerle ilgili sık sık haber ve eleştiriler yer almaktadır. Ceza yargılamasına ilişkin Alman ampirik çalışmalarının seçkin örnekleri için bkz. E. K. USA, Ehrenamtliche Richter: Shre auswahl und Funktion, Empirisch Untersucht, (1972) (ceza mahkemeleri ve diğer mahkemelerde meslekten olmayan hakimlerin seçimine ilişkin) ve K. Peters, Fehlerquellen Im Strafprozess, (1970-74) (3 cilt) (hükümden sonra yeni delillerin bulunması üzerine yeniden açılan davalara ilişkin). Zorunlu kovuşturma kuralı üzerine yakın tarihli bir monografi, kitabın yazarının başvuruya değer bulduğu yaklaşık 150 Almanca eseri kaynakçasında topluyor. T. Weigend, Anklagepflicht Und Ermessen, (1978), s.193-199.

⁷² Myth of Judicial Supervision, s.245.

⁷³ Myth of Judicial Supervision, s.283.

⁷⁴ Myth of Judicial Supervision, s.283.

⁷⁵ Myth of Judicial Supervision, s.283.

olmayan prototiplerin karşılaştırılmasını reddetmelerinin yanı sıra, gerçekte ne olduğuna dair bir karşılaştırmayı da neredeyse reddediyor gibi görünüyorlar.

Her ne kadar başka yerlerdeki cezai süreçler hakkında bilgi edinme çabası bizi cesaretlendirse de, iyileştirmek istediğimiz prosedürlerin yarattığı önyargıları bir kenara bırakmadan gözlemlerin doğru bir şekilde yapılabilmesi ve yorumlanabileceği varsayımı bizi dehşete düşürmektedir. Sonuçta çok farklı olamayacaklarına dair *a priori* (sorgusuz sualsiz) bir varsayımla hareket edilirse, bizimkinden farklı uygulamaları incelemek anlamsızdır. Diğer usullerin bizimkilere tercih edilebileceği yönündeki yabancı kararların eleştirilmeden kabul edilmesini istemiyoruz. Yurtdışındaki cezai süreci belirleyen toplumsal değerlerin ve hedeflerin her bakımdan bizimkilerle aynı olduğunu ya da aynı olsalar bile, başka yerlerde işe yarayanın bizde de işe yaraması gerektiğini varsaymıyoruz. Bu ülkede ceza adaletinden duyulan memnuniyetsizliğin profesyonel ve kamusal tüm düzeylerde Batı Avrupa'da olduğundan daha büyük ve derin olmasının önemli olduğuna inanıyoruz; memnuniyetsizliğimizin tüm açıklamasının adalet idealine daha fazla bağlılıkta veya gerçekliğin daha keskin bir şekilde algılanmasında bulunabileceğini düşünmenin aptalca ve tehlikeli olduğuna inanıyoruz. Sadece tanıdık olanı bulmayı umarak başka bir yere bakarsak, beklentilerimiz kolayca doğrulanacaktır. O halde, tanıdık olanı gerekli olanla çok rahat bir şekilde karıştıracğız.