



# HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 3 Sayı: 1 Yıl: 2020

e-ISSN: 2667-4076





HUKUK  
FAKÜLTESİ

**NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ  
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ  
(NEÜHFD)**

**YIL (YEAR): 2020**

**CİLT (VOLUME): 3 SAYI (ISSUE): 1**

**E-ISSN: 2667-4076**

**KONYA 2020**

# NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## NECMETTİN ERBAKAN UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

**Cilt/Volume: 3 Sayı/Number: 1 Yıl/Year: 2020**

### **Sahibi / Owner**

**Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına**

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK

### **Baş Editör / Editor in Chief**

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU

### **Sayı Editörleri / Issue Editors**

Arş. Grv. Bekir BOGA

Arş. Grv. Yasin YILMAZ

Arş. Grv. Muhammet DURDU

Arş. Grv. Muradiye ÇEVİKÇELİK

### **Yayın Türü / Publication Type**

Yerel Süreli Yayın / National Periodical

### **Yayın Periyodu / Publication Period**

Yılda iki kez (Haziran ve Aralık) yayımlanır/ Published bi-annual (June, December)

### **Yazışma Adresi / Correspondence Address**

Köyceğiz Yerleşkesi Dere Aşıklar Mah. Demeç Sok. No:39/1 Meram/KONYA

Santral: +90 332 325 1063 - Fax: +90 332 325 27 43

E posta: konyahukukdergi@gmail.com & hfd@konya.edu.tr

İnternet adresi: <https://www.erbakan.edu.tr/hukukfak/sayfa/6622> &

<http://dergipark.gov.tr/neuhfd>

### **Kısaltma**

Dergiye yapılan atıflarda NEÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.

**E-ISSN: 2667-4076**

Haziran 2020

# İÇİNDEKİLER

## ARAŞTIRMA MAKALELERİ

### (RESEARCH ARTICLES)

<b>Kişi Haklarının İhlali Durumunda İnternet Erişiminin Engellenmesi</b> <i>Turan ATLI</i>	4	<b>Preventing Internet Access In The Violation Of Personal Rights</b> <i>Turan ATLI</i>
<b>Türk Ceza Hukukunda Çocukların Fiziksel Mahremiyetine İlişkin Görüntülerinin Kaydedilmesi Ve Yayılmasının Cezalandırılması Üzerine Bir Değerlendirme</b> <i>Bekir BOGA</i>	33	<b>An Evaluation On The Sanction Of Recording And Spreading Images Of Children On Physical Privacy In Turkish Criminal Law</b> <i>Bekir BOGA</i>
<b>Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Sorumluluklarına Genel Bir Bakış</b> <i>Himmet KOÇ</i>	62	<b>An Overview to The Responsibilities of The Members of The Board of Directors By The Differentiated Continuity Principle</b> <i>Himmet KOÇ</i>
<b>Konkordatonun Kira Sözleşmesine Etkisi</b> <i>Banu Bilge SARIHAN</i>	83	<b>The Effect Of Concordatum On The Lease Contract</b> <i>Banu Bilge SARIHAN</i>
<b>Türk Borçlar Hukukunda Ve İş Hukukunda İbranın Hukuki Boyutu</b> <i>Banu Bilge SARIHAN</i>	99	<b>Legal Dimension Of Releasing In Turkish Law Of Obligations And The Labour Law</b> <i>Banu Bilge SARIHAN</i>

## ÇEVİRİLER

### (TRANSLATIONS)

<b>İslam Hukuk Teorisinde Yeni Temayüller: Yeni Bir Hukuk Kaynağı Olarak Makâsıdu'sh-Şeria</b> <i>Felicitas Opwis</i> <i>Çevirmen: Yasin Yılmaz</i>	121	<b>New Trends İn Islamic Legal Theory: Maqâşid Al-Shari'ah As A New Source Of Law?</b> <i>Felicitas Opwis</i> <i>Translator: Yasin Yılmaz</i>
---	-----	---

## YAYIN KURULU/EDİTORİAL BOARD

Prof. Dr. Zekeriya MIZIRAK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet AKMAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Ahmet KILINÇ (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. AYTEKİN ÇELİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Mehmet Onursal CİN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üy. Banu Bilge SARIHAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## DANIŞMANLAR KURULU/ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdulkadir BULUŞ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Bahtiyar AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Berrin AKBULUT (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Bilal KUŞPINAR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal ve Beşeri Bilimler Fakültesi)  
Prof. Dr. Birol MERCAN (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Cemil KAYA (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Gül AKYILMAZ (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. İbrahim Erol KOZAK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Murat ÇEMREK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Orhan ÇEKER (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Prof. Dr. Ömer ANAYURT (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Önder KUTLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Şaban TANIYICI (Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mustafa Erdem CAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Prof. Dr. Mehmet Hanifi BAYRAM (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ali PASLI (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Emre ESEN (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Koray DOĞAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Murat ŞİMŞEK (Necmettin Erbakan Üniversitesi Ahmet Keleşoğlu İlahiyat Fakültesi)  
Doç. Dr. Oğuz Sadık AYDOS (Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Serkan AYAN (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Ahmet Kürşat ERSÖZ (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Doç. Dr. Selcen ERDAL (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Abdulkadir YILDIZ (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Şakir DEMİRTAŞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Ayşegül ÇOBAN ATİK (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Baki Oğuz MÜLAYİM (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KAPLAN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mahmut KİZİR (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Savaş ÖZDAĞ (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Murat AKSAN (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Özlem ÇELİK (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Sinan OKUR (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU (Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yalçın BOSTANCI (Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi)  
Dr. Öğr. Üyesi Yılmaz YURTSEVEN (Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

## **BU SAYININ HAKEMLERİ**

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER

Prof. Dr. Nezihe Binnur TULUKÇU

Prof. Dr. Şahin AKINCI

Doç. Dr. Ahmet KILINÇ (2 ayrı hakemlik)

Doç. Dr. Ayşe ARAT

Doç. Dr. Eldar HASANOĞLU

Doç. Dr. Nuran KOYUNCU (2 ayrı hakemlik)

Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK

Dr. Öğr. Üyesi Aytekin ÇELİK

Dr. Öğr. Üyesi Hikmet TÜLEN

Dr. Öğr. Üyesi İbrahim ÜLKER (2 ayrı hakemlik)

Dr. Öğr. Üyesi Recep KAHRAMAN

Dr. Öğr. Üyesi Tuğba BAYRAKTAR (2 ayrı hakemlik)

Öğr. Gör. Şeyma AKIN

Akademik katkılarından ötürü tüm meslektaşlarımıza teşekkür ederiz.

**NEÜHFD Editörü Doç. Dr. Nuran KOYUNCU**



## DERGİ HAKKINDA

### AMAÇ

Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukukun bütün alt dallarında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

### KAPSAM

Dergimiz Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki kez elektronik olarak yayımlanan hukukun bütün alt dallarında makale kabul eden ulusal hakemli bir dergidir. Bilimsel makalelerin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe ve diğer Avrupa dilleridir.

### DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir. Dergimizde yayımlanan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

### TARANDIĞI İNDEKSLER



**ARAŞTIRMA**  
**MAKALELERİ**  
**RESEARCH ARTICLES**



*Araştırma Makalesi / Research Article***KİŞİ HAKLARININ İHLALİ DURUMUNDA İNTERNET ERİŞİMİNİN  
ENGELLENMESİ#****Turan ATLI\*****Özet**

Kişi hakları temel insan haklarından olup kişinin sahip olduğu değerlerin korunması amacıyla ortaya çıkmış haklardandır. Bu hakların ihlali halinde insanların hayatlarını normal bir şekilde devam ettirebilmeleri ya çok zor ya da imkânsız hale gelmektedir. Bu sebeple de kişilik hakkı ihlalleri hem ortadan kaldırılmalıdır hem de etkileri azaltılmalıdır. Hukuk düzeni bu ihlallerin önüne geçmek ve ortadan kaldırmak için önlem almak durumundadır. Bu ihlallerin gerçekteştiği ortamlardan biri de internettir. İnternette kişilik haklarının ihlal edilmesi hem çok kolaydır hem de hızlı yayılmaktadır. Bu sebeple internet vasıtasıyla gerçekteşen ihlaller için daha farklı yasal düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bu çalışmada kişilik hakkı ihlallerinin internet üzerinden gerçekteşmesi durumunda erişimin engellenmesi incelenecektir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsan Hakları, Kişi hakları, İnternet, Erişim Engelleme.

**PREVENTING INTERNET ACCESS IN THE VIOLATION OF  
PERSONAL RIGHTS****Abstract**

Personal rights are one of individual rights and freedoms. In the event of a violation of these rights, it is difficult or impossible for people to maintain their lives in a normal way. For this reason, personal rights violations should be eliminated and their effects should be reduced. Legal order has to take measures to prevent and eliminate these violations. One of the locations where these violations occurred is the Internet. The violation of personal rights on the Internet is easy and fast. For this reason, different legal arrangements were needed for the violations that occurred by the internet. İn this study, we tried to show access blocking when personal rights violated via internet.

**Key Words:** Human Rights, Personal Rights, Access Blocking, İnternet.

#

**Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 24.6.2019**Kabul Tarihi:** 23.6.2020

\*

Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, tatli@konya.edu.tr,

ORC ID: 0000-0001-5986-4135.

## GİRİŞ

İnternet ortamında yapılan haber ve paylaşımlar konvansiyonel medya aracılığı ile yapılandır çok farklı bir seyir göstermektedir. İnternet üzerinden paylaşılan bilginin ya da verilen haberin bir anda binlerce farklı internet sitesinde yer alması mümkündür. Bu durum da internette yayınlanan bir haberin artık geri alınmasının neredeyse imkânsız olduğunu göstermektedir. Kişilik hakları ise en çok ihlal edilen haklardan olup her an ve her şekilde ihlal edilmeye müsaittir. İnternetin yapısı ile birlikte düşünüldüğünde bu vasıta ile kişilik haklarının ihlali onarılması imkânsız ve telafi edilemez zararlara yol açabilecektir. Bu yüzden internet üzerinden kişilik haklarının ihlal edildiği durumlar için 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile özel bir düzenleme yapılmıştır. Kişilik hakkının ne olduğu ve kapsamı ifade edildikten sonra bu hakkın korunması noktasında hangi usullerin ve kanunların kullanıldığı araştırılacaktır. Bu şekilde internet üzerinden kişilik hakkı ihlallerinin ne şekilde meydana geldiği, hangi kanunlara tabi olduğu ve mahkemelerin içtihatlarının ne yönde olduğu tespit edilerek konu aydınlatılmaya çalışılacaktır.

### I. KİŞİ HAKLARI

Türk Medeni Kanunu (TMK)'na göre kişiler ikiye ayrılmaktadır: Gerçek kişiler ve Tüzel kişiler. Gerçek kişiler bütün insanlardır. Hak ve borçlara sahip olabilen varlık olarak bütün insanlar kişi kabul edilmektedir. Tarih boyunca zaman zaman insanların hak ve borçların konusu(nesnesi) olduğu bir gerçektir. Ancak çağımızda kabul edilemez olarak görülen bu durum tarihe karışmıştır. İnsanlar hak ve borçlara ancak sahip olabilen "kişi"lerdir<sup>1</sup>.

#### A. Kişilik Hakkının Tanımı ve Kapsamı

Kişilik hakkı, bireyin yaşadığı sosyal grup içerisindeki saygın yerini ve sahip olduğu kişiliğini kısıtlanmaksızın geliştirebildiği ortamı niteleyen bir kavramdır. TMK'nın 24. maddesi<sup>2</sup> kişilik haklarını bir çerçeve hüküm olarak belirlemiş ve içeriğini belirleme görevini hâkime vermiştir<sup>3</sup>. Kişilik haklarının birden fazla şekilde ve yerde düzenlenmiş bulunması kişilik hakkının bölünebilir olduğu anlamına gelmez. Kişilik hakkı bir bütündür ve farklı düzenlemelerin tamamı kişilik haklarına dahil kabul edilmelidir<sup>4</sup>.

Serozan'ın ifadesiyle kişilik hakkı bireyin kişiliğini meydana getiren, insan olmasını sağlayan maddi manevi değerler bütünüdür. Daha özel olarak ise kişinin yaşamı, şerefi, haysiyeti, saygınlığı, beden tamlığı, sağlığı, özel yaşamı kişilik haklarındandır. Bunlardan da özelleşmiş olarak ismi, resmi, sözü ve eseri de bu kapsamda değerlendirilecektir. Bu sayılanların kişinin en temel değerleri olduğu

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, s.199.

<sup>2</sup> TMK madde 24: "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır."

<sup>3</sup> DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan, *Türk Özel Hukuku (Kişiler Hukuku)*, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2016, s. 100.

<sup>4</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 101.

göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple de özgürlüğünün ve ekonomik bağımsızlığının dahi kişilik hakları çerçevesinde değerlendirilebileceğini ifade etmiştir<sup>5</sup>.

Kişilik hakkı, kişinin hukuk düzeni tarafından korunan şahsi değerleri ve bu değerler üzerinde sahip olduğu haklardır. Bu haklarını herkese karşı ileri sürebilir ve korunmasını isteyebilir. Manevi değerler, maddi bedensel değerler ve özgürlükler bu kapsamda düşünülebilir. Yaşam hakkı, sağlık ve vücut bütünlüğü, onur ve haysiyet, özel hayat, maddi ve manevi olarak kendini geliştirme hakkı gibi haklar da yukarıda bahsedildiği gibi bu kapsamda değerlendirilmiştir<sup>6</sup>. Yani kişiye ve kişiliğe sıkı sıkıya bağlı hakların tamamını içine alır diyebiliriz<sup>7</sup>. Anayasamızın ikinci kısım ikinci bölümünde yer alan kişinin hakları ve ödevleri olarak düzenlenen haklar da medeni kanun bağlamında kişi hakları niteliğindedir.

Kişilik haklarına sahip olma yönünden gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir fark yoktur. Gerçek kişilerin münhasıran sahip olduğu yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü gibi haklar haricindeki kişilik hakları tüzel kişilerde de bulunmaktadır. Medeni Kanunumuzun tüzel kişilerin hak ehliyetlerini düzenleyen 48. maddesi de gerçek kişilere münhasıran ait olan hak ve borçlar haricinde tüzel kişilerin de hak ve borçlara ehil olduğunu ifade etmiştir<sup>8</sup>.

## B. Kişilik Hakkının Nitelikleri

Kişilik hakkı mutlak bir haktır. Bunun anlamı kişi bu hakkını herkese karşı ileri sürebilir ve herkesten de bu hakkın korunmasını talep edebilir<sup>9</sup>.

Kişi hakkı bir şahısvarlığı hakkıdır ve bu sebeple ekonomik ölçüte dayanmayan, manevi değerlerin korunmasını sağlayan bir haktır. Elbette böyle olması hakkın hiçbir ekonomik değeri korumadığı anlamına gelmemektedir. Kişilik haklarına saldırının maddi sonuçları mevcut ise hakkın tazmini de kişilik hakkına dahil edilir<sup>10</sup>.

Sadece insan olması sebebiyle bireye tanınan haklar kişi haklarıdır. Bu sebeple de bu hakların başkalarına devredilmesi ve bu haklardan vazgeçilmesi mümkün değildir. Kişi kendi hakkı üzerinde dahi tasarruf sahibi değildir. Ayrıca bu haklar zamanaşımına uğramamakta, iflas masasına girmemektedir. Bütün bunlardan çıkan sonuçla da kişinin bu hakları devredemeyeceğini ve bu haklardan feragat edemeyeceğini de söylemek gerekecektir<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> **SEROZAN**, Rona, “Kişilik Hakkının Korunması İle İlgili Bazı Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*, yıl: 77, cilt: 11, sayı: 14, ss. 93-112, s. 93.

<sup>6</sup> **ANTALYA**, Gökhan/ **TOPUZ**, Murat, *Medeni Hukuk*, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 133.; **İLKİZ**, Fikret / **GÜNAYDIN**, Barış, “Kişilik Hakları- Medyada Etik ve Yargı Kararları”, *Küresel İletişim Dergisi*, sayı: 2, güz 2006, ss. 1-15, s. 2.

<sup>7</sup> **ÖZTAN**, Bilge, *Medeni Hukuk*, Turhan Kitabevi. 41. Baskı, Ankara 2016, s. 274.

<sup>8</sup> **AKA**, Beyza, “Sosyal Medyada Kişilik Hakkı İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları”, *İzmir Barosu Dergisi*, Mayıs 2017, ss. 231-287, s. 235.

<sup>9</sup> **ANTALYA/TOPUZ**, s. 135; Kılıçoğlu, s. 320.

<sup>10</sup> **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 103.

<sup>11</sup> **KAYA**, Mine, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, *Ankara Barosu Dergisi*, yıl:68, 2010/4, ss. 279-334, s. 280.

## C. Kişilik Hakkı Çerçevesinde Korunan Değerler

Kişilik hakkı çerçevesinde korunan değerler yukarıda da bahsedildiği gibi sınırlı sayıda değildir. Bu haklardan en çok ihlal edilenlerinin tanımı yapılacak ve diğer haklara yeri geldiğinde değinilecektir.

### 1. Yaşam Hakkı

Yaşama hakkı öncelikle 1982 Anayasasında kişi dokunulmazlığı başlığı altında kendisine yer verilen ve kişilik hakkının en önemli unsuru olan haktır. Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir.

Bahri Savcı yaşam hakkını veciz bir şekilde şöyle ifade etmiştir: “Bir başka deyimle, konuyu şöyle yineleyebiliriz: Önce yaşam var idi. Bu, en temel hakkı, en temel özgürlüğü teşkil eder. Öyle ki, insanlık sıfatından çözülemez. İnsanın kendisi bile istese, ondan feragat edemez. Bu nedenle, yaşam hakkı; kişilikten soyutlanıp çözülemediği gibi, sınırlanamaz da... “Özü saklıdır. Öz'den dışarısı sınırlanabilir” de denemez. Çünkü yaşam hakkının kendisi, bir “öz”den ibarettir. Yaşam hakkı söz konusu olunca, onun “öz”ü, “içerik”i, “kapsam”ı, “şümül”ü, hep “bir” ve “aynı” şeyi deyimler. Bunların hepsi “bir” ve “aynı” şeydirler. Bu “içerik”e bu “kapsam”a, bu “şümül”e, bir yerinden, en küçük bir sınır getirilirse; “öz” bozulmuş olur; “öz” yok edilmiş olur. “Yaşam hakkı”, tek hücreli bir canlılık gibidir. Onun bir yerinin bir karışına, bir sınır getirilince, “hücrenin tümülüğü” etkilenir. Bu, bir mahvolma etkilenmesidir. Başka haklarda “öz” ile özün dışında kalan bir “kapsam”, bir “şümül”, bir “içerik” düşünülebilir. Ama yaşam hakkı söz konusu edilince, böyle bir ayırım, düşünülemez, artık... “Yaşam hakkı”nda, “öz” ile “tüm içerik”, “öz” ile “tüm kapsam” eş anlama gelmiştir. Bu kavramlar, yani öz ile şümler, içerikler, birbirleri ile tıpkılaştırılmıştır. Öyle ki, şöyle demek gerekir: Yaşam hakkının özü, bütün içeriğini, bütün kapsamında deyimleyen bir şümül içinde anlaşılacak gerekir”<sup>12</sup>.

Vücut bütünlüğü ve sağlık hakkı da genel olarak yaşam hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Kişinin faydasına dahi olsa rızası hilafına bu haklara yapılan müdahaleler hukuka aykırı olarak nitelenir ve bu hakka saldırı olarak düşünülebilirler. Bu haklar mutlak haklardandır. Ancak bunların mutlak hak oluşu kişinin kendi rızası ile bu haklarını ortadan kaldıracabileceği anlamına gelmez. Hukuk bu konuda sınırlamalar getirmektedir. Kişinin kendi hayatına son vermesi ya da gerekmediği halde sağlığını etkileyecek müdahalelere izin vermesi kabul edilemez<sup>13</sup>.

### 2. Kişinin Şeref ve Haysiyeti

Federal Almanya Anayasasının 1. maddesi insan onurunu konu edinmiştir. Bu maddeye göre “İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür” ifadesi ile insan onuruna verilen değer ve bu değere gösterilecek saygı ortaya konulmaktadır.

Bu kavramlar çerçevesi çok net olan kavramlar değildir. Şeref ve haysiyetin içinde bulunulan toplumun değerlerine göre algılandığı ve buna göre oluşturulduğu bir gerçektir. Bu sebepler

<sup>12</sup> SAVCI, Bahri, “Yaşam Hakkı Üzerine”, *İnsan Hakları Yıllığı*, TODAİE, sayı:1, yıl:1, 1979, ss. 17-35, s.26-27.

<sup>13</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 103.

toplumsal olarak kabul gören ahlaki değerler ve reddedilen değerler toplumdan topluma hatta bölgeden bölgeye değişiklik gösterebilmektedir<sup>14</sup>. Şeref ve haysiyet kişinin toplumsal yaşamının temel taşı niteliğindedir. Bu yüzden de kişilik haklarını oluşturan en önemli kavramlar olarak manevi yönden insanın omurgası gibidirler.

Kişilik hakkının şeref ve haysiyet yönünden ihlali hakaret, iftira, mesnetsiz suçlamalar ve küfür benzeri davranışlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bunlar gibi birçok kişilik hakkı ihlali olması muhtemeldir. Bu yüzden tahdidi olarak bu suçları sayamayız. Ayrıca teknolojinin gelişmesi ile birlikte daha da çeşitlenen ihlal ihtimalleri de ortadadır<sup>15</sup>. İnternet kaynaklı ihlaller de çalışmamızın ana konusunu oluşturmaktadır.

### 3. Özel Hayat

Bir kişinin özel hayatının, sırlarının ve gizli bilgilerinin kamu tarafından bilinmesi ancak bu kişinin onayı ile mümkündür. Haricen bunun meydana gelmesi hukuka aykırıdır. Ancak bu kavramın da sınırları çoğu zaman belirsiz olmaktadır. Ayrıca herkes tarafından tanınan kişiler ile diğer kişilerin de farklı ele alındığını bilmek gerekir<sup>16</sup>. Bu sebeplerle özel hayatın gizliliği ile ilgili sorunlar her zaman net olarak çözüme kavuşturulamamaktadır.

Hayat çevresi olarak da ifade edilen özel hayat ise üç kısma ayrılarak incelenmektedir. Gizli hayat, özel hayat ve umumi (kamusal) hayat şeklinde üç ayrım vardır. Bir kişinin özel hayatı onun yakınları, dostlar ve akrabaları diyebileceğimiz kendi izin verdiği ve hayatının büyük çoğunluğunu beraber geçirdiği insan grubu ile ilişkilidir. Kişinin ailesi akrabalar ve dostlarının dahi az bir kısmının dahil olabildiği sır kısmı ise gizli hayat olarak nitelendirilebilir. Bu gizli hayata hem kendi sırları hem de başkalarının kişiye verdiği sır niteliğindeki bilgiler dahil olmaktadır. Bunun haricinde kalan hayat ise umumi hayat olarak nitelendirilmiştir. İnsanın sosyal ilişkileri, mesleği gereği kurduğu bağlantılar, sır olmayan ve herkese karşı kurulan sözler bu kapsamdadır. Yani özel veya gizli bir nitelik taşımamaktadır<sup>17</sup>.

Gizli ve özel alana karşı yapılan kişilik hakkı ihlallerinin hukuka uygun hale gelmesi için hakkı ihlal edilen kişinin rızasının varlığı gerekmektedir. Ancak bu durumda dahi kişinin rızasının boyutları önem arz etmektedir. Eğer rızayı aşan bir ihlal var ise bu durumda da kişinin hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Politikacı<sup>18</sup> olarak bilinen yahut iş adamı olarak tanınan kişiler ile ünlü tabir ettiğimiz kamuoyu tarafından ekseriyetle bilinen kişiler için ise durum daha farklı olmaktadır. Bu kişilerin bilgilerinin basın ve ifade özgürlüğü çerçevesinde kullanımı kamu yararı gerekçesiyle de

<sup>14</sup> ÖZTAN, s. 279.

<sup>15</sup> ANTALYA/TOPUZ, s. 137-138.

<sup>16</sup> İMRE, Zahit, "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, yıl: 1974, cilt: 39, sayı: 1-4, ss. 147-168, s. 148.

<sup>17</sup> İMRE, s.149.

<sup>18</sup> YARGITAY 4. HUKUK DAİRESİ. 01.10.2014, E.2013/18481 K.2014/12713, ...Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında da belirtildiği üzere siyasi hüviyete sahip şahısların kendilerine yönelik sert, ağır ve hatta incitici eleştirilere de katlanmaları gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğünün sadece "zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen bilgi ve fikirler değil aynı zamanda rahatsız eden, şaşırtan ve gücendiren ifadelerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği" belirtilmiş ve bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum"dan söz edilemeyeceği vurgulanmıştır. <https://karararama.yargitay.gov.tr>. E.T: 12.04.2019.

meşru kabul edilmektedir. Buna rağmen belli bir sınırın aşılmasına özen gösterilmesi gereği devam edecektir<sup>19</sup>.

## **D. Kişilik Haklarına Yönelik İhlaller ve Korunma Usulleri**

### **1. Kişilik Haklarını İhlal ve Kişilik Haklarına Saldırı Ayırımı**

Türk Medeni Kanunu'nun 23. ve 24. maddelerinde düzenlendiği şekliyle kişilik haklarının ihlal edilmesi ikiye ayrılmaktadır. TMK'nın 23. maddesine göre "Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz." Bu ifadeden yola çıkarak kişilik hakkı ihlallerinin bir hukuki işlem sonucu meydana geldiği hallede bu maddeye başvurulacağını anlamaktayız. Bu maddeye göre kişi temel hak ve özgürlüklerinden vazgeçemez ve bu hakların ve özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı şekilde sınırlandırılmasına da izin veremez<sup>20</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 24. maddesine göre "Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir." Maddenin ilk fıkrasında görüldüğü üzere buradaki düzenleme sözleşme dışı kişilik hakkı ihlallerine ilişkindir. Kişilik hakkının mutlak bir hak oluşu bu hakkın herkese karşı ileri sürülebileceğini ve herkese karşı koruma sağladığını göstermektedir. Bu bakımdan bir uyuşmazlık durumunda ilk bakılacak olan korunması gereken hukuki değer bir kişilik hakkına tekabül edip etmediği olacaktır. Daha sonra ise hukuka aykırılığın varlığı araştırılmalıdır<sup>21</sup>.

Yukarıda bahsedilen sebeplerle rızâ olsun ya da olmasın kişiliğe yönelik hareketler "kişilik hakkının ihlali" olarak nitelenir. Rızâ olmayan müdahaleleri ise "kişilik haklarına saldırı" olarak tanımlamak kanunun düzenleyiş biçimine daha uygun olacaktır<sup>22</sup>.

### **2. Hukuka Aykırılığı Ortadan Kaldıran Durumlar**

Medeni Kanun'un 24. maddesinin 2. fıkrasında "Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır." ifadesi bulunmaktadır. Buna göre kişilik haklarına yapılan saldırının hukuka aykırılığının ortadan kalkması için dört durumun varlığı aranmaktadır:

#### **a. Zarar Görenin Rızası**

Kişilik hakları zarar gören, kişilik haklarına karşı yapılan bu müdahaleye rıza göstermiş olabilir. Bu tip durumlarda artık kişilik haklarına zarar veren kişinin fiili hukuka uygun hale

<sup>19</sup> AKKURT, Sinan Sami, "Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt: 25, sayı: 2, yıl: 2017, ss. 329-373, s. 353; Aka, s. 242.

<sup>20</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 146-147.

<sup>21</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 149.

<sup>22</sup> KILIÇOĞLU, s. 323.



gelecektir. Ancak bu durumda dahi rızanın mahiyeti önem kazanmaktadır. Yani rıza hukuka ve ahlaka aykırı olmamalıdır. Çünkü bu düzenlemenin amacı kişiyi kendisinden korumaktır<sup>23</sup>.

#### **b. Üstün Nitelikte Özel Yarar Olması**

Kişisel hakları saldırıya uğrayan kişinin bu saldırıya uğramasının sebebi ihlal edilen kişisel haktan daha önemli bir hakkın korunması olabilir. Hakkı korunan kişi üçüncü kişi olabileceği gibi kişisel hakkı ihlal edilen kişi de olabilir<sup>24</sup>.

#### **c. Üstün Nitelikte Bir Kamu Yararının Bulunması**

Kamu yararı kavramı çok geniş şekilde incelenmesi gereken bir kavramdır. Ancak temel olarak toplumun üstün değerleri, inançları veya menfaatleri kamu yararı kapsamında değerlendirilmiştir. Kişilik hakları ihlal edilenin rızası olmasa dahi kamu yararı nedeniyle bu hakların sınırlanabileceği ifade edilmektedir<sup>25</sup>. Ancak Medeni Kanun'da belirtilen daha üstün nitelikte kamusal yarar kavramı hak ihlallerine açık kapı bırakabilecektir. Bu bakımdan anayasada belirtilen temel hak ve hürriyetlerin sadece kanunla sınırlandırılabilmesi hak ihlallerinin önlenmesi açısından temel alınmaktadır. Sınırların belirlenmesinde ise Anayasanın 13. maddesi esas alınmaktadır. Bu maddeye göre temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulamaz. Ayrıca sınırlamalarda ölçülülük ilkesi de göz önüne alınmalıdır.

#### **d. Kanunun Verdiği Yetkiyle Kişilik Haklarına Yapılan Saldırı**

Kamu kurumlarına ve kamu görevlilerine kanun tarafından verilen yetkiler vardır. Bu kişiler kanundan aldıkları bu yetkileri kullandıklarında kişilik haklarını ihlal edebilirler. Kanundan aldıkları bu yetki sonucunda meydana gelen ihlal hukuka uygun hale gelmiştir. Bu düzenleme her hal ve şartta kişilik haklarının ihlalini meşru hale getirmemektedir. Ancak kanunda kesin olarak sınırları belirlenmiş bir durum mevcutsa ve bu sınırlara uygun hareket edilmiş ise müdahale hukuka uygun olacaktır<sup>26</sup>.

### **3. Kişilik Haklarına Saldırı Durumunda Başvurulan Yollar**

Kişilik hakkına saldırıda bulunulması halinde başvurulabilecek hukuki yöntemler çeşitlilik arz etmektedir. Bu çeşitliliğin sebebi kişi hakkı ihlallerinin oluşma şekillerinin birbirinden farklılık göstermesidir. Bu nedenle hem kamu hukuku hem özel hukuk bakımından kişilik hakkı ihlalleri korunmaktadır. Uluslararası belgelerde kişilik hakları düzenlenmiştir. Kişi hakları temel hak ve özgürlüklerin bir parçası niteliğinde olduklarından insan hakları belgelerinde korunmuşlardır. Bununla birlikte anayasal olarak da kişi hakları korunmaktadır<sup>27</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun maddeleri ile Türk Borçlar Kanunu'nun bazı maddeleri de kişi haklarının korunması için düzenlenmiştir. Kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda bu ihlallerin

<sup>23</sup> ÖZTAN, s. 284; DURAL/ÖĞÜZ, s. 150.

<sup>24</sup> ÖZTAN, s. 284; DURAL/ÖĞÜZ, s. 151.

<sup>25</sup> ÖZTAN, s. 285.

<sup>26</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 152; ÖZTAN, s. 285.

<sup>27</sup> KILIÇOĞLU, s. 327.



nasıl hukuka uygun hale geldiği ifade edildi. İncelenmesi gereken bir diğer husus da kişilik hakkı ihlallerinin hangi dava türleri ile korunacağıdır.

Medeni Kanun'un 25. maddesinin 1. fıkrası kişilik haklarının ihlali halinde hangi davaların açılacağına belirtmiştir. "Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir." Bu maddeye göre tespit davası, önleme davası ve saldırıya son verilmesi davası açılacaktır.

#### **a. Saldırıya Son Verilmesi (Durdurma)**

Durdurma davasında devam etmekte olan bir saldırının varlığı aranmaktadır. Ulaşılmak istenen sonuç saldırının bertaraf edilmesidir. Hukuka aykırı bir davranışın varlığı halinde saldırıda bulunan kusursuz olsa dahi bu dava ile saldırının durdurulması talep edilebilir<sup>28</sup>. Bu davada amaç, hukuka aykırılık durumunu ortadan kaldırmadır. Yani hukuka aykırı fiil nedeniyle meydana gelen hukuka aykırılık olduğunda dava fiilin varlığını ortadan kaldırmayı hedeflemez. Hedef saldırı sonucunda var olan hukuka aykırılık durumunun bitirilmesidir<sup>29</sup>.

Dava hakkının kullanımı daha çok şeref ve haysiyete, özel hayata ve mesleki, ticari saygınlığa yapılan ihlallerde olur. Kişinin vücut bütünlüğüne ya da yaşama hakkına müdahalelerde bu hakkın pratik olarak kullanımı nadir görülebilecek bir durumdur. Bunun sebebi genelde ihlalin anlık yapılması ve bitmesidir. Ancak ihlal devam ediyorsa bu hakların ihlalinde de durdurma davası açılacaktır<sup>30</sup>.

Durdurma davasında amaç kişilik hakkı ihlali yapılmadan önce var olan duruma dönmek yani eski hale getirmek değildir. Kişilik hakkına yapılan mevcut saldırının durdurulması ve bu saldırı nedeniyle oluşacak zararların önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Saldırının nedenini ortadan kaldırmak da bu davanın işlevidir. Kişilik haklarının korunmasında önemli faydaları olan bu dava türü saldırının kaynağını kurutmak için çok önemli bir araçtır<sup>31</sup>.

#### **b. Önleme Davası**

Bir ihlalin varlığı bulunmasa dahi (ihlalin) gerçekleşeceğine dair makul emarelerin bulunması halinde (ihlalin) ortaya çıkaracağı sonuçları önlemek amacı ile önleme davası açılacaktır. Önleme davasının açılabilmesi için iki şart aranmaktadır. İlk şart kişilik haklarına yapılacak bir saldırının gerçekleşeceğinin makul kanıtlarla ortada olması gerekmektedir. İkinci şart ise kişilik haklarına yapılma ihtimali olan bu saldırının haksız bir saldırı olması gerekmektedir<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> ÖZTAN, s. 286.

<sup>29</sup> KILIÇOĞLU, s. 379.

<sup>30</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 152-153.

<sup>31</sup> KILIÇOĞLU, s. 380.

<sup>32</sup> ÖZTAN, s. 287-88.

Herhangi bir ihlal ihtimali bu davanın açılabilmesi için yeterli değildir. Ciddi bir ihlal olması gerektiği belirtilmiştir. Bir kişilik hakkını ihlal etme ihtimali bulunan kişinin bu konuda kusuru aranmamaktadır. Ayrıca zarar tehlikesinin olması da şart değildir<sup>33</sup>.

Hem önleme davasının hem de durdurma davasının tehlike karşısında hızlıca açılması gerekmektedir. Hayatın olağan akışında bu imkân her zaman sağlanamamakta ve kişilik hakları ihlal edilmektedir. Bu bakımdan İsviçre Medeni Kanun’unda ihtiyati tedbir kurumu vasıtasıyla zararların önlenmesi öngörülmüştür<sup>34</sup>.

### c. Tespit Davası

Bu davanın açılabilmesi için diğer dava tiplerinden birinin açılmaması gerekmektedir. Tespit davası saldırının bittiği ancak etkilerinin devam ettiği durumlarda da açılabilir. Bu dava türü genel tespit davasının özel olarak kişilik hakkı ihlalleri için düzenlenmiş şeklidir<sup>35</sup>.

Medeni Kanun’un 25. maddesi çerçevesinde ihlalin hukuka aykırılığının belirlenmesi amacıyla açıldığı gibi bu tespit bir sonucu olarak kararın yayımlanması da mümkündür. Yani kişilik haklarına basın yolu ile yapılmış bir tecavüzün varlığı halinde bu ihlalin tespiti ile birlikte kararın yayımı da talep edilebilir<sup>36</sup>.

Kararın yayımlanmasını istemenin amacı, özellikle kitle iletişim araçlarının kullanılması vasıtasıyla meydana gelen ihlallerin çabuk yayılması nedeniyle. Mahkeme sadece tespit kararı verir ise bu taraflar arasında bir sonuç doğurabilir ancak halk tarafından bilinmemiş olur. Sonuç olarak da hukuka aykırı durumun etkisinin devam edeceği varsayılabilir. Bu varsayım dolayısıyla hukuka aykırılığın izale edilmesi için toplum tarafından bilinmesinin sağlanması gerekmektedir<sup>37</sup>.

### d. Haklı Savunma

Kişilik haklarına saldırıda bulunan kimsenin hangi dava yollarına başvurabileceği açıklandı. Bunların yanında gerekli şartlar var ise haklı savunma yolu ile de kişilik hakkı korunabilir. Kişi bu yolla bizzat saldırıyı engelleme hakkına sahiptir. Haklı savunmanın şartları TCK’da ve TBK 63. madde kapsamında ele alınmıştır<sup>38</sup>.

## II. KİŞİ HAKLARININ İNTERNET YOLUYLA İHLALİ VE İNTERNET ERİŞİMİNİN ENGELLENMESİ

İnternetin yaygın kullanımı ile birlikte kişî haklarının ihlalinin internet üzerinden de yaygın bir şekilde yapıldığını görmekteyiz. İnternetin bir merkezden yönetilmemesi ve internete yüklenen verilerin kontrolsüz oluşu bu tip ihlallerin ciddi oranda artmasına sebep olmaktadır. Gerek haber sitelerine yüklenen veriler olsun gerek sosyal medya aracılığıyla olsun kişî hakları ihlalleri

<sup>33</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 153-154.

<sup>34</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 154.

<sup>35</sup> ÖZTAN, s. 288; DURAL/ÖĞÜZ, s. 155.

<sup>36</sup> KILIÇOĞLU, s. 370.

<sup>37</sup> DURAL/ÖĞÜZ, s. 155.

<sup>38</sup> DURAK, Yasemin, “İnternet Yoluyla Kişîlik Haklarına Saldırı ve Hukuki Korunma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, yıl: 2014, cilt: 22, sayı: 1, ss. 101-125, s. 120.

yapılabilmektedir. İnternete yüklenen verilerin hızlı bir şekilde yayıldığı da düşünüldüğünde kişilik haklarının geri dönülemez ve onarılamaz biçimde zedelenmesi muhtemel görünmektedir. Bu sebeple de kişi hakkı ihlallerinin internet yoluyla işlenmesi halinde hangi korunma yöntemlerinin uygulanacağı ayrı bir çalışma alanı olarak ortaya çıkmıştır. Bunlardan erişim engellemesini ve erişim engellemesi türlerinden biri olarak “kişi haklarının ihlali sebebiyle erişim engellemelerini” inceleyeceğiz.

İnternetin kullanım alanı, ortaya çıktığı ilk andan beri sürekli artmaktadır. Günümüzde internetin kullanılmadığı bir alan görmek neredeyse mümkün değildir. Neticede bu kadar sık kullanılan bir iletişim yönteminin bazı hak ihlallerinde araç olarak kullanılabilmesi mümkündür. Haberleşme ve ifade özgürlüğü ile özel hayatın gizliliği gibi haklar ihlal edilme riski olan temel haklardandır. Özellikle çocukların, gençlerin ve ailelerin interneti kullanan kötü niyetli kişiler tarafından ve internet üzerinden kişilik haklarının ihlal edildiği bir gerçektir. Veri transferlerinin, erişim ve paylaşım imkanlarının internet tarafından kolay, ücretsiz ve hızlı olarak yapılabildiği ve bundan dolayı kötü amaçla kullanılabilmesi ifade edilmektedir. Bu sorunlar nedeni ile hem bireyler hem de devletler internetin kötü amaçlı kullanımına karşı yöntemler aramaktadırlar<sup>39</sup>.

Erişim engellemeleri düşünce özgürlüğü, düşünceyi açıklama ve yayma hakkı ve hem bilgi edinme hem de bilgiyi yayma hakkına doğrudan müdahale şeklinde sonuçlar verebilen uygulamalardır. Genel olarak İfade özgürlüğü kapsamında yer alan bu haklar Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 19. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile korunmaktadır<sup>40</sup>.

### A. İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi

İnternet ortamında meydana gelen suçların önlenmesinde ya da var olan suçlarla mücadelede kullanılan bir tedbir yöntemi olarak erişim engellenmesi uygulaması yapılmaktadır. Erişim engellemesi internette ortaya çıkan hukuka aykırı işlemleri önlemek veya gidermek için kullanılan bir tedbir biçimidir. Erişim engelleme çeşitli sebeplerle web sitelerine ulaşımın engellendiği bir yöntem olarak kullanılmaktadır. Buradaki amaç ise ailenin, gençlerin, çocukların korunmasıdır<sup>41</sup>.

5651 sayılı kanunun 2. maddesinin (o) fıkrasında erişimin engellenmesinin tanımı yapılmıştır. “Erişimin engellenmesi: Alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesini,” ifade eder. Burada da gördüğümüz üzere erişimin engellenmesi tek bir yöntemle yapılmamaktadır.

<sup>39</sup> HENKOĞLU, Tülay / YILMAZ, Bülent, “İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması”, *Bilgi Dünyası Dergisi*, yıl: 2013, sayı: 14 (2), ss. 215-239, s. 216; KILINÇ, Doğan, “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XX, s: 2, yıl: 2016, ss.577-623, s. 579.

<sup>40</sup> DÜLGER, Murat / BECENİ, Yasin, “Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler”, *TÜSİAD*, Mart 2011, s.13.

<sup>41</sup> KENT, Bülent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019, s. 51.

## 1. Alan Adından Erişimin Engellenmesi

Alan adları<sup>42</sup> internette bir internet sitesine bağlanmak için kullanılan adreslerdir. Aynı alan adı bir kere tescil edilebilir ve bundan dolayı da daha önce tescil edilmiş bir alan adını başkasının alması mümkün değildir. Alan adından erişimin engellenmesi kararı verildiğinde o internet sitesinin tamamına erişim engellenmiş olur<sup>43</sup>.

Alan adından erişimin engellenmesi yöntemiyle tüm internet sitesinin erişime engellenmesi, o sitede yer alan ve suç unsuru barındırmayan içeriklerin de ulaşılmaz olması demektir. Suçta ve cezada şahsılık ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde ölçsüz bir yaptırım haline dönüşmesi bu yaptırımın eksiklerindedir<sup>44</sup>.

Bir kişinin kendi adı alan olarak kullanılmış ise ve bu kişinin rızası olmadan kullanılıyorsa bu durumda kişinin adı üzerinde bir ihlal yapılmış olmaktadır. Bu durumda TMK 24, 25 ve 26/2 maddelerine istinaden kişilik haklarından olan isminin korunmasını talep edebilir. Eğer bu ihlal ülke dışında yapılmış ise bu durumda uluslararası hukukun bu konudaki hükümleri geçerlidir. Ancak ihlalin yapıldığı yer veya zararın meydana geldiği yer olarak Türkiye Cumhuriyeti hukuku uygulanır. Bir kişiye ait marka, unvan veya nitelik kullanılarak izinsiz alan adı alınması ayrıca ünlü kişilerin isimlerini çağrıştıracak alan adlarının kullanılması da bu kapsamdadır. Bu yöntem ile insanların girmek istediği web sitesi benzeri bir site yaparak kazanç sağlanabilmektedir<sup>45</sup>.

## 2. IP Adresinden Erişimin Engellenmesi

IP adresinden erişim engellenmesi yönteminde web sitelerinin konumlandığı sunucuların IP<sup>46</sup> engellenmesi sağlanmaktadır. Yani yer sağlayıcıların IP adresleri ulaşılamaz hale gelmektedir. Burada ortaya çıkan sorun bir sunucunun IP adresinin engellenmesi durumunda sadece engellenmek istenen internet sitesi değil bu sunucudan yayın yapan bütün internet siteleri erişilemez hale gelmektedirler. Ölçülülük ilkesi ile birlikte düşünüldüğünde bu sunucuya bağlı bütün sitelerin ulaşılamaz hale gelmesi hukuka uygun gözükmemektedir. Kolay ve pratik çözüm olması sebebiyle sık uygulanırsa da uygun bir yöntem olmadığı söylenebilir<sup>47</sup>.

<sup>42</sup> **Alan Adı (Domain Name)**; internette bulunan tüm sayfalar bir alan adına bağlı olarak yayınlanır. Örneğin, “<https://barandogan.av.tr>” bir alan adı olup bu alan adına bağlı ayrı içerikleri olan yüzlerce web sayfası vardır. <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/internette-icerik-kaldirma-ve-erisimin-engellenmesi-haber-video-fotograf-silme.html>. E.T: 13.04.2019.

<sup>43</sup> **KILINÇ**, 2016, s. 599.

<sup>44</sup> **KENT**, s. 61.

<sup>45</sup> **DOĞU**, Ali Haydar, “İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlali”, *KTU SBE Sosyal Bilimler Dergisi*, 2014 (8), ss. 323-341, s. 328-329.

<sup>46</sup> **IP Adresi (IP numarası)**; kullanıcının ev, işyeri veya cep telefonu ile internet bağlandığında kendisine verilen numaradır. IP adresi, internet bağlanan her bilgisayara sistem tarafından ayrı ayrı verilen bir nevi kimliktir. IP adresleri sınırlı olduğundan internet servis sağlayıcıları (erişim sağlayıcılar, örneğin TTNET), internete bağlanan kullanıcıya her seferinde ayrı bir IP adresi verir, kullanıcının internet bağlantısı kesildiğinde aynı IP adresi internete bağlanan başka bir kullanıcıya verilir. <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/internette-icerik-kaldirma-ve-erisimin-engellenmesi-haber-video-fotograf-silme.html>. E.T: 13.04.2019.

<sup>47</sup> **KENT**, s. 62-63.; **KILINÇ**, 2016, s. 600.

### 3. URL Engelleme

URL<sup>48</sup> adresinden içerik engelleme kişilik hakkı ihlali olan ilgili kısmın kaldırılmasından ibarettir. Hukuka aykırı yahut zararlı bir verinin sadece bu verilere özgü olarak ortadan kaldırılması sonucunu sağladığından dolayı hakkaniyet ve ölçülülük ilkelerine riayet edilen yöntemdir. Bir kişilik hakkının ihlali kanısıyla yer sağlayıcı ile irtibata geçerek suç oluşturan URL'nin kaldırılması istenebilir. Bu yöntem ile sitenin tamamının kaldırılmasının önüne geçilmiş olacaktır<sup>49</sup>. Bu yöntemin olumsuz yönü internet hızını yavaşlatması ve maliyetli olmasıdır<sup>50</sup>.

Erişim engelleme kararında göz önünde bulundurulması gereken en önemli ilke ölçülülük ilkesi olarak ifade edilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi kapsamında yer alan suçların oluştuğuna dair yeterli şüphe oluştuğunda ya da 9. madde kapsamında kişilik hakkı ihlali olduğu konusunda bir kanı mevcut olursa erişim engelleme kararı verilebilmektedir. Bu karar verilirken sitenin bütününe alan adından kapatılması içeriğin suç oluşturmaya kısımlarına ulaşmanın da engellenmesi anlamına gelecektir. Bu durumda ölçülülük ilkesinin aşıldığı yorumu yapılabilir. 5651 sayılı Kanun URL engelleme sistemini getirerek amacını ortaya koymaktadır. Öncelikli tercih bu şekilde olmalıdır. Bütün bir siteye erişimin engellenmesi bu uygulamanın bir tedbir niteliği oluşunu zedelemektedir. Adeta bir yaptırım niteliğine dönüştürme ihtimali doğmaktadır<sup>51</sup>.

### 4. Uyar-Kaldır Sistemi

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında internet yoluyla ihlallerde uyar-kaldır sistemini de devreye sokmuştur. Bu sistem demokratik devletlerde yaygın olarak kullanılan bir usuldür. İçerik sağlayıcılarla iletişime geçilerek kişilik haklarını ihlal eden içeriğin kaldırılması uyarısı yapılır<sup>52</sup>. Eğer içerik sağlayıcıya ulaşılamazsa yer sağlayıcısına da böyle bir talepte bulunulabilir. Ancak bunlara başvurmadan sulh ceza hakimliğine de doğrudan içerik kaldırma talebinde bulunulabilmektedir.

Kanunun amacının gerçekleşmesi için ortada bir suçun varlığının açık bir şekilde olması gerekmemektedir. Kanunun aradığı durum internet üzerinden kişilik hakkı ihlalinin varlığı hakkında yeterli şüphe bulunmasıdır. Yetkili makamın engelleme kararı verebilmesi için yeterli şüphenin varlığının yeterli olacağını söylemek gerekir. Burada engellenmenin tedbir niteliğinde olmasının da payı vardır. Eğer ihlal iddiasına konu olayda bir kişilik hakkı ihlali mevcut değil ise bu durumda tedbirin kalkması ve erişimin tekrar sağlanması mümkün hale gelmektedir<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> **URL (Universal Resource Locator)**; internet kullanıcılarının internette dolaşırken adres çubuğunda gördüğü açık adrestir. Yukarıda "https://barandogan.av.tr" sitesinin bir alan adı olduğunu belirtmiştik, URL ise bu alan adına bağlı sayfalardan herhangi birinin özel adresidir. <https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/internetten-icerik-kaldirma-ve-erisimin-engellenmesi-haber-video-fotograf-silme.html>, E.T: 13.04.2019.

<sup>49</sup> **KILINÇ**, Doğan, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", *GÜHFD*, c: XIV, s:2, y: 2010, ss. 407-454, s. 415.

<sup>50</sup> **KENT**, s. 63-64.; **KILINÇ**, 2016, s. 601.

<sup>51</sup> **DÜLGER/BECENİ**, 2011, s. 14.

<sup>52</sup> **KILINÇ**, 2016, s. 610.

<sup>53</sup> **KILINÇ**, 2010, s. 414.

## 5. Diğer Erişim Engelleme Yöntemleri

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun ek 4. maddesinin 3. fıkrasında<sup>54</sup> yer alan düzenlemelerden kaynaklı olarak da erişim engelleme kararı verilebilmektedir. Maddede belirtildiği üzere ses, görüntü gibi içeriklerin dijital iletişim yoluyla ve rıza dışında paylaşılması da erişim engellenmenin konusu olmaktadır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ile düzenlenen ihtiyati tedbir şeklinde erişim engelleme de mümkündür<sup>55</sup>.

### B. Kişilik Haklarının İnternet Yolu ile İhlali

Herhangi bir olayla, fikirle ilgili duygu ve düşüncelerin aktarılması ifade özgürlüğü kapsamına girmektedir. Ancak ifade özgürlüğünün sınırlarının aşıldığı durumlar olduğu zaman sınırı aşmanın hukuki niteliği nedir ve buna uygulanacak yaptırımlar nelerdir sorusu sorulmaktadır. Bu yaptırımların bir haksız fiil bir de suç boyutu bulunmaktadır. Suç niteliğinde olan ihlaller ceza hukukunun konusuna girerken haksız fiil oluşturan davranışlar da yukarıda bahsedildiği üzere medeni hukukun kişilik haklarını düzenleyen kısmını ilgilendirmektedir. Kişilik haklarının ihlal edilmesi durumunda ne gibi uygulamalar yapılacağından bahsedilmiştir. Ancak internet yeni bir alandır ve bu alana dair daha özel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

İnternet, düşüncelerin ifade edilme mecralarından biridir. Hatta günümüzde bunun için kullanılan en önemli mecra diyebiliriz. Çok yeni bir alan olması dolayısıyla geçmişte internet kaynaklı ihlallere nadiren rastlanılmaktaydı. Ancak günümüzde internet en fazla kullanılan iletişim yöntemidir. Kolayca ulaşılabilir olması da bunda önemli bir etkidir. İnternet üzerinden yapılan düşünce açıklamalarının muhtevasında kişilik haklarını ihlal edecek ifadeler bulunmaktadır. Özellikle kişilerin şeref ve haysiyetlerine yönelik düşünce açıklamaları internette sık sık karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda iki hak karşı karşıya gelir. İfade hürriyeti ile kişilik hakkı çatışmaktadır. Bu iki hak çatıştığında bunlardan birinin korunması elzem olmakta ve bunun için ifade özgürlüğünün sınırlarının net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir<sup>56</sup>.

İnternetin kontrol edilemez ve kolay yönetilebilen işleyişi sayesinde bir düşünce denetimsiz bir şekilde ortaya atılabilmekte ve kişilerin, kurumların itibarları zedelenebilmektedir<sup>57</sup>. Kişilerin kendi isimlerini kullanmadan internet ortamında hareket etmesi ve karşılıklı iletişim olmadığından empati yeteneğinden yoksun kalması dolayısı ile normalde rahat yapamadığı hareketleri çok daha

<sup>54</sup> “Dijital iletim de dahil olmak üzere işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla servis ve bilgi içerik sağlayıcılar tarafından eser sahipleri ile bağlantılı hak sahiplerinin bu Kanunda tanınmış haklarının ihlali halinde, hak sahiplerinin başvuruları üzerine ihlâlê konu eserler içerikten çıkarılır. Bunun için hakları haleldar olan gerçek veya tüzel kişi öncelikle bilgi içerik sağlayıcısına başvurarak üç gün içinde ihlâlê durdurulmasını ister. İhlâlê devamı halinde bu defa, Cumhuriyet savcısına yapılan başvuru üzerine, üç gün içinde servis sağlayıcıdan ihlâlê devam eden bilgi içerik sağlayıcısına verilen hizmetin durdurulması istenir. İhlâlê durdurulması halinde bilgi içerik sağlayıcısına yeniden servis sağlanır. Servis sağlayıcılar, bilgi içerik sağlayıcılarının isimlerini gösterir listeyi her ayın ilk iş günü Bakanlığa bildirir. Servis sağlayıcılar ile bilgi içerik sağlayıcıları, Bakanlıkça istendiği takdirde her türlü bilgi ve belgeyi vermekle yükümlüdür. Bu maddede belirtilen hususların uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlık tarafından çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.”

<sup>55</sup> DÜLGER/BECENİ, 2011, s. 19.

<sup>56</sup> AKA, s. 232; DURAK, s. 103; AKKURT, s. 347-348; DÜLGER/BECENİ, 2011, s. 23.

<sup>57</sup> DOĞU, s. 327.



kolay bir şekilde yaptığı anlaşılmaktadır. Bundan dolayı da hak ihlalleri normal hayattan daha fazla bir şekilde internette görülür<sup>58</sup>.

İnsanlar blog adı verilen kendi düşüncelerini yazdıkları siteler kullanmaktadırlar. Bundan başka sosyal medya ve haber siteleri de internetin yaygınlaştırdığı bilgiye ulaşma ve paylaşım araçlarıdır. İster özel kişi ve kurumlara ait siteler ister de devlete ait siteler olsun hatta haber amaçlı siteler dahil her an veri girmekte ya da paylaşım yapmaktadırlar. Bu paylaşımlardan kişilik haklarına yönelik olanların önlenmesi ve cezalandırılması ise önem arz eden bir konudur<sup>59</sup>.

Kişilik hakkı ihlallerinin gerçekleştiği internet ortamlarından biri de elektronik postalardır (e-posta). E-posta yolu ile sadece iki kişi arasındaki özel konuşma kastedilmemektedir. Bu postalar gönderildikten sonra birçok sunucu bu postaları görmektedir. Dolayısıyla mahremiyet ortadan kalkar. Bu yüzden herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı bir halde kişilerin e-posta trafiğini izlemek, konuşmalarını elde etmek veya içeriğini indirmek kişilik haklarının ihlali sayılacaktır. E-posta şifresi de aynı şekilde özel hayatın gizliliği çerçevesinde kişilik hakkı ihlali olarak değerlendirilmektedir. Bu yolla kişinin şeref ve haysiyetine yönelik bir ihlal meydana gelirse bu durumda hem hukuk davası yoluyla koruma sağlanabilir hem de ceza davası yoluyla bu suçun cezalandırılması durumu ortaya çıkabilir<sup>60</sup>.

Türkiye’de internet yolu ile gerçekleşen suçlar ve haksız fiillere karşı önlemlerin alındığı dönemler üçe ayrılmıştır. Türkiye’de internet kullanımının başladığı 1993 yılından 2000 yılına kadar internet ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmayıp sadece suç teşkil eden davranışlar bakımından ceza hukuku işletilmekteydi. 2001-2006 arasındaki dönem ise internete mahsus bir kanun olmasa da çeşitli kanunlarda burada yaşanabilecek ihlallere yönelik düzenlemeler yapılmıştır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi kanunlarda gerekli maddelere yer verilmiştir. Özellikle bu dönemde yurtdışı kaynaklı sitelere URL engellemesi de yapılamadığından alan adından kapatmalar yapılmıştır. Bu, erişimin engellenmesinde kullanılan aşırı bir yöntem olduğundan eleştirilir. 2007 yılında 5651 sayılı İnternet Ortamından Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile birlikte artık internet ortamında işlenen suçlara yönelik müstakil bir kanunumuz olmuştur<sup>61</sup>.

### 1. 5651 Sayılı Kanun’la Verilen Erişim Engelleme Kararlarının Hukuki Niteliği

Hukuki açıdan bakıldığında internete erişimin engellenmesi kararları bir müeyyide değil tedbir niteliğindedirler. 5651 sayılı Kanunun öngördüğü üzere adli merciler tarafından verilen engelleme kararları koruma tedbiri niteliğindedir. İdari merciler tarafından verilen erişim engelleme kararları ise idari tedbir niteliğinde kabul edilmiştir. 5651 sayılı Kanunda adli merciler tarafından verilen erişim engelleme kararları koruma tedbiri olarak nitelendirilse de tedbirin bir delilin korunması amacıyla verildiği söylenemez. Tedbirin amacı daha çok kişilik hakkı ihlallerinin devam

<sup>58</sup> DURAK, s. 104.

<sup>59</sup> DOĞU, s. 335.

<sup>60</sup> DOĞU, s. 331.

<sup>61</sup> HENKOĞLU/YILMAZ, s. 218-220.



etmesini önlemek ve kamunun bu ihlallerden zarar görmesinin önüne geçmektir. Bu sebeple de tedbiri önleyici tedbir olarak nitelendirmek daha doğru olacaktır<sup>62</sup>.

Anayasa Mahkemesi bir kararında “5651 sayılı Kanun'un “erişimin engellenmesi kararı ve yerine getirilmesi” kenar başlıklı 8. maddesinde sulh ceza mahkemelerince verilen erişimin engellenmesi veya içeriğin çıkarılmasına dair kararların birer “koruma tedbiri kararı” olduğu açıkça belirtilmiştir. Aynı Kanun'un “özel hayatın gizliliği nedeniyle içeriğe erişimin engellenmesi” kenar başlıklı 9/A maddesinde ise kararın bir “tedbir” olduğundan bahsedilmiştir. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu da 2/10/2014 tarihli kararında erişimin engellenmesine ilişkin kararların demokratik ülkelerde çocuk pornografisi, çocukların cinsel istismarı ve ırkçılık gibi ağır suçlar için konulan ve yargılama sürecinin bir parçası olarak uygulanan zorunlu ve istisnai bir yargısal tedbir olduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, 5651 sayılı Kanun'daki erişimin engellenmesi kararlarının cezai ve idari yaptırım niteliğinde olmayıp tedbir niteliğinde olduğuna işaret etmiştir<sup>63</sup>.

5651 sayılı Kanun, klasik hukuk davalarıyla yahut ceza davalarıyla karşılaştırıldığında daha hızlı karar alma ve ihlalleri daha hızlı ortadan kaldırma fırsatı tanımaktadır. Bu sebeple de hukuk davası yoluyla ya da savcılığa şikâyet yoluyla kişilik haklarının korunması usulüne ek bir koruma mekanizması olarak tebarüz etmiştir. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi de kişilik haklarının ihlali durumlarında başvurulabilecek bir düzenlemedir<sup>64</sup>.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasına göre: “internet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de isteyebilir.” maddenin ilk fıkrasından da anlaşılacağı üzere kişilik hakkının ihlal edildiğini düşünenler doğrudan sulh ceza hakimliğine başvurarak da erişim engellemesi isteyebilmektedirler. Yani kişilik haklarının ihlalinin önüne geçmek için kullanılan bir yol da erişim engellemedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus sulh ceza hakimlerinin karşılıklarına gelen her erişim engeli talebini değerlendirip değerlendiremeyeceğidir. Eğer her talep değerlendirilir ise bu durumda yukarıda bahsettiğimiz hukuk davasıyla ya da ceza davasıyla sorun çözülemez hale getirilirse bu durum ifade özgürlüğüne engel teşkil edecektir<sup>65</sup>.

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 6. fıkrasında hâkimin duruşma yapmadan 24 saat içerisinde erişimin engellenmesi ile ilgili bir karar vermesi gerektiği düzenlenmiştir. Kişilik hakları ile ilgili bir ihlal halinin varlığının tespit edilmesi için bu kadar kısa bir sürenin verilmesi hâkimin karar süreçlerini etkileyecektir. Adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi ihtimali doğar. Bir diğer

<sup>62</sup> **GÖRKEMLİ**, Burcu, *Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi*, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2015, s. 119.

<sup>63</sup> *Ali Kıdık*, B. No: 2014/5552, 26/10/2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=5552>, E.T: 15.06.2020.

<sup>64</sup> **GÖZLER**, Kemal, “Kişilik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun'un 9'uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, **Rona Aybay'a** Armağan, (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014), Legal Hukuk Dergisi, cilt: 1, İstanbul 2014, ss. 1059-1120, s. 1060; Kent, s. 91.

<sup>65</sup> **KENT**, s. 91.

ihimal de hakkında erişim engeli verilen alan adı ya da URL adresinin ilgililerinin bu işleme karşı savunma amacıyla dinlenmemesi olacaktır. Bir hüküm verilirken savunma alınmaması adil yargılama hakkının engellenmesi demektir. Bu bakımdan adil yargılanma hakkının iddia ve savunmaya verdiği eşit hak tek taraflı olarak ihlal edileceğinden dolayı hâkimin karar verirken hangi prensipler üzerinden hareket edeceği daha net belirlenmelidir<sup>66</sup>. Ancak internet üzerinden tecavüze uğrayan kişilik haklarında yayılma çok hızlı olduğundan dolayı engellenmenin de mümkün olan en hızlı şekilde yapılması gerekmektedir. Aksi halde önlenemez bir biçimde yayılma gerçekleşir<sup>67</sup>.

Sulh ceza hakimlerinin karşısına gelen her talebe engelleme kararı vermesi yukarıda da bahsedildiği gibi diğer hukuki yollara gidilmesinin önüne geçebilecektir. Bu bakımdan sulh ceza hakimlerinin erişim engelleme taleplerinde uygulaması gereken prensip “prima facie<sup>68</sup>”dir. Prima Facie prensibinin karşılaşılan hukuki uyuşmazlıkta uygulanması çok önemlidir. Daha önce de bahsettiğimiz üzere 24 saat içerisinde hâkimin her ihlal talebini karşılaması mümkün değildir. Karşılasa dahi çeşitli hak ihlallerine neden olma ihtimalini artırmaktadır. İnternette yapılan kişilik hakkı ihlalleri ciddi zararlara yol açabilecektir. Ancak hak ihlali olmayan bir engelleme de diğer tarafın menfaatlerini zedelemektedir. Bu durumda hâkimin görünüşte, ilk bakışta kişilik haklarını ihlal eden bir durumu tespit etmesi gerekecektir. Yani kişilik haklarının ihlal edildiği ilk bakışta tespit edilmelidir. Aksi halde 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi üzerinden bir koruma yoluna gidilemeyecektir<sup>69</sup>.

## 2. 5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi ile TMK’nın 24. Maddesi Arasındaki Çatışma

TMK 24. maddesi kişilik haklarının düzenlendiği ve koruma mekanizmalarının ortaya koyulduğu genel düzenleme olarak önümüzdedir. 5651 sayılı Kanunun 9. maddesi kişilik haklarının internet üzerinden ihlali halinde uygulanacak bir hüküm olarak düzenlenmiştir. Bu durumda 5651 sayılı kanun hem sonraki kanun olması hem de özel kanun olması hasebiyle artık kişilik hakkı ihlallerinin internet üzerinden olması halinde başvurulabilecek tek yoldur. Yani bu Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren hukuk mahkemelerinin verdiği ihtiyati tedbir niteliğindeki erişim engelleme kararlarının artık verilemeyeceği ve sadece 5651 sayılı kanunun düzenlediği şekilde erişim engellemesi yoluna gidilebileceği savunulmuştur<sup>70</sup>. Bir diğer ifade ile kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen kişi TMK’nın ilgili maddelerine dayanarak hukuk mahkemelerinden kişilik haklarının korunmasını talep edemeyecektir<sup>71</sup>. 5651 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği ilk zamanlar bu görüş ağır basmaktaydı. Ancak daha sonra Yargıtay içtihadını değiştirmiştir<sup>72</sup>.

<sup>66</sup> GÖZLER, s. 1065-1067.

<sup>67</sup> KENT, s. 99.

<sup>68</sup> İlk Bakışta olarak çevrilebilir.

<sup>69</sup> GÖZLER, s. 1071-1072.

<sup>70</sup> KILINÇ, 2010, s. 410.

<sup>71</sup> AKA, s. 265; GÖRKEMLİ, s. 156.

<sup>72</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E.2013/17358, K.2013/19417, 09.12.2013 tarihli kararı. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 21.04.2019. “5651 sayılı yasanın çıkarılış amacı internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik, yer ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir. 5651 sayılı yasanın .... maddesi internet ortamında yapılan ve içeriği suç oluşturan yayınlarla ilgili erişimin engellemesini düzenlemiş olup bu suçlar ise maddede tek tek sıralanmıştır. Aynı yasanın ....maddesinde ise içerik nedeniyle hakları ihlal edilen kişilerin önce içerik sağlayıcısına , buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına müracaat etmesi gerektiği, iki gün içerisinde talebi yerine getirilmez ise ... gün içinde Sulh Ceza Mahkemesine başvurarak içeriğin yayından

5651 sayılı Kanunun TMK karşısında özel bir kanun olması ve aynı zamanda sonraki kanun olması hasebiyle kişilik haklarının ihlali halinde medeni kanuna gidilemeyeceği iddiası karşısında ise bu özel-genel, önceki-sonraki ayırımlarının kesin kurallar olmadığını iddia eden görüşler de vardır:

Kemal Gözler'e göre kanunların özelliği ya da sonralığı aralarındaki çatışmayı çözmek için kullanılan pratik bir yöntemdir. Eğer hükümler arasında bir çatışma yok ise bu durumda birbirini ortadan kaldırmazlar. Bu düzenlemelerin birbirlerini tamamlaması ya da ek hükümler içermesi ve bu sebeple de çatışmamaları mümkün hale gelmektedir. 5651 sayılı Kanunda ek bir imkân tanımış görünmektedir. Amaç genel koruma usulü olan TMK 24'e başvurma imkanını ortadan kaldırmak değil bunun dışında ek olarak daha hızlı çözüm yolu sağlayan pratik çözümler bulmaktır<sup>73</sup>.

Yukarıda bahsi geçen prima facie kuralını ele aldığımızda da 5651 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemenin ek çözüm sağladığı kanaatine varmak mümkün olacaktır. İlk bakışta tespit edilebilecek bir kişilik hakkı ihlalinin 9. madde çerçevesinde ele alınması gerektiğini aksi taktirde her engelleme talebine cevap vermenin hem mümkün olmadığını hem de hak ihlallerine yol açabileceğini ifade etmiştik. Bu bakımdan açık ve bariz bir şekilde tespit edilebilen ihlaller için 5651 sayılı Kanundan faydalanılmalıdır ve bu TMK'nın getirdiği güvencelere bir ek olarak kabul edilebilecektir.

İnternet ve internet kaynaklı ihlallerin üç dönem altında ele alındığı vurgulanmıştır. 5651 sayılı Kanundan önce internet yoluyla kişilik hakkı ihlallerinin hem yargılama aşaması hem de kararların uygulanmasında çeşitli sıkıntılar yaşanmaktaydı. 2001 yılında Yargıtay'ın önüne gelen yerel bir mahkeme kararının konusu kişilik hakkı ihlali gerekçesi ile internet yayınının durdurulması olmuştur<sup>74</sup>.

Yargıtay kendisine gelen bu olay karşısında daha farklı bir tavır takınmıştır: "İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımın da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada, internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil olmak üzere internette çıkarılması veya yayınının durdurulması konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir durum arz etmektedir. Bu da yargı kararının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar

---

*çıkartılmasını talep edebileceği düzenlenmiştir. Diğer yandan MK'nun 24. maddesine göre "hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. "MK 25 "Davacı hâkimden, saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir" hükümleri getirmiştir. Öğretide belirli bir olayı düzenleyen iki ayrı kanun aynı zamanda yürürlükte olduğu durumlarda yasaların olayı düzenleyen hükümleri arasında bir çelişki yoksa sorun da yoktur. Davacı dilerse 5651 sayılı kanun gereğince Sulh Ceza Mahkemesine müracaat edebileceği gibi dilerse MK. Hükümlerine göre Asliye Hukuk Mahkemesine başvurabilecektir. Kaldı ki 5651 sayılı yasada belirlenen ... günlük hak düşürücü süreyi kaçıran davacının her zaman genel hükümlere göre mahkemeye dava açması da mümkündür. Davacı açıkça dilekçesinde MK.'nun 24. ve 25. maddelerine dayanmıştır. Davacının hak arama özgürlüğünü engellercesine 5651 sayılı yasadaki bahisle davanın reddi kararı yerinde değildir."*

<sup>73</sup> GÖZLER, s. 1077-78.

<sup>74</sup> DOĞAN, Murat, "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, c: 7, s, 1-2, Haziran 2003, ss. 387-406, s. 387.

verilmesi gerekirken, bunun yerine yazılı olduğu üzere kabul kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir<sup>75</sup>.”

Bu karardan da anlaşılacağı üzere 2000’li yılların başlarında internet kaynaklı ihlallere karşı ne gibi önlemler alınacağı ya da cezai yaptırımların ne olacağı belirsizdir. Ayrıca kararda da belirtildiği üzere verilen yayın durdurma kararının uygulanabilme olanağı yoktur. Bu sebeplerle bozma kararı verilmiştir.

### **3. Kişilik Hakkı İhlalinin Varlığı Halinde Ceza ve Hukuk Mahkemelerinin Durumu**

Kişilik haklarının ihlali halinde erişimin engellenmesi 5651 sayılı Kanun ile düzenlenmiştir. Ancak bu kanun sadece ihlale konu olan olayın yayınının engellenmesi ve bu sebeple ihlali önleme, durdurma amaçlarını gütmektedir. Ancak kişilik hakkı ihlal edilen kişilerin ihlali yapanlara karşı her zaman ceza ve hukuk davalarına başvurmaları mümkündür. Kişilik hakkının ihlali neticesinde görülen ceza davasında eğer kişilik hakları zarar gören kişi şikâyetten vazgeçerse bu durumda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı ve ceza verilmesine yer olmadığı kararları verilebilir. Bu durumda öncelikle ceza mahkemesinin verdiği kararın hukuk hâkimi bakımından bağlayıcı olmadığı öncelikle söylenmelidir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) 58. maddesi gereği kişilik hakkı ihlal edilen kişinin manevi tazminata hak kazanması mümkündür<sup>76</sup>.

#### **C. Sosyal Medya Yolu ile Kişilik Haklarının İhlali**

Kişilerin herhangi bir kullanıcı adıyla (kendi ismi olabileceği gibi kişiyi tanımlamayan ya da tamamen başkasıymış gibi tanımlayan bir isim de olabilir) diğer kişilere veya topluluklara ilgi alanlarını, zevklerini, duygu ve düşüncelerini, siyasi görüşlerini, videolarını, resimlerini, şahsi hayatıyla ilgili bilgilerini, yazılarını ve yazışmalarını hatta eserlerini yahut ticari ve ekonomik faaliyetlerini açması, paylaşması üzerinden yapılan etkileşime sosyal medya adı verilmektedir. Kişilere bu veriler açıldığı gibi aynı zamanda kişilerle iletişime geçmek de mümkün olmaktadır. Bu mahiyette bilgilerin paylaşıldığı ve iletişime geçildiği bir ortamda da kişilik haklarının ihlal edilmesi kaçınılmaz hale gelmektedir<sup>77</sup>.

Klasik medya araçları olan gazete, dergi ve televizyonlara nazaran internet yoluyla kişilik hakkı ihlalinin daha hızlı yayıldığı bilinmektedir. Bunun sebebi internete ulaşmanın giderek çok daha kolay hale gelmesi ve insanların denetimsiz olduğu hissini yaşanmasıdır. Yukarıda bahsedildiği üzere kendini gizleme kolaylığı gibi etkenler de vardır. Bundan dolayı sosyal medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçmek için daha hızlı çözüm yolları bulmak gerekecektir. Sosyal medyadan kişilik hakkı ihlallerini sosyal medya hizmetini veren hizmet sağlayıcı, bu hizmeti sağlayan kullanıcılar ya da üçüncü kişiler yapabilmektedirler<sup>78</sup>.

<sup>75</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2001/755, K. 2001/1157, 08.02.2001. Karar Tarihi. akt. **DOĞAN**, Murat, “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası”, s. 388.

<sup>76</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E, 2015/12292, K, 2017/4840, 20.09.2017. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 18.04.2019.

<sup>77</sup> **AKKURT**, s. 330.

<sup>78</sup> **AKKURT**, s. 355.

We are social ve hootsuite adlı dijital medya şirketlerinin yayınladığı “Digital in 2019” raporunda dünyada internet ve sosyal medya kullanımı ile ilgili oranlar verilmiştir. Rapora göre 4,38 milyar internet kullanıcısı bulunmaktadır ve bu sayı dünya nüfusunun %56’sına tekabül etmektedir. Bu sayının 3,48 milyarı sosyal medya kullanıcısıdır. Bu sayı da dünya nüfusunun %45’idir. Bu oran önceki yıllarla karşılaştırıldığında da her yıl artan oranlı bir şekilde internet kullanıcılarının çoğalmakta olduğunu görüyoruz<sup>79</sup>.

Türkiye’de ise verilen oranlardan daha yüksek sayıda internet ve sosyal medya kullanıcısı bulunmaktadır. 59,36 milyon kişi internet kullanıcısıdır. Bu sayı nüfusun %72’sidir. Sosyal medya kullanıcısı ise 52 milyon kişidir. Bu sayı da %63’e tekabül eder. Türkiye’de insanlar ortalama 7 saate yakın bir süreyi internette geçirmektedir. Bunun sosyal medya kısmı ise ortalama 2 saat 46 dakikadır<sup>80</sup>. 2020 yılının ocak ayında yayınlanan “Digital in 2020” raporunda da hem Dünya’da hem de Türkiye’de bu oranların arttığı gözlemlenmiştir<sup>81</sup>.

İnternet tekil katmanlı olarak çalışan bir yapı olarak başlamıştır. Yani e-postalar, haber grupları, forumlar şeklinde örgütlenmişti. Buna “Web 1.0” adı verilmiştir. İçeriğini kullanıcıların oluşturduğu ve bu sayede etkileşimin de ciddi derecede arttığı yapıya ise “Web 2.0” denilmiştir. İnsanlar internetin tüketicisi olmaktan çıkmış ve üretici bir rol üstlenmişlerdir<sup>82</sup>. Yani hem içerik üretmekte hem de diğer içerikleri tüketmektedirler. Sosyal medya bu kullanımın en ciddi basamağı olarak görülebilir.

“Web 2.0” ile birlikte sosyal medya yani kişilerarası etkileşim sağlama platformları etkin olmuştur. İçerik dediğimiz ve yazı, fotoğraf, video gibi üretimleri ortaya çıkartan ise çoğunlukla internet kullanıcılarıdır. Farklı sosyal medya oluşumlarının farklı kitlelere hitap ettiği bir gerçektir. Bu durumda da içerik üreticilerinin de sosyal medya sitelerine göre sınıflanması gerekecektir. Her içerik üretici kendi ilgi alanları üzerinden sosyal medyaya katılır. Sosyal medyaya içeriği üreten bu içeriği siteye yüklemek, paylaşmak gibi hareketlerde bulunur<sup>83</sup>. Bu hareketler neticesinde ise internet ortamında bir veri meydana gelmektedir. Her veri hukukun ilgi alanına girmese de bu verilerin bir kısmı hukuku ilgilendiren verilerdir. Özellikle kişilik haklarının ihlali suretiyle sosyal medyada suç işlenmesi yaygın karşılaşılan bir durumdur.

Sosyal medyada ihlal edilen kişilik hakları aynı zamanda ceza kanunlarının koruduğu haklara da tekabül edebilmektedirler. Hakaret, tehdit, cinsel taciz, kişisel verilerin kaydedilmesi, özel hayatın gizliliğini ihlal ve çocuk istismarı ceza kanunlarında düzenlenen suçlardandır. Bu suçlar kişilik haklarını ihlal eden ve internet yoluyla da işlenebilecek suçlardır<sup>84</sup>.

Kullandığımız sosyal medya sitelerinde yukarıda bahsettiğimiz suçlar ya da kişilik hakları ihlalleri meydana gelmektedir. Bir de yüklenen içeriğin paylaşımı söz konusu olmaktadır. Retweet

<sup>79</sup> <https://dijilopedi.com/2019-internet-kullanimi-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>. E.T: 16.04.2019.

<sup>80</sup> <https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>. E.T: 16.04.2019.

<sup>81</sup> <https://dijilopedi.com/2020-turkiye-internet-kullanimi-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>. E.T: 16.06.2020

<sup>82</sup> **KARAKAYA**, Süheyl, “5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü”, *TBB Dergisi*, s. 137, y. 2018, ss. 97-132, s. 101.

<sup>83</sup> **KAYA**, Mine, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *TBB Dergisi*, s. 119, y. 2015, ss. 277-306, s. 291.

<sup>84</sup> **AKA**, s. 233.



ya da paylaş butonları ile internete daha önce yüklenmiş veriler paylaşılmaktadır. Bu durumda kişilik haklarını ihlal eden bir veriyi paylaşan, yayan kişinin sorumluluğu ne olacaktır? 5651 sayılı Kanun'un 4. Maddesinin 2. Fıkrasında: "İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise genel hükümlere göre sorumludur." şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda paylaştığı kişilik haklarını ihlal eden veriye destek veriyor ise bu durumda sorumlu olacağı ifade edilmiştir. Sadece bilgilendirme amaçlı olarak yapılan paylaşımlar bu kapsama girmemektedir<sup>85</sup>.

Bir Yargıtay kararında hakaret edilmek suretiyle kişilik haklarına saldırı iddiası ortaya atılmıştır. Olayın iki tarafı da gazetecidir. Sosyal medya üzerinden gerçekleşen hakaret iddiasıyla ilgili mahkeme öncelikle Anayasanın 25. maddesine<sup>86</sup> ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 10. maddesine<sup>87</sup> atıfta bulunulmuştur. Yargıtay ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'nin 22 Nisan 2013 tarihli 48876/08 başvuru numaralı kararına atıfta bulunulmuştur. Bu kararda "ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun vazgeçilmez esasını ve bu toplumun gelişiminin ve her bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel koşulunu oluşturduğunu, 10. maddenin 2. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla ifade özgürlüğünün sadece kabul edilen, sarsıcı ya da rahatsız edici olanlar için de geçerli olduğunu, bunların – demokratik toplumun – onlarsız olamayacağı çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereği olduğunu, 10. madde de açıklandığı gibi bu özgürlüğe yapılan sınırlamaların her halde dar yorumlanması gerektiğini ve herhangi bir sınırlama gereksiniminin ikna edici bir biçimde ortaya koyulması gerektiğini,..." ifade edilmektedir<sup>88</sup>.

Yargıtay kararın bozulmasına hükmedip bu olayda hakaretin suç oluşturmadığına karar verirken şu ifadeleri kullanmıştır<sup>89</sup>: "Davalının davacıya yönelik sosyal medya (twitter.com) üzerinden paylaştığı ifadeler yukarıdaki ilkelerle birlikte değerlendirildiğinde; tarafların gazeteci olduğu, kullanılan sözlerin mesleki eleştiri niteliğinde olup yavşak sözünün değer yargısı olduğu gibi, kullanılan mesaj içerisinde doğrudan davacıya söylendiğinin de anlaşamadığı görülmüştür. Bu nedenle davanın tümünden reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile kısmen kabulüne karar verilmiş olması yerinde görülmemiş, kararın bozulmasını gerektirmiştir."

Bir belediye başkanına yönelik sosyal medya üzerinden hakaret edilmesiyle ilgili davada da daha önce bahsettiğimiz siyasi kişiliğin getirdiği daha fazla eleştiriye kabullenme vurgusu yapılarak siyasilere karşı eleştirinin daha sert olabileceği yönünde bir Yargıtay kararı mevcuttur. Bu kararda AİHM içtihatlarına da atıf yapılarak siyasi kimliğe sahip kişilerin sert, ağır hatta incitici derecede eleştirilere katlanmaları gerektiği ifade edilmiştir. Eleştiri mahiyetindeki kelimelerin rahatsız edici,

<sup>85</sup> KAYA, 2015, s. 240; AKKURT, s. 358.

<sup>86</sup> T.C. Anayasası madde 25: Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.

<sup>87</sup> AİHS madde 10: "Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamları tarafından müdahale olmaksızın ve ulusal sınırlar dikkate alınmaksızın, görüşlere sahip olma ve bilgi ve düşünceleri edinme ve bunları yayma özgürlüğünü içerecektir..."

<sup>88</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/11995 ve K. 2015/8294 ve 22.06.2015. Karar Tarihi. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 17.04.2019.

<sup>89</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E. 2014/11995 ve K. 2015/8294 ve 22.06.2015. Karar Tarihi. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 17.04.2019.

gücendirici ve kırııcı olması da hakaret kapsamında kabul edilmemiştir. Hatta siyasilere karşı bu şekilde eleştirinin engellenmesini “demokratik toplumun gerekleri” bakımından sakıncalı bulmuştur<sup>90</sup>.

Sosyal medya ile sadece gerçek kişilerin değil tüzel kişilerin de kişilik hakları ihlal edilmektedir. Tüzel kişilere karşı hakaret yoluyla olabileceği gibi gerçeğe aykırı bilgilerin yayılması yoluyla da hak ihlalinde bulunulması mümkündür. Bazı internet site, forum ya da bloglarda mesleki faaliyetlere yönelik değerlendirme yapılan paylaşımlar yapılmaktadır. Bu paylaşımların yapılmasında herhangi bir hukuki problem bulunmasa da paylaşımların içeriğinden kaynaklı ihlallerin yaşanması mümkündür. Mesleki ve ticari itibarı zedeleyici paylaşımlar bu kapsamda değerlendirilebilir. Ayrıca bu tarz paylaşımların haksız rekabete yol açtığı durumlarda ayrıca haksız rekabet hükümleri de devreye girecektir<sup>91</sup>.

Haksız rekabete ilişkin Yargıtay’ın<sup>92</sup> “Somut olayda da davalının Türk Standartları Enstitüsü (TSE) belgesi sahibi olmadığı halde bu belgeye sahipmiş gibi 3. kişileri yanıltıcı şekilde kendi internet sitesinde tanıtım yaptığı sabit bulunmasına göre davacının haksız rekabetin tespit ve önlenmesi talebinin kabulü ve buna göre tazminatın değerlendirilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle davanın reddedilmesi doğru görülmemiş kararın davacı yararına bozulması gerekmiştir.” şeklinde bir kararı bulunmaktadır. Yanıltıcı nitelikleri haksız rekabet kapsamında değerlendirmiştir.

#### **D. Özel Hayatın Gizliliğini İnternet Yoluyla İhlal**

Kişinin manevi hayatının en önemli parçası kabul edilen değerlerinden biri özel hayatı ve buna ilişkin sır çevresidir. Anayasa’nın 20. maddesinde ve AİHS’nin 8. maddesinde özel hayatın gizliliği bir temel hak olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Özel hayat kavramının tanımı mevzuatta yapılmamıştır.

Özellikle sosyal medya üzerinden özel hayatın gizliliğini ihlal eden içerikler paylaşılmaktadır. Kişilerin özel hayatında yaptığı işler, gittiği partiler veya tatil fotoğrafları gibi verileri sosyal medya aracılığıyla ses, görüntü, video şeklinde paylaşılarak bu kişilerin özel hayatları göz önüne serilebilir. Bu yöntemlerle rıza dışı veya zımnî rızanın aşılması şeklinde özel hayatın gizliliği ihlal edilebilmektedir. Reklam amaçlı bir ihlal olabileceği gibi özel görüntülerle muzır neşriyat alanında kullanılarak da kişilik hakları ihlal edilebilir. Kişinin bu tarz mecralarda ev adresinin yayınlanması da özel hayata dahil olarak değerlendirilir. Bu verilerin özellikle gizli şekilde elde edilerek sosyal medyaya konulması ise hem hukuki hem de cezai sorumluluğu ortaya çıkarmaktadır<sup>93</sup>.

5651 sayılı Kanun’a 06.02.2014 tarihinde 6518 sayılı Kanunla 9/A maddesi eklenmiştir. Özel hayatın gizliliği nedeniyle erişimin engellenmesi için özel bir düzenleme ihtiyacı hissedilmesi

<sup>90</sup> Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, E, 2014/8343 ve K, 2014/12890 ve 12.10.2014. Karar Tarihi. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 18.04.2019.

<sup>91</sup> **KAYA**, 2015, s. 292; **AKA**, s. 293.

<sup>92</sup> Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, E, 2017/2522 ve K, 2018/8092 ve 19.12.2018. Karar Tarihi. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 21.04.2019.

<sup>93</sup> **AKKURT**, s. 361-362.



dolayısıyla bu düzenleme yapılmıştır. 5651 sayılı Kanunun amacına uygun olarak çocukların, gençlerin ve ailenin korunması saikiyle özel hayatın gizliliği ile ilgili bu madde kanuna eklenmiştir.

Özel hayatın gizliliği Türkiye’de iki yolla korunmaktadır. İlk durum özel kişilerin ihlallerine karşı korumadır. Burada hem ceza hem de hukuk düzenlemeleri ile bu hak korunur. İkinci yol ise devletin özel kişilerin kişilik haklarından olan özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi halinde bu hakkın korunmasıdır. Özel hayatın gizliliği anayasal koruma altında olduğundan (AY md 20) dolayı koruma usulü de anayasaldır. Devletin özel hayata karşı tecavüzlerinin ciddiyeti ve yıkıcılığı bireylerin ihlallerine göre daha ciddi olacağından dolayı bir temel hak olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur<sup>94</sup>.

5651 sayılı Kanun’un 9/A maddesinin 1. fıkrasında “İnternet ortamında yapılan yayın içeriği nedeniyle özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia eden kişiler, kuruma doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını isteyebilir.” ifadesi yer almaktadır. Bu başvuruda gizliliğin hangi sebeplerle ihlal edildiği açık bir şekilde ve gerekçeleriyle ifade edilmelidir. Kurumun bu başvuruyu değerlendirerek erişim engellemesi tedbirini uygulaması için özel hayatın gizliliğini ihlal eden görüntü, resim, ses gibi içeriklerin internet ortamında halihazırda bulunması yani ihlalin devam ediyor olması gerekmektedir<sup>95</sup>.

Anayasa Mahkemesi haberleşme özgürlüğünü de özel hayatın bir parçası olarak kabul etmiş ancak bu konuda özgürlüğün sınırsız olmadığına da dikkat çekmiştir. Buna göre: “Özel hayatın korunması her şeyden önce özel hayatın gizliliğinin korunması, başkalarının gözleri önüne serilmemesi demektir. Kişinin özel hayatında yaşananların, yalnız kendisinin istediği kimseler tarafından bilinmesini isteme hakkı, kişinin temel haklarından biridir ve bu niteliği nedeniyle insan haklarına ilişkin beyanname ve sözleşmelerde yer almış, tüm demokratik ülkelerin mevzuatlarında açıkça belirlenen istisnalar dışında devlete, topluma ve kişilere karşı korunmuştur. Haberleşme özgürlüğü, kişinin kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır. Bu özgürlük, çok daha geniş bir alanı kaplayan “özel hayatın” bir parçasını oluşturur. Modern toplumlarda diğer kişi haklarında olduğu gibi özel hayatın gizliliği ve haberleşme özgürlüğü de sınırsız bir hak niteliğinde değildir. Bazı hallerde bu haklara da müdahale edilebilmesi mümkün olmakta ve kişiler de bu müdahalelere katlanmak durumundadırlar<sup>96</sup>.”

## 1. Kişinin Resmi

İnternette yazı ve resim yoluyla yapılan paylaşımlar ve buna yönelik programlar her geçen gün artmakta ve çeşitlenmektedir. Kişinin fotoğrafı da özel hayatın bir parçası kabul edilir ve kişilik hakları çerçevesinde korunur. Bu sebeple internette rıza dışı fotoğraf paylaşımının engellenmesi gerekmektedir. Kişinin fotoğrafının internet üzerinden paylaşılması genellikle o kişinin şeref ve

<sup>94</sup> KILINÇ, 2016, s. 592.

<sup>95</sup> KILINÇ, 2016, s. 608.

<sup>96</sup> Anayasa Mahkemesi, E.2014/87, K.2015/112, Karar Tarihi: 08.12.2015. § 226-228. <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/4323f87e-ee39-4db7-87fd-4ad4d68ca102?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>. E.T: 20.06.2020.

itibarını zedeleyen bir duruma da yol açmaktadır. Ancak herhangi bir kişilik hakkı ihlali olması için kişinin fotoğrafının internet üzerinden reklam amaçlı kullanılması da mümkündür<sup>97</sup>.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun 86. maddesinde de kişinin resmi ile ilgili hükümler bulunmaktadır: "Eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe teshir veya diğer suretle umuma arz edilemez. Birinci fıkradaki muvafakatin alınması; 1.Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri; 2.Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmî tören yahut genel toplantıları gösteren resimler; 3.Günlük hadiselerin müteallik resimlere radyo ve film haberleri için şart değildir. Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında borçlar kanununun 49 uncu maddesi ile Türk ceza kanununun 197 ve 199 uncu maddelerin hükümleri uygulanır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde ve medeni kanununun 24'üncü maddenin hükmü mahfuzdur."

## 2. Kişinin Adı

Kişilik hakkı kapsamında kişilerin ismi de korunmaktadır. İsim bireyin özel hayatının da başlıca unsurudur. Bu sebeple özel hayata dahil olarak düşünölebilmektedir. Bu hakta korunan sadece özel isim ve soy isim değildir. Kişinin kullandığı takma ad, lakap ve e-posta<sup>98</sup> ismi dahi korumadan yararlanır. Burada lakap ve takma adların korunması ise sınırsız değildir. Bir kişi bu tip isimlerle tanınıyor ve biliniyor ise o haledde korunacaktır. Özellikle sosyal medyanın yaygınlaşması ile birlikte gerçek ismini kullanmayan "fenomenler" ortaya çıkmıştır. Bu kişiler bu takma isimlerle ünlü olmakta ve bu isim üzerinden kazanç elde edebilmektedirler. Bundan dolayı kişinin ismi de kişilik hakkı kapsamında korunacaktır<sup>99</sup>.

## III. İNTERNET YOLUYLA İHLAL EDİLEN KİŞİLİK HAKLARI VE İLGİLİ MAHKEME KARARLARI

TMK'nın 24. maddesi ile düzenlenen kişilik hakları sınırlı sayıda değildir. Bu sebeple zaman değıştikçe hakkın ihlal edilmesinin şekli ve unsurları da değışebilmektedir. Konumuz olan internet yolu ile kişilik hakkı ihlallerinde de bazı farklılıklar mevcuttur. Hem gerçek hem tüzel kişilere karşı işlenebilen bu ihlal maddi bütünlüğe karşı işlenememektedir. İnternetin doğası gereği kişilerin maddi varlıklarına doğrudan zarar vermek mümkün değildir. Ancak dolaylı olarak bu da mümkün olabilir<sup>100</sup>. Manevi bütünlüğe karşı ise internet yolu ile ihlal yapılabilmektedir. Sesli ya da görüntülü bir şekilde yahut bir haber biçiminde ortaya çıkabilir. Burada ses, görüntü ya da yazı ile kişilere asılsız iftiralar atılabilir, hakaret edilebilir. Bunun yanında kişinin saygınlığını etkileyecek şeref ve haysiyet zedeleyici birtakım hareketlerde bulunulabilir<sup>101</sup>.

<sup>97</sup> AKA, s. 242-243.

<sup>98</sup> FIRAT, Muhammed Sabır, "Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişilik Haklarına Saldırı Sorunu", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 5(2) 2015, 101-116., s. 109-110.

<sup>99</sup> AKA, s. 245.

<sup>100</sup> Mavi Balina Oyunu:" Mavi Balina Challenge" olarak da bilinen ve birçok ülkede oynanabildiği iddia edilen bir internet oyunudur. İddialara göre oyun 50 bölümden oluşuyor ve son bölümde oyuncunun intihar etmesi isteniyor. <http://www.wikizero.biz>. E.T: 16.04.2019.

<sup>101</sup> DURAK, s. 108.

Kişilik hakları, özgür ve bağımsız bireyin varlığının en değerli kısımlarından birisidir. Bireyin içinde bulunduğu toplumda ve yakın çevresinde şerifini, itibarını ve saygınlığını zedeleyecek veya küçük düşürecek, adını lekeleyecek davranışlar kişilik haklarına saldırı olarak nitelenecektir<sup>102</sup>.

Kişilik haklarının sınırlı sayıda olmadığı ifade edildi. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi öğretide ihlal edilen kişilik haklarının genel bir çerçevesi çizilmiştir. Öncelikle yaşama hakkı, şeref ve haysiyet, saygınlık en önde gelen kişilik haklarından. Başkaca kişinin ismi, fotoğrafı, sözü ve eseri de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

### A. Dini Değerleri Aşağılama

Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hakimliği bir kararında dine hakaret içeren paylaşımların sosyal medya vasıtasıyla gerçekleşmesi neticesinde erişimin engellenmesi kararı vermiştir. Dini değerlerin aşağılanması ceza Kanunu bakımından suç teşkil etmektedir. Bununla birlikte bu suçun gerçekleştiği mecrada yapılan yayının devam etmesinin de engellenmesi gerekmektedir. Hakimlik kararında dini değerleri aşağılama veya hakaret gibi suçların tavsifinde 5651 Sayılı Kanun'un 8. maddesinin değil 9. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilen kişilik hakkı ihlalinin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla hakimlik 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak erişim engelleme kararı vermiştir<sup>103</sup>.

### B. İfade Hürriyeti ve Basın Hürriyeti ile Kişilik Haklarının Çatışması Durumu

Kişilik hakları kavramının çok geniş olduğunu ve durumun gereğine göre yorumlanması gerektiğini ifade etmiştik. İnternet yoluyla kişinin şöhreti ve itibarının olumsuz bir biçimde ifade edilmesi mümkündür. Kişilik haklarının internet yoluyla ihlali durumunda erişimin engellenmesine dayanak kabul edilen 5651 sayılı kanunun 9. maddesi ile bu durumun önüne geçilebilecektir. Ancak internet yoluyla ortaya atılan her düşüncenin kişilerin şöhret ve itibarını zedeleyeceği düşünülemez, bazen bir kişi hakkında ortaya atılan iddialar bu kişinin kişilik hakkını ihlal ediyormuş gibi görünse de ifade hürriyeti kapsamında değerlendirilebilecektir. Bu sebepten dolayı ifade hürriyeti ile kişilik haklarının çatıştığı bir durumda hangi ilkelerin yol gösterici olacağını tespit etmek gerekecektir.

Anayasa Mahkemesi bir kararında ifade özgürlüğünün sınırları ile ilgili olarak şu ifadeleri kullanmıştır<sup>104</sup>: “45. Öte yandan Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrası, ifade özgürlüğüne içerik bakımından bir sınırlama getirmemiştir. İfade özgürlüğü; siyasi, sanatsal, akademik veya ticari ve kanaat gibi her türlü ifadeyi düşünce açıklamaları kapsamına almaktadır. (Ergün Poyraz (2) [GK], B. No: 2013/8503, 27/10/2015, § 37; Önder Balıkçı, § 40). Bu itibarla bir İnternet sitesinde yer alan köşe yazıları ve haberlerde yer alan bilgiler başkaları açısından "değersiz" veya "yararsız" görülse bile kişilerin sübjektif değerlendirmelerinden bağımsız olarak ifade özgürlüğünün korumasındadır.”

<sup>102</sup> Gülşehir Sulh Ceza Hakimliği, 20.07.2018., Değişik İş No: 2918/94 D. İş. Akt. **KENT**.

<sup>103</sup> Diyarbakır 2. Sulh Ceza Hakimliği, 23.06.2016, Değişik İş No: 2016/1796 D. İş. Akt. **KENT**.

<sup>104</sup> Anayasa Mahkemesi, 26.10.2017, Başvuru Numarası: 2014/5552 (Ali Kılık Başvurusu). § 45. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=5552>, E.T: 15.06.2020.

Aynı kararda Anayasa Mahkemesi'nin ifade hürriyeti ile ilgili kanaati de şu şekildedir<sup>105</sup>: “50. Anayasa'nın 26. maddesinin ikinci fıkrasına göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılma nedenlerinden ve bu bağlamda basın uyması gereken görev ve sorumluluklardan biri de başkalarının şöhret veya haklarının korunmasıdır. Bireyin şeref ve itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasa'nın 17. maddesinin birinci fıkrasının korumasından faydalanır. (İlhan Cihaner (2), § 44). Devlet, bireyin şeref ve itibarına keyfi olarak müdahale etmemekle ve üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür (Nilgün Halloran, § 41; Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33; Bekir Coşkun, § 45; Önder Balıkçı, § 44).”

Anayasa Mahkemesi IPS İletişim Vakfı başvurusu kararında<sup>106</sup> intihal yaptığının akademik olarak kanıtlanması neticesinde dönemin Milli Eğitim Bakanının internet sitesinde haber olması ve bu haberin sonrasında bakanın kişilik hakkı ihlal edildiği gerekçesi ile siteye erişim engellenmiştir. Bu engelleme kararından sonra internet yayını yapan kurum ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesi ile Anayasa Mahkemesine başvurmuştur.

Başvurucuya göre haberin yayınlanmasında kamu yararı bulunmaktadır. Haber günceldir. Gerekçesiz olarak verilen erişimin engellenmesi kararı adil yargılanma hakkını ve ifade hürriyeti ile basın özgürlüğü hakkını ihlal etmektedir (IPS İletişim Vakfı § 18). Bakanlığın bu konudaki görüşü ise kişinin şeref ve haysiyeti ile demokratik toplumun gereklerinin dengesini sağlamak gerektiği olmuştur (IPS İletişim Vakfı § 19). Yüksek mahkeme Anayasa'nın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün ihlal edildiği kararı verilmesi gerekir denilmiştir (IPS İletişim Vakfı § 39).

Anayasa Mahkemesine yapılan başka bir bireysel başvuruda<sup>107</sup> bir valinin halka hakaret ettiği ile ilgili bir köşe yazısının kişilik haklarını ihlal ettiği gerekçesi ile 5651 sayılı Kanunun 9. maddesine dayanarak erişimin engellenmesi kararı verilmiştir (Özgen Acar ve Diğerleri § 11-13). Bu karara karşı başvuru bir valinin halka karşı davranışlarının kamu görevi sebebi ile haber değeri olduğunu ve kişilik haklarını ihlal etmediğini iddia ederek Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır (Özgen Acar ve Diğerleri § 18). Mahkeme kararında bir ilin mülki idare amiri olan valinin kamusal görevi sebebi ile bilgilendirme değerine atıf yapılmıştır. Bu sebeple de yapılan haberin kamusal faydası olduğu söylenmiştir (Özgen Acar ve Diğerleri § 36). Bu sebeplerle mahkeme Anayasanın 26. maddesinde yer alan ifade özgürlüğünün ve 28. maddesinde yer alan basın özgürlüğünün ihlal edildiği kararı verilmesi gerekir denilmiştir (Özgen Acar ve Diğerleri § 41).

Bu kararların ışığında mahkemenin çatışan haklar konusunda bir takım kriterleri ortaya çıkmıştır. Bu kriterler şu şekildedir<sup>108</sup>:

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesi, 26.10.2017, Başvuru Numarası: 2014/5552 (Ali Kıdık Başvurusu). § 50. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5552?BasvuruNoYil=2014&BasvuruNoSayi=5552>, E.T: 15.06.2020.

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesi, 30.10.2018, Başvuru Numarası: 2015/14758 (IPS İletişim Vakfı Başvurusu). <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/12/20181204-6.pdf>, E.T: 20.06.2020.

<sup>107</sup> Anayasa Mahkemesi, 31.10.2018, Başvuru Numarası: 2015/15241, (Özgen Acar ve Diğerleri Başvurusu). <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2015-15241.pdf>, E.T: 20.06.2020.

<sup>108</sup> Anayasa Mahkemesi, 19.04.2018, Başvuru Numarası: 2014/5232, (Kemal Gözler Başvurusu). § 49. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/5232>, E.T: 20.06.2020.

- i. Söz konusu yayının gerçek olup olmadığı
- ii. Yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı
- iii. Toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığı
- iv. Haber verilirken öze biçim arasındaki dengenin korunup korunmadığı
- v. Haber veya makalenin yayımlanma şartları
- vi. Haber veya makalenin konusu, kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçları
- vii. Habere yönelik kısıtlamaların niteliği ve kapsamı
- viii. Haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiği
- ix. Hedef alınan kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışları
- x. Kamuoyu ile diğer kişilerin, kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığı

Mahkeme bu ilkelerden yola çıkarak kararlarını almalıdır. Bu kurallar ifade ve basın hürriyeti ile çatışan haklar bakımından değerlendirme yaparken kullanılmaktadır.

### C. Kişinin Resminin Kullanılması

Bir kişinin resminin kendisinden izinsiz olarak kullanılması kişilik hakkını ihlal etmektedir. Bu kişi kendi rızasıyla resmini internete yüklemiş olsa dahi bu resmin koyulma amacı ile resmi yayınlayan kişilerin amacının farklılaştığı hallerde kişilik hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Yargıtay bir kararında da<sup>109</sup>: “Dava, davacının da resminin bulunduğu fotoğrafın davalı tarafından izinsiz olarak ticari amaçla kullanılmasından kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Yerel Mahkeme, davacının kişisel resmini bizzat kendisinin internet sitesine verdiği ve dolayısıyla resmin yayımlanmasına izin verdiği gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Ancak, davaya konu resmin görüntüleme amacının davacının çocukluk çağına ve özel yaşamına dair olduğu kuşkusuz olup, mahkemenin kabulünün aksine davaya konu fotoğrafın kültürel ve tanıtım amaçlı olarak anılan sitede yayınlanmak üzere rızayla verilmiş olması, bu resmin izinsiz bir şekilde başkaları tarafından ticari amaçlı çoğaltılmasına ve kullanılmasına da izin verildiği anlamına gelmez. Bu bağlamda davalı tarafından davaya konu edilen resmin çeşitli şekillerde izinsiz olarak ticari amaçla kullanıldığı dosya kapsamıyla sabittir. Davacıya ait fotoğrafın daha önce kendisi tarafından bir web sitesinde kullanılması, kendisine ait bu fotoğraf üzerinde tasarruf hakkının sona ermesi şeklinde yorumlanamayacağı gibi... Davalı şirketin mağaza vitrininde ve işletme sahibinin kartvizitinde davacı fotoğrafının ticari nitelikli olarak kullanılması olayının da davacının kişilik haklarını zedelediğinden bahsedilemez.” ifadeleri yer almaktadır.

<sup>109</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2012/11-392, K. 2012/593, 19.09.2012. ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)). E.T: 21.04.2019.

## SONUÇ

Kişi hakları insanın korunmaya değer haklarının en önemlilerinden biri olarak hukuk düzenince korunmuşlardır. Yaşama hakkı, insan onuru gibi temel kavramlar özünde kişi haklarındandır. Bunların yanında kişinin şeref ve haysiyeti, adı ve görüntüsü de kişi haklarındandır. Bu sayılanların ihlali halinde insan zarar görmekte ya da zarar görme ihtimali ortaya çıkmaktadır. Onun için hem anayasal olarak hem de diğer kanunlarla kişi hakları korunmaya çalışılmıştır. Medeni Kanun’da kişilik hakları düzenlenmiş ve bu hakların ihlali durumunda ne gibi yollara başvurulacağı belirtilmiştir.

Medeni Kanun’un ortaya koyduğu kişilik hakları ve bu hakların ihlaline karşı korunma yöntemleri ile kişilik hakkına yönelik pek çok müdahale engellenmiştir. Ancak zamanın değişmesi ile birlikte kişilik haklarının ihlal edilebildiği çeşitli mecralar ortaya çıkmıştır. Bunlardan en önemlisi internettir. İnternetin yapısı gereği bu mecrada kullanılan bir veri çok hızlı yayılmakta ve denetimi zorlaşmaktadır. Bu sebeple de internet ortamında meydana gelen kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçmek için farklı yolların denenmesi gerekmiştir. Dünyada internet bazlı ihlallerin önüne geçmek için çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. “IP engelleme”, “alan adından engelleme”, “URL engelleme” gibi yöntemler kullanılarak internet üzerindeki belli yayınların engellenmesi mümkündür. Bu yöntemler ile kişilik hakkı ihlal edildiğinde engellemeler yapılmaktadır. Ülkemizde de 5651 sayılı Kanun ile bu tarz koruma yöntemleri yasal dayanağına kavuşmuştur.

İnternet yoluyla kişilik hakkının ihlali sıklıkla sosyal medya ve basın yoluyla gerçekteşmektedir. Sosyal medya üzerinden gizli kimliklerle insanların kişilik hakları ihlal edilmektedir. Bu ihlaller neticesinde telafisi güç zararlar da meydana gelmektedir. Yapılan kanuni düzenlemelerin amacı bu zararların ortaya çıkmasını önlemek ya da mümkün olan en az zararla telafi edilmesini sağlamaktır. Bunun dışında internette haberleşme ve paylaşım yapma özgürlüğünün elinden alınması amaç olmamalıdır. Amaç ile kullanılan araçların orantılılığı internet gibi mecralarda çok daha hassas olarak düzenlenmelidir.

Kişilik hakkı korunmaya değer bir hak olmasına rağmen mutlak bir hak olarak düzenlenmemiştir. Bu hakkın özü gereği sınırları mevcuttur. Bu sebeple de bu hakkın her durumda ve şüphede ihlal edildiğini varsaymak ve bu sebeple yaptırım uygulamak başka ihlallere neden olacaktır. Bunların başında da basın hürriyeti ve ifade hürriyeti yer almaktadır. İfade ve basın hürriyeti ile kişilik hakkı arasında denge kurma zorunluluğu vardır. Her halde kişi haklarına öncelik verilmesi sakıncalıdır. Hak ve özgürlüklerin aşınmasına sebep olmamak için çatışan haklar arasında denge mekanizmasının kurulması ve çeşitli ilkeler çerçevesinde hareket edilmesi gerekmektedir. Ancak bunlar sağlandığıında hem kişi hakları korunmuş hem de ifade ve basın hürriyeti sağlanmış olacaktır.



**KAYNAKÇA**

- AKA**, Beyza, “Sosyal Medyada Kişîlik Hakkı İhlalleri ve Hukuki Korunma Yolları”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2017, ss. 231-287.
- AKKURT**, Sinan Sami, “Kişîlik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlâli Hâlinde Ortaya Çıkacak Cezaî Sorumluluğa Medenî Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, **SÜHFD**, cilt: 25, sayı: 2, yıl: 2017, ss. 329-373.
- ANTALYA**, Gökhan; **TOPUZ**, Murat, **Medeni Hukuk**, Legal Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- DOĞAN**, Murat, “İnternetteki Yayınla Kişîlik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, c: 7, s, 1-2, Haziran 2003, ss. 387-406.
- DOĞU**, Ali Haydar, “İnternet Ortamında Kişîlik Haklarının İhlali”, **KTU SBE Sosyal Bilimler Dergisi**, 2014 (8), ss. 323-341.
- DURAL**, Mustafa; **ÖĞÜZ** Tufan, **Türk Özel Hukuku (Kişîler Hukuku)**, Filiz Kitabevi, 17. Baskı, İstanbul 2016.
- DURAK**, Yasemin, “İnternet Yoluyla Kişîlik Haklarına Saldırı ve Hukuki Korunma”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, yıl: 2014, cilt: 22, sayı: 1, ss. 101-125.
- DÜLGER**, Murat, **BECENİ**, Yasin, “Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler”, **TÜSİAD**, Mart 2011, s.13.
- FIRAT**, Muhammed Sabır, “Hukuk Devleti Açısından İnternette İnsan Hakkı ve Kişîlik Haklarına Saldırı Sorunu”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5(2) 2015, 101–116.
- GÖRKEMLİ**, Burcu, **Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku’nda İnternet Erişiminin Engellenmesi**, Adalet Yayınları, 1. Baskı, Ankara, Eylül 2015.
- GÖZLER**, Kemal, “Kişîlik Haklarını İhlal Eden İnternet Yayınlarının Kaldırılması Usulü ve İfade Hürriyeti: 5651 Sayılı Kanun’un 9’uncu Maddesinin İfade Hürriyeti Açısından Değerlendirilmesi”, **Rona Aybay’a** Armağan, (Legal Hukuk Dergisi, Özel Sayı, Aralık 2014), Legal Hukuk Dergisi, cilt: 1, İstanbul 2014, ss. 1059-1120.
- HENKOĞLU**, Tülay, **YILMAZ**, Bülent, “İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması”, **Bilgi Dünyası Dergisi**, yıl: 2013, sayı: 14 (2), ss. 215-239.
- İLKİZ**, Fikret; **GÜNAYDIN**, Barış, “Kişîlik Hakları- Medyada Etik ve Yargı Kararları”, **Küresel İletişim Dergisi**, sayı: 2, güz 2006, ss. 1-15.
- İMRE**, Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, yıl: 1974, cilt: 39, sayı: 1-4, ss. 147-168.

**KARAKAYA**, Süheyl, “5651 Sayılı Kanun’un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü”, **TBB Dergisi**, s. 137, y. 2018, ss. 97-132.

**KAYA**, Mine, “Telekomünikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması”, **Ankara Barosu Dergisi**, yıl:68, 2010/4, ss. 279-334.

**KAYA**, Mine, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, **TBB Dergisi**, s. 119, y. 2015, ss. 277-306.

**KENT**, Bülent, **Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi**, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ankara 2019.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet, **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

**KILINÇ**, Doğan, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, **GÜHFD**, c: XIV, s:2, y: 2010, ss. 407-454.

**KILINÇ**, Doğan, “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, c. XX, s: 2, yıl: 2016, ss.577-623.

**SAVCI**, Bahri, “Yaşam Hakkı Üzerine”, **İnsan Hakları Yıllığı**, TODAİE, sayı:1, yıl:1, 1979, ss. 17-35.

**SEROZAN**, Rona, “Kişilik Hakkının Korunması İle İlgili Bazı Düşünceler”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, yıl: 77, cilt: 11, sayı: 14, ss. 93-112.

**ÖZTAN**, Bilge, **Medeni Hukuk**, Turhan Kitabevi, 41. Baskı, Ankara 2016.

#### İNTERNET KAYNAKLARI

<https://dijilopedi.com/2019-internet-kullanimi-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>.E.T: 16.04.2019.

<https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/internetten-icerik-kaldirma-ve-erisimin-engellenmesi-haber-video-fotograf-silme.html>. E.T: 13.04.2019.

<https://dijilopedi.com/2019-turkiye-internet-kullanim-ve-sosyal-medya-istatistikleri/>. E.T: 16.04.2019.

<http://www.wikizero.biz>. E.T: 16.04.2019.

*Araştırma Makalesi / Research Article***TÜRK CEZA HUKUKUNDA ÇOCUKLARIN FİZİKSEL MAHREMİYETİNE İLİŞKİN GÖRÜNTÜLERİNİN KAYDEDİLMESİ VE YAYILMASININ CEZALANDIRILMASI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME#****Bekir BOGA\*****Özet**

Mahrem, gizli anlamına gelmektedir. İnsanoğlunun çeşitli hal ve davranışları edep duyguları nedeni ile aleni değil, gizlidir. Bu nedenle bir kişinin mahrem görüntülerinin kaydedilmesi ve yayımlanması çeşitli suçların oluşumuna neden olabilecektir. Bir çocuğun mahremine ilişkin görüntülerin cinsel amaçlarla izlenmesi, kaydedilmesi ve dağıtılması halinde oluşan suç tipleri değişiklik gösterebilmektedir. Bu çalışmada çocukların mahrem görüntülerinin cinsel amaçlarla izlenmesi, kaydedilmesi ve yayımlanması hallerine ilişkin uygulama örnekleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda düzenlenen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile çocuk müstehcenliği suçu açısından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Müstehcen Ürün, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Çocuk Pornografisi, Çocuğun Rızası

**AN EVALUATION ON THE SANCTION OF RECORDING AND SPREADING IMAGES OF CHILDREN ON PHYSICAL PRIVACY IN TURKISH CRIMINAL LAW****Abstract**

Privacy means secret. Various situations and conduct of mankind are secret, rather than public because of their emotions. For this reason, recording and publishing private images of a person can lead to the occurrence of various crimes. The types of crime that may occur if the images related to the privacy of a child are watched, recorded and distributed for sexual purposes may vary. In this study, the application examples regarding the monitoring, recording and publishing of the intimate images of children for sexual purposes will be evaluated in terms of crimes committed against sexual immunity and juvenile obscenity in Turkish Penal Code No. 5237.

**Keywords:** Sexual Product, Rape, Sexual Harassment, Child Pornography, Child's Consent

---

# Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih: 8.6.2020

Kabul Tarihi: 29.6.2020

\* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, bboga@erbakan.edu.tr  
ORC ID: 0000-0002-0894-8969

## GİRİŞ

Sözlükte “mahrem” gizli anlamına gelmektedir. İnsanoğlunun bazı halleri ve davranışları gizlidir. Bu hal ve davranışların aleni olarak sergilenmesi toplumun diğer fertlerini rahatsız edebilir. Keza bu hal ve davranışlar, toplumsal hayat içerisinde de infiale neden olabilirler. Bu nedenle insanın gizlilikle icra ettiği hallerde suç olmayan birtakım davranışları alenen icra etmesi, TCK’nın 225.maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Keza insanın mahremiyetini konu alan materyallerle ilgili birtakım fiiller de TCK’nın 226.maddesinde suç olarak düzenlenmiştir.

İnsanlar arasında mahrem olan ilişkiler herhangi bir nedenle kayıt altına alınmakta ve sonrasında bu kayıtlar alenen ifşa edilebilmektedir. Keza bu ilişkinin taraflarından birisinin çocuk olduğu vakıalar da görülmektedir. Bu makalede asıl olarak bir çocuğun mahrem görüntülerinin kayıt altına alınması ve ifşa edilmesi vakıaları cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ile çocuk müstehcenliği suçu açısından değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Öncelikle belirtilmelidir ki 18 yaşını doldurmamış bir çocuğun fiziksel mahremiyetine ilişkin görüntülerinin kayıt altına alınması, Türk Ceza Kanununun (TCK) 226.maddesinin 3.fıkrasında düzenlenen çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması (çocuk müstehcenliği) suçunu oluşturabilecektir. Ancak hangi tür görüntülerin müstehcen olarak kabul edileceği tartışmalı bir husustur. Buna mukabil söz konusu kayıtların alınmasına çocuğun rıza göstermesinin etkisinin ne olacağı da ayrıca tartışma konusu oluşturabilecektir. Keza çocuğun göstereceği rıza, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar açısından da tartışılması gereken bir takım sorunlar doğurmaktadır. Sırf fiziki mahremiyetinin izlenmesinin cinsel suçlar içerisinde hangi suçları oluşturacağı ise tartışılması gereken ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda bu sorunlara çözüm arayabilmek adına öncelikle uluslararası alanda çocukların cinsel dokunulmazlıklarının korunmasına ilişkin belgeler ele alınacaktır. Sonrasında TCK’nın bu hususta yer verdiği düzenlemeler, sorunların çözümü çerçevesinde teorik bir şekilde ele alınacaktır. Nihayetinde ise uygulama örneklerine yer verilecektir.

### 1. Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Çocukların Cinsel Dokunulmazlığı

#### 1.1. Taraf Olduğumuz Sözleşmeler

Türkiye Cumhuriyeti, çocukların cinsel yönden sömürüsüne ilişkin düzenlemeler içeren birçok uluslararası sözleşmeye taraftır. İfade edelim ki bu sözleşmelerden bir kısmı çocukların cinsel istismarını doğrudan konu edinirken çoğunluğu, çocuğun cinsel istismarına kısmen yer vermektedir. Çocuğun cinsel istismarının önlenmesine yönelik hükümler içeren Birleşmiş Milletler (BM) nezdinde ve Avrupa Birliği (AB) nezdinde hazırlanan ve taraf olduğumuz sözleşmelere ve bunların ilgili hükümlerine aşağıda temas edilmektedir:

- 20 Kasım 1989 Tarihli “**BM Çocuk Hakları Sözleşmesi**” (ÇHS) (9.12.1994 tarihli 4058 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 27.01.1995/ 22184).

Sözleşme, çocukların korunmaya ve özel ilgiye ihtiyaç duyduklarını göz önünde tutarak çocuk haklarını belirleyen bir mahiyet arz etmektedir. Bu çerçevede sözleşmenin 19.maddesi, çocukların ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken kötü muameleyle maruz kalmalarının engellenmesine ilişkin bir düzenleme getirmektedir. Hükümde sayılan kötü muamelelerden birisi de çocuktan cinsel yönden yararlanmaya yönelik hareketlerdir. Keza sözleşmenin 34.maddesi, çocukların her türlü cinsel istismar ve sömürüye karşı korunmasını taraf devletlerin bir yükümlülüğü olarak öngörmüştür. Madde hükmü bu çerçevede taraf ülkelere çocukların cinsel bir eylemde bulunmaya kandırılması veya zorlanmasını, fuhuş veya diğer yasadışı cinsel eylemlerde kullanılmasını, pornografik içerikli gösterilerde veya materyallerde kullanılmasını önleme yükümlülüğünü getirmektedir. Sözleşme, iç hukuka göre daha erken yaşta reşit olmayı gerektiren durumlar haricinde 18 yaşın altındaki her insanı çocuk olarak kabul etmektedir (m.1).

- 17 Haziran 1999 Tarihli “**En Kötü Biçimlerdeki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması ve Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Acil Eylem Sözleşmesi**” (25.01.2001 tarihli 4623 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete RG: 27.06.2001/24445)

Kötü şartlardaki çocuk işçiliğini yasaklamayı amaçlayan sözleşme, 18 yaşın altındaki bütün insanları çocuk olarak kabul etmiştir (m.2). Sözleşmenin 3.maddesi hangi hallerin kötü şartlardaki çocuk işçiliği olarak kabul edileceğini dört bent halinde düzenlemektedir. Söz konusu düzenleme kötü şartlardaki çocuk işçiliğinin kapsamı açısından sınırlandırıcı bir mahiyet arz etmemektedir (“d” bendi). Düzenlemenin “b” bendinde “*çocuğun fahişelikte, pornografik yayınların üretiminde veya pornografik gösterilerde kullanılmasını, bunlar için tedarikini ya da sunumunu*” kötü şartlardaki çocuk işçiliği kapsamında değerlendirmiştir. Bununla birlikte sözleşmede çocuk pornografisine ilişkin bir tanım bulunmamaktadır. Sözleşmenin 7.maddesinin 1.fıkrasında ise sözleşme hükümlerinin etkili bir şekilde uygulanması için taraf devletlere gerekli cezai hükümleri iç hukuklarında düzenleme yükümlülüğü yüklenmektedir.

- 25 Mayıs 2000 Tarihli “**Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye Ek Çocuk Satışı, Çocuk Fahişeliği ve Çocuk Pornografisi ile İlgili İhtiyari Protokol**”<sup>1</sup> (9.05.2002 Tarihli 4755 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 28.06.2002/24799)

Çocuk haklarının korunması bağlamında ek protokol; çocuk satışının, çocuk fahişeliğinin ve çocuk pornografisinin önlenmesine ilişkin hükümler vaz etmektedir. Protokolde çocuk pornografisi “*çocuğun gerçekte veya taklit suretiyle bariz cinsel faaliyetlerde bulunur şekilde herhangi bir yolla teşhir edilmesi veya çocuğun cinsel uzuvlarının, ağırlıklı olarak cinsel amaç güden bir şekilde gösterilmesi anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır (m.2/1-c). Keza protokol taraf devletlere çocuk pornografisinin üretimini, dağıtımını, yayılmasını, ithalini, ihracını, sunumunu, satışını veya zilyetliğini cezalandırma yükümlülüğünü yüklemektedir (m.3/1-c). Söz konusu protokol BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin bir parçası olarak kabul edileceğinden, bu sözleşmenin yaptığı çocuk tanımı

<sup>1</sup> Bundan sonra “ÇHS İhtiyari Ek Protokolü” olarak kısaltılacaktır.

protokol açısından da geçerli olacaktır. Bu nedenle protokol açısından çocuk, kanun gereği reşit olmamış 18 yaşın altındaki her insandır.

- 23 Kasım 2001 Tarihli “**Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi**” (22.4.2014 tarihli ve 6533 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 09.08.2014/29083)

Söz konusu sözleşme bilişim alanında işlenen suçların önlenmesine ve cezalandırılmasına ilişkin hükümler ihdas etmektedir. Sözleşmenin 9.maddesinde çocuk pornografisi ile ilgili suçlar düzenlenmektedir. Düzenleme, 18 yaşından küçük olan tüm şahısları çocuk kabul etmiştir. Bununla birlikte 16 yaşından küçük olmamak şartıyla taraf devletler daha düşük bir yaş sınırını talep edebileceklerdir (m.9/3). Sözleşmenin 9.maddesinin 2.fıkrası çocuk pornografisinin taşınması gereken özellikleri belirlemektedir:

- a) *Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması*
- b) *Reşit olmayan şahıs görüntüsüne haiz şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunması*
- c) *Reşit olmayan şahsın cinsel içerikli eylemlerde bulunmasını betimleyen gerçekçi görüntüler.*

- 25 Ekim 2007 Tarihli “**Avrupa Konseyi Çocukların Cinsel Sömürü ve İstismara Karşı Korunması Sözleşmesi**” (25.11.2010 Tarihli 6084 sayılı Kanunla onaylanması uygun görülmüştür. Onaylama Kararı ve yayımlandığı Resmi Gazete: 10.09.2011/28050)

Sözleşme, çocukların cinsel sömürüsü ve istismarını engellemek, cinsel sömürü ve istismar nedeni ile mağdur olan çocukları korumak ve çocukların cinsel sömürü ve istismarına karşı uluslararası işbirliğini geliştirmek amaçlarını taşımaktadır (m.1). Sözleşmeye göre 18 yaşını tamamlamamış herkes çocuktur. Sözleşme, çocuk tanımına herhangi bir istisna getirmiş değildir.

Sözleşmenin 18 ila 24.maddesi arasında taraf devletlerin iç hukuklarında suç olarak düzenlemekle yükümlü oldukları fiiller düzenlenmektedir. Sözleşmenin 18.maddesi, taraf devletlere çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel faaliyetleri suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir (m.18/1-a). Düzenleme çerçevesinde ulusal hukuk uyarınca cinsel eylemde bulunmanın yasak olduğu çocukla cinsel faaliyet gerçekleştirmek, cezalandırılması gereken bir fiil olarak ortaya konulmaktadır. Cinsel eylemde bulunmanın yasak olduğu alt yaş sınırının tespiti ise taraf devlete bırakılmaktadır (m.18/2). Cinsel eylemde bulunma yaşına gelmiş olsun veya olmasın çocuklara yönelik zor, güç veya tehdit kullanarak; aile içi dahil çocuk üzerinde güven, yetki veya etki gerektiren mevki kullanarak veya özellikle bir zihinsel veya fiziksel engeli veya bağımlılığı sebebiyle çocuğun savunmasız bir durumundan yararlanarak cinsel davranış gerçekleştirilmesi de maddede suç olarak düzenlenmesi

<sup>2</sup> Buradan sonra “Lanzarote Sözleşmesi” olarak anılacaktır.



gereken fiil olarak kabul edilmiştir<sup>3</sup> (m.18/1-b). Maddenin son fıkrasında ise düzenlemenin, çocuklar arasında gerçekleştirilen cinsel davranışlara uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Sözleşmenin 19.maddesi çocuk fuhşuna ilişkin suçları düzenlerken, 20.madde çocuk pornografisine ilişkin suçları düzenlemektedir. 20.maddenin 1.fıkrasında çocuk pornografisi suçunu oluşturacak hareketler altı bent halinde sayılmıştır: “a) çocuk pornografisi üretimi; b) çocuk pornografisi teklifi veya sağlanması; c) çocuk pornografisi dağıtımı veya yayınlanması; d) kendisi veya başkası için çocuk pornografisi temin etmek; e) çocuk pornografisine sahip olmak; f) bilgi ve iletişim teknolojileri yoluyla bilerek çocuk pornografisine erişim sağlamak.” 2.fıkra hükmü ise ÇHS ek protokolünü temel alarak<sup>4</sup> çocuk pornografisini şu şekilde tanımlamaktadır: “Görsel olarak bir çocuğun gerçek veya temsili bariz cinsel davranışlarda bulunduğunu ortaya koyan veya bir çocuğun cinsel organlarının cinsel amaç öncelikli olarak her türlü gösterimini içeren herhangi bir materyali ifade eder.”

20.maddenin 3.fıkrasında ise taraf devletlerin hükme çekince<sup>5</sup> koyabilecekleri hususlar gösterilmektedir. Düzenlemeye göre 1.fıkra hükmünde bulunan a ve e bentlerine taraf devletler iki farklı durumda çekince koyabileceklerdir. Birinci durumda tamamen temsili görüntülerden veya gerçekte var olmayan bir çocuğun görüntülerinden oluşan pornografik materyalleri üretmek veya bu materyalleri bulundurmak taraf devletler tarafından suç olarak kabul edilmeyebilecektir. İkinci durum ise cinsel eylemde bulunmanın yasak olmadığı çocuk grubu ile ilgilidir. Bu grupta bulunan çocukların rızası ile ve sırf kendi kullanımları için pornografik materyallerin üretilmesi ve bu çocuklar tarafından materyallere sahip olunması suç olarak kabul edilmeyebilecektir. Bununla birlikte Türkiye, sözleşmenin 20.maddesine herhangi bir çekince ileri sürmemiştir<sup>6</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin 20.maddesinin 1.fıkrası Türkiye Cumhuriyeti açısından 3.fıkra hükmü dikkate alınmaksızın uygulanacaktır. Böylece Türkiye Cumhuriyeti açısından Sözleşme, 18 yaşını tamamlamış bütün çocukların pornografik ürün üretiminde kullanılmasını istisnasız bir şekilde cezalandırma yükümlülüğü getirmektedir.

Sözleşme, “pornografik gösteriler” ile çocuk pornografisi arasında ayırım yapmaktadır. Bu yönüyle sözleşme, pornografik gösterileri de çocuk pornografisi içerisinde tanımlayan ÇHS Ek Protokolden ayrılır. Sözleşmenin 21.maddesi ise çocukların pornografik gösterilere katılmasına ilişkin suçları düzenlemektedir. Buna göre şu fiillerin taraf devletler tarafından suç olarak düzenlenmesi gerekmektedir: “a) bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için işe almak veya bir çocuğun böyle gösterilere katılmasına neden olmak; b) bir çocuğu pornografik gösterilere katılması için zorlamak veya bir çocuk üzerinden kazanç sağlamak veya bu amaçla çocuğu her türlü istismar etmek; c) bilerek çocukların katılımını içeren pornografik gösterilere katılmak”. Ancak

<sup>3</sup> Explanatory Report of Lanzarote Convention, p.120.

<sup>4</sup> Explanatory Report of Lanzarote Convention, p.142.

<sup>5</sup> Çekince çok taraflı uluslararası sözleşmelerde taraf devletlerinden birisinin bazı sözleşme hükümlerinin kendisi açısından farklı kabul edilmesi veya kabul edilmemesi için ileri sürdüğü beyandır. Çekincenin ileri sürülebilme şartları hukuki sonuçları Viyana Antlaşmalar Hukuku sözleşmesinde düzenlenmektedir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Pellet**, Alain, Conclusion and Entry into Force of Treaties, Reservations, Art.19 1969 Vienna Convention, Oxford Scholarly Authorities on International Law, VolumeI, Part II.

<sup>6</sup> [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/declarations?p\\_auth=i4qd RKje](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/201/declarations?p_auth=i4qd RKje). E.T: (20.02.2020)

sözleşme pornografik gösterileri tanımlamamıştır. Açıklayıcı raporda bunun bilinçli bir tercih olduğu, “pornografik gösteriler” kavramının içeriğinin taraf devletler tarafından belirlenebileceği ifade edilmiştir. Keza raporda daha önce pornografik gösterilerle ilgili düzenleme getiren ÇHS’nin ve 22 Aralık 2003 tarihli Avrupa Birliği İşbirliği Kararının<sup>7</sup> pornografik gösteriyi tanımlamadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte raporda çocukların cinsel içerikli davranışlarda bulunduğu gösterilerin pornografik gösteri olduğu da ifade edilmiştir<sup>8</sup>. Söz konusu İşbirliği Kararı yerine kabul edilen 13 Aralık Tarihli 2011/93/EU Sayılı Avrupa Birliği Direktifinde ise pornografik gösterilerin tanımlandığı görülmektedir. Buna göre pornografik gösteri, çocukların cinsel davranışlarda bulunduğu veya çocukların cinsel organlarının öncelikli olarak cinsel amaçlarla sergilendiği; bilgi ve iletişim teknolojileri ile gerçekleştirilen ve belirli bir katılımcı kitleyi hedefleyen canlı gösteriler olarak tanımlanmıştır (m.2/1-e).

Sözleşmenin 22.maddesi cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş bir çocuğun katılım olmadan da olsa cinsel sömürü veya cinsel faaliyetlere tanık olmasına kasten neden olunması cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul etmiştir. 23.madde ise bir yetişkinin, cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş bir çocuğa yönelik cinsel bir eylemde bulunmak veya çocuk pornografisi üretmek amacı ile buluşma teklifinde bulunulması ve bu teklifi takiben söz konusu buluşma için icra hareketlerinin gerçekleştirilmesini suç olarak düzenleme yükümlülüğü getirmektedir.

## 1.2. Sözleşmeler Çerçevesinde Türk Ceza Hukuku Mevzuatının Ele Alınması

### 1.2.1. Genel Olarak

Uluslararası sözleşmeler, çocukların cinsel yönden korunmalarını yetişkinlere karşı işlenen cinsel suçlardan bağımsız olarak ele almaktadır. ÇHS, çocuğa yönelik cinsel bir eylemde bulunmak ile çocuğu cinsel bir davranışa zorlamayı ayrı maddelerde düzenlemektedir. Keza ÇHS, çocuğun cinsel olarak istismarı ve sömürüsü kapsamında çocuk fuhşunu ve çocuk pornografisine ilişkin önleme yükümlülüklerine de yer vermektedir. Ek protokol ise çocuk satışına ilişkin düzenlemelerle birlikte çocuk fuhşuna ve çocuk pornografisine ilişkin daha detaylı düzenlemelere yer verilmektedir. Lanzarote Sözleşmesinde ise çocukla cinsel eylemlerde bulunma, çocuk fahişeliği ve çocuk pornografisi ayrı ayrı ele alınmıştır. Keza bu sözleşmede pornografik gösteriler, çocuğun cinsel sömürü ve faaliyetlere tanık olması ayrıca ele alınmaktadır.

TCK’da çocukların cinsel yönden korunmalarına ilişkin temelde altı farklı suç tipinin olduğu ifade edilebilir. 80.maddenin 3.fikrasında tehdit, cebir ve şiddet gibi zorlayıcı hareketlerde bulunulmasa dahi çocukların çocuklara fuhuş yaptırılması amacı ile tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları halinde failin cezalandırılacağı belirtilmiştir (Çocuk ticareti suçu). Keza benzer bir suç tipi olarak TCK’nın 227.maddesinin 1.fikrasında çocuğu fuhşa teşvik eden, bunu kolaylaştıran, bu maksatla tedarik eden veya barındıran ya da çocuğun fuhşuna aracılık eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir. TCK’nın 103.maddesi çocuklara yönelik gerçekleştirilen cinsel eylemleri cezai yaptırım altına almaktadır. 104.madde hükmünde 15-18 yaş arası çocukla yetişkin bir kişinin cinsel ilişkiye girmesi

<sup>7</sup> Çocukların Cinsel Sömürüsü ve Çocuk Pornografisi İle Mücadele Konusunda İşbirliği Kararı (2004/68/JHA)

<sup>8</sup> Explanatory Report, p.146-147.

cezalandırılmaktadır. Keza 105.maddede düzenlenen cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği de kabul edilmiştir. Uluslararası sözleşmelerde bulunan çocuk pornografisine ilişkin düzenlemelerin karşılığı ise müstehcenlik başlığı taşıyan 226.maddede bulunmaktadır. Ancak Türk Ceza Kanununda pornografik gösterileri doğrudan karşılayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu fiil aşağıda da ele alınacağı üzere cinsel istismar veya cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilebilecektir.

Konumuzun sınırları itibariyle yalnızca çocukların cinsel istismarına ve çocuk pornografisine ilişkin uluslararası sözleşmelerde bulunan düzenlemelerle Türk Ceza Hukuku mevzuatında bulunan düzenlemeler karşılaştırılacaktır. Çocukların mahrem görüntülerinin kaydedilmesi açısından uluslararası sözleşmelerde düzenlenen cinsel eylemlere katılma yaşı, çocuk pornografisi ve pornografik gösterilere ilişkin düzenlemelerin Türk Ceza Hukuku mevzuatı açısından değerlendirilmesi elzemdir.

### 1.2.2. Cinsel Eylemde Bulunulabilme Yaşı

Cinsel eylemde bulunulabilme yaşı, Lanzarote Sözleşmesinin çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel faaliyetleri suç olarak düzenlenmesinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşme, cinsel eylemde bulunma yaşına erişmemiş çocuğa karşı yapılacak her türlü cinsel faaliyeti çocuğun rızasına bakmaksızın suç olarak kabul ederken, bu yaşı doldurmuş bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel davranışların zorlayıcı (rıza dışı) bir mahiyet taşıması gerektiğini kabul etmektedir (m.18). 18 yaşını tamamlamamış herkesi çocuk olarak kabul eden sözleşme, cinsel eylemde bulunulabilme yaşının tespitini ise taraf devletlere bırakmaktadır. 2011/93/EU Sayılı Direktif de suç tanımlamalarını yaparken cinsel eylemde bulunulabilme yaşını dikkate almaktadır.

Cinsel eylemde bulunabilme yaşı, suç teorisinde gösterilen rızanın geçerlilik şartı olarak değerlendirilecektir. Bu noktada Türk Ceza Hukukunda cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda ilgili tarafından gösterilen rızanın hukuki mahiyetini belirten görüşlere yer vermeyi uygun görüyoruz. Ceza hukukunda rıza; tipikliği ortadan kaldıran rıza ile hukuka uygunluk nedeni olan rıza olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>9</sup>. Tipik fiilin tanımında rızaya işaret eden bir belirleme mevcut ise ve yahut da tipik fiilin mahiyeti itibariyle gösterilen rızanın tipik fiilin oluşumuna engel olacağı kabul ediliyorsa **tipikliği ortadan kaldıran rıza** söz konusudur. Buna karşılık rıza, tipik fiilin icra edilmesini hukuka uygun hale getiriyorsa hukuka uygunluk nedeni olan rızadan bahsedilecektir<sup>10</sup>. Bu ayrımın en önemli pratik sonuçlarından<sup>11</sup> birisi tipikliği ortadan kaldıran rızanın varlığına rağmen icra edilen fiil hukuka aykırı olabilirken hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığı halinde icra edilen fiil tüm hukuk düzenince tasvip edilecektir. Buna göre tipikliği ortadan kaldıran rızanın varlığı halinde fiil nedeniyle

<sup>9</sup> **Ekici Şahin**, Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul; s.70 vd.; **Koca**, Mahmut / **Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.290; **Akbulut**, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi Ankara, s.494; **Hakeri**, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 22.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.360. Buna karşılık öğretide çocuk düşürme ve düşürtme suçunda rızanın kusurluluğu ortadan kaldıran bir niteliği olduğu da kabul edilmektedir. **Özgenç**, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 15.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.378-379.

<sup>10</sup> **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.288.

<sup>11</sup> Ayrıma atfedilen diğer bazı sonuçlar için bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s.496-498; **Hakeri**, s.361-362.

başka bir hukuk disiplini tarafından faile yaptırım uygulanabilir. Buna karşılık hukuka uygunluk nedeni olan rızanın varlığı halinde ise fiil nedeniyle faile hiçbir hukuk disiplince yaptırım uygulanabilmesi mümkün değildir. Öğretide cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda gösterilen rızayı hukuka uygunluk nedeni kabul eden yazarlar<sup>12</sup> bulunduğu gibi tipikliği ortadan kaldıran nitelikte olduğunu kabul eden yazarlar<sup>13</sup> da vardır. Kanaatimizce cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlarda gösterilen rıza tipikliği ortadan kaldıran bir fonksiyon icra eder. Zira cinsel ilişkinin hukukiliği tek başına Türk Ceza Kanunu hükümleri dikkate alınarak belirlenmemektedir. Söz gelimi eşi dışında başka biri ile rızasına binaen cinsel birliktelikte bulunan kişinin eylemi, TCK tarafından cezalandırılmayacaktır. Buna karşılık bu eyleme Türk Medeni Kanunu (TMK) birtakım sonuçlar bağlamaktadır (m.161, 236/2).

Cinsel eylemde bulunabilme yaşı, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların tipik fiilinin oluşmaması için gösterilecek rızanın geçerliliğinin şartlarından birisidir. Buna karşılık TCK bu rızanın geçerlilik şartı olarak yalnızca yaş sınırlamasına dikkate almamıştır. Fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama da rızanın geçerlilik şartlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır.

TCK'da da 18 yaşını doldurmamış herkes çocuk olarak kabul edilmektedir (m.6/1-b). Bununla birlikte mevzuatımız açısından cinsel eylemde bulunabilme yaşının tespiti açısından bazı sorunlar bulunmaktadır. TCK'nın 103.maddesi 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı, cinsel istismar suçu olarak kabul etmiştir. Bu nedenle bu yaş grubunda bulunan çocuklara karşı cinsel eylemde bulunulması mutlak bir şekilde kabul edilmemektedir. Buna karşılık 104.madde hükmü 15 yaşını tamamlamış çocukla bir kişinin rızaya binaen cinsel ilişkiye girmesini cezalandırmaktadır. Cinsel ilişkiden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin madde gerekçesinde bir açıklamaya yer verilmiş değildir. İlişki sözlükte “iki şey arasında karşılıklı ilgi, bağ, münasebet, temas” “bağlantı, temas” anlamalarına gelmektedir<sup>14</sup>. Bu çerçevede lafzi olarak cinsel içeriği olan karşılıklı temaslar cinsel ilişki içerisinde değerlendirilebilecektir. Günlük kullanımda ise cinsel ilişki tabirinden cinsel organların kullanılması suretiyle çiftleşme anlaşılmaktadır<sup>15</sup>. Ancak TCK m.225 hükmünün gerekçesinde cinsel ilişki “cinsel arzuları tatmine yönelik her türlü davranış” olarak tanımlanmaktadır. Bir takım küçük fikir ayrılıklarına rağmen öğretide reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun kanuni tanımında kullanılan cinsel ilişki kavramından, cinsel organların kullanılması suretiyle gerçekleştirilen duhul anlaşılmaktadır<sup>16</sup>. Buna karşılık reşit olmayanla cinsel ilişkide cinsel

<sup>12</sup> **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.333-334; **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.411; **Özbek**, Veli Özer /**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 14.Baskı Ankara, s.339;

<sup>13</sup> **Dursun**, Selman, Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9. S.24, s.63; **Akbulut**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.40, (2019), s.269, 279-280; **Ekici Şahin**, s.90; **Özgenç**, İzzet “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniveristesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.2, s.253.

<sup>14</sup> www.tdk.gov.tr E.T:20.04.2020.

<sup>15</sup> Bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel\\_ili%C5%9Fki](https://tr.wikipedia.org/wiki/Cinsel_ili%C5%9Fki); E.T: 20.04.2020.

<sup>16</sup> Vajinal ve anal yoldan gerçekleştirilen cinsel organ duhulünün cinsel ilişki olarak kabul edilmesi noktasında öğretide hemfikirlerdir. **Koca**, Mahmut /**Üzülmez**, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Ankara, s.374; Bazı yazarlar oral seksi de cinsel ilişki içerisinde değerlendirmektedirler: **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.381; Vücut dokunulmazlığının yalnızca erkeklik organının vajinal veya anal yoldan duhul ile ihlal edilmeyeceğini, vücuda sair cisim duhul etmenin de çocuğun cinsel dokunulmazlığını ihlal edeceğine dair bkz. **Aksakal**, Enver,

ilişkiyi geniş anlamda yorumlayan yazarlar da mevcuttur. “*Soyaslan*” flört aşamasından ileri olan ilişkileri cinsel ilişki olarak kabul etmektedir<sup>17</sup>. Ancak bu görüş hukuk uygulaması açısından oldukça muğlaktır. Hangi davranışların flört içerisinde değerlendirileceği ve hangi aşamadan itibaren flört aşamasından ileri gidileceği izah edilmesi gereken hususlardır. Bunun haricinde öğretide 104.madde çerçevesinde cinsel ilişki ile diğer cinsel davranışların birbirinden ayrılması eleştirilmektedir<sup>18</sup>. Kanaatimizce de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunda cinsel davranışlar arasında sırf cinsel organa başka bir cinsel organın duhulüne dayanan bir ayırım yapmak doğru değildir. Böyle bir ayırım yapıldığı takdirde çocuğa yönelik cinsel anlamda oldukça ileri giden davranışlar gerçekleştirilse bile sırf cinsel organ duhulü olmadığı gerekçesi ile reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşmadığı kabul edilecektir. Bu itibarla kanaatimizce TCK’nın çocuklara karşı işlenen cinsel suçlarda koruduğu hukuki değer<sup>19</sup> de dikkate alınarak maddede kullanılan “cinsel ilişki” tabiri geniş anlamda yorumlanmalı ve çocuğun vücudu kullanılarak cinsel arzuları tatmin etmeye yönelik her türlü davranış cinsel ilişki içerisinde değerlendirilmelidir<sup>20</sup>. Ancak uygulamada da cinsel ilişki kavramının dar yorumlandığını belirtmeliyiz<sup>21</sup>.

Buna karşılık 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ise 17 yaşını dolduran bir kişinin kanuni temsilcisinin rızası ile evlenebileceğini kabul etmiştir (m.124/1, 126). Keza olağanüstü hallerde hâkimin izni ile 16 yaşını tamamlamış çocukların evlenebileceği kabul edilmiştir (m.124/2). Bu hükümler çerçevesinde TMK’nın, 16 yaşını doldurmuş bir çocuğun, belirli şartlar çerçevesinde cinsel ilişkiye girebileceğini kabul ettiğini söyleyebiliriz.

Mevzuatımızda bulunan düzenlemelerden hareketle 15 yaşını tamamlamamış çocuklara yönelik mutlak bir şekilde cinsel bir davranışta bulunulmasının yasaklandığını ifade edebiliriz. Keza 15 yaşının tamamlamış çocukların cinsel eylemde bulunabilmeleri bazı yasal şartların sağlanması halinde mümkün olacaktır. TMK’nın belirlediği şartlar çerçevesinde evlenen çocukların rızalarına binaen eşleri ile cinsel ilişkiye girmeleri TCK’nın 104.maddesinde düzenlenen suçu oluşturmayacaktır. Zira evlilik mahiyeti itibarıyla eşlerin cinsel ilişkisini hukuki kabul eden bir müessesedir. Buna karşılık TCK’nın 104.maddesi başlığında kullanılan “reşit olmayanla cinsel ilişki” başlığı nedeniyle yargısal bir kararla reşit olan çocukların (TMK m.12) cinsel ilişkiye rıza

---

Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.2, S.88., s.260. Bazı yazarlar ise oral seksi cinsel ilişki içerisinde değerlendirmemekte: **Arslantürk**, Mustafa, Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar, 2019, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.373; **Tezcan/ Erdem/Önok (17)**, s.454; **Köksal**, Atacan, Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nevzat Toroslu’ya Armağan, C.2, 2015, s.707.

<sup>17</sup> **Soyaslan**, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2016, 11.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s.249.

<sup>18</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.382; **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.55.

<sup>19</sup> Mağdurun erken cinsel deneyimden uzak tutulması ve bu yolla çocuğun sağlıklı biçimde cinsel gelişiminin korunması... **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.426; İlhan **Üzülmöz**, Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, *Erceyis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2., s.26-27.

<sup>20</sup> Mevzuatımızda “cinsel ilişki” kavramının bu şekilde geniş anlaşıldığı diğer bir metin 10.09.2011/28050 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Lanzarote Sözleşmesinin Türkçe metnidir. Sözleşmenin çocuk pornografisine ilişkin yaptığı tanımda yer alan “expilily sexually conduct” (bariz cinsel davranış) terimi “cinsel ilişki” olarak çevrilmiştir (m.20/2).

<sup>21</sup> Bkz. **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.454, 455 sayılı dipn.; “*Sanığın, mağdureye oral seks yaptırması eyleminin cinsel ilişki niteliği taşıması nedeniyle olayda TCK’nın 104. maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun unsurları itibarıyla oluşmadığı gözetilerek beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi...*” 14.CD, E.2014/6744, K.2017/1914, T.10.94.2017.



gösterebilecekleri sonucuna ulaşılmamalıdır. Zira söz konusu rüş, çocuğun hukuki işlem ehliyetine verilmekte olup cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyeti vermemektedir<sup>22</sup>. Keza evlilik çocukların yalnız eşleri ile cinsel ilişkiye girmelerine izin veren bir müessese olduğundan evli çocukların evlilik dışı ilişkileri de reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır<sup>23</sup>. Belirtmek gerekir ki Lanzarote Sözleşmesinin 18.maddesinin 3.fıkrası reşit olmayanla cinsel ilişki suçu açısından da değerlendirilmelidir. Buna göre her ikisi 16 ila 18 yaş aralığında olan çocukların birbirleri cinsel ilişkiye girmeleri TCK'nın 104.maddesinde düzenlenen suçu oluşturmayacaktır<sup>24</sup>.

Diğer taraftan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun takibi şikâyete bağlı olması bu belirlemelerimiz üzerinde etkili olan bir husus değildir. Şikâyet maddi ceza hukukunun bir kurumu değildir. Bu nedenle şikâyetin varlığı veya yokluğu suçun oluşumu üzerinde etki eden bir husus değildir<sup>25</sup>. Kanun koyucu çeşitli mülahazalarla<sup>26</sup> bazı suçların takibini şikâyet şartına tabi tutmuştur. Bu itibarla suçun takibi şikâyete bağlı olması nedeni ile öğretide suçun oluşumuna ilişkin yapılan bir takım değerlendirmeleri<sup>27</sup> doğru bulmadığımızı ifade etmek isteriz.

15 yaşını tamamlamış çocukların cinsel eyleme rıza gösterebilme ehliyetleri müstehcenlik suçu açısından da değerlendirilmelidir. Yukarıda da ifade edildiği üzere Lanzarote Sözleşmesi çerçevesinde 18 yaşını tamamlamamış her çocuğun pornografik ürün üretiminde kullanılması istisnasız bir şekilde cezalandırılacaktır Öğretide de buna uygun olarak müstehcenlik suçu açısından rızanın bir hukuka uygunluk sebebi olmadığı kabul edilmektedir<sup>28</sup>. TCK'nın 226.maddesinin 1.fıkrasının (a) bendinde bir çocuğa müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin verilmesi; bunların içeriğinin gösterilmesi, okunması, okutulması veya dinletilmesi yasaklanmıştır. TCK'ya

<sup>22</sup> **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.380; **Taner**, Fahri Gökçen, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2017 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.369; “*Koca/Üzülmez*” evlilikle ergin olan çocuğun suçun mağduru olmayacağını ifade etmekle birlikte yasal erginlik ile ilgili görüş bildirmemektedirler. **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler s.373;Yargısal olarak reşit olan çocuğun da bu suçun mağduru olamayacağına ilişkin bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s.453; **Akbulut**, s.283; **Sevük**, Handan Yokuş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.174; **Aydın**, Murat, *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*,2018, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.105; Evlilik ya da mahkeme kararı ile reşit olmuş mağdura yönelik eylemin 104.madde kapsamında değerlendirilmemesi için kanuni düzenlemeye gerek olduğuna ilişkin bkz. **Kartal**, Pınar Memiş, *Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.65, s.2088.

<sup>23</sup> **Köksal**, s.692-693; Aksi yönde bkz. **Taner**, s.368-369; **Dursun**, s.66.

<sup>24</sup> **Özgenç**, İzzet, *Cinsel Suçlar*, “Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.1., s.265-26; **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.372; **Aydın**, s.104; 7; Farklı bir gerekçe ile aynı yönde bkz. **Hafizoğulları**, Zeki/Özen, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 2016, 5.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s168-169; İlişkinin taraflarından birinin evlenme suretiyle veya yargısal yolla reşit olan bir çocuk olması halinde bu çocuğun suçun faili olacağına ilişkin bkz. **Tezcan/ Erdem/Önok (17)**, 450; Aksi yönde bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s.378; **Soyaslan**, s.249. s.450. “*Sevük*” TCK'nın 104.maddesinin 16 ila 18 yaş grubu çocuklar arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkileri de cezalandırdığını kabul etmekle birlikte Lanzarote Sözleşmesinin 18.maddesinin 3.fıkrasının göz önünde tutularak bu yaş grubu çocuklar arasındaki cinsel ilişkinin suç olmaktan çıkarılması gerektiğini savunmaktadır. **Sevük**, s.171.

<sup>25</sup> **Koca/Üzülmez**, Genel Hükümler, s.379.

<sup>26</sup> Bkz. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.699.

<sup>27</sup> Bkz. **Hafizoğulları/Özen**, *Kişilere Karşı Suçlar*, s.168-169.

<sup>28</sup> **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.253; **Özbek**, Veli Özer, *Müstehcenlik Suçu (TCK m.226)*, 2009, 1.Baskı, Ankara, s.126.



göre 18 yaşını tamamlamamış herkes çocuktur<sup>29</sup>. Bu itibarla 15 yaşını doldurmuş bir çocuğun cinsel taciz niteliğindeki eylemlere rıza göstermesinin suçun oluşumunu engellemeyeceğini de ifade etmek isteriz<sup>30 31</sup>. Cinsel taciz ile hayasızca hareketler ve müstehcenlik suçunu birbirinden ayıran husus cinsel tacizde söz konusu hareketin belirli bir kişiye yönelmiş olmasıdır<sup>32</sup>. TCK m.226/1-a bendi çerçevesinde çocuğa müstehcen görüntülerin izletilmesi her halükarda yasaklanmışken, bir kişinin çocuğa yönelik olarak müstehcen kabul edilecek bir hareketi ika etmesinin çocuğun rızasına bağlı olarak hukuki hale gelmesi TCK içerisinde bir çelişki oluşturacaktır. Bununla birlikte 15 yaşını tamamlamış bir çocuğa yönelik cinsel istismar boyutuna varmayan cinsel eylemlerde bulunulması halinde, cinsel taciz suçundan ötürü cezalandırma yoluna gidebilmek için çocuğun bu eylemden rahatsızlık duyması gerekmektedir. Zira cinsel taciz suçunda mağdurun cinsel motifli eylemlerden rahatsızlık duyması objektif cezalandırılabilme şartıdır<sup>33</sup>. Bu şart gerçekleşmeden suçun oluştuğu kabul edilmez<sup>34</sup>. Keza evli çocuğa karşı eşinin cinsel taciz suçunu işleyebileceği kabul edilemez. Kişinin eşinin kendisine yönelik cinsel motifli davranışından rahatsızlık duyması ise evlilik kurumu ile bağdaştırılmaz.

Keza TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında çocukların müstehcen görüntülerinin kaydedilmesi yasaklanmıştır. Bu çerçevede 15 yaşını tamamlamış çocukların, fiziki mahremiyetlerinin kayıt altına alınmasına rıza gösterme ehliyetlerinin bulunmadığı ifade edilmelidir.

Çocuğun fiziki mahremiyet içeren görüntülerinin kaydedilmesi (m.134/1) sonrasında kaydedilen görüntülerin ifşa edilmesi (m.134/2) özel hayatın gizliliğini ihlal çerçevesinde TCK'da cezalandırılmaktadır. Çocuğun bu çerçevede gösterdiği rızanın 134.maddede düzenlenen suçlar açısından doğuracağı sonucun da incelenmesi gerekmektedir. Öğretide özel hayatın gizliliğinin üzerinde mutlak surette tasarruf edilebilecek bir hak olduğu bu nedenle de gösterilen rızanın 134.maddede düzenlenen suçlar açısından hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edileceği

<sup>29</sup> Öğretide 226.maddenin 1.fikrasının a ve b bentlerinde yaptırıma altına alınan eylemlerle ilgili olarak, evlenme sureti ile ergin olmuş çocukların 226.madde kapsamında çocuk olarak kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. **Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, 5.Cilt, 2014, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.6763-6764; Özbek, s.56.** Kanaatimizce bu görüş kabul edilemez. Lanzarote sözleşmesinde çocuk tanımına ilişkin bir istisna getirilmediği gibi çocuk pornografisi konusunda cinsel eylemde bulunabilme yaşına göre de bir ayırım yapmış değildir. Bu konuda sözleşmenin getirdiği tek istisna (çocuğun pornografiye rıza gösterebilmesi (m.20/3) ) ise ancak taraf devletin çekince koyması durumunda geçerli olacaktır. Türkiye Cumhuriyeti'nin bu hususta ileri sürdüğü bir çekince ise söz konusu değildir. Çocuk Koruma Kanununda bulunan "daha erken yaşta ergen olsalar bile" ibaresinin TCK'da kullanılmamış olması da ileri sürülen bu görüşü doğrulamamaktadır. TCK'nın 6.maddesinde yapılan tanımlamanın bu ibareyi içermemesi Çocuk Koruma Kanununa göre bu hususu daha farklı şekilde kabul ettiğini göstermemektedir. Dolayısıyla evlenmiş olsalar dahi 18 yaşını doldurmamış bir kişi TCK kapsamında çocuktur ve bu hususun herhangi bir suç tipine göre değişiklik göstermesi söz konusu değildir.

<sup>30</sup> Aksi yönde bkz. **Akbulut, Cinsel Suçlar, s.286.**

<sup>31</sup> Bununla birlikte kanaatimizce çocuklara karşı işlenen cinsel taciz suçunun da takibi şikâyete bağlıdır. Bkz. **Özbek/Doğan/Bacaksız, s.398; Taner, s.441; Aksi yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok (17), s.474; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.384.**

<sup>32</sup> **Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s.381.**

<sup>33</sup> **Özgenç, İlginin Rızası, s.283.**

<sup>34</sup> **Özgenç, Genel Hükümler, s.695; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s.375.**

belirtilmektedir<sup>35</sup>. Buna karşılık çocukların bu hususta gösterecekleri rızanın geçerliliği konusunda ayrıca bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu hususta TCK m.226/3 hükmü göz önünde tutulduğunda çocuğun gösterdiği rızanın 134.maddede düzenlenen suçların oluşumuna engel olmayacağı ifade edilmelidir<sup>36 37</sup>. Zira çocukların fiziki mahremiyetlerini kayıt altına alınmasına veya bu görüntülerin ifşa edilmesine rıza gösterme ehliyetleri bulunmamaktadır.

Sonuç itibarıyla hukukumuzda 15 yaşını tamamlamamış çocuklar açısından cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyetlerinin hiçbir şekilde bulunmadığı, 15 yaşını tamamlayan çocukların ise ancak bazı şartlar çerçevesinde bu eylemlere rıza gösterme ehliyetlerinin tanındığı kabul edilmelidir. Keza TCK, 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocukların da cinsel eylemlere rıza gösterme ehliyetlerini kabul etmemektedir.

### 1.2.3. Müstehcenlik ve Çocuk Pornografisi

Uluslararası sözleşmelerde çocukların pornografik materyallerin üretiminde kullanılması, çocuk pornografisi niteliğindeki materyallere sahip olunması ve bu ürünlerin dağıtılması, çocukların

<sup>35</sup> Akyürek, Güçlü, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2014, 2.Baskı, Ankara, s.304; Tezcan/Erdem/Önok (17), s.686. Buna karşılık “Özgenç” özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda gösterilen rızanın **tipikliği ortadan kaldıran** rıza olduğunu kabul etmektedir. **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.274-275.

<sup>36</sup> Aksi yönde değerlendirmeler için bkz. Akyürek, s.305-306.

<sup>37</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği bir karara konu olan olayda sanık, 15 yaşından küçük bir çocuk ile rızasına binaen cinsel ilişkide bulunmuş ve yine rızasına binaen çocuğun çıplak görüntülerini telefonuna kaydetmiştir. Yargıtay çocuğun gösterdiği rızanın özel hayatın gizliliğini ihlal suçu açısından hukuki etkisini şu şekilde açıklamıştır: “Ceza Genel Kurulunun 12.11.2013 gün ve 511-449 ile 11.03.2008 gün ve 253-52 sayılı kararında da vurgulandığı üzere; 5237 sayılı TCK’nun 6/1-a maddesinde, “henüz 18 yaşını doldurmamış kişi” olarak tanımlanan çocuk kavramının, kanunkoyucu tarafından cinsel dokunulmazlığa karşı suçların düzenlendiği bölümde, “onbeş yaşını bitirmiş”, “onbeş yaşını tamamlamamış” şeklinde iki ayrı dönem olarak ele alındığı görülmektedir. Buna göre bu bölümde “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklar ile “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı işlenen cinsel suçlar farklı kategoride mütalaa edilmiştir. TCK’nun 103/1-a maddesinde, “onbeş yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı her türlü cinsel davranış cinsel istismar olarak tanımlanmışken aynı maddenin (b) bendinde ise; diğer çocuklar ifadesiyle “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklar kastedilerek bunlara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturabileceği kabul edilmiştir. Böylece kanun koyucu bu maddede “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” olan çocuklara karşı rızalarıyla işlenen cinsel davranışları cinsel istismar suçu kapsamına almamış ve bu kategorideki çocukların rızalarına önem vermişken, “onbeş yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı yapılan her türlü cinsel davranışı rızaları olsa bile çocukların cinsel istismarı suçu kapsamına almıştır. Aynı kanununun 104. maddesinde de; cebir, tehdit ve hile olmaksızın, onbeş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunmayı şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemeden de hareketle çocuklara karşı işlenen özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun da iki kategoride ele alınması gerekmektedir: **Birinci kategoride yer alan “onbeş yaşını tamamlamamış” çocukların özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkı niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hak olmadığından, özel hayatlarının gizliliği ve korunması hakkının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rıza, bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyecektir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan “onbeş yaşını bitirmiş olup da onsekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızaları hukuka uygunluk nedeni olabilecektir.”** CGK, E.2013/14-511, K.2014/311, T.10.06.2014. Kanaatimizce bu kararda Yargıtay’ın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar yerine müstehcenlik suçunu göz önünde tutarak bir değerlendirme yapması daha uygun olurdu. Öğretide reşit olmayanla cinsel ilişki suçu bakımından cinsel birleşmeye varmayan cinsel davranışlara gösterilen rızanın hukuka uygunluk nedeni olmadığı gerekçesiyle bu kararın sorunlu olduğu ifade edilmektedir. **Özgenç**, *İlgilinin Rızası*, s.263. Keza aynı yazar TCK m.226/3 hükmünde düzenlenen müstehcenlik suçunun, özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna (TCK m.134/1-2.cümle) göre özel norm niteliği taşıdığını kabul etmektedir. **A.g.m.**, s.276.

pornografik gösterilere katılması, çocukların katıldığı pornografik gösterilere katılma, çocukların cinsel sömürü veya eylemlere tanık edilmesi suç olarak düzenlenmesi gereken fiiller olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık 5237 sayılı TCK ,“pornografi” kavramını içeren bir suç tanımı yapmış değildir. TCK’nın 226.maddesi başlığı “müstehcenlik” olup bu madde içerisinde birçok suç tipine yer verilmiştir. TCK’da çocuk pornografisine ilişkin suçlar 226.madde çerçevesinde incelenmektedir.

Sözlük anlamı<sup>38</sup> “*açık saçık, edebe aykırı, yakışıksız*” olan müstehcenlik kavramının içeriğinin belirlenmesinde toplumda egemen olan değer ölçüleri ve hayasızca hareketler kavramına ilişkin TCK m.225 hükmünün gerekçesinde bulunan açıklamaların dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir<sup>39</sup>. TCK’nın 225.madde hükmünde ise hayasızca hareket kavramına ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir:

*“Madde metninde, toplumun sahip bulunduğu ortak edep (ar ve haya) duygularının, edep törelerinin ihlâli, incitilmesi ve her ne suretle olursa olsun edep ve ahlâk temizliğine alenen saldırı niteliği taşıyan hareketler, tutum ve davranışlar ve takınılan durumlar suç olarak tanımlanmıştır.*

*Bu hükme göre, genel olarak edep ve iffete saldırı niteliği taşıyan davranışlar, suç oluşturmaktadır. Böylece, halkın ar ve haya duygularının, toplumun ortak edep ve ahlâk temizliğinin korunması amaçlanmıştır. Bu suretle toplum kültürünün önemli bir kısmını oluşturan edep, iffet, ar ve haya duyguları, edep töreleri korunmakta ve bu değerlere saldırı niteliği taşıyan hareketler yasaklanmaktadır.*

*Hayasızca hareketlerin cezalandırıldığı bu suç tanımında, bu kavrama açıklık getirmek amacıyla, “alenen cinsel ilişkide bulunmak” ve “teşhircilik” ifadeleri kullanılmıştır. Madde metninde geçen cinsel ilişki, cinsel arzuların tatmini amacıyla yönelik her türlü davranışı ifade etmektedir. Teşhirciliğin konusu, kişinin cinsel organlarından ibaret değildir. Vücut bölgelerinin, madde metniyle korunması amaçlanan hukukî değeri ihlâl niteliğindeki teşhiri, bu suçun oluşumuna neden olacaktır.”*

ÇHS ek protokolü tanımını temel alan Lanzarote Sözleşmesi, çocuk pornografisinde çocuğun gerçek veya tasviri cinsel eylemlerde bulunmasını veya çocuğun cinsel organlarının öncelikli olarak cinsel amaçlarla gösterilmesini aramaktadır. TCK’nın madde gerekçeleri çerçevesinde çocuğun bariz cinsel faaliyetlerde bulunması “müstehcenlik” kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir. Buna karşılık Lanzarote sözleşmesinde yalnızca cinsel organların teşhiri ürüne pornografik bir nitelik kazandırabilirken TCK, cinsel organ niteliği olmayan vücut bölgelerinin teşhirini de müstehcenlik suçu içerisinde cezalandırabilmektedir.

Bu itibarla “müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramına nazaran daha geniş bir alanı kapsadığı görülmektedir. Öğretide de “müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramına nazaran daha geniş bir anlamı olduğu kabul edilmekle<sup>40</sup> birlikte yapılan değerlendirmeler “müstehcenlik”

<sup>38</sup> TDK Türkçe Sözlük www.sozluk.gov.tr E.T:26.02.2019.

<sup>39</sup> TCK m.226 gerekçesi.

<sup>40</sup> Söz konusu değerlendirmeler erotik ürün-pornografik ürün ayrımı yapmakta ve TCK’nın ancak pornografik ürünleri cezalandırdığını belirtmektedir. Bu değerlendirmelere göre pornografik ürün estetik ve hissel duygulardan çok cinselliği ön plana çıkaran, sanatsal olmaktan uzak, cinselliği bütün insani ilişkileri bir kenara bırakarak yansıtan ürünlerdir. Ürünün içeriğinde cinsellik bulunmakla birlikte sanatsal bir yön taşıyorsa bu ürün erotik olarak kabul edilmektedir. Veli Özer **Özbek**, Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), Ankara 2009, s.21;

kavramını “çocuk pornografisine” yaklaştırmaktadır<sup>41</sup>. Kanaatimizce bu yaklaşım isabetli değildir. Kanun koyucu bilinçli bir şekilde “müstehcenlik” kavramını kullanmış ve madde gerekçeleri bu kavramı pornografi kavramından daha farklı şekilde açıklamıştır. Bu nedenle TCK’nın müstehcenlik kavramı ile uluslararası sözleşmelere nazaran çocuk pornografisinden daha geniş bir alanı cezalandırdığı ifade edilmelidir.

TCK’nın müstehcenlik başlığını taşıyan 226.maddesinde birden fazla suç tipine yer verildiğini belirtmiştik. Maddenin 1.fikrasında müstehcenlikle ilgili çeşitli davranışlar suç olarak düzenlenmiş<sup>42</sup>, 2.fikrasında ise müstehcen görüntü, yazı veya sözleri basın veya yayın yolu ile yayınlama veya yayınlamasına aracılık edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Öğretide bu suçlar müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin suçlar başlığı altında incelenmektedir<sup>43</sup>. Bununla birlikte maddenin diğer fıkralarında da belirli nitelikte olan müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin fiillerin suç olarak düzenlendiği ifade edilmelidir. Maddenin 3 ve 4.fikralarında ise sadece müstehcen ürünlerin yayılmasına ilişkin fiiller değil, belirli nitelikte olan müstehcen ürünlerin üretilmesi ve bulundurulması da cezalandırılmıştır. Hükmün 5.fikrasında ise üç ve dördüncü fıkralardaki ürünlerin içeriğinin basın yayın yolu ile yayımlanması veya yayınlamasına aracılık edilmesi veya çocukların görmesi, dinlemesi veya okumasına neden olan kişinin cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması 226.maddenin 3.fikrası hükmünde cezalandırılmaktadır. Düzenlemeye göre müstehcen görüntü, yazı veya sözleri içeren ürünlerin üretiminde çocukları, temsili çocuk görüntülerini veya çocuk gibi görünen kişileri kullanan kişi cezalandırılacaktır. Söz konusu düzenleme uluslararası düzenlemelere uygun olarak temsili çocuk görüntülerinin veya çocuk gibi görünen kişilerin müstehcen ürün üretiminde kullanılmasını cezalandırmıştır<sup>44</sup>. Düzenleme gereğince müstehcen ürün bir video kaydı, ses kaydı, fotoğraf, yazı veya resim olabilir<sup>45</sup>. Bu itibarla bir çocuğun çıkardığı müstehcen sesin kaydedilmesi bu suçu oluşturacağı gibi yetişkinin çocuk taklidi yaparak çıkardığı böyle bir sesin kaydı da bu suçu oluşturacaktır. Keza herhangi bir görüntü olmasa dahi çocuğun cinsel deneyimlerini toplumun ortak edep duygularını incitecek şekilde anlatan bir yazı da bu suçun oluşturacaktır.

Uluslararası belgeler, çocuk pornografisine ilişkin suçları çocukların cinsel dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirmektedir. Belirtilmelidir ki 765 sayılı TCK’da cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar da genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında düzenlenmişti. 5237 sayılı TCK’nın cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar babında anlayış değişikliğine gitmesi bu suçların farklı bir başlık

---

**Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6764-6765. Kanaatimizce bu ayrımın çocuk müstehcenliği suçu açısından bir önemi bulunmamaktadır. TCK’nın 226.maddesinin 7.fikrası hükmüne göre “*Bu madde hükümleri, bilimsel eserlerle; üçüncü fıkra hariç olmak ve çocuklara ulaşması engellenmek koşuluyla, sanatsal ve edebi değeri olan eserler hakkında uygulanmaz*”. Kanun koyucu 226.maddenin 7.fikrasında çocuk müstehcenliği içeren ürünlerin sanatsal ve edebi değeri olamayacağını kabul etmiştir. Bu itibarla çocuğun fiziki mahremiyeti ancak bilimsel eserlerde bilimsel amaçlarla konu edinilebilecektir.

<sup>41</sup> **Özbek**, s.122; **Hafizoğulları, Zeki/Özen**, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Toplum Karşı Suçlar*, 2017, 3.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, s.342.

<sup>42</sup> Bkz. TCK m.226 gerekçesi.

<sup>43</sup> **Özbek**, s.39 vd.

<sup>44</sup> 24.03.2016 Tarihli 6698 sayılı Kanununun 30.maddesi ile eklenmiştir.

<sup>45</sup> **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6764.

altında düzenlenmesini gerektirmiştir. Ancak “çocuk müstehcenliği suçu” hali hazırda TCK’da genel ahlaka karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmektedir. Bununla birlikte TCK’nın çocuk müstehcenliğini sırf genel ahlak sorunu olarak kabul ettiğini ifade etmek kanaatimizce mümkün değildir. 226.maddenin 3.fikrasında düzenlenen çocuk müstehcenliği suçu, maddede düzenlenen diğer suç tiplerinden farklı bir mahiyet arz etmektedir. 226.maddenin diğer fıkralarında müstehcen ürünlere çocukların maruz bırakılması veya bu ürünlerin yaygınlaştırılmasını ve alenileştirilmesini sağlayan fiiller cezalandırılmıştır. Çocuk müstehcenliği suçunda ise “**çocukların kullanılması**” cezalandırılan bir fiil olarak karşımıza çıkmaktadır. Keza 226.maddenin 7.fikrası çocuk müstehcenliği içeriği olan ürünlerin yalnızca bilimsel eserlerde bilimsel amaçlarla kullanılabilmesini kabul etmiştir. Çocuk müstehcenliğini içeren ürünlerin, diğer müstehcen ürünlerin aksine edebi veya sanatsal bir değer taşıyabileceği kabul edilmemiştir. Bu söylenenler çerçevesinde çocuk müstehcenliği suçunda çocukların cinsel dokunulmazlığının da koruma altına alındığı kabul edilmelidir<sup>46</sup>.

Müstehcenlik kavramının pornografi kavramından daha geniş bir mahiyeti olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak hangi ürünlerin müstehcen olduğunu belirleyebilmek için “müstehcen” kavramına ilişkin 225.madde hükmünün gerekçesinde bulunan açıklamalardan yola çıkarak birtakım tespitlerde bulunmak gerekmektedir. Kanaatimizce 225.madde hükmünün gerekçesinden yola çıkarak müstehcen bir ürünün taşınması gereken özellik şu şekilde özetlenebilir: Toplumda yerleşik olan **ortak** edep, haya ve ar duyguları ile çatışan ve bu nedenle de mahrem kalması gereken hal ve davranışları içeren ürünler müstehcendir<sup>47</sup>.

Toplumda yerleşik olan ortak edep haya ve ar duyguları ile çatışma, müstehcen ürünün toplum tarafından tepkiyle karşılanmasını ve toplumda bir infiale neden olmasını ifade etmektedir. Ancak belirtmelidir ki çocuk müstehcenliği TCK’da soyut tehlike suçu olarak düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Suçun oluşabilmesi için müstehcen bir ürünün üretilmesi yeterli olup bu müstehcen ürünün toplumda yayılması ve bir infial yaratması gerekli değildir. Bu nedenle ürünün toplumun ortak edep, haya ve ar duyguları ile çatışıp çatışmadığını tespit edebilmek güçlük arz edebilecektir. Özellikle toplumumuzda homojen bir ahlak anlayışının bulunmaması bu tespiti daha da güçleştirecektir. Buna karşılık edep, haya ve ar duygularının belirlemesinde toplumun ortak olarak benimsediği değerler dikkate alınmalıdır. Belirli bir kişinin veya topluluğun ürünü edep ve ahlaka aykırı görmesi yeterli değildir. Söz konusu ürünün alenen ifşası halinde ülke genelinde önemsiz addedilemeyecek bir kamuoyu oluşacağı kabul edilebiliyor ise ürünün toplumun ortak edep, haya ve ar duyguları ile

<sup>46</sup> **Özbek**, s.118-119.

<sup>47</sup> Müstehcen yayın yapmak 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş Ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun’un 8.maddesinin 1.fikrasının (n) bendinde de yasaklanmış bulunmaktadır. Keza Yayın Hizmetleri Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin 8.maddesinin (n) bendinde yayınların müstehcen olmaması gerektiği belirtildikten sonra müstehcen yayınlara örnekleme suretiyle açıklanmaya çalışılmıştır: “*Cinsel duyguları sömürmeye yönelik, bireyleri cinsel meta olarak gösteren, insan bedenini cinsel tahrik unsuruna indirgeyen, toplumsal yaşam alanı içinde sergilenemeyecek mahrem söz ve davranışlar içeren, toplumda yaşayan bireylerin ar ve utanma duygularını örseleyen ve cinsel isteklerini tahrik ve istismar eder nitelikte olamaz.*”

<sup>48</sup> **Özbek**, s.132; Buna karşılık Alman Ceza Kanununun m.183a hükmünde teşhircilik suçunun alenen cinsel davranışlarda bulunan kişinin cezalandırılması için bu hareketlerin toplumda infiale neden olması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. **İnci**, Zekiye Özen, Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuk Dergisi*, C.16, S.2, s.20-21.



bağdaşmadığı kabul edilmelidir<sup>49</sup>. Bu belirleme yapılırken çocuk müstehcenliğinde müstehcen ürünlerin konusu çocuk ve çocuk gibi görünen kişiler olduğu için bu konudaki toplum duyarlılığı dikkate alınmalıdır.

Öğretide müstehcen ürünün cinsel davranışlar içermesi ve cinsel arzuları tahrike yönelik olması aranmaktadır<sup>50</sup>. Buna karşılık TCK'nın 226.maddesi ve gerekçesinde böyle bir şartın açıkça kabulü söz konusu değildir. Bu hususu 226.madde gerekçesinin, 225.madde gerekçesine yaptığı atıf çerçevesinde değerlendirmek gerekir. 225.madde gerekçesinde hayasızca hareketler iki fiil ile somutlaştırılmaktadır. Bunlardan birincisi alenen cinsel ilişki iken diğeri “teşhircilik” fiildir. “Cinsel ilişki” madde gerekçesinde geniş anlamda yorumlanmıştır. Buna göre iki kişi arasında gerçekleşen cinsel arzuları tatmine yönelik olarak gerçekleştirilen ve şehvet saiki ile yapılan her türlü davranış cinsel ilişki içerisinde değerlendirilmektedir<sup>51</sup>. Sözlükte<sup>52</sup> göstermecilik anlamına gelen teşhircilik psikoloji bilimi açısından parafili bir rahatsızlık olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede teşhircilik, cinsel organını bunu beklemeyen bir kişiye göstermekten haz almak olarak tanımlanmaktadır<sup>53</sup>. Ancak kavramın hukuki anlamının daha farklı olduğu belirtilmelidir. Her şeyden önce 225.madde gerekçesi yalnızca cinsel organların gösterilmesini teşhircilik içerisinde değerlendirmemiştir. Vücudun diğer bölgelerini de toplumun ar, edep ve haya duygularını zedeleyecek şekilde sergilemek teşhircilik fiilini oluşturmaktadır. Keza psikolojik bir rahatsızlık olan teşhircilik daha çok erkeklere özgü bir rahatsızlık olarak algılanırken<sup>54</sup>, hukuki anlamda teşhircilik fiilinin faili erkek olabileceği

<sup>49</sup> Genel adabı koruyan suçlarla, kişisel ahlak dolayısıyla korunmaktadır. Bu suçlarda ölçüt, toplumun benimsediği genel ahlaktır **Dönmezer**, . Sulhi, *Genel Ahlak ve Adap Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, 1975, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1975, s.127-128. Hukuk ve ahlak kuralları müşterek bir zemine sahiptirler. Bu nedenle ahlaka aykırı olan bir davranışın hukuka uygun olduğu söylenemez. Ancak bu müşterek zemine rağmen hukukun alanı ancak davranış normlarına aykırılığın hukuk toplumunda hakim olan düzeni bozucu bir boyuta ulaştığı anda başlamaktadır. **Özgenç**, Genel Hükümler, s.32-33. Bu çerçevede 225.madde hükmü ancak hukuk toplumunda hakim olan düzeni bozucu nitelikteki ahlaka (genel ahlak) aykırı tutumları cezalandıracaktır. Öğretide madde gerekçesinin edep, ar ve haya gibi değerlerle bağlantılı açıklamalar yapması eleştirilmektedir. İfade edilmelidir ki öğretide yapılan bu eleştiriler kanaatimizce yerinde değildir. Örneğin çıplak bebek kartpostalının dahi çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabileceğine ilişkin değerlendirme (**Özbek**, s.137) isabetsizdir. Cinsel organı gösterilmeyen çıplak bebek kartpostalının hangi şartlarda toplumun ortak ve haya duygularını zedeleyebileceğini anlamakta güçlük çekmekteyiz. Keza cinsel organın gösterildiği bir bebek kartpostalına da sanatsal bir değer atfetmek mümkün değildir. Kanaatimizce bir insanın cinsel organı mutlak bir şekilde mahremdir ve gösterilmesi her halükarda toplumun edep duyguları ile bağdaşmaz. Aynı yönde **Dönmezer**, s.140. Buna karşılık yine öğretide 225.madde gerekçesine ileri sürülen eleştiriler; mini etek göğüs dekoltesi elbise gibi kıyafetlerin giyilmesinin hayasızca hareketler suçunu oluşturabileceğini ifade etmektedirler. **İnci**, s.37. Bu tür elbiselerin toplumumuzda bulunan bazı insanlarca edebe aykırı olduğu düşünülebilir. Buna karşılık toplumumuzda ortak bir şekilde bu kıyafetlere tepki gösterilmesi, bu kıyafetlerin giyilmesinin toplumumuzda infial oluşturması söz konusu değildir. Bu eleştiriler TCK'da düzenlenen hayasızca hareketler suçunun toplumun **ortak** edep, haya ve ar duygularını konu edindiğini gözden kaçırmaktadır.

<sup>50</sup> **Özbek**, s.126.

<sup>51</sup> **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6743. Öğretide madde gerekçesinin “cinsel ilişkiye” ilişkin yaptığı bu tarif eleştirilmektedir. Bir görüşe göre cinsel tatmin cinsel ilişki olmaksızın da gerçekleşebileceğinden (mastürbasyon gibi fiillerle) yapılan bu tarif doğru değildir. **Kangal**, Zeynel T., Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.14, S.39, s.18; Keza madde gerekçesinin suçun cezalandırma alanının aşırı ve ölçüsüz bir şekilde genişlettiğine ilişkin bkz. **İnci**, s.31-32.

<sup>52</sup> www.tdk.gov.tr, E.T: 3.03.2020.

<sup>53</sup> **Çervatoğlu Geyran**, Pakize /**Özdemir**, Füsun/**Uygur**, Niyazi, “Teşhircilik”te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, S.7, s.27.

<sup>54</sup> **Geyran/Özdemir/Uygur**, s.27.



gibi kadın da olabilir<sup>55</sup>. Nihayet kanaatimizce hukuki anlamda teşhirciliğin gerçekleşmesi için failin cinsel bir maksatla hareket etmesi gerekli değildir. Burada önemli olan vücut bölgelerinin toplumun ortak edep haya ve ar duygularını incitecek şekilde sergilenmesidir. Bu çerçevede öğretide ileri sürülen alenen hacet gidermenin teşhircilik içerisinde değerlendirilmemesine ilişkin görüşlere katılmamaktayız<sup>56</sup>.

TCK m.225 hükmü gerekçesi dikkate alındığında müstehcen ürünlerin iki farklı niteliğe sahip olabileceği anlaşılmaktadır. Birinci olarak cinsel davranış içeriği olan ürünler müstehcendir. Bu çerçevede cinsel davranışların kayıt altına alınması, herhangi bir yazıya konu edinilmesi müstehcen bir ürünün varlığını ortaya koyar. Bu itibarla bir çocuğun öpüşme sahnesinde kullanılması çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabileceği gibi bir romanda çocuğun öpüşmesine ilişkin anlatımlarda bulunulması da çocuk müstehcenliği suçunu oluşturabilecektir.

Fiziki mahremiyetin sergilendiği (çıplaklık) ürünler de müstehcendir. Ancak çıplaklık bazı hallerde objektif olarak insan mahremiyetine ilişkin iken bazı hallerde ise yapılacak bir hukuki değerlendirme ile insan mahremiyeti içerisinde kabul edilebilir. Cinsel organ mahiyetinde olan uzuvlar objektif olarak insan mahremiyetinin konusunu oluşturmaktadır. Bu itibarla, bir kadının göğsü, kalçası ve vajinası; erkeğin ise penis ve kalçası her halükarda mahremiyetine ilişkindir ve bunlar müstehcen ürünün konusunu oluşturur<sup>57</sup>. Buna karşılık diğer türden bir çıplaklığın toplumun ortak edep, haya ve ar duygularını zedeleyip zedelediği araştırılmalıdır. Konusu çocuk olan müstehcen ürünler açısından var olan toplumsal duyarlılığın da dikkate alınması gerekmektedir. Fiziki mahremiyetin ürüne cinsel amaçlı konu edinilmesi ise şart değildir. Çocukların fiziki mahremiyeti ancak bilimsel amaçlarla bilimsel eserlerde konu edinilebilecektir (TCK m.226/7).

Belirtilmelidir ki müstehcen bir ürün çoğunlukla cinsel davranış ile fiziki mahremiyeti birlikte içinde barındırabilmektedir. Bununla birlikte ürünün müstehcen olması için iki unsur birlikte içinde

<sup>55</sup> **Kangal**, s.17; **İnci**, s.26; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6742.

<sup>56</sup> **Kangal**, s. 28; **İnci**, s.36; Yazar çalışmasında Yargıtay kararlarının da aynı doğrultuda olduğunu savunmaktadır. Buna karşılık yazarın atf yaptığı kararlarda (4.CD, E.2008/20499, K.2010/19861/, T.01.12.2010; teşhircilik fiilinin aleniyet unsuru gerçekleşmediği gibi Yargıtay'ın davranışta cinsel bir içerik bulunmamasından bahisle bir karar vermesi de söz konusu değildir. **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökcan**, Ahmet/**Alşahin**, Mehmet Emin /**Çakır**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, 16.Baskı, Ankara, s.593. Nitekim Yargıtay bir kararında idrar yapma eylemi açısından hayasızca hareketler suçunun değerlendirilmemesini bozma nedeni yapmıştır: “*Sanığın evinin balkonuna çıkarak katılanların evine doğru idrarını yapma şeklindeki eyleminin TCK'nın 225. maddesinde düzenlenmiş olan hayasızca hareketler suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılıp değerlendirilmesinden sonra sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmesi...*” 18.CD, E. 2015/42285, K. 2017/15146, T.19.12.2017. “*Sanığın gündüz vakti, merkezi konumda olan bir parkta, herkesin görebileceği bir şekilde cinsel organını çıkarıp tuvaletini yapmak şeklindeki eyleminin atılı suçun unsurlarını oluşturması...*” 18.CD, E.2015/43432, K.2017/10939, T.16.10.2017. Buna karşılık Yargıtay bir kararında teşhircilik fiilinde failin cinsel amaçla hareket etmesi gerektiğini belirtmiştir: “*Sanığın Şüküroğulları Pastahanesinde bulunduğu sırada alkollü halde aynı işyerine ait olan inşaat halindeki yere girip küçük tuvaletini yapması şeklinde gerçekleşen eyleminde, ne şekilde cinsel amaçla davranarak alenen teşhircilik yaptığı açıklanmadan yetersiz gerekçeyle yazılı biçimde hüküm kurulması...*” 18.CD, E.2018/7821, K.2019/17002, 03.12.2019. İfade edelim ki son kararda da tartışılması gereken husus aslında fiilin aleniyetidir.

<sup>57</sup> **Dönmezer**, s.140; Buna karşılık öğretide deniz kenarında göğüslerin açık bir şekilde güneşlenmenin bu suçu oluşturmayacağı savunulmaktadır. **Kangal**, s.30; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s.6744. Kanaatimizce bu husus aleniyetle ilgilidir. Genel bir plajda (halk plajı gibi) bu şekilde bir hareketin yapılması durumunda hayasızca hareketler suçu oluşacaktır.

barındırması zorunlu değildir. Unsurlardan yalnızca birisini barındıran ürünler de müstehcen niteliktedir.

#### 1.2.4. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Çocuk Mahremiyeti

Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar Türk Ceza Kanununun ikinci kitap, ikinci kısım altıncı bölümünde; dört maddede (102, 103, 104 ve 105) düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden cinsel saldırı başlığını taşıyan 102.madde TCK'ya göre çocuk olmayan kişilerin hukuken geçerli rızaları bulunmaksızın, vücut dokunulmazlıklarının cinsel tatmin amacıyla ihlal edilmesi fiillerini cezalandırmaktadır. Buna karşılık cinsel istismar başlıklı 103.maddede düzenlenen suçun mağduru ancak çocuklar olabilmektedir. Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu düzenleyen 104.maddede mağdur, 15-18 yaş arasındaki bir çocuktur. 105.maddede düzenlenen cinsel taciz suçunun mağduru ise kural olarak herkes olabilmektedir.

TCK'nın 6.maddesi çerçevesinde 18 yaşını doldurmamış herkes çocuk olarak kabul edilecektir. Bu çerçevede 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte 18 yaşını tamamlamamış olan veya 15 yaşını tamamlamamış olan kişilere karşı ika edilen cinsel motifli davranışlar çocuğun cinsel istismarı ve yahut cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilecektir. TCK'nın 102.maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için kanun metni açıkça vücut dokunulmazlığının ihlalini aramıştır. Buna karşılık 103.madde düzenlemesi tipik fiili çocuğun cinsel yönden istismar edilmesi şeklinde tanımlamıştır. Cinsel istismar deyiminden ne anlaşılması gerektiği ise suçun mağduru olabilecek çocuklar iki gruba ayrılarak açıklanmıştır:

*“15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış.”*

Yukarıda da ifade edildiği üzere bu yaş grubu çocuklara karşı cinsel eylemde bulunulması kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Bu nedenle çocukların kendilerine karşı gerçekleştirilen fiillere rıza göstermiş olmaları bu suçun oluşumu açısından önemli değildir.

*“Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar”*

Bu grup mağdur çocukların kendilerine yönelik gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza göstermeleri suçun oluşumunu engelleyeceği kabul edilmiştir. Buna karşılık bu tanımlamada da cinsel davranışın temas gerektiren bir davranış olması gerekliliğine ilişkin bir belirleme mevcut değildir.

Bu tanımlamalar nedeniyle öğretilerde cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için çocuğun vücuduna bir temasın bulunmasının şart olup olmadığı tartışılmıştır. Fakat 6545 sayılı Kanunun<sup>58</sup> 105.maddesinin 1.fikrasına eklediği cümle ile cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenebileceği açıkça kabul edilmiştir. Bu değişikliğin gerekçesinde cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları ile cinsel taciz suçları arasındaki ayrım ölçütünün **fiziksel temas** olduğu belirtilmiştir. Söz konusu değişiklikten sonra öğretilerde cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel temasın gerekli olduğu yönündeki

<sup>58</sup> RG: 28.06.2014/29044.

görüş hakim olmuştur. Bu nedenle öğretilerde bu hususta ileri sürülen görüşleri 6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten öncesi ve sonrası şeklinde gruplandırmak yerinde olacaktır.

6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten öncesi dönemde öğretilerde ileri sürülen görüşleri üç grup içerisinde toplayabilmek mümkündür. Bir grup yazarlar çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışı, cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirmektedir. Bu görüşe göre cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için temas gerekli değildir. Çocuğa yönelik temas gerektirmeyen cinsel davranışlarla birlikte her türlü cinsel davranış cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bu nedenle çocuklara yönelik temasın gerekli olmadığı cinsel davranışların gerçekleştirilmesi, cinsel taciz suçunu oluşturmayacaktır. Bu görüşe göre çocuklara karşı cinsel taciz suçun işlenebilmesi mümkün değildir<sup>59</sup>.

Bazı yazarlar ise cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için mutlak bir şekilde vücuda temasta bulunan bir cinsel davranışı aramaktadırlar<sup>60</sup>. Bu yazarlara göre cinsel saldırı ve cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasında ayırım ölçütünü fiziksel temas oluşturmaktadır. Yargı içtihatlarının bu dönemde bu görüş çerçevesinde şekillendiği görülmektedir<sup>61</sup>.

Buna karşılık diğer bir grup yazarlar cinsel istismar suçunun işlenmesi için her halükarda temas gerektiren bir cinsel davranış aramamakla birlikte çocukların cinsel taciz suçunun mağduru olabileceğini de kabul etmişlerdir. Bir görüşe göre çocukların gizlice çıplak hallerinin izlenmesi ve yahut zorla üzerlerinin çıkartılarak izlenmesi gibi istismar kastı ile hareket edilen hallerde çocuğun

<sup>59</sup> **Kaya**, Murat, “Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 52., s.107-109; **Özbek**, Veli Özer/**Kanbur**, Mehmet Nihat/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2013, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.356-357. “*Tezcan/Erdem/Önok*” olması gereken hukuk açısından çocuklara karşı fiziksel temas gerektirmeyen cinsel taciz suçu kapsamında cezalandırılması gerektiğini ancak pozitif düzenlemelerin çocuklara yönelik her türlü cinsel davranışı cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirdiğini ifade etmiştir. **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan /**Önok**, R. Murat; *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 2008, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s.319-320.

<sup>60</sup> **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Yenidünya**, Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2008, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, s.238; **Dursun**, s.61.

<sup>61</sup> “Sanık ...'un mağdureye yönelik 10.11.2008 tarihinden yaklaşık 15 gün önce gerçekleştirdiği ilk eyleminde, mağdurenin yalnız bulunduğu sırada evlerine gelerek babasını sorduğu, evde başka kimsenin olmadığını öğrenince mağdureye “senin a...na koyacağım, benimle birlikte olursan sana nikah kıyarım, yoksa seni öldürürüm” şeklinde sözler söyledikten sonra, pantolonunun fermuarını açıp dışarı çıkardığı cinsel organı ile bir süre oynadığı, mağdurenin eline sopa alarak çıkmasını istemesi üzerine de evden ayrıldığı belirtilmesi karşısında, sanığın bedensel temas içermeyen bu eyleminin cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilerek ek savunma hakkı tanındıktan sonra TCK'nın 105/1. maddesine göre cezalandırılması gerekirken...” 14.CD, E.2012/11154, K.2012/10354, T. 30.10.2012; “Sanığın, köy camisinin yanında bulunan mağdurenin pantolonunu indirtip ve üzerindeki eşofmanını kaldırtıp hiçbir bedensel temas olmaksızın cinsel organına ve göğüslerine bakmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 105. maddesinde düzenlenen cinsel taciz suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç niteliğinde yanılığa düşülerek yazılı biçimde basit cinsel istismar suçundan mahkûmiyetine karar verilmesi...” 14. CD E.2011/5751, K.2012/9819, T.11.10.2012; “Mağdurenin aşamalarındaki istikrarlı anlatımları, bu anlatımlarını doğrulayan annesi Çilem'in beyanları ve tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay tarihinde cinsel amaçlı olarak mağdurenin boynundan ve yanaklarından öptüğü, bir kaç gün sonra yine öpmek istemesi üzerine mağdurenin alerjisi olduğunu bahane ederek izin vermemesi üzerine sanığın “O zaman ben de göğsünden ve karnından öperim” demesi şeklinde gerçekleşen olaylarda sanığın ikinci eyleminin bedensel temas içermeyip müstakil olarak cinsel taciz suçunu oluşturduğu, bu şekilde kabul olunan eylemleri nedeniyle TCK'nın 105/1 ve 103/1. maddelerinden ayrı ayrı cezalandırılması yerine sanığın eylemlerinin bütün halinde çocuğun basit cinsel istismarı suçunu zincirleme şekilde oluşturduğu kabulüyle yazılı şekilde hüküm kurulması...” 14.CD E.2013/3666, K.2014/326, T.16.01.2014.

cinsel istismarı söz konusudur. Bununla birlikte istismar kastı taşımayan söz atma gibi eylemler cinsel taciz suçu kapsamında değerlendirilmelidir<sup>62</sup>.

6545 sayılı Kanunun yaptığı değişiklikten sonraki dönemde ise cinsel taciz suçunun çocuklara karşı işlenemeyeceği düşüncesinin savunulabilme imkânı kalmamıştır. Nitekim bu görüşte olan yazarların yeni düzenlemeyi eleştirmekle birlikte cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel bir temasın varlığını aradıkları görülmektedir<sup>63</sup>.

Buna karşılık öğretide çocuklara karşı cinsel taciz suçunun işlenebileceğini kabul eden ancak cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel teması şart olarak görmeyen görüşte olan yazarların da bu değişiklikten sonra cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için fiziksel teması şart olarak kabul etmişlerdir<sup>64</sup>. Bu itibarla TCK'nın 105.maddesinin 1.cümlesine eklenen düzenleme ile cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel teması gerekli gören görüş öğretide hâkim olmuştur.

Uluslararası düzenlemeler tamamen çocukların cinsel dokunulmazlıklarını göz önünde bulundurmuş, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Buna karşılık Lanzarote Sözleşmesinde ve 2011/93/EU sayılı direktifte fiziksel temas gerektirmeyen bir takım fiillerin ayrıca tanımlandıkları görülmektedir. Lanzarote Sözleşmesinde çocuğun cinsel istismara veya cinsel faaliyetlere kasten tanık olmasına neden olunması ayrıca tanımlanmıştır (m.22). Keza kasten çocukları pornografik bir gösteriye katılmasına neden olma, çocuğu pornografik gösteriye katılmaya zorlamak, çocuğun katıldığı pornografik gösteriye katılmak gibi aslında çocukla teması gerektirmeyen fiillerin ayrıca tanımlandığı görülmektedir (m.21). 2011/93/EU sayılı direktifte de çocuğun cinsel istismarına ilişkin eylemlerin daha ayrıntılı bir şekilde tasnif edildiği görülmektedir. Direktif bu eylemleri üç gruba ayırmıştır. Üçüncü madde düzenlemesinde cinsel istismar (sexual abuse) teşkil eden fiiller belirtilmiştir. Düzenlemede çocuğu bilerek cinsel bir eyleme tanık etme (f.2), çocuğu bilerek cinsel istismar fiiline tanık etme (f.3), çocukla cinsel davranışlarda bulunma fiilleri yer almaktadır (f.4,5,6). Dördüncü madde düzenlemesi çocukların cinsel suiistimaline (sexual exploitation) ilişkindir. Bu düzenlemede çocukların katıldığı pornografik gösterilere (f.2,3,4) ve çocuk fuhşuna ilişkin düzenlemeler (f.5,6,7) yer almaktadır. Beşinci madde düzenlemesinde ise çocuk pornografisine ilişkin suçlar yer almaktadır. Belirtelim ki düzenlenen bu suçlardan bazılarının TCK'da doğrudan bir karşılığı yoktur. Örneğin çocuğun pornografik gösterilere katılımını sağlama veya çocuğun katıldığı pornografik gösterilere katılma TCK'da doğrudan karşılığı bulunan düzenlemeler değildir. Bununla birlikte tanımlanan bütün fiillerin TCK çerçevesinde cezalandırılabilmesi de belirtilmelidir. Ancak bu fiillerin 103.madde mi yoksa 105.madde mi çerçevesinde cezalandırılacağı çözümlenmesi gereken bir sorundur.

<sup>62</sup> **Üzülmez**, s.30-31.

<sup>63</sup> **Tezcan/Erden/Önok**, (17), s.433-434.

<sup>64</sup> **Koca/Üzülmez**, Özel Hükümler, s.356-357. Ancak "*Özbek/Koray/Doğan*" 6545 sayılı Kanun değişikliğinden sonra da cinsel istismar suçu açısından bedensel temasın şart olarak görülmemesi gerektiğini savunmaya devam etmektedirler. **Özbek/Koray/Doğan**, s.360-361; Keza "*Özgenç*" 15 yaşını tamamlamamış çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışın fiziksel temas olsun olmasın cinsel istismar suçunu oluşturacağını kabul etmiştir. Buna karşılık yazara göre 15 yaşını tamamlamış çocuklara karşı gerçekleştirilen fiziksel temas içermeyen cinsel davranışlar cinsel taciz suçunu oluşturacaktır. **Özgenç**, Cinsel Suçlar, s.261-263.

Öncelikle belirtilmelidir ki cinsel taciz fiilinin çocuklara karşı işlenemeyeceğine ilişkin öğretide ileri sürülen görüşü, 6545 sayılı Kanunun TCK'nın 105.maddesine eklediği cümle ile savunulabilme imkanı kalmamıştır. Düzenleme açıkça çocukların da cinsel taciz suçunun mağduru olabileceğini belirtmektedir. Buna karşılık cinsel istismar suçunun işlenmesinde hüküm lafzının halen fiziksel bir temasın gerekliliğini tanımlamadığı ifade edilmelidir. Cinsel istismar suçu 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonucunu algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara karşı her türlü cinsel davranışla işlenebilecektir. Keza diğer çocuklara karşı cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar da cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Cinsel davranış, cinsel duygularla icra edilen ve bu duyguları tatmin etmeye yönelik davranışlardır. Cinsel davranış niteliğindeki hareketlerin fiziksel temas gerektirmesi zorunlu değildir. Bakma, koklama gibi temas gerektirmeyen ancak cinsel duyguları tatmine yönelik davranışlar da cinsel davranış olarak kabul edilebilecektir. Bu itibarla yalnızca 103.maddenin lafzına bakarak cinsel istismar suçunun işlenebilmesi için fiziksel temasın gerekli olduğu yönünde bir yorum getirebilmek mümkün değildir.

103.maddenin sistematüğinde öncelikle çocukları cinsel yönden istismar eden kişinin cezalandırılacağı belirtilmiş sonrasında cinsel istismar kavramından anlaşılması gereken tanımlanmak suretiyle tipik fiil ortaya konulmaya çalışılmıştır. İstismar TDK sözlüğünde “*birinin iyi niyetini kullanma*”, “*sömürme*” olarak tanımlanmaktadır. Bu itibarla çocuklara yönelik gerçekleştirilen ve çocuğun cinsel yönden sömürülmesine neden olan cinsel davranışlar cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Kanaatimizce çocuğun cinsel yönden sömürülmesi, onun cinsel nitelik arz edebileceği değerlerinin, cinsel duyguların tatmini amacıyla kullanılması olarak kabul edilmelidir<sup>65</sup>. Bu nitelikte olmayan cinsel davranışların ise cinsel taciz suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir. Ancak hangi davranışların çocuğun cinsel nitelik arz eden değerlerinin cinsel duyguları tatmin amacıyla kullanılması anlamına geleceğinin de açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme cinsel istismar suçu ile cinsel taciz suçu arasındaki ayrım kıstasını da oluşturacaktır. Kanun gerekçesi çocuğun bedenine yönelik temas niteliğinde olan davranışları çocuğun cinsel yönden sömürüsü olarak kabul etmiş, bunun haricindeki cinsel davranışları ise cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirmiştir.

Belirtmelidir ki 6545 sayılı Kanunun getirdiği düzenleme sonrasında 103.maddenin hangi cinsel davranışların çocuğun cinsel yönden sömürüsü anlamına geldiğini açıkça belirlemesi gerekmektedir. 103.maddenin lafzı mevcut hali ile bu gerekliliği karşılayamamaktadır. Bu nedenle hangi cinsel davranışların cinsel istismar suçunu oluşturacağı bir yorum sorunu olarak ortaya çıkmaktadır. Cinsel istismar suçunun oluşabilmesi için temas şartının kabul edilmesinin birtakım sorunları da beraberinde getirebileceğini ifade etmemiz gerekmektedir. Cinsel taciz suçunda TCK, cinsel eylemde bulunabilme yaşına ilişkin herhangi bir belirleme bulunmamaktadır. Bu nedenle çocuğun cinsel taciz eylemlerine rıza göstermesi halinde ne şekilde hareket edileceği belirsizdir<sup>66</sup>. Keza bir çocuğun pornografik bir gösteri yapmaya zorlanması halinde de cinsel taciz suçundan cezalandırılma söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda altı aydan üç yıla kadar bir ceza sorumluluğu

<sup>65</sup> Özbek, s.119.

<sup>66</sup> Kanaatimizce çocukların cinsel taciz fiiline gösterecekleri rızanın hukuki bir etkisi söz konusu değildir. Bkz. s.9-10'da bulunan açıklamalar.



söz konusu olacaktır. Halbuki Direktif cinsel eylemde bulunma yaşına gelmemiş çocuğun zorla pornografik gösteriye dahil eden kişiye en az sekiz yıl hapis cezası verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Her ne kadar Direktif, hukukumuz açısından bağlayıcı olmasa da böyle bir fiile verilecek ceza ağırlığı bakımından TCK'nın cinsel taciz düzenlemesinin yetersiz olduğunu göstermektedir.

Kanaatimizce çocuklara karşı işlenen cinsel bir fiilin cezalandırılması yetişkinlere ilişkin cinsel fiillerin cezalandırılmasına ilişkin düzenlemelerden tamamen ayrılmalıdır. Zira çocukların cinsel dokunulmazlıkların mahiyeti, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarının mahiyetinden farklıdır. Çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlar arasında temas unsuruna dayanan bir farklılık oluşturulabilir. Ancak bu yapılırken çeşitli fiillere ilişkin detaylı tanımlamalar da yapılmalıdır. Örneğin bu kapsamda çocukların pornografik gösterilere katılması veyahut çocukların pornografik gösteriye katılma ayrıca tanımlanmalıdır. TCK'nın çocuklarla yetişkinlere karşı gerçekleştirilen cinsel davranışları aynı madde içerisinde cezalandırması doğru olmamıştır.

Belirtelim ki temas olmaksızın da bir kişinin cinsel yönde vücudunun dokunulmazlığı ihlal edilebilir. Örneğin bir kız çocuğunun cinsel organlarının zorla açtırılıp seyredildiği durumda vücut dokunulmazlığı temas olmaksızın ihlal edilmiştir. Zira böyle bir durumda çocuğun vücudu üzerinde bir tasarruf vardır ve fail çocuğun vücudu ile kendini cinsel yönden tatmin etmektedir. Bu belirlemeler çerçevesinde kanaatimizce çocuğun vücudunun konu edinildiği bütün davranışların cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirilmesi uygun olacaktır. Bu itibarla çocuğun pornografik bir gösteride yer alması, böyle bir gösteriye bilerek katılma fiilleri cinsel istismar suçu içerisinde değerlendirilmelidir. Keza çocuğun müstehcen görüntülerinin cinsel tatmin amacı ile kaydedilmesi de bu çerçevede cinsel istismar suçu içerisinde kabul edilmelidir. Bunun haricinde çocukların vücudundan cinsel yönden yararlanma anlamını taşımayan, cinsel organ gösterme, söz atma gibi eylemler cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilebilir<sup>67</sup>.

## 2. Uygulama Örnekleri ve Suçlar Arasındaki İltima İlişkisi

Çocuğun mahrem görüntülerinin kaydedilmesi hususunun öncelikle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Henüz 15 yaşını tamamlamamış veya 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını idrak edemeyen bir çocuğa yönelik her türlü cinsel davranışın cinsel istismar suçu (m.103) içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bununla birlikte mevzuatımız 15 yaşını tamamlamış çocukların göstereceği rızaya da ancak evlilik içi ilişkiler açısından hukuki geçerlilik tanımaktadır. Bu istisna dışında 15 yaşını tamamlamış bir çocuğun cinsel tatmin amacıyla rızasına binaen 18 yaşını tamamlamış birisi tarafından kullanılması reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Ancak çocuğun rızasının olmadığı durumlarda (failin cebir veya tehdit kullanması) cezalandırma yine cinsel istismar suçundan gerçekleştirilecektir<sup>68</sup>.

Yukarıda da kabul ettiğimiz şekilde bir çocuğun vücudundan cinsel yönden yararlanma anlamını taşıyan bütün hareketlerin cinsel istismar içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Bu itibarla

<sup>67</sup> Nitekim Direktifte çocuğu cinsel bir eyleme tanık olmasına neden olma en az bir yıl, cinsel istismara tanık olmasına neden olma fiili ise en az iki yıl ceza ile cezalandırılmaktadır. TCK'nın cinsel tacize ilişkin düzenlemesi Direktifin gerekliliklerini karşılamaktadır.

<sup>68</sup> **Özgenç**, İlgilinin Rızası, s.277.



çocuğun fiziki mahremiyetinin izlenmesi cinsel istismar suçunu oluşturacaktır. Bunun için failin cinsel tatmin amacıyla hareket etmesi gerekmektedir. Buna karşılık uygulamada bu tarz eylemler cinsel taciz suçu içerisinde değerlendirilmektedir<sup>69</sup>.

Yetişkin bir kişinin cinsel tatmin amacıyla 15 yaşını tamamlamış ve fiilin anlam ve sonuçlarını algılayan bir çocuğun rızasına binaen fiziksel mahremiyetini izlemesi reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturur. Fail, şikâyet üzerine cezalandırılabilir. Buna karşılık uygulamada öğretilerdeki hâkim görüş doğrultusunda ancak cinsel organ duhulünün bulunduğu durumlarda reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırma yoluna gidilmemektedir.

Failin bir çocuğun toplumun genel ahlakına göre mahrem olan görüntülerini kaydetmesi aynı zamanda müstehcenlik suçunu da oluşturur. Ancak burada görüntü kaydı işleminin cinsel istismar fiilinden bağımsız olduğu hususuna dikkat edilmelidir. Çocuğun soyularak çıplak halinin gözlenmesi cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturacaktır. Failin ayrıca söz konusu görüntüleri kaydetmesi müstehcenlik suçuna vücut veren ikinci bir harekettir. Bu nedenle cinsel istismar veya reşit olmayanla cinsel ilişki suçu ile müstehcenlik suçu arasında gerçek içtima hükümleri uygulanmalıdır<sup>70</sup>.

Yargı kararına konu olan bazı olaylarda çocuğun müstehcen görüntüleri üçüncü kişilerle paylaşılmakta veya sosyal medya gibi mecralarda ifşa edilebilmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında çocukların müstehcen ürün üretiminde kullanılması suç olduğu gibi bu ürünlerin ülkeye sokulması, çoğaltılması, satışa arz edilmesi, nakledilmesi, depolanması, ihraç edilmesi, bulundurulması ya da **başkalarının kullanımına sunulması** da cezalandırılmaktadır. Bu kapsamda TCK'nın 226.maddesinin 3.fikrasında iki farklı suç tipi düzenlenmiştir. Söz konusu ürünleri üçüncü kişilerle paylaşan fail ayrıca fıkranın 2.cümlesinde düzenlenen suç nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Müstehcen ürünleri üreten failin, bu ürünleri başkalarının kullanımına sunması halinde iki suçtan ötürü gerçek içtima hükümlerine göre sorumlu tutulacaktır<sup>71</sup>. Ancak failin sadece kendi ürettiği müstehcen ürünleri bulundurması ayrıca

<sup>69</sup> Bkz. 61 nolu dipnot. Bursa 2.Çocuk Mahkemesinin 2012/288 E. 2013/322 K. sayılı kararına konu olan olayda fail, 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun çıplak görüntülerini ele geçirmiş, mağdurun kendisi ile cinsel ilişki kurmadığı takdirde görüntüleri ifşa edeceği tehdidinde bulunmuştur. Mağdurun cinsel ilişkiye girme teklifini reddetmesi üzerine bu sefer mağdurdan çıplak pozlar vermesini istemiştir. Mağdur bu teklifi kabul etmiştir. Fail mağdurun verdiği çıplak pozları bilgisayar ortamında kaydetmiş, sonrasında bu görüntüleri ifşa etme tehdidi ile mağdurdan maddi menfaat temin etmiştir. İlk derece mahkemesi somut olayda görüntülerin müstehcen nitelikte olmadığından bahisle müstehcenlik suçundan beraat kararı vermiş, faili şantaj ve **cinsel istismar** suçlarından mahkum etmiştir. Yargıtay, E.2019/1725, K.2019/13452 sayılı kararında failin eyleminin müstehcenlik suçunu da oluşturduğundan bahisle kararı bozmuştur. Somut olayda mağdurla gerçekleştirilen herhangi bir temas bulunmamasına ve ilk derece mahkemesinin cinsel istismar suçundan hüküm kurmasına rağmen Yargıtay'ın bunu bozma nedeni yapmaması dikkat çekmektedir. (Karar Tarihi: 19.12.2019).

<sup>70</sup> **Özgenç**, İlgilinin Rızası, s.275-276. **Tezcan/Erdem/Önok (17)**, s.445; **Özbek**, s.140; Fakat yazar müstehcen ürün üreten kişinin eyleminin aynı zamanda cinsel istismar kabul edildiği hallerde (failin ürün üretmekten başka bir eylemde bulunmadığı hallerde) fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>71</sup> **Özbek**, s.140; **Hafızoğulları/Özen**, Toplum Karşı Suçlar, s.340; "... *İnternet Cafe*" adlı iş yerinin işleticisi olan sanığın, iş yerine ait tuvalet içerisine yerleştirdiği gizli kamera düzeneğiyle, ihtiyacını gidermek üzere buraya giren küçük yaşta kız çocukların müstehcen görüntülerini kaydederek, daha sonra bu görüntüleri Cd haline getirmek suretiyle, sayısız kişilere satışını yaptığının anlaşılması karşısında, sanığın, çocuklara ilişkin müstehcen görüntüleri üretmesi ve bu ürettiği ürünleri satması eylemlerinin, ayrı suç oluşturup, anılan Kanun maddesinin her iki cümlesi gereğince sanığın ayrı ayrı cezalandırılması yerine, TCK'nın 44. maddesinde

cezalandırılmamalıdır. Müstehcen ürünleri üreterek gerçekleştirilen hukuki değer ihlali 226.maddenin 3.fıkrasının 1.cümlesinde gerçekleştirilen cezalandırma ile karşılanmaktadır. Bu itibarla sadece kendi ürettiği müstehcen ürünleri bulundurma fiili sonraki cezalandırılmayan bir eylem<sup>72</sup> olarak değerlendirilmelidir.

Keza 226.maddenin 5.fıkrasında da farklı bir suç tanımlanmıştır<sup>73</sup>. Bu fıkra hükmünde çocuk müstehcenliğinin söz konusu olduğu ürünlerin basın yayın yoluyla yayımlayan veya görüntülerin çocukların görmesini, dinlemesini veya okumasını sağlayan kişilerin cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu suç tipi ile 226.maddenin 3.fıkrasının ikinci cümlesinde düzenlenen suç tipi arasından farklı neviden fikri içtima ilişkisi söz konusu olabilecektir. Örneğin çocuk müstehcenliği içeren ürünleri, çocuklara satılması halinde fail bu iki suçtan da sorumlu tutulacak fakat farklı neviden fikri içtima hükümleri gereğince ağır cezayı gerektiren suç tipinden cezalandırılacaktır. Yine bu ürünleri basın yayın yolu ile yayımlayan fail hakkında da aynı şekilde iki suç tipinden farklı neviden fikri içtima hükümlerine göre cezalandırma yapılacaktır.

Çocuğun mahrem görüntüleri onun özel hayatına ilişkindir. Bu görüntülerin yetkisiz kişilerce kaydedilmesi veya yetkisiz üçüncü kişilere ifşası halinde özel hayatın gizliliğinin ihlal suçlarını (m.134/1, 2) oluşacağı da belirtilmelidir. Sırf mahrem görüntülerin kaydı 134.maddenin 1.fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bu suçun 226.maddenin 3.fıkrasının 1.cümlesinde düzenlenen çocuk müstehcenliği suçu ile farklı neviden fikri içtima ilişkisine gireceği kabul edilmelidir<sup>74</sup>. Diğer taraftan bu görüntülerin ifşa edilmesi 134.maddenin 2.fıkrasında düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bu suç tipi de 226.maddenin 3.fıkrasının 2.cümlesinde düzenlenen suç tipi ve 226.maddenin 5.fıkra hükmünde düzenlenen suç tipi ile farklı neviden fikri içtima ilişkisine girecektir<sup>75</sup>.

*düzenlenen fikri içtima hükümleri gereğince, yazılı biçimde hüküm kurulmuş ise de, aleyhe temyiz bulunmadığından bozma yapılamayacağı...*”, 18.CD, E. 2015/45221, K.2018/3497 T.13.03.2018.

<sup>72</sup> Kavram için bkz. **Akbulut**, Genel Hükümler, s.773-775.

<sup>73</sup> TCK m.226 gerekçesi.

<sup>74</sup> Özel Norm-Genel Norm ilişkisi çerçevesinde sadece müstehcenlik suçundan cezalandırma yoluna gidileceğine dair bkz. **Özgenç**, İlgilinin Rızası, s.276.

<sup>75</sup> “Mağdurun fiziksel mahremiyetine ilişkin yarı çıplak fotoğrafını, onun bilgisi ve rızası dışında ifşa eden 14 yaşındaki suça sürüklenen çocuğun eyleminde TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında tanımlanan görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, 14 yaşındaki mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki müstehcen görüntüsünü, internet üzerinden yayımlayan suça sürüklenen çocuğun TCK'nın 226/5. madde ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği, bir fiili ile birden fazla farklı suçun oluşmasına neden olan suça sürüklenen çocuğun, **TCK'nın 44. maddesi gereğince**, daha ağır cezayı gerektiren müstehcenlik suçundan cezalandırılması gerekirken, mağdura ait fotoğrafların onun rızası olmaksızın internette yayımlandığı kabul edilmesine rağmen mağdurun yaşı ve tespit edilen fotoğrafların özellikleri dikkate alınmaksızın, eylem sadece görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında değerlendirilerek, yazılı şekilde hüküm kurulması...” 12. CD E.2019/4170, K.2019/11965 T.18.12.2019; “Mağdurla öpüşükleri ana ilişkin fotoğrafları onunla beraberken açtıkları facebook hesabı üzerinden yayımlamak ve mağdurun çıplak fotoğraflarını başkalarına mesaj olarak göndermek suretiyle mağdurun cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin özel görüntülerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda ifşa eden sanığın eylemlerinde zincirleme şekilde TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasındaki görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yasal unsurlarının oluştuğu; ayrıca, mağdurun, cinsel arzuları tahrik ve istismar eden, toplumun sahip olduğu ortak ar ve haya duygularını, yerleşik edep kurallarını incitici ve genel ahlâka aykırı nitelikteki 17 yaşında iken çekilmiş çıplak görüntülerini, kullanıcı olduğu facebook adlı sosyal paylaşım

## SONUÇ

Her ne kadar öğretilerde cinsel eylemde bulunma bir özgürlük meselesi olarak kabul edilse de çocukların cinsel deneyimler yaşaması fiziksel ve psikolojik gelişimleri açısından yıkıcı olabilecektir. Dolayısıyla gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse TCK'da çocukların cinsel dokunulmazlıklarının mahiyeti, yetişkinlerin cinsel dokunulmazlıklarına göre farklı belirlenmiştir. Yetişkinlerin cinsel dokunulmazlığı, cinsel tercih özgürlükleri ile sınırları belirlenen bir dokunulmazlıktır. Çocukların cinsel dokunulmazlığı ise bir başkası ile cinsel bir deneyim yaşamamalarını sağlamak maksadını gütmektedir. Bu itibarla hukuk düzeninin ancak fiziksel ve ruhsal olarak cinsel eylemde bulunabileceği kabul edilebilen kişilerin cinsel tercih özgürlükleri çerçevesinde hareket edebileceklerini kabul etmesi gerekmektedir.

TCK, 15 yaşını tamamlamamış çocukların cinsel bir eylem için fiziksel ve ruhsal olarak yeterince gelişmediklerini mutlak bir şekilde kabul etmektedir. Bu nedenle bu yaş grubu çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel eylem cezai yaptırım gerektirmektedir. Keza 15 yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamayan çocukların da cinsel eylem için en azından ruhsal yönden yeterince gelişmedikleri TCK tarafından kabul edilmektedir. Buna karşılık 15 yaşını tamamlamış diğer çocukların cinsel olarak belirli bir olgunluğa eriştikleri göz önünde tutulmuş ve bu nedenle bu çocukların cinsel dokunulmazlıklarının mahiyeti daha farklı bir şekilde belirlenmiştir. Bu yaş grubundaki çocukların belirli bir olgunluğa sahip olmalarına rağmen yaşam tecrübelerinin olmaması, icra edecekleri fiilin sonuçlarını tam olarak kavrayamamaları yetişkinler tarafından suiistimal edilebilmelerini sağlamaktadır. Bu nedenle yetişkinlerin bu yaş grubu çocuklara yönelik cinsel davranışlarda bulunması TCK'da suç olarak tanımlanmıştır (m.104/1). Bu yaş grubunda bulunan çocukların ancak hukuken belirli şartların sağlanması halinde cinsel eyleme rıza gösterebilecekleri kabul edilmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundaki "cinsel ilişki" kavramının geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Çocukların yetişkinler tarafından tecrübesizliklerinin kullanılarak cinsel yönden sömürülmesinin yalnızca "cinsel organa cinsel organ duhulü ile sınırlandırılmasını doğru bir yaklaşım olarak görmemekteyiz.

Uluslararası belgelerde çocukların cinsel dokunulmazlığına ilişkin düzenlemeler, açık bir şekilde çocukları koruma amacı gütmektedir. Buna karşılık TCK'da yer alan düzenlemeler de çocukların korunması amacını gütmesine rağmen müstehcenlik suçu açısından çocuğun cinsel dokunulmazlığının yanı sıra genel ahlakın korunması da amaçlanmıştır. 226.maddenin 3.fıkra düzenlemesi, maddenin diğer fıkralarında düzenlenen suç tiplerinden ayrılmaktadır. Bu hüküm,

---

*sitesi üzerinden 15.09.2014 tarihinde yayımlayan sanığın, anılan tarihte gerçekleşen eylemi açısından, görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun yanı sıra TCK'nun 226/5. madde ve fıkrasında tanımlanan müstehcenlik suçunu da işlediği anlaşılmakla, sanık hakkında 15.09.2014 tarihli eylemi ile ilgili olarak TCK'nun 44/1. madde ve fıkrasında düzenlenen fikri içtima kapsamında daha ağır cezayı gerektiren TCK'nun 226/5. madde ve fıkrasındaki müstehcenlik suçundan ayrıca mahkumiyet hükmü kurulması gerektiği gözetilmeksizin, yalnızca zincirleme şekilde görüntü veya seslerin ifşa edilmesi suretiyle özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, aleyhe temyiz bulunmadığından, bozma nedeni olarak kabul edilmemiştir." 12.CD E.2019/458 K.2019/10824 T. 13.11.2019.*

müstehcen ürün üretiminde **çocukların kullanılmasını** yasaklamak suretiyle açıkça çocukların cinsel dokunulmazlığını korumayı da hedeflemektedir.

Ancak bu hükmün aynı zamanda genel ahlakı koruma amacının olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle çocukların fiziki mahremiyetlerinin görüntülenmesinin suç teşkil edebilmesi için failin cinsel bir maksatla hareket etmesi şart değildir. “Müstehcenlik” kavramının “pornografi” kavramından farklı olduğu göz önünde tutulmalıdır.

Müstehcenlik normatif bir kavram olup içeriğinin belirlenmesinde TCK’nın 225. ve 226.madde gerekçelerinde bulunan açıklamaların dikkate alınması gerekmektedir. Kanaatimizce bir ürünün müstehcen olabilmesi için ya cinsel bir davranış içeriğinin olması ve yahut da fiziki mahremiyeti ortaya koyması gerekmektedir. Çoğu olayda bu iki unsurun da müstehcen ürünün içeriğinde bulunduğu belirtilmelidir. Ayrıca bu içeriğin toplumun **ortak** ar, haya ve edep duygularını da incitiyor olması gerekmektedir.

Bir çocuğun üstündeki kıyafetlerinin çıkarılması ve fiziki mahremiyetinin cinsel amaçla gözetlenmesi ona karşı gerçekleştirilen cinsel bir eylemdir. Bu eyleme çocuğun rızasının bulunmadığı hallerde çocuğun cinsel istismarı suçu (TCK m.103) oluşacaktır. Keza 15 yaşını tamamlamamış bir çocuğun eyleme göstereceği rıza hukuken bir sonuç doğurmayacağı için rızası bulunsa dahi yine çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır. Ancak 15 yaşını tamamlayan bir çocuğun cinsel dokunulmazlığının mahiyetinde bulunan farklılık nedeni ile göstereceği rıza farklı bir suç tipinin oluşmasına neden olacaktır. Kanaatimizce bu eylem yetişkin bir kişi tarafından icra ediliyorsa reşit olmayanla cinsel ilişki suçu oluşacaktır.

Çocuk müstehcenliği (TCK m.226/3) suçunun oluşumu açısından ise çocuğu göstereceği rızanın suçun oluşumuna herhangi bir etkisi söz konusu değildir. Bu itibarla 18 yaşını tamamlamamış bir çocuğun müstehcen ürün üretiminde kullanılması her halükarda müstehcenlik suçunu oluşturacaktır. Keza müstehcenlik suçuna nazaran genel norm olarak kabul edilen özel hayatın gizliliğini ihlal (TCK m.134/1-2) suçu açısından da aynı sonuca ulaşılabilir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT**, Berrin: “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.4, S.40, s.265-288.
- AKBULUT**, Berrin: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AKSAKAL**, Enver: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *İstanbul Barosu Dergisi*, C.2, S.88, s.257-275.
- AKYÜREK**, Güçlü: *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, 2014, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ARSLANTÜRK**, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Cinsel Suçlar*, 2019, 5.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**ALŞAHİN**, Mehmet Emin /**ÇAKIR**, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2017, 16.Baskı, Ankara.
- ARTUK**, Mehmet Emin/**GÖKCEN**, Ahmet/**YENİDÜNYA**, Caner: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2008, 9.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYDIN**, Murat: *Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, 2018, 3.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- DÖNMEZER**, Sulhi: *Genel Ahlak ve Adap Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, 1975, 4.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- DURSUN**, Selman: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.9. S.24, s.57-73.
- EKİCİ ŞAHİN**, Meral: *Ceza Hukukunda Rıza*, 2012, 1.Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- GEYRAN**, Pakize Çervatoğlu/**ÖZDEMİR**, Füsun/**UYGUR**, Niyazi, “Teşhircilik”te Ceza Ehliyeti”, *Düşünen Adam The Journal of Psychiatry and Neurological Sciences*, S.7, s.25-29.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki /**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar*, 2016, 5.Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara.
- HAFIZOĞULLARI**, Zeki/**ÖZEN**, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Topluma Karşı Suçlar*, 2017 3.Baskı, US-A Yayıncılık Ankara.
- HAKERİ**, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 22.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- İNCİ**, Zekiye Özen: Yargıtay Kararları Işığında Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.16, S.2, s.17-69.
- KARTAL**, Pınar Memiş: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.4, S.65, s.2083-2100.
- KANGAL**, Zeynel Temel: Hayasızca Hareketler Suçu, *Ceza Hukuku Dergisi*, C.14, S.39, s.9-40.



- KAYA**, Murat: Çocuğun Cinsel İstismarı Suçunda Vücuda Temas Şartı Var mıdır?, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 52, s.103-109.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2019, 12.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- KOCA**, Mahmut/**ÜZÜLMEZ**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2019, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- KÖKSAL**, Atacan: Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Nevzat Toroslu'ya Armağan, C.2, Ankara 2015, s.687-726.
- ÖZBEK** Veli Özer/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2019, 14.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK**, Veli Özer/**KANBUR**, Mehmet Nihat/**DOĞAN**, Koray/**BACAKSIZ**, Pınar/ **TEPE**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2013, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- ÖZBEK**, Veli Özer: Müstehcenlik Suçu (TCK m.226), 2009, 1.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara,
- ÖZGENÇ**, İzzet: Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar Bakımından İlgilinin Rızasının Ceza Hukuku Sorumluluğu Üzerindeki Etkisi, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.2, s.251-288.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Cinsel Suçlar, Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.24, S.1, s.257-283.
- ÖZGENÇ**, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 2019 15.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara.
- PELLET**, Alain, Conclusion and Entry into Force of Treaties, s.2 Reservations, Art.19 1969 Vienna Convention, Oxford Scholarly Authorities on International Law, Volume I, Part II.
- SOYASLAN**, Doğan: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2016, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi Ankara.
- SEVÜK**, Handan Yokuş: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 2019, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- TANER**, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 2017, 2.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- TEZCAN**, Durmuş/**ERDEM** Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2008, 6.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- TEZCAN**, Durmuş/ **ERDEM**, Mustafa Ruhan/**ÖNOK**, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 2019, 17.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.



**ÜZÜLMEZ, İlhan:** Çocukların Cinsel İstismarı Suçu, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 4, S. 2, s.25-42.

**YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa:** Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Hukuku, 5.Cilt, 2014, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.

*Araştırma Makalesi / Research Article***ANONİM ŞİRKET YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN  
FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜL İLKESİ UYARINCA  
SORUMLULUKLARINA GENEL BİR BAKIŞ#****Himmet KOÇ\*****Özet**

Anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, şirketin idaresiyle ilgili iş ve eylemleri icra ederken şirket tüzel kişiliğinde ya da üçüncü kişilerde zarara sebebiyet vermiş olabilirler. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, yönetim kurulunun herhangi bir kişiye zarar vermesi halinde üyelerin tabi olacakları sorumluluk sistemini düzenleme altına almıştır. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu kavramı ile anlatılmak istenen, yönetim kurulunun organ halinde külli olarak sorumluluğu değildir. TTK kapsamında hukuki sorumluluk, şahsen verilen zararlardan sorumluluktur. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının genel sınırları TTK m. 553'te düzenlenmiştir. 553. madde hem doğrudan zararlara hem de dolaylı zararlara uygulanabilme özelliğine sahiptir. Söz konusu maddede, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumlulukları genel olarak düzenlenmiştir. Üçüncü kişilere karşı şirket tüzel kişiliği de sorumlu olabilmektedir. Şirket tüzel kişiliği üçüncü kişilere karşı zararı tazmin ettiği takdirde ise iç ilişkide yine zarara sebebiyet verenlerin şahsi sorumluluğuna giderek onlara rücu edebilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Farklılaştırılmış Teselsül, Yönetim Kurulu, Sorumluluk, Zarar, İç İlişki, Dış İlişki.

**AN O W E R V I E W T O T H E R E S P O N S I B I L I T I E S O F T H E M E M B E R S  
O F T H E B O A R D O F D I R E C T O R S B Y T H E D I F F E R E N T I A T E D  
C O N T I N U I T Y P R I N C I P L E****Abstract**

The members of the board of directors of joint stock companies may cause losses in the legal entity of the company or third parties while carrying out business and actions related to the management of the company. The differentiated continuity principle regulates the system of responsibility to which the members will be subject to if the board of directors harms any person. The legal responsibility of the members of the board of directors of the joint stock company is not the responsibility of the board of directors as an organ. Under the

# **Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 6.2.2020

**Kabul Tarihi:** 3.5.2020

\* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, himmetkoc92@gmail.com

ORC ID: 0000-0002-3020-0412

Turkish Commercial Code, legal liability is generally regulated as a liability for damages incurred personally. General limits of the responsibilities of the members of the board of directors of joint stock company TTK m. 553. Article 553 is applicable to both direct and indirect damages. In this article, the responsibilities of the founders, members of the board of directors, managers and liquidators are generally regulated. The legal personality of the company may also be liable to third parties. If the Company legal entity compensates the loss against third parties, it may also recourse to the personal responsibility of those causing the loss in the internal relationship.

**Keywords:** Differentiated Continuity, Board of Directors, Liability, Loss, Interior Relation, External Relation.

## GİRİŞ

Anonim şirketlerde yönetim kurulu şirketi hem yönetir hem de temsil eder<sup>1</sup>. Yönetim kurulu üyelerinin ilgili iş ve eylemlerde bulunurken uyacakları esaslar, şirketin işletme konusuyla sınırlı değildir. Diğer bir deyişle yönetim kurulu üyeleri şirketi temsil ederken, şirketle ilgili iş ve eylemleri icra ederken şirketin işletme konusu dışındaki konularda da faaliyetlerde bulunabilirler (TTK m. 371/2). Nitekim bu husus da 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen bir yenilik olup ultra vires ilkesinin kaldırılması olarak anılmaktadır<sup>2</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri, şirketin idaresiyle ilgili iş ve eylemleri icra ederken şirket tüzel kişiliğine ya da üçüncü kişilere zarar verebilirler. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunda 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu zamanında var olan mutlak müteselsil sorumluluk sisteminden çıkılıp, farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumluluğun belirlendiği sistem getirilmiştir<sup>3</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, yönetim kurulunun herhangi bir zarara sebebiyet vermesi halinde yönetim kurulu üyelerinin tâbi olacakları sorumluluk sistemini düzenleme altına almıştır<sup>4</sup>.

Çalışmada, öncelikle anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının genel şartları sırayla incelenmeye çalışılacaktır. Sonraki başlıkta doğrudan zarar ve dolaylı zarar hallerine genel manada değinilecek ve sorumluluğa etkileri irdelenecektir. Üçüncü başlıkta ise kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk hallerine ilişkin bilgiler verildikten sonra nihai başlıkta

<sup>1</sup> AYHAN, Rıza/ ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2020, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, s. 309 ve s. 316.; BAHTİYAR, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 2020, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 217.; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku*, 2019, C. I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 361.; PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2017, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 430.; DOĞANAY, İsmail, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin “Hukuki” Sorumlulukları”, BATİDER, C. 17, S. 3, 1994, s. 61.

<sup>2</sup> UZUNALLI, Sevilay, *Anonim Şirkette İşletme Konusu*, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 89; ALPER, Gizem, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, 2013, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 49.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 316.; BAHTİYAR, s. 237.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar-I*, s. 387.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 430.

<sup>3</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar-I*, s. 433.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 475.; BAHTİYAR, s. 395.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 725.

<sup>4</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 485.; BAHTİYAR, s. 401.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar-I*, s. 433 vd.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 725.

farklılaştırılmış teselsül ilkesi hakkında diğer bölümlere nazaran daha ayrıntılı açıklamalar yapılmaya çalışılacaktır. Bu açıklamalar öncelikle farklılaştırılmış teselsül ilkesinin mutlak teselsülden farkları, farklılaştırılmış teselsülde zarar kavramı, farklılaştırılmış teselsülde dış ilişki ve iç ilişki kavramları çerçevesinde şekillenecektir.

## I. YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUKLARININ ŞARTLARI

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilebilmesi için aşağıda dört başlık halinde inceleyeceğimiz şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Söz konusu şartların tamamının bulunması halinde anonim şirket yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası yöneltilebilecektir. Sorumluluğun şartları şunlardır:

### A. GÖREV İHLÂLİ

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının doğması için gerekli olan ilk şart, bir görev ihlalidir. Buradaki görev ihlali kavramından TTK m. 553'te yer alan "...kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülükler..."in ihlali anlaşılmalıdır<sup>5</sup>. Diğer bir deyişle kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin sadece kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde sorumlu olacaklarını düzenlemiştir.

TTK m. 553/1'de sadece esas sözleşme ya da kanun hükmüne muhalefet halinden sorumluluk doğacağı belirtilmiş olmasına rağmen başka bir düzenlemeye (örneğin iç yönergeye) aykırılık halinde de sorumluluk doğup doğmayacağı, TTK m. 553/1 hükmünden anlaşılammaktadır. Bu konuda TTK hükümlerinde bir boşluk bulunmaktadır. Kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin iç yönerge çerçevesindeki yükümlülüklerine aykırı hareketlerinin bulunması halinde de farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre sorumlu olmaları gerekmektedir<sup>6</sup>.

Benzer şekilde, yönetim kurulu tarafından alınan kararlara uygun hareket etmemek de bir görev ihlali olarak değerlendirilmeli ve bu aykırı hareket sonucu diğer şartlar da sağlanırsa aykırı harekette bulunanların farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumluluklarına gidilmelidir<sup>7</sup>.

### B. ZARAR

Zarar kavramı, hukuki sorumluluk hallerinde aranan genel bir şarttır<sup>8</sup>. Hukuki sorumluluktan kaynaklı bir tazminat talebinin doğması için meydana gelmiş ya da meydana gelmesi muhtemel bir

<sup>5</sup> **TEKİNALP**, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 2015, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 432.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 477 vd.; **ALTAY**, Sıtkı Anlam, "Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68.

<sup>6</sup> Aynı yönde görüş için Bkz: **ÇAMURCU**, Emin, *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi*, 2015, On İki Levha Yayınları, İstanbul, s. 62.

<sup>7</sup> **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, *Ortaklıklar-I*, s. 437.; **ÇAMURCU**, s. 62.

<sup>8</sup> **EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2017, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 544 vd.; **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2011, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, s. 283 vd.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 475.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, *Ortaklıklar-I*, s. 434.

zarar söz konusu olmalıdır. Zira zarara sebebiyet veren kişilerin hukuki sorumluluğuna gidildiğinde, bu zararın tazmin edilmesi istenecektir.

Hukukumuzda zarar kavramı, genel olarak, kişilerin malvarlığında meydana gelen eksilme, pasifindeki bir artış, elde edilmesi gereken kârı elde edememe<sup>9</sup> gibi halleri de içine alarak tanımlanır<sup>10</sup>. Sayılan bu hallerin mevcut olması halinde zararın varlığı söz konusu olur ve anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları doğar.

Ayrıca ileride doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarının daha ayrıntılı olarak inceleneceği başlıkta yer verileceği üzere, doğrudan zararların yanı sıra dolaylı zarar hallerinde de yönetim kurulunun sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

### C. KUSUR

Kusur kavramı, hukuken korunmayan bir davranış manasına gelmektedir<sup>11</sup>. TTK m. 557/1 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, her yönetim kurulu üyesi kusurunun ağırlığına sorumlu olacaktır<sup>12</sup>. Diğer bir deyişle kusur, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilebilmesi için aranan kanuni bir şarttır<sup>13</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin temelinde de her bir yönetim kurulu üyesinin zararın tamamından değil, “kusurunun ağırlığına” sorumlu olması düşüncesi yatmaktadır.

Kusur, anonim şirket organlarının sorumluluğunun doğması için aranan genel bir şarttır<sup>14</sup>. Kusur bir organın yapması gereken iş ya da işlemleri bilerek (kasten) veya bilmeyerek (ihmal) yapmaması durumunda ortaya çıkar<sup>15</sup>. Kanun koyucu, kusurun derecesiyle alakalı bir açıklama yapmamıştır. Kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk ayırımına ilişkin açıklamaların yapılacağı bölümde inceleneceği üzere, kusur kavramının içerisine kasıt, ağır ihmal ve hafif ihmal durumları girer<sup>16</sup>.

Kusurun varlığını ispat yükümlülüğü davacıya aittir. 6762 sayılı Ticaret Kanunu'nun 336 ve 339. maddeleri uyarınca yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduklarına ilişkin bir karine bulunmaktaydı ve bu karineye dayanan davacılar, yönetim kurulu üyelerinin kusurlarını ispat etmekle yükümlü değildiler. Fakat TTK m. 553 hükmünde böyle bir karineye yer verilmemiştir.

<sup>9</sup> AKDAĞ GÜNEY, Necla, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2012, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 50.; UYSAL, Levent, “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-II”, *TBB Dergisi*, 2009, Sayı:81. s. 7.; EREN, s. 545.; KILIÇOĞLU, s. 289.

<sup>10</sup> TANDOĞAN, Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku*, 2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 63.; EREN, s. 545.; KILIÇOĞLU, s. 283.

<sup>11</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 481.; EREN, s. 594.; DOĞANAY, s. 57.; KILIÇOĞLU, s. 296.

<sup>12</sup> GÖKTÜRK, Kürşat/CAN, Mehmet Çelebi, “Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı Ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt:2, Sayı:2. s. 266.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 725.

<sup>13</sup> DOĞANAY, s. 57.

<sup>14</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 481.; BAHTİYAR, s. 396 vd.; PULAŞLI, *Şirketler*, s.712.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 432.; KALINSAZ, s. 19.; DOĞANAY, s. 57.

<sup>15</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 481.; DOĞANAY, s. 57.

<sup>16</sup> EREN, s. 599 vd.; KILIÇOĞLU, s. 298 vd.; DOĞANAY, s. 57.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının doğması için genel şart, kanun ya da esas sözleşme hükmünün ihlal edilmesinde kasıt ya da ihmallerinin bulunmasıdır. Diğer bir deyişle, kural olarak yönetim kurulu üyeleri ancak kusurlu oldukları hallerde sorumlu olacaklardır. Ancak bu kuralın istisnaları mevcuttur<sup>17</sup>. Yani anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin kusursuz olarak sorumlu oldukları haller de bulunmaktadır<sup>18</sup>.

#### D. İLLİYET BAĞI

Tabiidir ki her sorumluluk halinde, var olan kusurlu hareketle meydana gelen zarar arasında bir illiyet bağı bulunmak zorundadır<sup>19</sup>. Eğer bu illiyet bağı bulunmazsa, davranışta bulunan kişinin sorumluluğuna gidilemez. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilebilmesi için de illiyet bağı gereklidir<sup>20</sup>.

İlliyet bağı, özü itibarıyla kusurla yaptırım arasındaki dengeyi ifade eder<sup>21</sup>. Yani bir fiilden sorumlu olan kişi ya da kişiler sadece kusurları oranında yaptırıma tabi tutulurlar. Kusur derecelerini aşan yaptırım uygulanamaz. İlliyet bağı bu sınırı ifade eder.

Hukuk sistemimizde esas olan, zarara sebebiyet veren fiilin failinin, zarardan sorumlu olmasıdır. Yani objektif olarak zarar bir faile isnat edilebiliyorsa, ancak o zaman fail sorumlu tutulabilir. Objektif isnadiyet yapılamazsa, fail sorumlu olmaz. Fakat eski kanun zamanında var olan müteselsil sorumlulukta; yönetim kurulu üyeleri kendilerine objektif olarak isnat edilemeyecek zararlardan da sorumlu olabilmekteydiler. İşte farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri, kendi fiilleriyle zarar arasında bir illiyet bağı kurulmadıkça sorumlu da olmayacaklardır<sup>22</sup>.

## II. DOĞRUDAN ZARAR-DOLAYLI ZARAR AYRIMI VE SORUMLULUK

Anonim şirketler mahiyetleri itibarıyla çok farklı unsurları bir arada barındırabilmektedirler. Bu özelliklerinden dolayı anonim şirketlerde meydana gelen herhangi bir zararda yalnızca bir kişi ya da bir taraf etkilenmez. O zarardan doğrudan etkilenenlerin yanında, dolaylı olarak etkilenenlere

<sup>17</sup> **YASAMAN**, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2013/2. s. 102.

<sup>18</sup> Örneğin TTK m. 549 ve 550 hükümlerinde kusurun varlığı aranmadan da sorumluluğun doğabileceği durumlar zikredilmiştir.

<sup>19</sup> **TEKİNALP**, s. 366; **ŞENER**, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıkları Hukuku Ders Kitabı*, 2015, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, s. 416.; **EREN**, s. 561.; **KILIÇOĞLU**, s. 291.

<sup>20</sup> **HELVACI**, Mehmet, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2013/2. s. 85.; **PULAŞLI**, *Şirketler*, s. 725.; **ÜNLÜ**,Ufuk, “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 138, Şubat 2018, s. 130.; **ROBERTO**, Vito, “Probleme der Differenzierten Solidarität”, *Zeitschrift für Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, S. 01/2006, s. 29-42. Çeviren: **DEMİRAYAK**, Ezgi Başak/ÇAPA, Sadık, “Farklılaştırılmış Teselsülün Problemleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 3, 2016, s. 146.

<sup>21</sup> **ÇAMOĞLU**, Ersin, “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan*, 2011, Filiz Kitabevi, İstanbul, s. 415.; **EREN**, s. 561.; **KILIÇOĞLU**, s. 291.

<sup>22</sup> **AKDAĞ GÜNEY**, s. 276.; **TEKİNALP**, s. 429.; **DEMİRAYAK/ÇAPA**, s. 146.



de sıkça rastlamak mümkündür. Uygulamada, zarardan etkilenen olarak en fazla şirket tüzel kişiliği, pay sahipleri ve alacaklılarla karşılaşılır<sup>23</sup>. Örneğin şirket tüzel kişiliğinin bir zarara uğradığı durumda pay sahipleri ve alacaklılar dolaylı olarak o zarardan etkilenir<sup>24</sup>.

Doğrudan zarar halinde, zarar gören kişiler dava açabileceklerdir<sup>25</sup>. Pay sahipleri<sup>26</sup> ve alacaklılar doğrudan zarar gören olabilir. Tabiidir ki şirket tüzel kişiliğinin de doğrudan zarara uğraması ve doğrudan zarara uğrayan sıfatıyla dava açması mümkündür<sup>27</sup>. Yeni göreve gelmiş yönetim kurulunun, şirketi zarara uğratmış eski yönetim kurulu üyelerine karşı farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumluluk davası açması da mümkün olmalıdır.

Yönetim kurulu üyeleri, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiyor olabilirler. Bu da doğrudan bazı kişilerin zarara uğramasına yol açabilir. Yönetim kurulu üyeleri yine haksız fiilleri dolayısıyla bazı kişilere zarar verebilirler. Bu durumlarda da doğrudan zararın tazmini talep edilebilecektir.

İlk bakışta doğrudan zararın tazminini talep hakkı hem sözleşmesel kaynaktan, hem de haksız fiil sorumluluğundan doğabilir gibi görünmektedir. Ancak pay sahipleri ve alacaklılar ile şirket organları arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, pay sahipleri ve alacaklıların açacakları doğrudan zarar tazmini davalarının kaynağının sözleşme ilişkisi olduğu söylenemez. Bu kişilerin açacakları davalar, temel olarak haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Şirket tüzel kişiliğinin talep edeceği doğrudan zararların tazmini durumlarında ise zararın kaynağının şirket ile yönetim kurulu arasındaki sözleşme ilişkisi olduğu söylenebilir<sup>28</sup>.

Ayrıca denilebilir ki haksız fiile ilişkin sorumluluktan dolayı tazminat talebi halinde öncelikle TTK'daki sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır; eğer TTK'da düzenlenmeyen hususlarla karşılaşılırsa TBK'nın haksız fiile ilişkin hükümleri uygulanmalıdır (Bkz. TTK m. 1/2). Doğrudan zarar halinde açılacak davada, davacılar, dolaylı zarar halinde açılacak davadan farklı olarak, tazminatın kendilerine ödenmesini isteyebilir<sup>29</sup>.

Şirketin zarara uğraması durumunda sorumluluk davasını şirket adına yönetim kurulunun açması gerekir. Ancak yönetim kurulu üyelerinin vermiş oldukları zarara dayalı olarak açılacak davalarda bir çıkar çatışması durumu gündeme gelecektir<sup>30</sup>. Bu durumda BİLGİLİ/DEMİRKAPI, POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU ve BAHTİYAR şirketi davada temsil edebilecek bir "kayyim"

<sup>23</sup> **BOZKURT YAŞAR**, Sevgi, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ", *BATİDER*, C. 34, S. 1, 2018, s. 140.

<sup>24</sup> **BOZKURT YAŞAR**, s. 140.

<sup>25</sup> **PULAŞLI**, *Şirketler*, s. 700.; **YASAMAN**, s. 104.

<sup>26</sup> Pay sahiplerinin doğrudan zarara uğrayacakları durumlara örnek olarak; pay sahibinin yeni pay alma hakkının engellenmesi, payının haksız şekilde iptali, haksız olarak kar payı dağıtılmaması gibi durumlar verilebilir (Bkz. **BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, *Şirketler Hukuku*, 2013, 9. Basım, Dora Yayınları, Bursa, s. 597).

<sup>27</sup> **BİLGİLİ /DEMİRKAPI**, s. 106.; **PULAŞLI**, *Şirketler*, s. 699.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 440.

<sup>28</sup> **PULAŞLI**, *Şirketler*, s. 701.

<sup>29</sup> **ÇAMURCU**, s. 47.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 446.

<sup>30</sup> **YASAMAN**, s. 106.

atanması gerektiğini; PULAŞLI ise kayyim niteliğinde bir “özel temsilci” atanması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>31</sup>.

Dolaylı zararlarda ise öncelikle doğrudan zarara uğrayan bir taraf bulunmaktadır. Uygulamada doğrudan zarara uğrayan taraf genellikle anonim şirket tüzel kişiliği olmaktadır<sup>32</sup>. Onun yanında başka bazı kişiler de dolaylı olarak zarara uğramaktadır<sup>33</sup>. Örneğin şirketten alacaklı olan birisinin alacağı tehlikeye düşmüşse, o kişi dolaylı zararından doğan zararının tazmini için sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı dava açabilecektir<sup>34</sup>. Ancak TTK m. 556 gereği, alacaklıların doğrudan böyle bir dava açabilmeleri şirketin iflası halinde mümkündür<sup>35</sup>.

Şirket tüzel kişiliğinin doğrudan uğradığı zararda, pay sahibi ya da alacaklılar da dolaylı olarak zarara uğradıklarını ileri sürerek yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidebilirler<sup>36</sup>. Anonim şirketlerin karmaşık yapılarından dolayı, böyle durumlarda karşılaşılması oldukça olağandır. İşte böyle hallerde, dolaylı olarak zarara uğrayan taraf veya taraflar da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidebileceklerdir<sup>37</sup>.

Hukuk sistemimize göre genel sorumluluk hukukunda dolaylı olarak zarara uğrayan taraflar doğrudan tazminat talep edebilmektedirler. Bu kişilerin de belli şartlar altında tazminat talep edebilmeleri imkanı farklılaştırılmış teselsül ilkesi ile daha da genişletilmiştir ve daha adil bir sisteme bağlanmıştır. Dolaylı zarar halinde istenebilecek tazminat durumlarında, zarar görenle zarar veren arasında bir sözleşme ilişkisi aranmaz. Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zararlardan dolaylı olarak zarar gören kişilerin, yönetim kurulu üyeleriyle bir sözleşmesel ilişki içerisinde bulunmaları gerekmez. Yani dolaylı zarar halinde açılacak tazminat davasına konu olan zarar kavramı, hem sözleşmeden, hem de haksız fiilden kaynaklanabilir.

Sonuç olarak tazminat davasının açılması hususunda denilebilir ki; anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sebep oldukları zararlardan dolayı şirket tüzel kişiliği, pay sahipleri<sup>38</sup> ve alacaklılar<sup>39</sup> doğrudan zarar gören sıfatıyla dava açabilirler. Ayrıca pay sahipleri<sup>40</sup> ve alacaklılar şirket tüzel kişiliğinden ayrı olarak, dolaylı zarar gören sıfatıyla da tazminat davası açabilirler.

<sup>31</sup> PULAŞLI, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2014, Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 2141; PULAŞLI, Şirketler, s. 744.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 596.; BAHTİYAR, s. 409.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 442.

<sup>32</sup> PULAŞLI, Şirketler, s. 702.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 443.

<sup>33</sup> Örneğin şirketin zarara uğraması halinde pay sahipleri de dolaylı olarak zarar uğramış olmaktadır (Bkz. BAHTİYAR, s. 409)

<sup>34</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 443.; ÇAMURCU, s. 98.

<sup>35</sup> BAHTİYAR, s. 407.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 434.; BOZKURT YAŞAR, s. 142.

<sup>36</sup> YASAMAN, s. 107.

<sup>37</sup> YASAMAN, s. 104.

<sup>38</sup> Pay sahipleri, doğrudan zararlarında tazminatın kendilerine ödenmesini talep edebilirler (Bkz. ÇAMURCU, s. 97; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 597).

<sup>39</sup> Alacaklıların dava açması şirketin iflas etmiş olması durumunda söz konusu olmaktadır (BAHTİYAR, s. 407.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 434.; BOZKURT YAŞAR, s. 142.).

<sup>40</sup> Pay sahipleri, dolaylı zararlarda tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler (Bkz. TTK m. 555/1, c. 2).

### III. KUSUR SORUMLULUĞU-KUSURSUZ SORUMLULUK AYRIMI

Hukuk sistemimizdeki sorumluluk esasları da kusur sorumluluğu ilkesi etrafında şekillenmektedir<sup>41</sup>. Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre sorumlulukları, kusur ilkesine dayanmaktadır<sup>42</sup>. Eğer yönetim kurulu üyeleri kanundan ya da esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ederlerse, sorumlu olurlar (TTK m. 553/1). Mefhumu muhaliften çıkan sonuca göre ise yönetim kurulu üyelerinin kusurları ile herhangi bir kanun ya da esas sözleşme hükmünü ihlal etmemesi halinde sorumlulukları da doğmaz.

Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken objektif özen yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>43</sup>. Nitekim bu husus, yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüklerinin düzenlendiği TTK m. 369'da da zikredilmiştir. Bu yüzden de, görevlerini ifa ederlerken verdikleri bir zararda sorumluluk kişisel durumlarına göre değil, objektif olarak bir yönetim kurulu üyesinin o durumda nasıl davranacağına-davranması gerektiğinin ölçüsüne göre belirlenir<sup>44</sup>. Buradaki objektif kriter, tedbirli bir yöneticinin göstermesi gerektiği ölçünün esas alınmasıyla belirlenecektir.

Yönetim kurulu üyeleri görevlerini ifa ederlerken kasten olmasa bile ağır ihmalle ya da hafif ihmalle zarara yol açabilirler. İşte bu ağır ihmâl ve hafif ihmâl durumlarında da yönetim kurulu üyelerinin farklılaştırılmış teselsül hükümleri çerçevesinde sorumluluklarına gidilebilir. Hukuki sorumluluk bakımından kasten ya da ihmalle bir zarara sebebiyet verilmesinin arasındaki fark, ödenecek tazminat miktarının değişmesinden başka bir etkiye sahip değildir<sup>45</sup>.

Genel kural yönetim kurulu üyelerinin, meydana gelen zararda herhangi bir kusurları bulunmadığı takdirde sorumluluklarına da gidilemeyeceği yönündedir<sup>46</sup>. Ancak bu kuralın istisnaları da mevcuttur. Örneğin TTK m. 549, 550 ve 552<sup>47</sup> hükümleri, bu genel kurala istisna niteliği taşımaktadır<sup>48</sup>. Zikredilen maddelerde, meydana gelen zararlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilebilmesi için kusurlarının olup olmadığının incelenmeyeceği; eğer meydana gelmiş bir zarar varsa doğrudan bu kişilerin sorumluluklarına gidileceği belirtilmiştir. Ayrıca TTK

<sup>41</sup> **SERENGİL**, Şelale Orkide, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül", Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, 2010, İstanbul, s. 21.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 481.; **EREN**, s. 513.; **KILIÇOĞLU**, s. 296.

<sup>42</sup> **TEKİNALP**, s. 441; **HELVACI**, Mehmet, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2001, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, s. 80; **ÇAMOĞLU**, s. 409.; **PULAŞLI**, Şirketler, s. 712.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 481 vd.; **BAHTİYAR**, s. 396 vd.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 432.

<sup>43</sup> **PULAŞLI**, Şirketler, s. 691; **ŞENER**, s. 418.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 324.; **BAHTİYAR**, s. 250.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 420.; **DOĞANAY**, s. 58.

<sup>44</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 324.; **TEKİNALP**, s. 442.; **BAHTİYAR**, s. 250.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 420.

<sup>45</sup> **EREN**, s. 591 vd.; **UYSAL**, s. 6.; **KILIÇOĞLU**, s. 298.

<sup>46</sup> **PULAŞLI**, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluk", *BATİDER*, 2009, C. XXV, S. 1, s. 69.

<sup>47</sup> TTK m. 552/1 hükmünün gerekçesinde de bu husus açıkça zikredilmiştir. İlgili hükme göre halktan para toplama yönünde faaliyette bulunulması, sorumluluğun doğması için yeterli olacaktır. Halktan para toplayan yönetim kurulu üyesinin kusuruna bakılmayacaktır (Bkz. TTK m. 552 Gerekçesi, s. 723).

<sup>48</sup> **YASAMAN**, s. 102.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 483.; **BAHTİYAR**, s. 398.

m. 557/1 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin “... kusurlarına ve durumun gereklerine göre...” sorumlu olacakları belirtilmiştir. Yani “durumun gerekleri” ibaresinden, TTK m. 549, 550 ve 552 hükümlerindeki kusurun aranmadığı hallerin de anlaşılması gerekmektedir.

Kusurun ispatının nasıl olacağı ise genel ispat kurallarına başvuruyla belirlenmelidir. Zira TTK metninde, eTTK m. 338 hükmünde bulunan ve yöneticilerin kusurlarının bulunmadığını ispatlamaları halinde sorumluluktan kurtulmalarını sağlayan herhangi bir ibare bulunmamaktadır. TTK’nın ilk halinde, 553. maddede “*kusurlarının bulunmadığını ispat etmedikçe*” ibaresi bulunmaktaydı. Fakat 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle birlikte bu ibare madde metninden çıkarıldı. Bu nedenle de yöneticilerin kusurunun ispat edilmesinde genel kurallar uygulanmalıdır<sup>49</sup>.

#### IV. FARKLIlaştırILMIŞ TESELSÜL İLKESİ VE MUTLAK TESELSÜLDEN AYRILAN YÖNLERİ

Anonim şirketlerde farklılaştırılmış teselsül ilkesi, birden fazla üyenin neden olduğu ortak bir zararda, her bir yönetim kurulu üyesinin kendi sorumlu olduğu zarar oranında tazminatla sorumlu olması esasına dayanan bir ilkedir<sup>50</sup>. Esasen farklılaştırılmış teselsül ilkesi, mutlak teselsüle nazaran sorumluluk hukukunun amacına daha hakkaniyetli bir şekilde hizmet etmektedir<sup>51</sup>.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, esasen mutlak teselsül ilkesi uyarınca sorumluluğun bir alt türüdür. Diğer bir deyişle, mutlak teselsül ilkesi, farklılaştırılmış teselsülü de içine alan, farklılaştırılmış teselsüle nazaran daha geniş bir kavramdır<sup>52</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde mutlak teselsülden daha ayrıntılı hükümleri ihtiva etmekle birlikte ondan çok da farklı bir kurum değildir. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumluluk, aslında mutlak teselsül sorumluluğunun bir alt türüdür<sup>53</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri, birlikte verdikleri zararlardan dolayı farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca sorumlu olurlar ve hiçbir yönetim kurulu üyesi, sebep olduğu zarardan daha fazlasını tazmin etmek zorunda kalmaz<sup>54</sup>. Bu yönüyle farklılaştırılmış teselsül ilkesi, 6762 sayılı TTK zamanındaki mutlak teselsül ilkesine nazaran, yönetim kurulu üyelerini daha fazla koruyan bir kurum durumundadır.

<sup>49</sup> PULAŞLI, Şirketler, s. 715 vd.

<sup>50</sup> POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 434.; SERENGİL, s. 37; HELVACI, Sorumluluk, s. 84; ÇAMOĞLU, s. 416; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 600.; PULAŞLI, Şirketler, s. 725 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 485.; BAHTİYAR, s. 401.; ALTAY, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 69.; ALTAŞ, Soner, “Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 292.

<sup>51</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 485.; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Ortaklıklar-I, s. 433.; ÇAMOĞLU, s. 411.; KALINSAZ, Tuna, “Anonim Ortak Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğuna Farklılaştırılmış Teselsül Müdahalesinin Değerlendirilmesi”, Fasikül Hukuk Dergisi, C. 6, S. 55, Haziran 2014, s. 18.; ALTAŞ, s. 292.; DEMİRAYAK/ÇAPA, 146.

<sup>52</sup> HELVACI, Sorumluluk, s. 87.; GÖKTÜRK/CAN, s. 254.

<sup>53</sup> HELVACI, Sorumluluk, s. 87.; GÖKTÜRK/CAN, s. 254.; ALTAŞ, s. 292.

<sup>54</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 486.; AKDAĞ GÜNEY, s. 254.; BAHTİYAR, s. 402.; ÜNLÜ, s. 130.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi zarar gören davacı ile zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkiyi, yani dış ilişkiyi belirlemede rol oynar<sup>55</sup>. Her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluk üst sınırı belirlenirken farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre hareket edilir. Yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarındaki rücu ilişkisinde farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanamaz<sup>56</sup>.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi, mutlak teselsül ilkesinden, daha çok borçluların (yönetim kurulu üyelerinin) haklarını koruma amacına hizmet etmek yönünde ayrılmaktadır<sup>57</sup>. Gerçekten de mutlak teselsül ilkesine göre, bir zararın meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmayan ya da zarara asıl sebebiyet veren üyelerden daha az katkısı olan bir yönetim kurulu üyesi de alacaklının dava açması halinde ona ödeme yapmakla yükümlü olmaktadır<sup>58</sup>. Ancak farklılaştırılmış teselsül ilkesi her yönetim kurulu üyesinin kusuru oranında sorumlu olması ilkesine dayandığından, bir zararda hiç kusuru olmayan yönetim kurulu üyesinin alacaklıya hiçbir ödemede bulunma yükümlülüğü de yoktur<sup>59</sup>. Ancak burada, mutlak teselsülde herhangi bir üyeden alacağının tamamını talep edebilme hakkı bulunan zarar görenin bu hakkı da kısıtlanmış bulunmaktadır<sup>60</sup>.

Örneğin üç tane yönetim kurulu üyesinin olduğu bir şirkette yönetim kurulu üyelerinden bir tanesinin sorumluluk tavanı %100, diğer ikisinininki ise %20'şer olsa; sorumluluk tavanı %100 olan yönetim kurulu üyesi ödeme aczi içerisinde olsa; alacaklı, zararının sadece %40'ını diğer iki yönetim kurulu üyesinden %20'şer alarak tazmin edebilecektir<sup>61</sup>. Ancak mutlak müteselsil sorumluluk ilkesinde durum böyle değildi. Alacaklı bu örnekteki ödeme aczi içerisinde bulunan yönetim kurulu üyesinin ödemekle yükümlü olduğu miktarı diğer yönetim kurulu üyelerinden tazmin edebilecekti. Söz konusu yönetim kurulu üyesinin ödeme aczi içerisinde olmasının sonuçlarına, onun payını ödeyen üye katlanacaktı.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde de davacı, zararının tazmini için, sorumlu yönetim kurulu üyelerinden istediğini dava edebilecektir<sup>62</sup>. Bu serbestinin mutlak teselsülden farkı, mutlak teselsülde istediği her yönetim kurulu üyesini dava edebileceken; farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde sadece sorumluluk tavanı belirlenen yönetim kurulu üyelerinden istediğini dava edebilecek olmasıdır. Sorumluluğu bulunmayan, dolayısıyla sorumluluk tavanı belirlenmemiş olan yönetim kurulu üyelerine karşı ise dava açılmayacaktır.

<sup>55</sup> ÇAMOĞLU, s. 416.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 486.

<sup>56</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 254.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 486.; BAHTİYAR, s. 401.

<sup>57</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 253.

<sup>58</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 485.; ÇAMOĞLU, s. 416; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 598.; PULAŞLI, Şirketler, s. 723.; BAHTİYAR, s. 401.

<sup>59</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 249.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 486.

<sup>60</sup> AYAN, Özge, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü Ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 244.

<sup>61</sup> AYAN'a göre yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sigortası yaptırımları yararlarına olacaktır (AYAN, s. 248).

<sup>62</sup> HELVACI, Teselsül, s. 87.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 487.



Mutlak teselsül ilkesine göre sorumluluk uygulansaydı<sup>63</sup>, kendisine dava yöneltilen yönetim kurulu üyeleri, davacıya karşı kendi sorumsuzluklarını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınamayacaklardı. Ancak farklılaştırılmış teselsül ilkesine göre, her bir yönetim kurulu üyesi, kendi sebebiyet verdiği zarar çerçevesinde sorumludur. Yani yönetim kurulu üyesi, kendisinin davalı olduğu bir yargılamada sorumluluk tavanını aşan miktarlar için ödeme yapmaktan kaçınabilir<sup>64</sup>.

## V. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜL HÜKÜMLERİ

### A. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLDE ZARAR KAVRAMI

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin herhangi bir zarara sebebiyet vermeleri halinde uygulanacak sorumluluk hükümleri, TTK m. 557'den çıkarılmaktadır. Burada zarar kavramına açıklık getirmek gerekir.

Yönetim kurulu üyesinin bir davranışı sonucu gerek üçüncü bir kişi, gerekse anonim şirket tüzel kişiliğinin kendisi zarara uğramış olabilir. Böyle bir durumda anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilmeli, bu zararın tazmini için de farklılaştırılmış teselsül hükümleri uygulanmalıdır.

Türk Ticaret Kanunu'nun 557. maddesinin metninde birden fazla kişinin aynı zarara sebebiyet vermesi aranmaktadır. Bu husus "*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde...*" ibaresi ile ifade edilmiştir. Burada yer alan "aynı zarar" ibaresi açıklanmaya muhtaçtır.

Gerekçede "*aynı zarar*" kavramı ile "*birlikte verilen zarar*"ın kastedildiği belirtilmiştir<sup>65</sup>. Yani sorumluların tek başlarına verdikleri zararda<sup>66</sup> müteselsil sorumluluklarının gündeme gelmeyeceği açıktır<sup>67</sup>. Buna göre, müteselsil sorumluluk birden fazla yönetim kurulu üyesinin birlikte verdikleri zarardan sorumlu tutulmaları halinde gündeme gelecektir; TTK m. 557 hükmü gereğince de bu durumda farklılaştırılmış teselsül ilkesi uygulanacaktır<sup>68</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin uygulanması gerekliliği de, "*...zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde... sorumlu olur.*" ibaresinden açıkça anlaşılabilir.

Türk Ticaret Kanunu'nun 557. maddesinin 2. fıkrasında zikredilen "zararın tamamı" ifadesi, 1. fıkradaki "aynı zarar" ifadesinden farklıdır<sup>69</sup>. Zararın tamamı kavramı 557. maddenin

<sup>63</sup> Burada 6762 Sayılı TK zamanındaki mutlak teselsül değil, genel mutlak teselsül kastedilmektedir. Zira 6762 Sayılı TK m. 338 uyarınca kusuru bulunmadığını ispat eden yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulmaktaydı.

<sup>64</sup> HELVACI, Teselsül, s. 88.; ALTAŞ, s. 291.

<sup>65</sup> Bkz. TTK m. 557 Gereğesi, s. 731; AKDAĞ GÜNEY, s. 271.

<sup>66</sup> Tek başına verilen zarara AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, şirketle rekabet etme yasağı olmasına rağmen bu yasağın ihlalden kaynaklanan sorumluluğun sadece yasağı ihlal eden kişiye ait olacağı örneğini vermişlerdir (AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 486.).

<sup>67</sup> Bkz. TTK m. 557 Gereğesi, s. 731.

<sup>68</sup> ALTAY, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 69.

<sup>69</sup> BAHTİYAR, s. 402.; AKDAĞ GÜNEY, s. 273.; PULAŞLI, Şirketler, s. 726.



gerekçesinde açıklanmamış; bunun açıklanması doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır<sup>70</sup>. Buna göre zararın tamamı kavramından, zarara uğrayan tarafın uğradığı tüm zararlar anlaşılmalıdır<sup>71</sup>. İşte zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri, farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre sorumlu olarak, bu zararın tamamını tazmin edeceklerdir. Herhangi bir zarara tek bir yönetim kurulu üyesinin sebebiyet vermesi halinde ise farklılaştırılmış teselsül hükümlerinin uygulanmasına gerek kalmayacaktır<sup>72</sup>.

## B. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLDE DIŞ İLİŞKİ

Dış ilişki, yönetim kurulu üyeleri ile davacı arasındaki ilişkiye verilebilecek addır<sup>73</sup>. Dış ilişkiye göre sorumluluk davasında hakim, sorumlular arasındaki ilişkiyi belirleyecektir<sup>74</sup>. Aynı zamanda her bir sorumlunun sorumluluk tavanını belirleyecektir. Sorumluluk tavanı da her bir sorumlunun, tazmin edebileceği üst sınır olarak tanımlanabilir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını doğuran olayda öncelikle, davacının sorumluluk davası açması gerekir. Bu davada hakim, bütün yönetim kurulu üyelerinin dış ilişkideki sorumluluk tavanlarını ayrı ayrı belirler. Hakim, sorumluluk tavanını belirlerken TBK m. 51 ve 52 hükümlerini de dikkate almalıdır<sup>75</sup>. Zira sorumluluğa sebebiyet veren olayda bir haksız fiil mevcut olabilir.

TBK m. 51. madde hükmü tazminatın belirlenmesi konusunda yol gösterici mahiyettedir. 52. madde hükmü ise tazminatın hesaplanmasında birtakım indirim sebepleri içermektedir. Farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde açılacak sorumluluk davasında her bir sorumlunun sorumluluk tavanı bireysel olarak belirleneceğinden<sup>76</sup>, sorumlular hakkında TBK m. 52 hükmüne dayanarak bireysel indirim sebeplerinin uygulanması da gayet doğaldır. Mezkur maddede indirim sebepleri olarak; zarar görenin rızası, zararın doğmasında ya da artmasında zarar görenin fiilleri, zarar görenin tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırması, tazminat yükümlüsünün tazminat ödemesi halinde yoksulluğa düşecek olması gibi durumlar sayılmıştır. Son olarak, şartların varlığı halinde tazminatın sadece indirilmekle kalmayıp gerekirse tamamen kaldırılabilmesi ibaresinin de TBK m. 52 hükmünde yer aldığını belirtmek gerekir.

Sorumluluk davasında dikkat edilmesi gereken nokta, davacı tek bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu için dava açmış olsa bile hakimin, dış ilişkide her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluk tavanını tek tek belirleyecek olmasıdır<sup>77</sup>. Hakimin her bir yönetim kurulu üyesinin

<sup>70</sup> BAHTİYAR, s. 402.; AKDAĞ GÜNEY, s. 274.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 726.

<sup>71</sup> PULAŞLI, *Şirketler*, s. 705; GÖKTÜRK/CAN, s. 255; AYAN, s. 247; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 601.; BAHTİYAR, s. 402.; ALTAY, *Farklılaştırılmış Teselsül*, s. 73.

<sup>72</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 256.

<sup>73</sup> SERENGİL, s. 28; ÇAMURCU, s. 186.

<sup>74</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 487.

<sup>75</sup> PULAŞLI, *Şirketler*, s. 708.; BAHTİYAR, s. 401.; ALTAY, *Farklılaştırılmış Teselsül*, s. 72.

<sup>76</sup> ALTAY, *Farklılaştırılmış Teselsül*, s. 70.

<sup>77</sup> AYAN, s. 246; ÇAMURCU, s. 126.; PULAŞLI, *Şirketler*, s. 729.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 487.; BAHTİYAR, s. 400.

sorumluluk tavanını belirlemesinden sonra davacı, istediği üyeden<sup>78</sup>, sorumluluk tavanı ile sınırlı kalmak kaydıyla zararının tazminini talep edebilecektir.

Yönetim yetkisi bazı kişi ya da kişilere devredilmişse<sup>79</sup> ve bu kişi ya da kişilerin davranışları zarara sebebiyet vermişse; bu kişilerin sorumlulukları yönetim kurulundan ayrı olarak dikkate alınmalıdır<sup>80</sup>. Zira yetkiyi devralan, sorumluluğu da devralmaktadır. Fakat yetkiyi devreden yönetim kurulunun da hem yetki devrinin usulüne uygun yapılmasından<sup>81</sup> dolayı hem de yetki devrinden sonra gözetim yükümlülüğünden dolayı (TTK m. 375/1, e) sorumluluğu devam etmektedir<sup>82</sup>. Öte yandan, devredilmesi yasak olmasına rağmen devredilen yetkileri sonucunda zarar doğmuşsa da, yine bu kişiler fiili organ<sup>83</sup> olarak kabul edilmeli ve sorumluluk tavanları belirlenerek bu kişilerin sorumluluklarına gidilmelidir<sup>84</sup>. Bu halde, usulüne aykırı olarak devredilen yetkinin asıl sahibinin sorumluluğunun da devam edeceği kuşkusuzdur<sup>85</sup>.

Hakimin davada öncelikle tüm yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk tavanını belirleyeceği yukarıda zikredilmişti. Sorumluluk tavanının belirlenmesindeki amaç, hakimin daha sağlıklı bir değerlendirme yapmasına olanak sağlamaktır. Burada hakim, davalı olarak gösterilmeyen yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk tavanını belirlemekle yetinecek, bu kişiler hakkında bir hüküm veremeyecektir. Zira bu kişiler davalı olarak gösterilmemişlerdir.

Sorumluluk davasında hakim, her bir davalının, hatta davalı olmayan diğer yönetim kurulu üyelerinin; eğer zarara tek başlarına sebebiyet verselerdi ne kadar tazminat ödeyecek idiyse o miktarın belirlenmesi işini yapar. Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin temel mantığında da bu yatar. Bu belirlemenin yapılmasından sonra zarar gören davacı, her bir sorumludan, zararının tamamını değil; sadece talepte bulunacağı yönetim kurulu üyesinin sorumluluk tavanına kadar talepte bulunabilecektir<sup>86</sup>. Bu husus, farklılaştırılmış teselsülü mutlak teselsülden, zarar görenin istediği herhangi bir sorumludan zararın tamamının tazminini talep edebilmesi serbestisinden ayırmaktadır.

Dış ilişkide her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluk tavanı belirlendikten sonra, zarara uğrayan taraf, sorumlu bulunan davalılardan yine isterse birine, isterse birkaçına, isterse de

<sup>78</sup> Davacı, yönetim kurulu üyelerinin bir tanesinden, birkaçından ya da tamamından talepte bulunabilir.

<sup>79</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz: **KOÇ**, Himmet, *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara.

<sup>80</sup> **KAYA**, Mustafa İsmail, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Denetim ve Gözetim Görevi*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, C. 16, s. 3277.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 319.

<sup>81</sup> **KAYA**, s. 3276.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 320.; **BAHTİYAR**, s. 399.; **ALTAŞ**, s. 295.

<sup>82</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz: **KAYA**, s. 3269 vd.

<sup>83</sup> Fiili organ: Bağımsız olarak, kendi adına hareket eden kişidir. Fiili organ, eylemlerini kendi sorumluluğu altında gerçekleştirir. Yönetim kurulu üyesi olmamasına rağmen yönetim kurulu üyesi gibi iş ve eylemde bulunur, yönetim kurulu kararlarının alınmasında rol oynar (Ayrıntılı bilgi için Bkz. **TEKİNALP**, s. 216.; **ŞENER**, s. 414.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 439.).

<sup>84</sup> **ALTAY**, Sıtkı Anlam, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*, 2011, Vedat Yayıncılık, İstanbul, s. 330; **ŞENER**, s. 414.; **KOÇ**, s. 111 vd.; s. 132.; **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar-I, s. 439.

<sup>85</sup> **KAYA**, s. 3276, dnp. 53.; **KOÇ**, s. 132.; **KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar**, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2013, C. 1, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, s. 611 vd.; **DOĞAN**, Beşir Fatih, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, 2011, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, s. 269, 271.

<sup>86</sup> **AYAN**, s. 246.; **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 487.

tamamına karşı; her birisinden sadece sorumluluk tavanına kadar takipte bulunabilir<sup>87</sup>. Bu durum, müteselsil sorumluluğun özünde bulunan genel bir kuraldır. Uğranılan zararı aşan miktarlar için bir başka sorumluya takipte bulunulması gerekecektir<sup>88</sup>. Burada zarara uğrayanın takipte bulunabileceği kişilerin, sadece sorumluluk davasında davalı olarak gösterilen ve dava sonucunda da sorumlu bulunan yönetim kurulu üyeleri olduğunu belirtmek gerekir.

Sorumlu bulunan kişiler arasından zarar görenin takip ettiği kişi ya da kişiler ödemede bulunursa, bu kişilerin yaptığı ödeme miktarınca diğer sorumlu yönetim kurulu üyeleri için de borç azalacaktır<sup>89</sup>. Ancak her halde, zararın tamamı tazmin edilene kadar sorumluların tek tek sorumluluk tavanına kadar sorumlulukları devam etmektedir<sup>90</sup>.

Son olarak, sorumluluk davasında zamanaşımı hususuna değinmek gerekmektedir. Zamanaşımı, TTK m. 560 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Davacı, zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren 2 yıl içinde sorumluluk davası açmalıdır. Her halde zararı doğuran fiilin gerçekleşmesinden itibaren 5 yıl geçmekle, sorumluluk davası açma hakkı zamanaşımına uğrayacaktır. Ayrıca, zarara sebebiyet veren fiil bir ceza kanunu hükmü çerçevesinde daha uzun bir zamanaşımına tabiyse o zamanaşımının uygulanması gerektiği de maddede belirtilmiştir.

### C. FARKLILAŞTIRILMIŞ TESELSÜLDE İÇ İLİŞKİ

İç ilişki, yönetim kurulu üyelerinin kendi aralarındaki ilişki anlamına gelmektedir<sup>91</sup>. Bazı durumlarda sorumlu yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk davasında kendileri hakkında hükmedilen sorumluluk tavanına kadar ödemede bulunmaları durumu mevcut olabilir. Sorumluluk tavanına kadar yapılan bu ödemelerin, ödemeyi yapan yönetim kurulu üyesinin gerçekte payına düşen miktardan fazlasını teşkil edeceği kuşkusuzdur. Öte yandan gerçekte zararda sorumlulukları bulunan bazı yönetim kurulu üyeleri, zarar görenin açtığı tazminat davasında davalı olarak gösterilmemiş, dolayısıyla hiçbir ödemede bulunmamış olabilirler. Bu hallerde de onların yerine ödemede bulunan diğer yönetim kurulu üyeleri, gerçekte kendi paylarına düşenden daha fazla bir miktarda tazminatı zarar görene ödemek zorunda kalmışlardır. İşte TTK m. 557/3 hükmü bu durumlara bir çözüm getirmektedir. Bu fıkra göre dış ilişkide payına düşenden fazla bir miktarda ödemede bulunan yönetim kurulu üyesi, açacağı bir rücu davasında, fazladan ödediği miktarı, diğer yönetim kurulu üyelerinden talep edebilir<sup>92</sup>.

Sorumluluk davasında hakimin “zararın tamamı için” sorumluluk tavanı belirleyeceği yukarıda<sup>93</sup> belirtilmişti. Örneğin toplam zararı 100 TL olan zarar görenin davacının 50 TL için sorumluluk davası açmış olduğu varsayımında, sorumluluk tavanları örneğin %100 ve %50 olan iki

<sup>87</sup> ÇAMURCU, s. 165.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 487.; AKDAĞ GÜNEY, s. 257.

<sup>88</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 264.

<sup>89</sup> ÇAMURCU, s. 166.

<sup>90</sup> AYAN, s. 249.

<sup>91</sup> SERENGİL, s. 30; ÇAMURCU, s. 186; PULAŞLI, Şirketler, s. 739.; BAHTİYAR, s. 404.; TEKİNALP, s. 461.; ALTAY, Farklılaştırılmış Teselsül, s. 73.

<sup>92</sup> AKDAĞ GÜNEY, s. 268.; PULAŞLI, Şirketler, s. 739.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 488.; TEKİNALP, s. 461.

<sup>93</sup> Bkz: IV, C başlığı altındaki açıklamalar.

yönetim kurulu üyesi bulunmuş olsun. Davacı da, 100 TL zararının 50 TL'sini %50 sorumlu olan yönetim kurulu üyesinden alabilir. Bu durumda, 50 TL ödeme yapan yönetim kurulu üyesi, diğer üyeye rücu davası açabilecektir.

Rücu davasının en belirgin özelliği, rücu davasındaki davalılarla, sorumluluk davasındaki davalıların aynı olmasının gerekmemesidir<sup>94</sup>. Yani zarar gören, sorumluluk davasında bütün yönetim kurulu üyelerine bir dava yöneltmiş olmayabilir. Ancak rücu davasında, zarar görene kendi payından fazlasını ödeyen bir yönetim kurulu üyesi, bütün yönetim kurulu üyelerine karşı bir dava açabilir<sup>95</sup>.

Rücu davası, ilk durumdaki sorumluluk davasından tamamen farklı bir davadır. Hatta rücu davasında tazminat miktarı toplamı, sorumluluk davasından farklı bir miktarda belirlenmiş de olabilir. Ayrıca rücu davasındaki hakim, sorumluluk davasında belirlenen sorumluluk tavanlarıyla bağlı olmaz<sup>96</sup>. Kendisi yeni bir dava görür ve yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını yeniden belirler. Bu belirlemeye göre davacı, eğer gerçekten kendi payına düşenden fazla bir miktarda ödeme yapmışsa, diğer yönetim kurulu üyelerine rücuda bulunabilir.

Rücu davası açabilmek için gerekli temel şart, bir yönetim kurulu üyesinin, zarar görene, kendi payına düşenden daha fazla bir miktarda ödemededir. Sadece kendi payına düşen miktarı ödeyen yönetim kurulu üyeleri rücu davası açamayacaklardır.

TTK m. 557/3 açık hükmü gereği, hakim rücu davasını görürken durumun tüm gereklerini göz önünde bulunduracaktır. Durumun bütün gerekleri ibaresinden anlaşılması gereken; yönetim kurulu üyesinin aldığı ücret<sup>97</sup>, sorumluluğa yol açan fiilden elde edilen menfaat<sup>98</sup>, üçüncü kişinin kusurunun ağırlığı gibi hususlar gibi kavramlar olmalıdır. Görüldüğü üzere, rücu davasında hakimin takdir yetkisi, sorumluluk davasına nazaran oldukça geniştir.

Rücu davasında hakim, zararın tümü üzerinden değerlendirme yapacaktır. Yani sorumluluk davasında davacı zararın tamamının tazmin edilmesini talep etmemiş olsa bile; rücu davasında sorumlulukların paylaşılması, zararın tümü üzerinden yapılmalıdır<sup>99</sup>.

TBK m. 167/3'ten anlaşıldığı üzere, rücu davasında, kendisine düşenden daha fazla meblağda ödemededir bulunan yönetim kurulu üyesine karşı sorumlu bulunup onun fazladan yaptığı ödemeyi karşılamakla yükümlü kılınan sorumlulardan bir tanesi ödeme aczi içerisine düşerse; onun karşılayamadığı miktarı diğer tüm sorumlular eşit miktarda üstlenmelidirler.

İç ilişkide zamanaşımı sorunu TBK m. 73 hükmüne göre çözümlenecektir. İlgili hükümde iki farklı zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Buna göre rücu istemine ilişkin zamanaşımı süresinin başlaması için, tazminatın tamamının ödenmesi ile birlikte diğer sorumlu ya da sorumluların öğrenilmesi gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesinin ardından iki yıl geçmekle birlikte rücu

<sup>94</sup> AYAN, s. 250; PULAŞLI, Şirketler, s. 718.

<sup>95</sup> AKDAĞ GÜNEY, s. 275.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 488.

<sup>96</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 272; ÇAMURCU, s. 187.; AYAN, s. 250.

<sup>97</sup> GÖKTÜRK/CAN, s. 271.; DEMİRAYAK/ÇAPA, s. 150.; DOĞANAY, s. 58.

<sup>98</sup> ÇAMURCU, s. 190.

<sup>99</sup> AYAN, s. 248; ÇAMURCU, s. 208.

istemi zamanaşımına uğrar. Daha uzun olan genel zamanaşımı ise, kendi payına düşen tazminattan daha fazlasının davacıya ödenmesinden itibaren başlar ve on yıldır.

TBK m. 73/2 hükmüne göre ise zarar gören hak sahibi tarafından kendisine sorumluluk davası açılan, yönetim kurulu üyesi bu durumu diğer yönetim kurulu üyelerine bildirmek zorundadır. Bu bildirim yapılmaması halinde ne olacağı da aynı fıkrafta belirtilmiştir. Buna göre, ilgili bildirim yapılmamış olması durumunda zamanaşımı süreleri, bildirim dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılabileceği andan itibaren başlayacaktır. Bu hüküm eğer sorumlular sorumluluk davasını bilselerdi kendilerini daha iyi savunabilecek olmaları ihtimaline dayanmaktadır.

#### D. TÜZEL KİŞİNİN YÖNETİM KURULU ÜYESİ OLMASI DURUMU

TTK m. 359/2 hükmünde tüzel kişilerin de anonim şirket yönetim kurulu üyesi olmasına cevaz verilmiştir<sup>100</sup>. Ayrıca tüzel kişilerin bu durumda kendilerini yönetim kurulunda temsil edebilecek bir gerçek kişiyi temsilci olarak atamaları gerektiği de ilgili fıkrafta belirtilmiştir<sup>101</sup>. Bir tüzel kişiyi temsilen yönetim kurulu üyesi olarak atanan gerçek kişi de tıpkı diğer yönetim kurulu üyeleri gibi şirketin işleyişinden ve temsilinden sorumlu olacaktır. Söz konusu bu kişi şirketle ilgili iş ve eylemleri icra ederken gerek şirket tüzel kişiliğini, gerek üçüncü kişileri zarara uğratabilir<sup>102</sup>. Bu durumda da farklılaştırılmış teselsül hükümleri çerçevesinde temsil edilen tüzel kişinin mi yoksa temsilci gerçek kişinin mi sorumlu olacağı sorunu gündeme gelebilecektir<sup>103</sup>.

TTK m. 359/2 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere söz konusu ihtimalde, anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan, tüzel kişinin kendisidir. Temsilci gerçek kişi bir yönetim kurulu üyesi değildir. Yönetim kurulu çalışmalarına ise, tüzel kişiliği temsilen katılmaktadır. Dolayısı ile temsilci gerçek kişinin, gerek üçüncü kişilere gerekse yönetim kurulu nezdinde faaliyetlerde bulunduğu anonim şirkete zarar vermesi halinde, bu zarardan dolayı, temsil edilen tüzel kişinin sorumlu olması gerekmektedir<sup>104</sup>. Farklılaştırılmış teselsül ilkesine dair hükümlerin tamamı da temsil olunan tüzel kişi hakkında uygulanmalıdır. Tüzel kişi, temsilcinin kusurlu olduğu yönünde inanca sahipse temsilci gerçek kişiye karşı rücu talebi yöneltebilir<sup>105</sup>.

Anonim şirket yönetim kurulunda temsil olunan tüzel kişinin kamu tüzel kişisi olması halinde de izlenecek yol aynı olacaktır<sup>106</sup>. Bu ihtimalde de sorumluluk, yönetim kurulu üyesi olan kamu tüzel kişisinde bulunacak ve farklılaştırılmış teselsül hükümleri çerçevesinde sorumluluğu

<sup>100</sup> Ayrıntılı bilgi için Bkz: **TANDOĞAN**, Haluk, Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, **BATİDER**, C. 1, S. 1, 1961, s. 3-35.; **SEVİ**, Ali Murat, “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Hukuki Sorumluluğu”, **BATİDER**, C. 32, S. 3, 2016, s. 39-75.

<sup>101</sup> Gerçek kişinin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişi karşısındaki konumuna ilişkin ayrıntılı bilgi için Bkz: **SEVİ**, s. 41 vd.

<sup>102</sup> Zikredilen temsilci gerçek kişinin, temsil ettiği tüzel kişiliği zarara uğratması halinde, temsil ettiği şirketle aralarında bir sorumluluk ilişkisi olacaktır. Bu duruma da konunun dışında olduğu için değinilmemiştir.

<sup>103</sup> **TANDOĞAN**, Temsil, s. 14 vd.

<sup>104</sup> **DEDEAĞAÇ**, Ender/**SAPAN**, Oğuzhan, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu”, 2013, <http://www.ankarabaru.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> (Son Erişim Tarihi: 26.12.2019). s. 11.; **TANDOĞAN**, Temsil, s. 15.; **SEVİ**, s. 62.

<sup>105</sup> **SEVİ**, s. 62.

<sup>106</sup> **TANDOĞAN**, Temsil, s. 16.



belirlenecek olan taraf kamu tüzel kişisi olacaktır. Kamu tüzel kişilerinin de kendilerini temsil eden gerçek kişilere karşı rücu hakkı saklı olacaktır<sup>107</sup>.

## SONUÇ

Anonim şirketler hukukuna mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 759. maddesinden çevrilerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesinin, 6762 sayılı Ticaret Kanunu'ndaki düzenlemeye nazaran hakkaniyet esaslarına daha çok hizmet ettiği görüşü yaygındır. Biz de bu görüşü desteklemekteyiz. Zira nihai noktada hiçbir yönetim kurulu üyesi sorumluluk tavanını aşan bir miktarı tazmin etmek zorunda kalmayacaktır. Öte yandan farklılaştırılmış teselsül ilkesi, anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarında, dış ilişkideki sorumluluk ilişkilerinin tespit edilmesine katkıda bulunur. İç ilişkideki sorumluluk ilişkileri farklılaştırılmış teselsül ilkesinden bağımsız bir şekilde çözümlenir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilirken zararın tek bir yönetim kurulu üyesi tarafından mı yoksa birden fazla yönetim kurulu üyesi tarafından mı verildiği irdelenmelidir. Tek bir yönetim kurulu üyesinin zarara sebebiyet vermesi durumunda farklılaştırılmış teselsül ilkesine ilişkin bir değerlendirme yapılmasına gerek bulunmayacaktır. Öte yandan TTK m. 557/1 hükmünde "*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları halinde...*" denilerek bu meseleye dikkat çekilmiştir. Zarara birden çok yönetim kurulu üyesi birlikte sebebiyet vermişse, farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde sorumluluklarına gidilmelidir.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi uyarınca anonim şirketler yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidebilmek için kural olarak kusur aranmaktadır. Ancak bazı hallerde yönetim kurulu üyelerini farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde sorumlu tutmak için kusurlu olmaları aranmamaktadır. TTK m. 549, 550 ve 552 hükümleri bu istisnaya örnektir. Yine kusura ilişkin başka bir husus da şudur: Eski Ticaret Kanunu'nda var olan yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduğu karinesi ve sorumluluk davasında yönetim kurulu üyesinin kusursuzluğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkânı yeni kanunda ters çevrilerek; yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak sorumluluk davasında davacının kusuru ispat etme yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesi çerçevesinde yapılacak olan değerlendirmenin, yönetim kurulu üyelerinin sadece sözleşmesel sorumlulukları ile sınırlı mı kalacağı, yoksa haksız fiil sorumluluklarını da mı kapsayacağı TTK m. 557 hükmünden çıkarılamamaktadır. Kanaatimizce haksız fiile ilişkin sorumluluklarına gidilirken de farklılaştırılmış teselsül kurumu işletilmelidir. Zira yönetim kurulu üyeleri ile aralarında akdi bir ilişki bulunmayan şirket alacaklıları haksız fiil hükümlerine dayanarak zararlarının tazminini isteyebileceklerdir.

Dış ilişkide her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluk tavanı belirlendikten sonra zarara uğrayan davacı, sorumluluk davasında davalı olarak gösterdiği yönetim kurulu üyelerinden istediği herhangi birine karşı takipte bulunabilir. Kendi payına düşen miktardan daha fazlasını ödediğini düşünen yönetim kurulu üyeleri, iç ilişkide sonuç doğuracak şekilde, TTK m. 557/3 çerçevesinde diğer yönetim kurulu üyelerine karşı rücu davası açabilir. Rücu davasına bakan hakim, ilk aşamada

<sup>107</sup> DEDEAĞAÇ/SAPAN, s. 11.; TANDOĞAN, Temsil, s. 16.



açılan sorumluluk davasındaki hakimin belirlediği oranlara bağlı olmadan kendisi bir yargılama yapacak ve tüm sorumluların sorumluluk oranlarını belirleyecektir.

Anonim şirketin zarara uğraması durumunda zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılacağı aşamada, zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyelerinin bu hususa ilişkin müzakerelere katılması ve oylamaya katılamayacağı kuşkusuzdur. Öte yandan, eğer tüm yönetim kurulu üyelerine karşı bir dava açılacaksa ya da yönetim kurulu bir kişiden teşekkül etmişse bu durumda şirketi temsilen mahkemece bir kayyım atanması gerekmektedir. Şirket tarafından açılacak davadan bağımsız olarak şirket pay sahiplerinin alacaklılarının dava açabilme hakları da saklıdır; kayyım sadece şirketi davada temsil etmesi amacıyla atanmalıdır.

**KAYNAKÇA**

- AKDAĞ GÜNEY**, Necla, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu*, 2012, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALPER**, Gizem, *Türk Özel Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, 2013, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALTAŞ**, Soner, “Anonim Şirketlerde Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 100, Aralık 2014, s. 291-298.
- ALTAY**, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 151, Mart 2019, s. 68-75. (Farklılaştırılmış Teselsül)
- ALTAY**, Sıtkı Anlam, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri*, 2011, Vedat Yayıncılık, İstanbul. (Yetki Devri)
- AYAN**, Özge, *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü Ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları*, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara.
- AYHAN**, Rıza/ **ÇAĞLAR**, Hayrettin/**ÖZDAMAR**, Mehmet, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2020, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara.
- BAHTİYAR**, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 2020, 14. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- BİLGİLİ**, Fatih/**DEMİRKAPI**, Ertan, *Şirketler Hukuku*, 2013, 9. Basım, Dora Yayınları, Bursa.
- BOZKURT YAŞAR**, Sevgi, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”, *BATİDER*, C. 34, S. 1, 2018, s. 137-168.
- ÇAMOĞLU**, Ersin, “Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, *Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan*, 2011, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- ÇAMURCU**, Emin, *Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi*, 2015, 12 Levha Yayınları, İstanbul.
- DEDEAĞAÇ**, Ender/**SAPAN**, Oğuzhan, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu”, 2013, <http://www.ankarabaros.org.tr/Siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf> (Son Erişim Tarihi: 26.12.2019).
- DOĞAN**, Beşir Fatih, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri*, 2011, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- DOĞANAY**, İsmail, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin “Hukuki” Sorumlulukları”, *BATİDER*, C. 17, S. 3, 1994, s. 57-65.
- EREN**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2017, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

- GÖKTÜRK**, Kürşat/**CAN**, Mehmet Çelebi, “Farklılaştırılmış Teselsülün - Özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı Ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt:2, Sayı:2. s. 247-283.
- HELVACI**, Mehmet, *Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2001, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul. (Sorumluluk)
- HELVACI**, Mehmet, “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2013/2. s. 77-96. (Teselsül)
- KALINSAZ**, Tuna, “Anonim Ortak Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğuna Farklılaştırılmış Teselsül Müdahalesinin Değerlendirilmesi”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 6, S. 55, Haziran 2014, s. 17-21.
- KAYA** Mustafa İsmail, “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Denetim Ve Gözetim Görevi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, C. 16, s. 3261-3286.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2011, 14. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- KIRCA** İsmail/**ŞEHİRALİ ÇELİK** Feyzan Hayal/**MANAVGAT** Çağlar, *Anonim Şirketler Hukuku*, 2013, C. 1, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- KOÇ**, Himmet, *Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri*, 2018, Adalet Yayınevi, Ankara.
- POROY**, Reha/**TEKİANLP**, Ünal/**ÇAMOĞLU**, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku*, 2019, C. I, 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Ortaklıklar-I)
- PULAŞLI**, Hasan, *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, 2017, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara. (Şirketler)
- PULAŞLI**, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi*, 2014, Cilt 2, Adalet Yayınevi, Ankara. (Şerh)
- PULAŞLI**, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Mütessesil Sorumluluk”, *BATİDER*, 2009, C. XXV, S. 1, s. 27-63. (Özen)
- ROBERTO**, Vito, “Probleme der Differenzierten Solidarität”, *Zeitschrift für Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, S. 01/2006, s. 29-42. (Çeviren: **DEMİRAYAK**, Ezgi Başak/**ÇAPA**, Sadık, “Farklılaştırılmış Teselsülün Problemleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 3, 2016, s. 143-159.)
- SERENGİL**, Şelale Orkide, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül”, *Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, 2010, İstanbul.

- SEVİ**, Ali Murat, “Anonim Ortaklıkta Tüzel Kişi Yönetim Kurulu Üyesi Adına Tescil Edilen Gerçek Kişinin Hukuki Sorumluluğu”, *BATİDER*, C. 32, S. 3, 2016, s. 39-75.
- ŞENER**, Oruç Hami, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıkları Hukuku Ders Kitabı*, 2015, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara.
- TANDOĞAN**, Haluk, Hükmi Şahısların Anonim Şirket İdare Meclisinde Temsili”, *BATİDER*, C. 1, S. 1, 1961, s. 3-35. (Temsil)
- TANDOĞAN**, Haluk, *Türk Mes’uliyet Hukuku*, 2010, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Mes’uliyet)
- TEKİNALP**, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 2015, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- UYSAL**, Levent, “6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-II”, *TBB Dergisi*, 2009, Sayı:81, s. 315-366.
- UZUNALLI**, Sevilay, *Anonim Şirkette İşletme Konusu*, 2013, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÜNLÜ**, Ufuk, “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Doğuran Davranışlar ve Farklılaştırılmış Teselsül”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 138, Şubat 2018, s. 126-131.
- YASAMAN**, Hamdi, “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 2013/2. s. 97-112.

## KONKORDATONUN KIRA SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ#

**Banu Bilge SARIHAN\***

### Özet

Konkordato borçluların işlerini baskı altında kalmadan toparlayarak borçlarını ödeyebilmelerini sağlamak amacıyla getirilen bir müessesedir. Konkordato 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu'nda detaylı olarak düzenlenmiştir. Konkordato mühleti boyunca kural olarak borçluya karşı hiçbir takip yapılamaz. Daha önceden yapılan takipler ise durur. Fakat finansal kiralamaya ilişkin düzenleme getiren 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu hükmü bir tarafa bırakılırsa, konkordatonun kira sözleşmesine etkisine ilişkin özel düzenlemelere rastlamak güçtür. Kira sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran özelliği de göz önünde bulundurulduğunda, konkordatonun kira sözleşmesine etkilerini belirlemek büyük önem arz etmektedir. İşte çalışmada hakkında konkordato ilan edenin kiracı veya kiraya veren olmasına göre konkordatonun kira sözleşmesine etkisi detaylı olarak ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Konkordato, Konkordato Mühleti, Kira Sözleşmesi, Sürekli Borç İlişkisi, Finansal Kiralama Sözleşmesi

## THE EFFECT OF CONCORDATUM ON THE LEASE CONTRACT

### Abstract

Concordatum is an institution that is brought to ensure that borrowers can pay their debt without being pressured. The concordatum has been regulated in detail in the Execution and Bankruptcy Law No. 2004. During the concordatum respite, as a rule, no enforcement proceedings can be made against the debtor. The previous enforcement proceedings are stopped. However, it is difficult to come across a special regulations according to the effect of concordatum on the lease contract, except for the Execution and Bankruptcy Law No.2004, which introduced regulations regarding financial leasing. Considering the property of the lease contract that creates a perpetual debt obligations, it is very important to determine the effects of the concordatum on the lease contract. In the study, the effect of concordatum on the lease contract is examined in detail, according to whether it is the tenant or lessor who declared the concordatum.

**Keywords:** Concordatum, Respite of Concordatum, Lease Contract, Perpetual Debt Obligations, Financial Leasing Contract.

# **Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih:** 20.3.2020 **Kabul Tarihi:** 27.3.2020

\* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,  
bsarihan@erbakan.edu.tr  
ORC ID: 0000-0003-4686-3752.

## GİRİŞ

İcra ve İflâs Kanunu, borçluların işlerini baskı altında olmadan toparlayarak borçlarını ödeyebilmelerini sağlamak için konkordato müessesesine yer vermektedir. İİK m. 294'te düzenlenen kesin mühletin alacaklılar bakımından sonuçlarına göre borçluya konkordato mühleti verilmesi hâlinde, mühlet içinde borçlu aleyhine Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun gereği yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve mevcut takipler durur, ihtiyatî tedbir ve ihtiyatî haciz kararları uygulanamaz, bir takip muamelesi ile kesilebilen zamanaşımı ve hak düşürücü süreler işlemez. Öte yandan bu kuralın istisnaları da mevcuttur. Öyle ki aynı maddenin ikinci fıkrasında, “206’ncı maddenin birinci sırasında yazılı imtiyazlı alacaklar için haciz yoluyla takip yapılabilir” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu 206’ncı maddenin birinci sırasında ise; “işçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflâsın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflâs nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş oldukları ihbar ve kıdem tazminatları”, “işverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları” ve “iflâsın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken aile hukukundan doğan her türlü nafaka alacakları” öngörülmüştür. Bir diğer istisna ise İİK m. 295'te düzenlenmiştir. Buna göre, rehinle temin edilmiş olan alacaklar için konkordato mühleti içinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilir veya başlanmış olan takiplere devam edilebilir<sup>1</sup>. Tasdik edilerek bağlayıcı hale gelen konkordatonun da, konkordato talebinden önce veya komiserin izni olmaksızın mühlet içinde doğan bütün alacaklar için mecburî olduğu hükmüne yer verilmiştir (İİK m. 308/c-II). Bu aşama için öngörülen istisnalar ise İİK m. 308/c-III'te düzenlenmiş olup; İİK m. 206'nın birinci fıkrasında yazılı imtiyazlı alacaklar, rehinli alacaklıların rehlin kıymetini karşılayan miktardaki alacakları ve 6183 sayılı Kanun kapsamındaki amme alacaklarından ibarettir<sup>2</sup>. İflâs davasının haricinde, alacaklıların konkordato mühleti içerisinde borçluya dava açmalarına ise bir engel bulunmamaktadır<sup>3</sup>.

Yukarıda belirtilen durumların haricinde kanun koyucu herhangi bir istisnaya yer vermemiştir. Dolayısıyla takip yasağının kapsamına, kiralananın biriken kira alacakları sebebiyle tahliyesi talepleri de dâhildir<sup>4</sup>. İİK m. 307'de düzenlenen finansal kiralama konusu malların iadesinin ertelenmesine ilişkin maddenin haricinde, konkordatonun kira sözleşmelerine etkisinin ne olacağıyla ilgili özel bir düzenleme de mevcut değildir. Her ne kadar istisnalar yukarıda belirtilen durumlardan ibaret olsa da Yargıtay, “konkordato mehli içerisinde borçlu hakkında kira alacağından

<sup>1</sup> **Kuru**, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 2018, Ankara, s.506; **Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/**Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Hanağası**, Emel, *İcra ve İflas Hukuku*, 2019, Ankara, s.553; **Kale**, Serdar, *Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçin Adi Konkordato)*, 2017, İstanbul, s.19 vd.; **Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 2017, İstanbul, s.468 vd.

<sup>2</sup> **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, 561; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes**, s.487.

<sup>3</sup> **Kale**, s.21.

<sup>4</sup> **Yavuz**, Mustafa, “Son Düzenlemeler Işığında Mahkemelerce Verilen Konkordato Mühletinin Alacaklılar ve Borçlu Bakımından Sonuçları”, Mayıs – Haziran 2018, *İSMMMO Mali Çözüm Dergisi*, S. 147, s. 159 – 168, 163.



dolayı takip yapılabileceği” yönünde kararlar vermiştir<sup>5</sup>. Öte yandan konkordatoya ilişkin İcra ve İflâs Kanunu hükümleri 28.02.2018 tarihli ve 7101 sayılı Kanunla değiştirilmiş olup, söz konusu Yargıtay kararları bu tarihe göre eskidir. Kanun koyucunun, takip yasağının istisnalarının dar tutulmasına yönelik iradesinin ise değişikliklerden sonra da aynı olduğu görülmektedir.

Her ne kadar takip yasağına ilişkin istisnalar dar tutulmuş olsa da, kira sözleşmesinin bir sürekli borç ilişkisi olması sebebiyle karşı tarafta oluşabilecek zararları da göz önünde bulundurmaya gerekir. Öyle ki konkordato talebinden sonra da kira alacakları işlemeye devam eder. Böyle bir durumda ifa edilmeyen sonraki edimlerin nasıl bir müeyyideye tâbi olacağını tespiti yapılmalıdır. Konkordato talebinden itibaren geçen geçici ve kesin mühlet toplam iki seneyi bulabilmektedir<sup>6</sup>. Uygulamada kira sözleşmelerinin sıklıkla yıllık yapıldığı düşünüldüğünde, sözleşme süresinden bile daha uzun bir süre boyunca borcun ifa edilmemesi ihtimali gündeme gelebilir. Bu durumda borçlunun edimi ifaya devam edemeyeceğini bile bile alacaklıyı sözleşmeye devam etmeye zorlamak ne kadar doğru olur? Diğer bir ifadeyle, kira sözleşmesinde borçlunun konkordato ilân etmiş olması alacaklı açısından haklı fesih sebebi oluşturur mu? Konkordato ilân edenin kiralayan ya da kiracı olması veya sözleşmenin adi kira, konut ve çatılı işyeri kirası ya da finansal kiralama şeklinde olması durumu değiştirir mi? Ödenmeyen kira bedelleri sebebiyle sözleşmenin kiraya veren açısından çekilmez hale gelmesi ve kiracının işletme faaliyetlerinin devamı için kira sözleşmesinin devamına ihtiyaç duyması durumlarında nasıl bir çözüm yolu uygulamak gerekir? Tüm bu ihtimâllerin ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

## I. KİRACININ KONKORDATO SEBEBİYLE FESİH İSTEMESİ

### A. KİRAYA VERENİN KONKORDATOSU SEBEBİYLE FESİH

Kiraya verenin konkordato ilân etmesi hâlinde kiracı açısından doğabilecek en ciddi tehlike, konkordato projesinin başarısız olması ve kiraya verenin iflâs etmesi sebebiyle kiralananın iadesi olabilir. Öte yandan iflâs hâlinde dahi kiracının kanun koyucu tarafından korunduğu görülmektedir. Gerçekten de taşınmazlara ilişkin İİK m. 92/III hükmünde taşınmazda kiracının bulunması hâlinde kiracının, işleyecek kira ödemelerini icra dairesine yapması gerektiği düzenlenmiştir<sup>7</sup>. İİK m. 89/I’de de borçlunun üçüncü kişi elindeki bir taşınır malının haczedilmesi hâlinde, borçlu olan hakikî veya hükmî şahsın bundan böyle borcunu ancak icra dairesine ödeyebileceği ve malı ancak icra dairesine teslim edebileceği öngörülmüştür<sup>8</sup>. O halde kiraya verenin iflâsı hâlinde kiracı, ödemelerini yapacağı muhatabın değişmesinin dışında iflâstan etkilenmemektedir. Buradan

<sup>5</sup> Y. 12. HD., E. 1988/9576, K. 1988/15411, T. 13.12.1989; Y. 12. HD., E. 1987/12819, K. 1987/10202, T. 22.9.1988; Y. 12. HD., E. 1987/9196, K. 1987/6850, T. 27.5.1988. Öte yandan Yargıtay, iflâsın ertelenmesi müessesesinde ise konkordatoya olan benzerliğe dikkat çekerek, “yasada öngörülen istisnalar dışında takiplerin duracağı kabul edilmezse mali durumun düzelmesinin imkansızlaşacağı” gerekçesiyle tahliye işleminin yapılmaması gerektiğini savunmuştur. Y. 6. HD., E. 2014/13104, K. 2014/14162, T. 18.12.2014; Y. 12. HD., E. 2008/9934, K. 2008/13010, T. 19.6.2008. Kararlar için bkz. Uyar, Talih, “Konkordato Nasıl Talep Edilir? Nasıl İncelenir? Nasıl Sonuçlandırılır? (Konkordato Süreci)”, Kasım – Aralık 2018, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92, S. 2018/6, s. 15 – 35, 22 vd.

<sup>6</sup> Geçici mühlet İİK m. 287/IV’te ek sürelerle birlikte en fazla beş ay, kesin mühlet ise m. 289/III, V’te ek sürelerle birlikte en fazla bir buçuk sene olarak belirlenmiştir.

<sup>7</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.251.

<sup>8</sup> Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.250.

hareketle, kiraya verenin konkordato ilân etmesi hâlinde de kiracının bundan etkilenmeyeceğini evleviyetle kabul etmek gerekir. Bu sebeple söz konusu ihtimâl üzerinde daha fazla durmaya gerek görmüyoruz.

## B. KENDİ KONKORDATOSU SEBEBİYLE FESİH

İİK m. 296/II'de “*Borçlu, tarafı olduğu ve konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini, komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla herhangi bir zamanda sona erecek şekilde feshedebilir. Bu çerçevede ödenmesi gereken tazminat, konkordato projesine tabi olur. ...*” hükmüne yer verilmiştir. O halde söz konusu kanun hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi hâlinde sözleşmenin borçlu tarafından olağanüstü feshi mümkündür. Bu şartlar; sözleşmenin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olması, konkordatonun amacına ulaşmasını engellemesi, komiserin uygun görüşü, mahkemenin onayı ve tazminattan ibarettir<sup>9</sup>. Kira sözleşmesi de bir sürekli borç ilişkisi olduğundan<sup>10</sup>, söz konusu kanun hükmünün bu sözleşmelerde de uygulanabileceğine şüphe yoktur<sup>11</sup>. Sözleşmenin, konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyip engellemediğinin tespiti ise komiserin uygun görüş belirtmesi ve mahkemenin onayı ile olur<sup>12</sup>.

Söz konusu kanun hükmü ile borçlunun, malî durumunu toparlamasını güçleştirecek uzun süreli ve elverişsiz sözleşmeleri sonlandırması amaçlanmıştır. Zira borçluyu bu tür sözleşmelere bağlı kılmak yüksek miktarlarda nakit ihtiyacı doğurabileceğinden, konkordatonun amacına ters düşer. Öte yandan borçluya tanınan bu fesih yetkisinin kötüye kullanılmaması gerekir. Borçlu, fesih yetkisini sadece malî durumunun toparlanmasına engel teşkil edecek sözleşmeler açısından kullanabilmelidir<sup>13</sup>. Böyle bir iddiaya dayanarak sözleşmenin feshinin istenmesi hâlinde, iddianın haklılığına karar verecek olan mercii mahkemedir. Belirtmek gerekir ki eğer fesih yetkisi kullanılırken bunun mühlet sonunda konkordato projesi üzerinde nasıl bir etki doğuracağı tahmin edilemiyorsa, burada kötüye kullanımdan söz edilemez<sup>14</sup>.

İİK m. 296/II'ye göre fesih yetkisinin kullanılması hâlinde, fesih sebebiyle karşı tarafın uğramış olduğu zararlar da konkordato projesine dâhil edilir<sup>15</sup>. Ancak eğer karşı tarafın bu sırada elde ettiği menfaatler varsa veya zararı azaltması mümkün olmasına rağmen azaltmamışsa, bunların

<sup>9</sup> **Öztek**, Selçuk/ **Budak**, Ali Cem/ **Tunç Yücel**, Müjgan/ **Kale**, Serdar/ **Yeşilova**, Bilgehan, *Yeni Konkordato Hukuku*, 2019, Ankara, s.398 vd.; **Kaplan**, İbrahim, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, 2019, Ankara, s.84 vd.

<sup>10</sup> **Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2019, Ankara, s.316; **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2019, Ankara, s.256.

<sup>11</sup> Doktrinde İİK m. 296/II'ye dayanarak feshedilebilecek sözleşmelere örnek olarak kira, ürün kirası, finansal kiralama ve lisans sözleşmeleri gösterilmektedir. Bkz. **Pekcanitez**, Hakan/ **Erdönmez**, Güray, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, 2018, İstanbul, s.105.

<sup>12</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s.107; **Akil**, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, 2019, Ankara, s.163; **Uyar**, Talih, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 2019, Ankara, s.97.

<sup>13</sup> **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.399.

<sup>14</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s.105 vd.

<sup>15</sup> **Kuru**, s.507.

hesaplanarak tazminat miktarından düşülmesi gerekir. Tarafların tazminat miktarında anlaşamamaları hâlinde alacak çekişmeli hale gelir<sup>16</sup>.

### 1. Komiserin Uygun Görüşü

İİK m. 296/II hükmü ile borçluya tanınan olağanüstü fesih yetkisinin kullanılabilmesi için komiserin uygun görüş bildirmesi şartı aranmıştır. Öte yandan komiserin uygun görüşünü ne zaman bildirmesi gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre komiserin, uygun görüşü mutlaka fesih yetkisi kullanılmadan önce bildirmesi gerekir. Aksi takdirde fesih beyanı yokluğa tâbi olur. Diğer görüşe göre ise komiser fesihten önce ve fesih sırasında buna izin verebileceği gibi, fesihten sonra verilen icazet de geçerlidir<sup>17</sup>. Kanaatimizce ikinci görüş daha isabetlidir. Zira burada amaç sözleşmeyi feshetmiş olmak değil, borçluyu malî durumunu toparlamasına engel olan sözleşmelerden kurtarmaktır. O halde amacın gerçekleşmesi için komiserin herhangi bir anda feshe ilişkin uygun görüş bildirebileceğini kabul etmek gerekir. Bunun aksinin kabulü, konkordato projesinin amacıyla ters düşer.

Fesih yetkisinin kullanılabilmesi için gerekli şartların oluşmasına rağmen komiserin hiç görüş bildirmemesi hâlinde ne olacağı da tartışma konusudur. Bir görüşe göre son söz mahkemeye ait olduğundan, komisere karşı şikâyet yoluna başvurulmasında hukukî yarar yoktur<sup>18</sup>. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise komisere karşı şikâyet yoluna gidilebilir<sup>19</sup>. Zira komiserin onay vermesi şartı kanun hükmüyle getirilmiştir.

### 2. Mahkemenin Onayı

İsviçre Hukuku'nda fesih yetkisinin kullanımını güçleştirmek ve bürokratik hâle getirmemek amacıyla mahkeme onayı aranmamıştır. Türk Hukuku'nda ise komiserin uygun görüşünün yanı sıra mahkemenin de onayının alınması kanun gereği zorunludur. Dolayısıyla mahkemenin onay vermediği fesih beyanı herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmaz<sup>20</sup>. Mahkemenin onay vermesi hâlinde ise fesih, onay tarihinden itibaren ileriye etkili hüküm ve sonuç doğurur<sup>21</sup>.

Fesih beyanı bozucu yenilik doğuran haklardan olup, kullanılmakla tükenme özelliğini haizdir<sup>22</sup>. Dolayısıyla borçlunun malî durumunun iyileşmesi veya başka bir sebeple konkordatonun kaldırılması hâlinde feshi onaylanmış olan sözleşmeyi ihya etmek mümkün değildir<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.401; **Muşul**, Timuçin, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2018, Ankara, s.396; **Akil**, s.163 vd.

<sup>17</sup> Görüşler için bkz. **Pekcanitez/Erdönmez**, s.107 vd.; **Akil**, s.164.

<sup>18</sup> **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.398 vd.

<sup>19</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s.108; **Akil**, s.165.

<sup>20</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s.107; **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.396.

<sup>21</sup> **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.400; **Akil**, s.164.

<sup>22</sup> **Seliçi**, Özer, *Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 1976, İstanbul, 115 vd.

<sup>23</sup> **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.400; **Akil**, s.164.

### 3. Mümkün Olan Fesih Anının Belirlenmesi

İİK m. 296/II’de sözleşmenin “herhangi bir zamanda sona erecek şekilde” feshedilebileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar burada “herhangi bir zaman” ifadesi kullanılarak borçluya geniş bir zaman aralığı tanınmış gibi görünse de, hükmün kesin mühletli düzenleyen başlığın altında yer alması sebebiyle fesih yetkisinin “mühlet içinde” kullanılabilirliği şeklinde yorumlanması gerekir. Diğer bir deyişle söz konusu fesih yetkisinin konkordatonun tasdikinden sonra kullanılması mümkün değildir. Bunun aksinin kabulü hâlinde, fesih sebebiyle doğacak olan tazminat ve karşı tarafa ödenecek olan pay belirlenemez. Öte yandan İİK m. 288/I’de yer verilen “*Geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını doğurur*” hükmü gereğince geçici mühlet sırasında da fesih yetkisinin kullanılmasının mümkün olduğunu kabul etmek gerekir<sup>24</sup>.

## II. KİRAYA VERENİN KONKORDATO SEBEBİYLE FESİH İSTEMESİ

### A. KİRACININ KONKORDATOSU SEBEBİYLE FESİH

#### 1. TBK m. 331/I Kapsamında Fesih

TBK m. 331/I’de “*Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyararak her zaman feshedebilir*” hükmüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Kanun’da olağanüstü fesih sebepleri tek tek sayılarak sınırlandırılmamış, sözleşmenin devamını çekilmez hâle getirerek temelini sarsan önemli sebeplerin varlığı şartıyla taraflara geniş bir fesih imkânı tanımıştır. Buna göre olağanüstü fesih sebebinin, sözleşmenin kurulma ânında bilinmemesi, öngörülmemesi ve olağanüstü nitelikte olması gerekir<sup>25</sup>. Söz konusu kanun hükmü emredici nitelikte olup; sözleşmenin taşınırlara ya da taşınmazlara ilişkin olmasına veya süresinin belirli olup olmamasına bakılmaksızın bütün kira sözleşmelerine uygulanır<sup>26</sup>. Buradan hareketle, kiracının konkordato ilân etmesi hâlinde kiraya verenin bunu gerekçe göstererek sözleşmeyi feshetmesinin mümkün olduğu söylenebilir<sup>27</sup>. Ancak madde hükmünden de anlaşılacağı üzere fesih yetkisini kullanabilmek için kira ilişkisinin devamının çekilmez hâle gelmesi şartının gerçekleşmesi icap eder. Bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini yapacak olan hâkimdir<sup>28</sup>.

Sözleşmenin olağanüstü feshi hâlinde, kanun hükmünde öngörülen yasal fesih bildirim süresine uyma şartını da göz önünde bulundurmak gerekir<sup>29</sup>. Fesih bildirim süreleri; taşınmazlarda ve taşınır yapılarda kira döneminin sonu için üç ay (m. 329), taşınırlarda üç gün (m. 330/I) ve kiraya verenin meslekî faaliyeti gereği kiraya verdiği ve kiracının da özel kullanımına yarayan taşınırlar için bir ay (m. 330/II) olarak belirlenmiştir.

<sup>24</sup> Pekcanitez/Erdönmez, s.107.

<sup>25</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.389.

<sup>26</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.388; Aral/Ayrancı, s.324; Zevkililer, Aydın/ Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2016, Ankara, s. 350.

<sup>27</sup> Sözleşmenin konkordato sebebiyle olağanüstü feshinden söz edebilmek için İİK m. 296/I hükmünde yer alan şartları da göz önünde bulundurmak gerekir. Aşağıda bu konuya ayrıntılı olarak değinilmiştir. Bkz. II, 2.

<sup>28</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s. 390.

<sup>29</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.389; Gümüş, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2012, İstanbul, s.389.

Eğer sözleşmenin feshi sebebiyle karşı taraf bir zarara uğramışsa, fesih yetkisini kullanan taraf bu zararı gidermekle yükümlüdür. Öte yandan tazminat miktarı belirlenirken, zarar görenin zararının tam olarak giderilmesi amaçlanmaz. Feshe yol açan olağanüstü sebebin niteliği göz önünde bulundurularak, her iki taraf için de hakkaniyete uygun bir tazminat belirlenir<sup>30</sup>. Hatta durumun gereğine göre en düşük tazmin dahi mümkündür.<sup>31</sup> Görüldüğü üzere kira sözleşmesinin olağanüstü feshi hâlinde karşı tarafın menfaatlerinin de korunması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda kiraya verenin sözleşmeyi konkordato sebebiyle olağanüstü feshi hâlinde, bu sebeple kiracıda meydana gelen zararları her iki taraf için de hakkaniyete uygun olacak şekilde tazmin etmesi icap eder.

## 2. İİK m. 296/I Kapsamında Fesih

Kiraya verenin sözleşmeyi TBK m. 331/I kapsamında kiracının konkordatosu sebebiyle olağanüstü feshedebilmesi için, şartların aynı zamanda İİK m. 296/I hükmüne de uygun olması gerekir. Öyle ki İİK m. 296/I'de “Sözleşmenin karşı tarafının konkordato projesinden etkilenip etkilenmediğine bakılmaksızın, borçlunun taraf olduğu ve işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz eden sözleşmelerde yer alıp da borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine, haklı fesih sebebi sayılacağına yahut borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler, borçlunun konkordato yoluna başvurusu durumunda uygulanmaz. Sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunmasa dahi sözleşme, borçlunun konkordatoya başvurduğu gerekçesiyle sona erdirilemez” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu madde ile kanun koyucu, konkordato projesinin amacına ulaşmasını sağlamak için borçlunun muhakkak ihtiyaç duyacağı sözleşmelerin mutlak bir şekilde korunmasını hedeflemiştir<sup>32</sup>. Eğer sözleşme borçlunun işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz ediyorsa, alacaklı sözleşmeyi devam ettirmekle yükümlüdür. Borçlunun konkordato ilân etmesi hâlinde sözleşmeye aykırılık, muacceliyet veya haklı sebeple feshin söz konusu olacağına ilişkin bir sözleşme hükmünün mevcut olup olmaması önem taşımamaktadır<sup>33</sup>. Ancak böyle bir sözleşme hükmüne yer verilmesi hâlinde, söz konusu hüküm geçersiz kabul edilir<sup>34</sup>. O halde eğer kira sözleşmesinin konusu kiracının işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz ediyorsa, konkordato sebebiyle olağanüstü fesih mümkün değildir. Öte yandan kanun hükmünün mefhumu muhalifinden hareketle, kiralananın böyle bir önemi haiz olmaması durumunda konkordato öne sürülerek TBK m. 331/I kapsamında olağanüstü fesih yoluna gidilebileceğini kabul etmek gerekir.

Konkordato sebebiyle sözleşmenin sona erdirilemeyeceğine ilişkin kanun hükmü, sözleşmenin, borçlunun işletmesinin faaliyetlerinin devamı için önem arz etmesi şartına bağlandığından, bu hükmün uygulanabilmesi için her şeyden önce borçlunun bir işletme faaliyeti yürütüyor olması icap eder. Ancak işletme faaliyeti yürütüyor olmak, hükmün uygulanabilmesi için yeterli değildir. Öyle ki bir işletme sahibinin, işletmesiyle ilgili taraf olduğu kira sözleşmelerinden

<sup>30</sup> Eren, *Özel Hükümler*, s.390; Yavuz, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 2018, İstanbul, s.304.

<sup>31</sup> Gümü, s.390.

<sup>32</sup> 7101 sayılı Kanunun gerekçesinde, borçluya temel mal veya hizmet sağlayan sözleşmelerin devam ettirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Adalet Komisyonu Raporu, E. 1/913, K. 11, T. 16.02.2018.

<sup>33</sup> Kuru, s.506 vd.; Muşul, s.396.

<sup>34</sup> Kanun hükmünde geçen “uygulanmaz” ifadesi geçersizlik olarak anlaşılmalıdır. Bkz. Pekcantez/Erdönmez, s.104; Akil, 161; Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s.394.



her biri farklı derecede önemi haiz olabilir. Mesela borçlunun kiraladığı şeyin nadiren kullanılan bir depo olması hâlinde, kiralananın işletme faaliyetinin devamı için önem arz ettiği söylenemez. Benzer şekilde ortada bir işletme faaliyeti olmasına rağmen, kira konusu şey işletmeyi hiç ilgilendirmiyor da olabilir. Mesela borçlunun kişisel kullanımı için araç kiralamasında durum böyledir. Bu gibi ihtimâllerde İİK m. 296/I hükmünün uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak sözgelimi kira sözleşmesinin konusu işletme merkezise ve başka yere taşınmak aşırı masraflı olacaksa, şüphesiz ki borçlunun işletme faaliyetlerini devam ettirebilmesi için sözleşmeyi devam ettirmesi gerekir. Böyle bir durumda ilgili hükme başvurmanın mümkün olduğunu kabul etmek gerekir.

Kiracının tacir olmasının feshe etki edip etmeyeceği sorusu akla gelebilir. Zira hukukumuzda tacirin basiretli davranma yükümlülüğü, tacir açısından bazı ağır sonuçlara sebep olabilmektedir. Mesela TBK m. 138'deki “sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülemeden ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun” varlığı sebebiyle, borçludan ifanın beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği durumlarda borçlunun uyarılama isteyebileceğini ve bu mümkün olmazsa sözleşmeden dönebileceğini düzenleyen hükmün, tacirler açısından “basiretli davranma” ilkesi göz önünde bulundurularak uygulanması gerektiği belirtilmektedir<sup>35</sup>. Diğer bir ifadeyle aşırı ifa güçlüğü hükmü, tacirler açısından dar yorumlanmaktadır. Bununla birlikte İİK m. 296/I bakımından kiracının basiretli tacir olmasının bir etkisinin olmayacağı kanaatindeyiz. Zira uygulamada işletme faaliyeti yürütenlerin çok önemli bir kısmının tacir olmasına rağmen, kanun koyucu burada bir tacir – tacir olmayan ayrımı yapmamıştır. O halde kanun hükmünün lafzından, işletme faaliyeti yürüten herkesin konkordato projesi kapsamında korunmasının amaçlandığı anlamı çıkarılmalıdır.

### 3. TBK m. 331/I ve İİK m. 296/I Hükümlerinin Birlikte Değerlendirilmesi

TBK m. 331/I'de ve İİK m. 296/I'de öngörülen şartların aynı anda gerçekleşmesi hâlinde nasıl bir çözüm yoluna gitmek gerekir? Gerçekten de sözleşme, kiracının konkordato talep etmesi sebebiyle kiraya veren açısından çekilmez hâle gelmekle birlikte; kiracının işletme faaliyetlerinin devamı açısından da ciddi bir önem arz ediyor olabilir. Bu durumda iki kanun hükmünden birinin tek başına uygulanması doğru olur mu? Eğer İİK m. 296/I hükmü tek başına uygulanacak olursa, kiraya verenin gelecek kira bedellerini tahsil edememesi sonucu doğar. Uygulamada kira sözleşmelerinin sıklıkla yıllık yapıldığı da düşünüldüğünde, sözleşme süresinden bile daha uzun bir süre boyunca konkordato mühletinin varlığı ihtimâli karşımıza çıkabilir. Böyle bir durumda yine de sözleşmeyi devam etmeye zorlamak, kiraya veren açısından şüphesiz ki hakkaniyete aykırı bir sonucun doğmasına sebep olur. Buna karşılık eğer kiraya verenin sözleşmeyi olağanüstü feshedebileceğini kabul edersek, bu durumda da hem borçlu hem de konkordato alacaklıları açısından olumsuz sonuçlar doğabilir. O halde kanun hükümlerinden sadece bir tanesini tercih etmek suretiyle taraflardan biri açısından zararlı sonuçlar doğmasına yol açmak yerine, her iki taraf için de hakkaniyete uygun olacak bir çözüm yolu bulmak gerekir.

<sup>35</sup> Ülgen, Hüseyin/ Helvacı, Mehmet/ Kaya, Arslan/ Nomer Ertan, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 2019, İstanbul.



Kanaatimizce burada TBK m. 98’de düzenlenen ifa güçsüzlüğü hükmünü devreye sokmak meseleyi çözüme kavuşturabilir. İlgili hükümde “*Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.*” düzenlemesine yer verilmiştir. O halde sözleşmede borçlunun ifa güçsüzlüğüne düşmesi sebebiyle karşı tarafın hakları tehlikeye düşmüşse, henüz ifa edilmemiş olan edimler için güvence istenebilir<sup>36</sup>. Söz konusu hüküm her türlü edimin ifası için kullanılabilir<sup>37</sup>. Kira sözleşmesinde de kiracının kiralananı teslim almış olması durumu değiştirmez. Zira burada kiraya verenin sadece teslim borcu tamamlanmıştır. Kira sözleşmesi sürekli borç doğuran bir sözleşme olduğundan, kullandırma borcu ifa edilmemiş edimler olarak her bir kira dönemi için devam etmektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla kiracının ifa güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde de kiraya verenin TBK m. 98 gereğince güvence istemesi mümkündür. Kanun hükmünde “*özellikle*” ifadesi kullanılarak, iflâs etme ve haciz işlemlerinin sonuçsuz kalması ihtimâlleri örnek kabilinden sayılmıştır. Dolayısıyla kiracının konkordato talep etmesinin de söz konusu madde kapsamına dâhil edilmesine bir engel bulunmamaktadır.

TBK m. 98’in kira sözleşmeleri bakımından tamamlayıcısı niteliğinde olan TBK m. 332’de de kiracının, kiralananı teslim aldıktan sonra iflâs etmesi hâlinde kiraya verenin işleyecek kira bedelleri için güvence isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre kiraya veren, söz konusu güvence için kiracıya ve iflâs masasına uygun bir süre verir. Bu uygun süre içinde kendisine güvence verilmemişse kiraya verenin herhangi bir fesih bildirim süresine uymaksızın sözleşmeyi fesih hakkı vardır. Görüldüğü üzere kiracının iflâsı hâlinde de kanun koyucu kira alacaklısını güvence ile koruma yolunu tercih etmiştir. Şüphesiz ki burada güdülen amaç, kiraya verenin kira bedellerini tahsil edemeyeceğini bile bile sözleşmeye devam etmek durumunda kalmasına engel olmaktır<sup>39</sup>. Buradan hareketle, konkordato sebebiyle ödenemeyecek olan işleyecek kira bedelleri bakımından da güvence istenebileceğini kabul etmek gerekir.

İcra ve İflâs Kanunu’ndaki konkordato hükümleri kapsamında da kiraya verenin işleyecek kira bedelleri için güvence istemesine bir engel bulunmamaktadır. Zira İİK m. 297/I’de borçlunun, komiserin nezareti altında işlerine devam edebileceği, bazı işlemlerin ise komiserin izni ile yapmasına mahkemenin karar verebileceği düzenlenmiştir. İİK m. 297/II’de de borçlunun, mahkemenin izni olmaksızın mühlet kararından itibaren rehin tesis edemeyeceği, kefil olamayacağı, taşınmaz ve işletmenin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devredemeyeceği, takyit edemeyeceği ve ivazsız tasarrufta bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden; mahkemenin ve komiserin

<sup>36</sup> Bkz. **Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2017, Ankara, s.1022 vd.

<sup>37</sup> **Eren**, *Genel Hükümler*, s.1023.

<sup>38</sup> Kiraya verenin, kiralananı kullanıma elverişli olarak kiracıya teslim ettikten sonra, kira süresi boyunca yine kullanıma elverişli halde bulundurmaya devam etme borcu söz konusudur. Bu kapsamda kiraya verenin; sonradan ortaya çıkan ayıpları gidermek, sözleşmenin veya dürüstlük kuralının kendisine yüklediği koruma yükümlülüklerine uymak, kiracının ticarî itibarını zedelememek gibi yükümlülükleri sözleşme süresi boyunca devam eder. Kiraya verenin yükümlülüklerini ihlâl etmesi hâlinde ayıptan sorumluluğu gündeme gelebilir. Bkz. **Yavuz**, *Özel Hükümler*, s.237; **Gümüş**, s.314; **Zevkliler/Gökyayla**, s.285.

<sup>39</sup> **Eren**, *Özel Hükümler*, s.387; **Yavuz**, *Özel Hükümler*, s.283 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s.347 vd.

izni<sup>40</sup> altında olmak kaydıyla bu işlemlerin yapılmasında bir sakınca olmadığı sonucu çıkmaktadır. Üçüncü kişiler de borçlunun hukukî işlem için konkordato komiserinden izin almasını isteyebilirler. Konkordato komiserinin izin verdiği hukukî işlemler konkordato projesine tâbi olmaz. Bu durumda söz konusu alacaklı (kiraya veren), imtiyazlı alacaklı durumuna gelir ve konkordato şartlarına uymaya mecbur kalmaksızın alacaklarını tahsil etme imkânına sahip olur<sup>41</sup>. Görüldüğü üzere İİK m. 297/I kapsamında kiracının, izin almak kaydıyla kira sözleşmesinden doğan borçlarını imtiyazlı alacak hâline getirerek temerrüde düşmeksizin ifa etmesi dahi mümkün olabilmektedir. Kiracının yine de ödeme yapamayacak kadar ifa güçsüzlüğüne düşmesi hâlinde ise bahsettiğimiz şartlar dâhilinde kiraya verene güvence verilerek sözleşmenin devam ettirilmesi uygun düşer. Böyle bir durumda hem kiraya veren alacağını sağlama almış olur, hem kiracı işletme faaliyetlerini devam ettirme imkânı bulur, hem de konkordato alacaklıları bu sayede alacaklarına kavuşma şansı elde ederler.

#### 4. Finansal Kiralama Sözleşmelerinde Durum

Borçlunun işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz etmeyen finansal kiralama sözleşmelerinde de kiraya verenin, kendisi için çekilmez hâle gelen sözleşmeyi feshetmesi mümkündür. Bu sözleşme türüne ilişkin 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda ve İİK m. 307'de özel düzenlemelere yer verildiğinden, bu hususa ayrıca değinmeyi gerekli gördük.

21.11.2012 tarihinde kabul edilen 6361 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu'nun (FKK) 23'üncü maddesine göre, temerrüde düşen kiracıya verilen otuz günlük sürede kira bedelinin hâlâ ödenmemesi hâlinde sözleşmenin feshedilebileceği düzenlenmiştir. Sözleşme süresinin sonunda kiralananın mülkiyetinin kiracıya geçeceğinin kararlaştırıldığı durumlarda ise bu sürenin altmış günden az olamayacağı öngörülmüştür. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise taraflardan birinin sözleşmeye aykırı davranışları sebebiyle diğer tarafın sözleşmeye devam etmesinin beklenemeyeceği durumlarda da sözleşmenin feshedilebileceği hükmüne yer verilmiştir. Kiracının, her temerrüde düşüşünden sonra kendisine verilen otuz veya altmış günlük sürede borcunu ifa edebilme hakkı, kiralayanın temerrüde dayanarak sözleşmeyi feshetme imkânını ortadan kaldırmaktaydı. Kira bedellerinin zamanında ifa edilmesinin adi kiraya göre çok daha önemli olduğu finansal kiralama sözleşmelerinde FKK m. 23/II hükmünün öngördüğü çekilmezlik şartının ortaya çıkabilmesi için kiracının kaç defa temerrüde düşmesi gerektiği hususunda da bir açıklık olmadığından, söz konusu hüküm doktrinde eleştiriliyordu<sup>42</sup>.

6361 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte söz konusu belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Gerçekten de kanunun 31'inci maddesine göre "*Bir yıl içinde sözleşmede yer alan kira bedellerinden üçünü veya üst üste ikisini zamanında ödememesi nedeniyle ihtara muhatap olan*

<sup>40</sup> İİK m. 297'nin birinci fıkrasında komiserin izni, ikinci fıkrasında ise mahkemenin izni ifadeleri kullanılmıştır. Her iki mercii için de "izin" kelimesinin kullanılmış olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.409 vd.

<sup>41</sup> **Pekcanitez/Erdönmez**, s.86 vd.

<sup>42</sup> **Kocağa**, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi*, 1999, Ankara, s.159 vd.; **Erol**, Ahmet/ **Yıldırım**, A. Ercan/ **Toroslu**, M. Vefa, *Tüm Yönleriyle Finansal Kiralama (Leasing)*, 2011, Ankara, s.284.

*kiracılarla yapılan sözleşmeler kiralayan tarafından feshedilebilir*". O halde kiracının, kira bedellerinden üst üste ikisini veya toplamda üçünü ödememesi hâlinde kiraya veren açısından haklı sebeple fesih yetkisinin kullanılabileninden söz etmek mümkündür. Söz konusu hükmün, borçlunun konkordato talep ettikten sonra borcunu ifa etmeyi bıraktığı ve kiralananın, kiracının işletme faaliyetlerinin devamı için muhakkak gerekli olmadığı finansal kiralama sözleşmelerinde de uygulanabileceğini kabul etmek gerekir.

6361 sayılı Kanun m. 33/1'e göre sözleşmenin kiralayan tarafından feshi ile 30'uncu maddenin ikinci fıkrası uyarınca<sup>43</sup> kiracı tarafından feshi hallerinde, kiracı malı iade ile yükümlüdür. İade edilen malın üçüncü kişilere satılması hâlinde sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, satış bedelinin, vadesi gelmemiş finansal kiralama bedelleri ile kiraya verenin bunu aşan zararının toplamından düşük mü yoksa yüksek mi olduğuna bakılır. Satış bedelinin düşük olması hâlinde aradaki farkı kiracının kiraya verene; yüksek olması hâlinde ise kiraya verenin kiracıya ödemesi gerekir. İade alınan şeyin üçüncü kişilere finansal kiralama yöntemiyle kiralınması hâlinde de aynı esaslar uygulanır. Bununla birlikte, İİK m. 307/III'te borçlunun talebi üzerine tasdik kararında finansal kiralama konusu malların iadesinin bir yıla kadar ertelenebileceği öngörülmüştür. Ancak bunun gerçekleşebilmesi için kanun hükmü beş şartın varlığını aramaktadır. Bunlardan ilki, borçlunun, finansal kiralama sözleşmesinin aynen ifasını İİK m. 294/VII uyarınca<sup>44</sup> üstlenmiş olmasıdır. Borçlunun sözleşmeyi sürdürme kararı komiserin onayına bağlı olduğundan, sözleşmenin konkordato sürecine nasıl etki edeceği hususunda komiserin bir değerlendirme yapması gerekir. Komiserin onaya ilişkin kararının asliye ticaret mahkemesinde şikâyete konu edilmesi mümkündür. İkinci şart, finansal kiralamadan doğan kira alacağının konkordato talebinden önce doğmuş olmasıdır. Üçüncü olarak, ödenmemiş kira borcunun üç aylık tutarı aşmaması gerekir. Aksi halde borçlunun erteleme talebi mahkeme tarafından reddedilir. Dördüncü şart, erteleme sebebiyle finansal kiralama konusu malın değer kaybından kaynaklanabilecek zararın teminat altına alınmasıdır. Nihayet, finansal kiralama konusu malın işletme faaliyeti için zorunlu olduğunu ve iade edilmesi hâlinde ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğini borçlunun yaklaşık olarak ispat etmesi gerekir. Borçlunun ispat için her türlü delile başvurması mümkündür. Belirtmek gerekir ki erteleme kararının verilebilmesi için yukarıdaki şartlar altında borçlunun talebi yeterli olmayıp, m. 307/II gereğince alacaklıların da duruşmada dinlenilerek görüşlerinin alınması gerekir<sup>45</sup>.

## B. KENDİ KONKORDATOSU SEBEBİYLE FESİH

Borçlunun, konkordatonun amacına ulaşmasını engelleyen sürekli borç ilişkilerini komiserin uygun görüşü ve mahkemenin onayıyla feshedebileceğini düzenleyen İİK m. 296/II hükmüne yukarıda değinmiştik<sup>46</sup>. Söz konusu hüküm hem kiracının, hem de kiralayanın kendi konkordato talepleri sebebiyle fesih yetkisini kullanmaları ihtimâllerinde gündeme gelebilir. Bununla birlikte,

<sup>43</sup> "Kiracının tasfiye sürecine girmesi veya tasfiyeye girmeksizin finansal kiralama konusu malın tahsis edildiği işletmesini tasfiye etmesi hâlinde kiracının talebi üzerine sözleşmede aksine hüküm yoksa sözleşme, süresinden önce feshedilebilir."

<sup>44</sup> "Konusu para olmayan alacaklar, alacaklı tarafından, ona eşit kıymette para alacağına çevrilerek komisere bildirilir. Şu kadar ki borçlu, komiserin onayıyla taahhüdün aynen ifasını üstlenmekte serbesttir."

<sup>45</sup> Öztekin/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova, s.553 vd.

<sup>46</sup> Bkz. I, B.

kiraya verenin kira konusu şeye duyduğu ihtiyacın konkordatonun amacına ulaşmasına engel olacak kadar büyük olmasının uygulamada zor rastlanılacak bir durum olduğu kanaatindeyiz. Zira konkordatonun amacına ulaşmasını engelleme ifadesi, borçlunun malî yükümlülüklerini çok fazla artıran ve borçluyu gereksiz yere borç altına sokan sözleşmeler için kabul edilmelidir<sup>47</sup>. Kira konusu şeyin kiraya verenin yedinde olmamasının böyle bir sonuca yol açması güçtür. Söz konusu ihtimâlin gerçekleştiği kabul edilse dahi, kiralananın konkordato sebebiyle geri alınması hâlinde kiracının uğrayacağı zararı da göz önünde bulundurmak gerekir. Özellikle konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı açısından ciddi bir mağduriyet söz konusu olabilir. Bu sebeple kira sözleşmesi kiraya veren tarafından feshedilecek olsa dahi, Türk Borçlar Kanunu kapsamında kira sözleşmesinin olağanüstü feshi için öngörülmüş olan fesih bildirim sürelerine riayet edilmesi kanaatimizce uygun düşer<sup>48</sup>.

### III. CEZAÎ ŞART HÜKÜMLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraflar sözleşmeye kira ödemelerinde temerrüde düşülmesi hâlinde cezaî şart ödeneceği şeklinde bir hüküm eklemiş olabilirler<sup>49</sup>. Böyle bir durumda seçimlik (TBK m. 179/I) veya ifaya eklenen (TBK m. 179/II) cezaî şart söz konusu olur. Seçimlik cezaî şartın kararlaştırılmış olması hâlinde muaccel olan alacakların yerine cezaî şart ödenir. Sözleşmede hangi cezaî şart türünün kararlaştırıldığı açıkça anlaşılamiyorsa bunun seçimlik cezaî şart olduğu kabul edilir<sup>50</sup>. İfaya eklenen cezaî şartta ise muaccel hale gelen bedel ve cezaî şart birlikte ödenir. Kısacası her iki durumda da kararlaştırılan cezaî şart hükmü geçerlidir. Bununla birlikte, kiracının konkordato ilânına bağlı olarak temerrüde düşmesi hâlinde ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira İİK m. 296/I'de konkordato sebebiyle borcun muaccel hâle gelmesi ihtimaline de yer verilmiştir. Gerçekten de hükme göre borçlunun konkordato talebinde bulunmasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine ve borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler uygulanmaz. Dolayısıyla eğer sözleşmeye göre cezaî şart alacağının doğma sebebi konkordato talebiyse, böyle bir sözleşme hükmü geçersizdir.

İİK m. 296/I hükmünde geçen “işletmesinin faaliyetinin devamı için önem arz etme” şartının sadece haklı fesih için değil, konkordato talebinin sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğine ve borcu muaccel hâle getireceğine ilişkin hükümler açısından da öngörüldüğü unutulmamalıdır. Öte yandan kanaatimizce söz konusu şart, borcun muaccel hâle gelmesi ihtimâli bakımından sakıncalıdır. Zira sözleşmenin işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz etmediği durumlarda

<sup>47</sup> Doktrinde, sonlandırılmak istenen sözleşmenin, konkordatonun amacına ulaşmasını zorlaştırmasının yeterli olmadığı, sözleşme sebebiyle amacın gerçekleşmesinin neredeyse imkânsız hâle gelmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Öztek/Budak/Tunç Yücel/Kale/Yeşilova**, s.399.

<sup>48</sup> Sürelere ilişkin bkz. I, B.

<sup>49</sup> Böyle bir sözleşme hükmü, konut ve çatılı işyeri kiralalarının haricindeki kira sözleşmeleri için mümkün olabilir. Zira TBK m. 346'da yer verilen “Kiracı Aleyhine Düzenleme Yasağı” başlıklı maddede “*Kiracıya, kira bedeli ve yan giderler dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceği*” hükmüne yer verilerek cezaî şarta ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olması sağlanmıştır. Bkz. **Kocaağa, Köksal, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)**, 2018, Ankara, s.55.

<sup>50</sup> **Kocaağa, Ceza Koşulu**, s.133 vd., s.137 vd. Kira alacağına ilişkin seçimlik cezaî şart teorik olarak mümkün olmakla birlikte bunun kullanışlı bir uygulamasının olacağını söylemek zordur. Zira alacaklının sözgelimi iki bin TL kira bedelinden vazgeçerek üç bin TL cezaî şart istemesinden ziyade, iki bin TL kira bedeline ek olarak bin TL cezaî şart istemesi daha mantıklıdır. Bununla birlikte paradan başka bir şeyin borçlanıldığı ürün kiralalarında seçimlik cezaî şartın kararlaştırılması doğaldır. Mesela on ton buğdayın iki tonunun ürün kirası olarak borçlanıldığı bir sözleşmede kiracının temerrüde düşmesi hâlinde kiraya veren alacaklının bundan vazgeçerek cezaî şart bedeli talep etmesinde durum böyledir.

borcun konkordato sebebiyle muaccel hâle gelebileceğini kabul edersek, buna bağlı olarak doğacak olan cezaî şart bedellerinin borçlunun malî durumunu daha da zora sokacağına şüphe yoktur. Böyle bir durum ise konkordatonun mantığıyla ters düşer. Bu sebeple işletme faaliyetinin devamı için önem arz etme şartının burada uygulanmaması gerektiği kanaatindeyiz. Eğer borçlunun konkordato talep etmiş olması sebebiyle borcun muaccel hâle geleceğine ilişkin bir sözleşme hükmü mevcutsa ve buna bağlı olarak cezaî şart alacağı doğmuşsa, böyle bir alacak talebinin her halükârda geçersiz olacağını kabul etmek, konkordatonun amacına ulaşabilmesi açısından daha uygun olur.

#### IV. GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ

İİK m. 285/III’te “Yetkili ve görevli mahkeme; iflâsa tabi olan borçlu için 154 üncü maddenin birinci veya ikinci fıkralarında yazılı yerdeki, iflâsa tabi olmayan borçlu için yerleşim yerindeki asliye ticaret mahkemesidir.” hükmüne yer verilmiştir. O halde borçlunun konkordato talebine, konkordatonun uygulanmasına ve sonuçlarına ilişkin görevli mahkeme her halükârda asliye ticaret mahkemesidir<sup>51</sup>. Buradan hareketle, borçlunun kendi konkordatosuna dayanarak sözleşmeyi İİK m. 296/II kapsamında feshetmesi hâlinde onayı alınacak olan mahkemenin de asliye ticaret mahkemesi olduğunu kabul etmek gerekir.

Kira sözleşmesinin karşı tarafı olan alacaklının sözleşmeyi feshetmek istemesi hâlinde ise bunun için mahkemeden onay alması gerekmez. Zira konkordato komiserinin ve mahkemenin denetleme yetkileri sadece konkordato talep eden borçlu üzerindedir. Alacaklı sözleşmeyi sonlandırırken genel fesih kurallarına göre hareket eder. Dolayısıyla alacaklının herhangi bir merciden onay almaya ihtiyacı yoktur. Fesih, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir ve açıklandığı anda hüküm ve sonuç doğurur. Bu sebeple eğer alacaklının fesih beyanının haklılığına ilişkin bir anlaşmazlık söz konusu olursa, bunun tespitini yapacak olan mahkeme usul hukuku kurallarına göre belirlenmelidir. HMK m. 4/a’da “... İcra ve İflâs Kanununa göre ilamsız icra yoluyla tahliyesine ilişkin hükümler ayrı olmak üzere, kira ilişkisinden doğan alacak davaları da dâhil olmak üzere tüm uyuşmazlıkları konu alan davalar ile bu davalara karşı açılan davaların” sulh hukuk mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir. Bu sebeple alacaklının fesih beyanının haklı olup olmadığının tespitini de sulh hukuk mahkemesi yapmalıdır.

#### DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kira sözleşmesinde, konkordato talep eden veya fesih isteyen tarafın kiracı ya da kiraya veren olmasına göre farklı sonuçlar doğmaktadır. Kiraya verenin konkordato ilân etmesi hâlinde kiracı bundan etkilenmediği için, sözleşmeyi olağanüstü feshetmesi mümkün değildir. Ancak kiracının konkordato ilân etmesi hâlinde kiraya verenin işleyecek kira bedellerini tahsil edememe ihtimâli söz konusu olmaktadır. Böyle bir durumda sözleşme kiraya veren açısından çekilmez hâle gelmişse, sözleşmenin TBK m. 331/I gereğince olağanüstü sebeple feshi mümkündür. Öte yandan sözleşmenin borçlu kiracının işletme faaliyetlerinin devamı açısından önem arz edip etmediğine de dikkat etmek gerekir. Eğer kira sözleşmesi böyle bir önemi haizse, konkordato komiserinin ve asliye ticaret mahkemesinin izniyle sözleşmeyi imtiyazlı hâle getirmek sorunu çözüme kavuşturabilir. Bu durumda kiraya veren alacaklı, konkordato projesinden etkilenmeksizin kira

<sup>51</sup> Kuru, s.499; Kaplan, s.58.



alacaklarını tahsil etmeye devam eder. Kiracının ifa güçsüzlüğü sebebiyle kira bedellerini yine de ödeyemeyecek durumda olması hâlinde ise mahkemenin izniyle kiraya verene güvence göstermesi gerekir.

Kiracının kendi konkordatosu sebebiyle sözleşmeyi feshetmek istemesi hâlinde komiserin uygun görüşünü ve mahkemenin onayını alması gerekir. Zira konkordatonun amacı sözleşmeyi sona erdirmek değil, borçları ifa etmek olmalıdır. Onay verilmesi hâlinde fesih, onay tarihinden itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Ancak borçlu sırf sözleşmeyi sonlandırabilmek için konkordatoya başvurmuşsa veya sözleşme gerçekten konkordatonun amacına ulaşmasına engel olacak nitelikte değilse, feshin haksız olduğu kabul edilir. Böyle bir durumda konkordato komiserinin fesih için uygun olmadığı şeklinde görüş bildirmesi ve mahkemenin de fesih talebini reddetmesi gerekir. Kiraya verenin kendi konkordatosu sebebiyle sözleşmeyi feshetmek istemesi hâlinde ise daha hassas bir değerlendirme yapmak gerekir. Zira bu durumda sözleşmenin gerçekten konkordatonun amacına ulaşmasına engel teşkil etmesinin zor bir ihtimâl olmasının yanı sıra, sözleşmenin feshi kiracı açısından da ciddi sıkıntılara sebep olabilir.

İİK m. 296/I'de borçlunun konkordato talebinin borcu muaccel hâle getireceğine yönelik sözleşme hükümlerinin geçersiz olması, sözleşmenin “işletme faaliyetlerinin devamı için önem arz etmesi” şartına bağlanmış olsa da, kanaatimizce söz konusu geçersizlik her halükârda uygulanmalıdır. Bunun aksini kabul etmek konkordatonun amacıyla ters düşer.

Sonuç olarak, şartların gerçekleşmesi hâlinde borçlunun konkordato ilân etmiş olmasının sözleşmeyi fesih için haklı sebep oluşturduğunu söylemek mümkündür. Ancak her bir ihtimâl ayrı ayrı ele alınarak hem kiracı hem kiraya veren hem de diğer konkordato alacaklıları açısından hassas ve hakkaniyete uygun bir değerlendirme yapmak gerekir.



**KAYNAKÇA**

- Akil**, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, 2019, Ankara.
- Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2019, Ankara.
- Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder/ **Taşpınar Ayvaz**, Sema/ **Hanağası**, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 2019, Ankara.
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2019, Ankara. (Özel Hükümler).
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2017, Ankara. (Genel Hükümler).
- Erol**, Ahmet/ **Yıldırım**, A. Ercan/ **Toroslu**, M. Vefa, *Tüm Yönleriyle Finansal Kiralama (Leasing)*, 2011, Ankara.
- Gümüş**, Mustafa Alper, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2012, İstanbul.
- Kale**, Serdar, *Sorularla Konkordato (İflas Dışı ve İflas İçin Adi Konkordato)*, 2017, İstanbul.
- Kaplan**, İbrahim, *Yeni Türk Konkordato Hukuku*, 2019, Ankara.
- Kocaağa**, Köksal, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, 2018, Ankara. (Ceza Koşulu)
- Kocaağa**, Köksal, *Türk Özel Hukukunda Finansal Kiralama (Leasing) Sözleşmesi*, 1999, Ankara. (Finansal Kiralama Sözleşmesi).
- Kuru**, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 2018, Ankara.
- Muşul**, Timuçin, *İflâs ve Konkordato Hukuku*, 2018, Ankara.
- Öztek**, Selçuk/ **Budak**, Ali Cem/ **Tunç Yücel**, Müjgan/ **Kale**, Serdar/ **Yeşilova**, Bilgehan, *Yeni Konkordato Hukuku*, 2019, Ankara.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Atalay**, Oğuz/ **Sungurtekin Özkan**, Meral/ **Özekes**, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 2017, İstanbul.
- Pekcanitez**, Hakan/ **Erdönmez**, Güray, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, 2018, İstanbul.
- Seliçi**, Özer, *Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, 1976, İstanbul.
- Uyar**, Talih, *Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri*, 2019, Ankara. (Yeni Konkordato Hukuku)
- Uyar**, Talih, “Konkordato Nasıl Talep Edilir? Nasıl İncelenir? Nasıl Sonuçlandırılır? (Konkordato Süreci)”, Kasım – Aralık 2018, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 92, S. 2018/6, s. 15 – 35. (Konkordato Nasıl Talep Edilir?)

**Ülgen**, Hüseyin/ **Helvacı**, Mehmet/ **Kaya**, Arslan/ **Nomer Ertan**, N. Füsün, *Ticari İşletme Hukuku*, 2019, İstanbul.

**Yavuz**, Cevdet, *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, 2018, İstanbul. (Özel Hükümler).

**Yavuz**, Mustafa, “Son Düzenlemeler Işığında Mahkemelerce Verilen Konkordato Mühletinin Alacaklılar ve Borçlu Bakımından Sonuçları”, Mayıs – Haziran 2018, *İSMMMO Mali Çözüm Dergisi*, S. 147, s. 159 – 168. (Konkordato Mühleti).

**Zevkliler**, Aydın/ **Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 2016, Ankara.

*Araştırma Makalesi / Research Article*

## TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA VE İŞ HUKUKUNDA İBRANIN HUKUKİ BOYUTU<sup>#</sup>

**Banu Bilge SARIHAN\***

### Özet

İbra borcu sona erdiren özel bir sebeptir; ibra sözleşmesi ile alacaklı alacak hakkından vazgeçer ve borçlu borcundan kurtulur. İbra sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki 132. ve 420. madde hükümleriyle düzenlenmiştir. Genel ibra sözleşmesini düzenleyen m.132'den farklı hükümler getiren ve özel bir düzenleme olan m.420, işçiyi korumak amacıyla işçinin işverenden alacağına yönelik olan ibra sözleşmelerini hükme bağlamıştır. Özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun m. 420'de yer alan düzenleme ile ibra belgelerinin geçerliliği işçiyi korumak amacıyla sıkı koşullara bağlanmıştır. İbranamede, özellikle yazılı şekil şartı aranmaktadır. İbranın geçerliliği alacaklıya diğer bir ifadeyle işçiyi işçilik alacaklarının banka kanalıyla ödenmesi koşuluna bağlıdır. İşçiye yapılacak ödemenin bankaya yatırılmaması halinde ibraname geçersiz kabul edilecektir.

**Anahtar Sözcükler:** İbra sözleşmesi, ibraname, sulh, feragatname, işçilik alacakları

## LEGAL DIMENSION OF RELEASING IN TURKISH LAW OF OBLIGATIONS AND THE LABOUR LAW

### Abstract

Releasing is a special reason that ends the debt; With the release contract, the creditor renounces the receivable right and the debtor gets rid of his debt. The lease agreement is regulated by the provisions of Articles 132 and 420 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. M.420, which is a special arrangement that introduces different provisions than the m.132 that does not regulate the general release contract, has decided to release the contracts that the worker will receive from the employer in order to protect the worker. Especially, Article 6098 of the Turkish Code of Obligations. With the regulation in 420, the validity of the discharge documents is bound to strict conditions in order to protect the worker. In the Hebrew, especially the written condition is required. The validity of the release is dependent on the creditor, in other words, on the condition that the workers' receivables are paid through the bank. If the payment to the worker is not paid to the bank, the release will be deemed invalid.

**Keywords:** Release contract, release, peace, waiver, labor receivables

<sup>#</sup> Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih: 23.3.2020

Kabul Tarihi: 24.3.2020

\* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,

[bsarihan@erbakan.edu.tr](mailto:bsarihan@erbakan.edu.tr)

ORC ID: 0000-0003-4686-3752.

## GİRİŞ

İbra sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olmakla birlikte, Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda ibraya ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Uygulamada ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, Yargıtay içtihatları doğrultusunda karar verilmekteydi. Türk Borçlar Kanunu'nda ibranın düzenlenmesi ile birlikte, ibra sözleşmesinin hukuki dayanağı, m.132 hükmü ile genel olarak düzenlenmiştir. İşçi ve işveren ilişkisinden kaynaklanan işçilik alacaklarına ilişkin olarak TBK.m.420 hükmünde ise, ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş olması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılması şeklinde ibra sözleşmesinin şekil ve geçerlilik koşulları emredici olarak düzenlenmiştir.

İbra alacaklı tarafından yapılan tek taraflı bir hukuki işlem olmayıp, alacaklı ile borçlu arasında mevcut olan bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırarak borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik iki taraflı bir hukuki işlemdir. İbra sözleşmesi ile dar anlamda borç ifa edilmeksizin sona ermektedir. Tarafların geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmek için ikale sözleşmesi yapmaları gerekir. İbra sözleşmesinin konusunu oluşturan alacak hakkı sözleşmeden, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğabileceği gibi, aile hukuku, borçlar hukuku veya eşya hukuku ilişkilerinden de doğabilir. İbra sözleşmesi aynı zamanda bir tasarruf işlemidir, bu nedenle tarafların sözleşme ehliyeti yanında tasarruf ehliyetine de sahip olmaları gerekir.

Çalışmamızda öncelikle TBK.m.132 gereğince genel olarak ibra sözleşmesi ve sonra m.420 gereğince işçi-işveren ilişkisinden kaynaklanan işçilik alacaklarında uygulama alanı bulan ibra sözleşmesi değerlendirilecektir.

## I. TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İBRA SÖZLEŞMESİ

### A. Genel Olarak İbra Kavramı

İbra borcu sona erdiren nedenlerden biridir. İbra Arapça kökenli bir kelime olup, “*hastayı iyi etme*”, “*aklama, temize çıkarma*” anlamına gelir<sup>1</sup>. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ibraya ilişkin düzenleme olmadığı için bu konuya ilişkin ihtilaflar doktrin tarafından çalışmalar ile Yargıtay içtihatları ile çözülmeye çalışılmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesini temel alarak, ibra ile ilgili düzenleme getirmiştir. “*Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir*” (TBK.m.132)<sup>2</sup>. İbra sözleşmesi, kanun metni esas alınarak “*tarafların aralarında mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır<sup>3</sup>. Alacaklı, borçludan talep edebileceği herhangi bir alacak haktan borçlu ile yaptığı

<sup>1</sup> Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, sozluk.gov.tr., erişim tarihi 10.03.2020.

<sup>2</sup> RG., 04.02.2011, 27836.

<sup>3</sup> **Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 24. Bası, Ankara, s.1421; **Keller**, Max/ **Schöbi**, Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht*, 1984, Band IV, Gemeinsame Rechtsinstitute für Schuldverhältnisse aus Vertrag, unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, Basel und Frankfurt, s.190; **Larenz**, Karl,

ibra sözleşmesi ile kısmen veya tamamen vazgeçmekte, borçlu da ifa olmaksızın borçtan kurtulmakta ve borç sona ermektedir. İbra tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşen bir vazgeçme değil, borçlunun da rızası alınarak alacak hakkından vazgeçilmesine dair bir sözleşmedir<sup>4</sup>. İbra, bir sözleşme ve tasarruf işlemi olduğu için tarafların sözleşme ve tasarruf ehliyetine sahip olmaları gerekir<sup>5</sup>. Kanun hükmünde açıkça belirtildiği üzere ibra, borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulsa dahi, herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmaksızın alacaklı ve borçlu arasındaki borcun tamamen veya kısmen ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmedir. İbra sözleşmeleri ivazlı ya da ivazsız olarak yapılabileceği gibi, kapsamına göre de tam ve kısmi ibra sözleşmeleri olmak üzere ikiye ayrılır. Alacağın bir kısmından vazgeçilmesi için yapılan ibra kısmi ibra sözleşmesidir. Alacağın tamamını ortadan kaldırmak üzere yapılan ibra sözleşmesi ise tam ibra sözleşmesidir. Tam ibra sözleşmesinde borcun tamamı ortadan kalkarken kısmi ibra sözleşmesinde ibra edilen kısım dışında kalan borç varlığını sürdürmeye devam eder<sup>6</sup>.

*Lehrbuch des Schuldrechts, Bd.I, Allgemeiner Teil, 1987, 14. A., München ,s.267 ; “ Kaynağı ne olursa olsun, var olan veya gelecekteki bir alacak hakkının ve buna bağlı olarak geniş anlamda borcun (dar anlamda borç ilişkisini, obligatio) alacaklının alacağından vazgeçmesi suretiyle, ifa edilmeksizin ve doğrudan doğruya ortadan kalkmasına yönelik olarak, alacaklı ve borçlu arasında yapılan anlaşmaya ibra sözleşmesi denir” (Gümüş, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2015, İstanbul, s.14,17). ; önceki Borçlar Kanunu’nda ibraya ilişkin düzenleme olmadığı için gerek doktrinde gerekse Yargıtay tarafından ibra sözleşmesi çeşitli şekillerde tanımlanmıştır; “Alacaklının alacak hakkından vazgeçmesine ve bu suretle borçlunun borçtan kurtarılmasına ilişkin bulunan akde ibra denir” (Tekinay, Selahattin Sulhi /Akman, Sermet /Burcuoğlu, Haluk /Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1993, 7. Bası, İstanbul, s.985); “Borç ifa edilmediği halde, borçlu ile alacaklının bir sözleşmeyle anlaşarak borcu sona erdirmesine ibra sözleşmesi denir” (Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/ Havutçu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/ Cumahoğlu, Emre, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler, 2013, 2. Bası, İzmir, s.354); “İbra, alacaklının, borç ifa edilmediği halde borçluyu borcundan-kısmen veya tamamen- kurtarmasıdır” (Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2011, 10. Bası, İstanbul),. “ Alacaklı ile borçlunun aralarındaki bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik olarak yaptıkları sözleşmeye ibra denir, bu sözleşme ile alacaklı alacağından vazgeçmekte, borçlu da bunu kabul etmekte ve böylece borç ortadan kalkmaktadır” (Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, 2019, 11.Bası, Konya, s.296); “ İbra, borçluyu borcu ifa etmeden borçtan kurtarmak hususunda alacaklı ile borçlunun anlaşmasıdır. Diğer bir ifade ile alacaklının borçlu ile yaptığı bir akitle alacağından vazgeçerek borçluyu borçtan kurtarmasıdır” (Oğuzman, M.Kemal / Öz, M.Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2018, C.I, 16. Bası, İstanbul, s.554); “ İbra, borcun sona ermesini sağlayan özel bir sona erme sebebidir. Alman ve İsviçre Hukuklarına paralel olarak Türk Hukukçularınca da bir sözleşme olarak kabul edildiği için “İbra” ve “ibra sözleşmesi” terimleri birarada kullanılmıştır. Ancak Yargıtay bazı kararlarında İş Hukukuna ilişkin olarak “ibraname” ibra senedi” terimleri de yer almaktadır” (Turanboy, Kürşad Nuri, İbra sözleşmesi, 1998, Ankara, s.26,30); Yargıtay da çeşitli kararlarında ibra ile ilgili tanımlamalarda bulunmuştur; “...Birçok Yargıtay kararında vurgulandığı üzere alacaklının alacak hakkından vazgeçmesini ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasını sağlayan akde “ibra” denir”. (Y.13.HD.,25.10.2010 T., E.2010/5342, K. 2010/13830, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); “...Bilindiği üzere “İbra”, alacağın tasfiyesini içeren tasarrufi bir sözleşme olup gerek öğretide ve gerekse uygulamada ibranamenin varlığı, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel bir sukut nedeni olarak kabul edilmektedir.” (Feyzioğlu, Fevzi Necmettin, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, 1969, Cilt II, İst., Sayı 351) Diğer bir ifade ile ibra, alacaklının borçlusunu borcundan beri kılmak onu borçtan kurtarmak amacıyla yapılan bir sözleşmeyi ifade etmektedir (Von Tuhr. Borçlar Hukuku-Cevat Edege Çevirisi, Cilt II Sh.695)”. (Y.13.HD., 14.03.2013 T., E.2012/25432, K. 2013/6393, Gümüş, s. 17, naklen); Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri, 2017, 26.Bası, İstanbul, s.173,174.*

<sup>4</sup> **Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2015, İstanbul, s.303; **Eren**, 1421.

<sup>5</sup> **Kılıçoğlu**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2011, 14. Bası, Ankara, s. 812.

<sup>6</sup> **Gümüş**, s.197 vd.

## B. İbra Sözleşmesinin Hukukî Niteliği

TBK.md. 132’de borcun alacaklı ile borçlu arasında yapılacak ibra sözleşmesiyle tamamen ya da kısmen ortadan kaldırılabileceği hükme bağlanmıştır. Hükümden açıkça anlaşıldığı üzere, ibra alacaklı tarafından yapılan tek taraflı bir hukuki işlem değildir. Borçlunun alacaklının vazgeçme iradesini kabul etmesi gerekir<sup>7</sup>. İbra, alacaklı ile borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanını içeren, iki taraflı bir hukuki işlem, bir sözleşmedir<sup>8</sup>. İbra, alacaklının alacak hakkını ortadan kaldırmaktadır, bu nedenle borçlandırıcı bir işlem olmayıp tasarruf işlemidir<sup>9</sup>. İbra sözleşmesi alacaklının malvarlığındaki aktif kısmı azaltır. Alacaklının sözleşme konusu alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir, örneğin, iflas etmiş olan alacaklının, alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için, yapılan ibra sözleşmesi hükümsüzdür<sup>10</sup>. İbra sözleşmesi aynı zamanda borçlu lehine bir kazandırma işlemidir. Alacaklının malvarlığının aktif kısmındaki azalmaya bağlı olarak borçlunun da pasif kısmında azalma söz konusudur<sup>11</sup>. İbra sözleşmesi her kazandırıcı işlem gibi hukuki bir sebebe ihtiyaç gösterir<sup>12</sup>. Uygulamada genellikle bağışlama sebebine dayanarak yapılmakla birlikte, ifa sebebi, iktisap sebebi, inanç sebebi ile de yapılabilir<sup>13</sup>. Türk hukukunda tasarruf işlemleri ilke olarak sebebe bağlı oldukları için, ibra sözleşmesinin de sebebe bağlı olduğu kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Bu nedenle, ibranın hukuki sebebini oluşturan işlem geçersiz olduğu takdirde, alacak ve borç sona ermeyecektir<sup>15</sup>. Alacaklı ve borçlu arasında yapılan ibra sözleşmesi sağlararası bir hukuki işlem olarak yapılabileceği gibi, maddi anlamda bir ölüme bağlı tasarruf ile de gerçekleştirilebilir<sup>16</sup>. İbra sözleşmesi en geniş anlamda bir sözleşme değişikliği olarak da doktrinde kabul edilmektedir<sup>17</sup>.

<sup>7</sup> **Tunçomağ**, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, 1976, I, Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul, s.1178; **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s.986; **Turanboy**, s.55; **Kılıçoğlu**, s.812; **Eren**, s.1422; **Keller/ Schöbi**, s.190.

<sup>8</sup> “Aynı hak sahibinin mülkiyet veya sınırlı aynı haktan tek taraflı bir işlem ile feragat etmesi mümkündür. Keza mirasçı miras hakkından, vasiyet alacaklısı da vasiyet alacağından red yoluyla, yani tek taraflı bir irade beyanıyla vazgeçebilir. Yenilik doğuran haklardan da hak sahibinin tek taraflı vazgeçmesi mümkündür” (**Eren**, s.1422); “İbra, bir anlaşma olması bakımından, aynı haklarda ve yenilik doğuran haklarda söz konusu olan feragatten farklıdır” (**Oğuzman/ Öz**, s.557).

<sup>9</sup> **Eren**, s.1422; **Oğuzman/ Öz**, s.557; **Hatemi / Gökyayla**, s.303; **Kılıçoğlu**, s.812; **Gümüş**, s.18; **Turanboy**, 56; **Nomer**, s.300; **İnan**, Ali Naim, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 1984, 3.Bası, Ankara, , s.495; **Reisoğlu**, Safa, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25.Bası, İstanbul 2014, s.312.

<sup>10</sup> **Eren**, s.1422; **Kılıçoğlu**, s.812; **Hatemi / Gökyayla**, s.303; **Gümüş**, s.125.

<sup>11</sup> **Berki**, Şakir, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, 1962, 3. Bası, Ankara, s.238; **Eren**, s.1422; **Hatemi / Gökyayla**, s.303; **Oğuzman/ Öz**, s.557; **Tunçomağ**, s.1179; **Gümüş**, s.18.

<sup>12</sup> **Eren**, s.1422; **Hatemi / Gökyayla**, s.303; **Oğuzman/ Öz**, s.557; **Tunçomağ**, s.1179; **Gümüş**, s.18; **Turanboy**, s.116.

<sup>13</sup> **Gümüş**, s.19,20; **Turanboy**, s.104 vd.

<sup>14</sup> **Eren**, s.1423; **Turanboy**, s.112; **Tekinay, /Akman, /Burcuoğlu, /Altop**, s.987; **Keller/ Schöbi**, s.193; **Buz**, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara 2005, s.415; ibranın sebebe bağlı olmadığı, hukuki sebepten soyut olduğu, ancak sebepsiz zenginleşmenin söz konusu olduğu yönünde aksi görüş için bkz. **Oğuzman/ Öz**, s.558; **Hatemi / Gökyayla**, s.303; **Gümüş**, 174,175.

<sup>15</sup> **Eren**, s.1423; **Turanboy**, s.112.

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gümüş**, s.26 vd.

<sup>17</sup> **Gümüş**, s.25.



### C. İbra Sözleşmesinin Şekli

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ibraya ilişkin bir düzenleme yer almadığı için, ibra edilen alacağı doğuran borç ilişkisinin tabi olduğu şeklin ibra sözleşmesi için de aranıp aranmayacağı doktrinde tartışılmaktaydı. Bazı yazarlar, şekle tâbi bir hukuki işlemde değişiklik yapılması sonucunu doğuracak şekilde bir borcun ibrasının 818 sayılı Borçlar Kanunu m.12 (TBK.m.13) uyarınca asıl işlemle aynı şekle tâbi olması gerektiğini<sup>18</sup>, diğer görüşte olanlar ise, ibranın borcu doğuran sözleşmede değişiklik anlamına gelmediğini, ibra için şekil zorunluluğu getiren bir hüküm de olmadığı için, ibranın 818 sayılı Borçlar Kanunu m.11 hükmü çerçevesinde şekle tâbi olmadığını savunmaktaydılar<sup>19</sup>.

6098 sayılı TBK m.132 hükmü yürürlüğe girince bu tartışmalar sona ermiş, her türlü şekle tâbi işlemlerden doğan borcun ister tamamen ister kısmen ibrasının şekle bağlı olmayacağı açıkça belirtilmiştir. İspat açısından HMK. m.200-201 geçerli olacağından geçerlilik koşulu olmasa da ibra sözleşmesinin miktara bağlı olarak yazılı şekilde yapılması ispat şartı olarak gerekli olabilecektir. TBK. 132. maddesinde ibra sözleşmesi için şekil serbestisi öngörülmüşse de tarafların özel bir şekil şartı kararlaştırması mümkündür. Bu durumda anılan madde emredici bir hüküm olmadığından iradi şekle bağlı bir ibra sözleşmesi yapılabilir<sup>20</sup>.

İşçi alacakları yönünden yapılacak ibra sözleşmeleri ise TBK. m.420 gereğince yazılı yapılmak zorundadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar ilerideki başlıklarda yapılacaktır.

### D. İbra Sözleşmesinin Unsurları

#### 1. Tarafların Alacak Hakkının Ortadan Kaldırılması Üzerinde Anlaşmaları

İbra sözleşmesi, alacaklı ile borçlunun, belirli ya da belirlenebilir bir alacağı tamamen veya kısmen ortadan kaldırma amacı ile karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur<sup>21</sup>. Bir başka deyişle, ibra sözleşmesinin konusunu alacaklı ve borçlunun alacağı ortadan kaldırmaya yönelik icap ve kabul iradeleri oluşturur<sup>22</sup>. İbra sözleşmesinin kurulması için yapılacak öneri hem alacaklıdan hem de borçludan gelebilir. Uygulamada bu öneri genellikle alacaklı tarafından gelmektedir<sup>23</sup>. İrade beyanları sarih (açık) olabileceği gibi zımnî (örtülü) de olabilir. Örneğin, borçlunun ala-

<sup>18</sup> **Saymen**, Ferid H./ **Elbir**, Halid K.: *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, 1958, İstanbul, s.855; **Tuğ**, A., *Türk Hukukunda Şekil*, 1994, 2. Bası, Ankara,128; **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme*, 2008, 4.Bası, İstanbul, s.258; **İnan**, s.494; **Oğuzman/Öz**, s.555; **Hatemi / Gökyayla**, s.305.

<sup>19</sup> **Gümüş**, s.189; **Akıntürk**, s.177; **Berki**, s.240-241; **Tunçomağ**, s. 1773; **Turanboy**, s.86-87; **Serozan**, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 1975, İstanbul, S.651-652; Yargıtay 13. HD. 25.10.2010, E.2010/5342, K.2010/13830: "...ibra sözleşmesinin her halükârda sözleşme şeklinde gerçekleştirilmesi zorunluluğu yoktur. Sözleşmede borçlunun kabulünün zımnî olması da mümkündür"; Yargıtay 9. HD. 04.04.2013, E.2011/2673, K.2013/11108.; Yargıtay 9. HD. 12.03.2012, E.2009/46682, K.2012/8104.

<sup>20</sup> **Gümüş**, s.195; **Eren**, s.1424; **Oğuzman/Öz**, s.555-556.

<sup>21</sup> **Eren**, s.1423; **Turanboy**, s.57; **Gümüş**, s.107; **Berki**, s.238; **Tunçomağ**, s. 1772.

<sup>22</sup> **Eren**, s.1423; **Gümüş**, s.108-109; **Keller/ Schöbi**, s.191; **Turanboy**, s.59.

<sup>23</sup> **Akinci**, s.78.

cağının ibra beyanı karşısında susması, zımnî irade beyanıdır<sup>24</sup>. Yargıtay da ibra sözleşmesinin zımnî olarak yapılabileceğini öngörmüştür<sup>25</sup>.

Tarafların mevcut bir alacağın ortadan kalkmasına yönelik irade beyanlarının anlamı yorumlamaya gerek duyulmaksızın açıkça ve doğrudan anlaşılıyorsa, ibra sözleşmesi açık irade beyanlarıyla kurulmuştur. Alacaklının ibraya yönelik zımnî öneride bulunması durumunda irade beyanı sarih değildir ve genellikle bir eylem ile ortaya konur. Türk hukukunda kanaat verici davranış<sup>26</sup>, bitirici eylem<sup>27</sup>, delalet edici fiil<sup>28</sup>, iradeye delalet eden vakıa<sup>29</sup> gibi terimlerle tanımlanmıştır.

Alacağın ortadan kaldırılmasına yönelik örtülü bir irade beyanı ve bir kanaat verici davranışın bulunup bulunmadığı, güven teorisine hâkim olan esaslara göre yorumlanarak dürüstlük kurallarını çerçevesinde bir sonuca varılır<sup>30</sup>. Borç senedinin, alacaklı tarafından borçlunun huzurunda yırtılması, üstünün karalanması kanaat verici davranışla gerçekleşen bir ibra sözleşmesidir<sup>31</sup>. Örtülü ibra önerisi ve kanaat verici davranış borçlunun hâkimiyet alanına ulaşmalı ve karşı tarafça kabul edilmelidir. Aksi halde ibra sözleşmesi kurulmuş olmaz<sup>32</sup>. Örneğin; borçlunun bilgisinin dışında ve onun kabulü olmaksızın alacaklının borç senedini yırtması halinde ibra sözleşmesi kurulmuş olmaz, borç da ortadan kalkmaz. Bu durumda borç devam eder, sadece alacaklı ispat araçlarından birini kaybetmiş olur.

Alacaklının ibra önerisi borçluya ulaşmadan önce borçlu borcunu öderse, alacak ifa ile sona ermiş olur. Ortadan kalkan bir borç için ibra sözleşmesi yapılamayacağından ödemediği sonra borçluya ulaşan ibra önerisinin kabulünün de bir hükmü olmayacaktır<sup>33</sup>.

## 2. İbra Sözleşmesinin Konusu

İbra sözleşmesinin konusunu geçerli olarak kurulmuş, tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri, belirli veya belirlenebilir münferit bir alacak hakkı oluşturur<sup>34</sup>. Alacağın miktarının belir-

<sup>24</sup> **Eren**, s.1423; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.156; **Gümüş**, s.121: “Kural olarak, susma bir irade açıklaması anlamına gelmez de TBK. m.6.’da susma, istisnai durumlarda örtülü bir kabul beyanı olarak düzenlenmiştir. Hükme göre: “Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır”. İbra sözleşmesi niteliği gereği borçlunun yararına bir sözleşme olduğundan ve kanunen açık bir kabule ihtiyaç duymadığından anılan hüküm uygulama alanı bulur. Alacaklının ibra önerisi borçluya ulaştığında borçlu uygun bir süre zarfında açıkça ret beyanında bulunmayıp sustuğu takdirde ibra sözleşmesi örtülü kabul ile kurulmuş olur”.

<sup>25</sup> Yargıtay 4. HD. 31.3.1978, E.1977/11133, K.1978/4346, YKD, C.V, S.1, Ocak 1979, s.35.

<sup>26</sup> **Kocayusufpaşaoğlu**, s.156; **Gümüş**, s.109.

<sup>27</sup> **Sungurbey**, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, 1974, Cilt 2, İstanbul, s.154.

<sup>28</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.65.

<sup>29</sup> **Postacıoğlu**, İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1975, 6.Baskı, İstanbul, s.575.

<sup>30</sup> **Gümüş**, s.113; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.156.

<sup>31</sup> **Turanboy**, s.59; **Berki**, s.238; **Gümüş**, s.113.

<sup>32</sup> **Gümüş**, s.121.

<sup>33</sup> **Gümüş**, s.121.

<sup>34</sup> **Eren**, s.1423; **Gümüş**, s.127; **Hatemi/Gökyayla**, s.305; Yargıtay 11.HD.,30.03.2004, E.2003/18610, K.2004/3323.

tilmesi zorunlu değildir<sup>35</sup>. İbra dar anlamda borcu sona erdirir, tarafların geniş anlamda borç ilişkisini sona erdirmek için ikale sözleşmesi yapmaları gerekir<sup>36</sup>. Bu anlamda ibra ikaleden farklıdır.

İbra sözleşmesinin konusu olan alacak hakkının doğmuş ve mevcut bir hak olması gerekir. Yargıtay, ileride doğacak hakların ibra sözleşmesine konu edilemeyeceği, alacağın varlığının şüpheden uzak ve ihtilafsız olması gerektiğini kabul etmektedir<sup>37</sup>. Aksi halde, varlığı şüpheli olan bir alacak ibra sözleşmesinin değil sulh sözleşmesinin konusu olacaktır.

İbra sözleşmesinin konusunu oluşturan alacak hakkının sözleşmeden kaynaklanması şart değildir. Alacak hakkı, borç ilişkisi, haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğabileceği gibi, aile hukuku, borçlar hukuku veya eşya hukuku ilişkilerinden de doğabilir<sup>38</sup>. İbranın konusunu sadece para alacakları oluşturmaz; para alacağı dışındaki verme, yapma ve yapmama alacakları da ibraya konu olabilir<sup>39</sup>.

İbra alacaklı ve borçlu arasında kurulan bir sözleşme olması sebebiyle, aynı haklar ve yenilik doğuran haklar ibra sözleşmesinin konusunu oluşturmaz<sup>40</sup>, tek taraflı olarak vazgeçmeyi ifade eden yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanına dayalı feragat işleminden farklıdır<sup>41</sup>. Davadan feragat edilmesi halinde ise feragat edilen alacakla ilgili ibra sözleşmesi yapılabilir zira davadan feragat esas haktan vazgeçilmesi anlamına gelmez, sadece davayı sona erdirir<sup>42</sup>. Bir borçlandırıcı işlem olan, alacağı talep etmeme taahhüdü de ibradan farklı olarak borcu sona erdirmez, sadece borçluya bir def'i hakkı sağlar, bu nedenle hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınmaz<sup>43</sup>. İbra

<sup>35</sup> Ancak TBK.m.420 çerçevesinde işçi ibranamelerinin geçerliliği için alacak türünün ve tutarlarının açıkça belirtilmesi gerekir (TBK.m.420/2). Yargıtay, avukatların müvekkillerine imzalattıkları ibranamelerin de "...güven verici açıklıkta, anlaşılabilir olması gerektiğini, vekilin ne kadar para tahsil ettiğini ne kadar masraf, vekalet ücreti kesip, davacıya ne miktar ödediğinin anlaşılabilir olması gerektiğini..." belirtmiştir (Yargıtay 13.HD.,19.11.2008, E.2008/4706, K.2004/13838).

<sup>36</sup> **Eren**, s.1421 **Gümüş**, s.1278 **Hatemi/Gökyayla**, s.304; **Turanboy**, s.35.

<sup>37</sup> Yargıtay 9.HD.,18.01.2010, E.2009/29187, K.2010/114; Yargıtay HGK.,21.10.2009, E.2009/9396, K.2009/441; aksi görüş için bkz. **Gümüş**, s.143-144 : "...ileride satılması beklenen bir taşınmaza ilişkin satış bedeli alacağı, doğması beklenen bir zarara ilişkin tazminat alacağı gibi umulan alacaklara ilişkin ibra sözleşmeleri TBK.m.132 çerçevesinde şekilsiz ve geçerli olarak yapılabilir, ancak alacak hakkının henüz doğmamış olması sebebiyle söz konusu gelecekteki alacağına ilişkin ibra sözleşmesi öncelikle TBK.m.27 ve TMK.m.23 ve TBK.m.115-116 gibi diğer emredici hükümlerinin öngördüğü sınırlar içerisinde mümkündür. Örneğin A'nın B'ye karşı gelecekte doğacak olan bütün borçlarına ilişkin akdedeceği ibra sözleşmesi TBK.m.27 ve TMK.m.23 uyarınca batıl sayılacaktır. Öte yandan ister hukuki bir temel ilişkiye dayansın isterse dayanmasın gelecekteki tazminat alacaklarına ilişkin ibra sözleşmesi nihai sonucu itibariyle sorumsuzluk anlaşmasından farklı olmadığından, sorumsuzluk anlaşmasına ilişkin TBK.m.115 hükmü kıyasen uygulama bulur...".

<sup>38</sup> Bir başka deyişle tazminat alacakları, nafaka alacakları, işçi alacakları ibra sözleşmesinin konusunu oluşturur. Ancak kanundan ya da kamu yararından doğan ibra engelleri saklıdır. Örneğin, TMK.m.698/2 gereğince paylı mülkiyette paydaşın taksim talebi ibra edilemez, çocuğun ana- babasına karşı olan nafaka alacağı ibra edilemez, aile hukuku ilişkilerinden doğan gelecekteki bir nafaka alacağından ibra sözleşmesi ile vazgeçilemez, bkz. **Gümüş**,s. 133 vd.; Yargıtay da kararlarında, ibranamenin konusu olan alacağı doğuran kaynağın önemli olmadığını ifade etmiştir: "Yargıtay çeşitli kararlarında ibranamenin konusu olan alacağı doğuran kaynağın önemli olmadığını ifade etmiştir: Yargıtay HGK. 11.12.1971, E. 1969/ 4-937, K.740, İKİD., Y.12, Nisan 1972, S.136, s.1015.

<sup>39</sup> Yargıtay 13. HD. 13.06.2013, E. 2012/19406, K.2013/16056.

<sup>40</sup> **Gümüş**, s.133; **Eren**, s.1422; **Oğuzman/Öz**, s.557; **Tekinay**, /**Akman**, /**Burcuoğlu**, /**Altop**, s.986.

<sup>41</sup> **Gümüş**, s.68.

<sup>42</sup> **Gümüş**, s.75-76; **Turanboy**, s.30.vd.

<sup>43</sup> **Tunçomağ**, s.1176; **Gümüş**, s.50; **Hatemi/Gökyayla**, s.304; **Oğuzman/Öz**, s.556; **Turanboy**, s.30 vd.

menfi borç ikrarından farklıdır, menfi borç ikrarında taraflar borcun mevcut olmadığı yönünde irade açıklamasında bulduklarından menfi borç ikrarından sonra olmayan bir borç için ibra sözleşmesi yapılamaz<sup>44</sup>. İbra, tarafların anlaşarak mevcut alacak miktarını azaltan ya da ortadan kaldıran bir sulh sözleşmesi içerisinde de yer alabilir<sup>45</sup>. İbra makbuzdan da farklıdır. Makbuz, borcun ödendiğini belgeleyerek borçlu lehine ispatı kolaylaştırıcı, alacaklı tarafından imzalanan yazılı bir belgedir. Bir bilgi açıklaması olan makbuz bu yönüyle iki taraflı bir hukuki işlem olan ibra sözleşmesinden farklıdır. Ayrıca, makbuz ifaya dair bir ispat aracı, bir karine iken ibra borcu ortadan kaldıran bir hukuki işlemdir<sup>46</sup>. Makbuz niteliğindeki belgeye ibraname ismi verilmesi makbuzun niteliğini değiştirmez<sup>47</sup>. Ancak nadiren de olsa ibra niyeti ile imzalanan veya güven teorisine göre borçlunun böyle değerlendirmekte haklı görüldüğü belgeler ibra olarak kabul edilebilir<sup>48</sup>. Borcun ifa edilmesinden sonra borç ilişkisi sona ereceğinden ibra sözleşmesi yapılamaz.

### 3. İbra Sözleşmesinin Tarafları ve Tarafların Ehliyeti

İbra sözleşmesinin tarafları alacaklı ve borçludur. İş Hukuku kapsamındaki ibra sözleşmesinin tarafları ise işçi ve işverendir<sup>49</sup>. Taraflar, gerçek veya tüzel kişi olabilirler. Tüzel kişinin ibra sözleşmesinin tarafı olması durumunda, sözleşme tüzel kişinin yetkili organı (veya yetkili temsilcisi) tarafından yapılır<sup>50</sup>. Toplu iş sözleşmesinin tarafı olan işçi ya da işveren sendikalarının üyeleri adına ibra sözleşmesi yapmaları mümkün değildir. Alacaklı ve borçlunun bu yönde yetki vermeleri halinde ya da sonradan icazet verdikleri takdirde işlem geçerli olur.

İbra sözleşmesinin geçerlilik kazanabilmesi için öncelikle tarafların fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Ayırt etme gücüne sahip, ergin ve kısıtlanmamış her kişi fiil ehliyetine, dolayısıyla hukuki işlem ehliyetine ve sözleşme ehliyetine sahiptir (TMK.m.14). İbra sözleşmesi ivazlı olarak yapılıyorsa tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları şarttır<sup>51</sup>. İbra aynı zamanda bir tasarruf işlemi de olduğu için, tarafların tasarruf ehliyetine de sahip olmaları zorunludur<sup>52</sup>. İbra sözleşmesi ivazsız bir

<sup>44</sup> **Turanboy**, s.50.vd.; **Gümüş**, 52 vd.; **Gümüş**, s.75; **Gümüş**, s.75; menfi borç ikrarının ibra niteliğinde olduğu görüşü için bkz. **Eren**, s.1422.

<sup>45</sup> **Hatemi/Gökyayla**, s.304; **Eren**, s.1423: “...aynı kural mahkeme dışında yapılan konkordato sözleşmesinde de uygulanır...”.

<sup>46</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.820; **Hatemi/Gökyayla**, s.304; **Eren**, s.1423; Yargıtay HGK., 28.06.2000, E. 2000/13-1067, K.2000/1085; **Gümüş**, s.77.

<sup>47</sup> Yargıtay17. HD.14.04.2011, E. 2010/3778, K.2011/3493; Yargıtay 1.HD.,05.05.2014, E.2014/3426, K.2014/9820; **Sümer, Haluk Hadi**, *İş Hukuku Uygulamaları*, 2016, 6. Bası, Konya, s.326-329; 6098 sayılı TBK m. 420. hükmünde, özellikle İş Hukuku alanındaki işçi ibranameleri açısından, Yargıtay’ın aynı yöndeki kararları ve görüşü yerini almış ve hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevî diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmünde kabul edilmiştir. Maddeye göre kanun öncesi dönemden farklı olarak ödemelerin her hâlükârda banka aracılığıyla yapılması şartı da getirilmiştir. Aksi halde düzenlenen ibraname makbuz hükmünde dahi kabul edilmeyecektir.

<sup>48</sup> **Oğuzman/Öz**, s.557; **Eren**, s.1423; **Gümüş**, s.81.

<sup>49</sup> **Gümüş**, s.149: “...Haksız fiilden doğan tazminat alacaklarında ibra eden tarafta zarar gören veya ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlar; ibra edilen tarafta da haksız fiil sorumlusu (zarar veren) bulunur...”.

<sup>50</sup> **Kılıçoğlu**, s.812; **Gümüş**, s.155; Yargıtay 15. HD. 25.09.2007, E. 2006/4773, K.2007/5650; Yargıtay 10. HD. 29.06.2010, E. 2009/3825, K.2010/9599.

<sup>51</sup> **Eren**, s.1424; **Gümüş**, s.152.

<sup>52</sup> **Eren**, s.1424; **Kılıçoğlu**, s.812; örneğin iflas etmiş kişilerin ve TMSF tarafından el konulan bankaların tasarruf ehliyeti bulunmadığından bunların ibra sözleşmesi yapması söz konusu değildir.

sözleşme ise alacaklının fiil ehliyetine sahip olması gerekir ancak borçlunun ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Çünkü borçlu bir borç altına girmemekte, bir borçtan karşılıksız olarak kurtulmaktadır<sup>53</sup>.

Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar, kanuni temsilcilerin rızası olmaksızın bizzat kendi fiilleri ile borç altına giremezler<sup>54</sup>. Kanuni temsilciler (ibra sözleşmesi anlamında da) sınırlı ehliyetsizler adına kanunen yasaklanan işlemleri yapamazlar (yasak işlemler). Sınırlı ehliyetsiz bir alacaklının sahip olduğu önemli tutardaki alacak hakkı için, yasal temsilcisi tarafından bizzat yapılacak ibra sözleşmesi ivazsız ise, ivazsız ibra sözleşmesi TMK.m.449 kapsamında “önemli bağışlama” olarak kabul edilir ve yasak işlem teşkil eder, bu nedenle geçersizdir<sup>55</sup>. Önemsiz miktardaki alacaklar için ise, yasal temsilcinin yapacağı ivazsız ibra geçerlidir. Sınırlı ehliyetsiz bir alacaklının bizzat yaptığı ivazlı ibra sözleşmesi ise yasal temsilcinin sonradan vereceği icazeti ile baştan itibaren geçerli hale gelir<sup>56</sup>. Veli veya vasinin izni ile çalışan sınırlı ehliyetsizin çalışması için verilen izin, ibra sözleşmesi yapılmasını kapsamaz ve izinsiz yapılan ibra geçersizdir<sup>57</sup>.

İbra sözleşmesi temsil ve vekâlet yoluyla da yapılabilir. Temsilci yalnızca taraf adına ve taraf hesabına ibra sözleşmesini yapabilir<sup>58</sup>. Temsil yetkisi olmadan yapılan ibra sözleşmesi ancak hukuki işleme onay veya icazet verilmesi ile geçerli olur<sup>59</sup>. İbra sözleşmesinin vekâlet yoluyla yapılabilmesi için öğretide ağırlıklı benimsenen ve Yargıtay tarafından da kabul gören görüşe göre vekilin vekâletnamesinde özel yetkisinin bulunması gerekmektedir<sup>60</sup>. Davaya vekâlet halinde ise dava süresince yapılacak ibra sözleşmesinin geçerli olabilmesi için vekâletnamede ibraya ilişkin özel yetkinin bulunması gerekliliği HMK.m.74’te açıkça hükme bağlanmıştır. Alacaklıya yasal danışman atanması halinde, yasal danışman oy danışmanı niteliğinde ise ivazsız ibra sözleşmesi yapılırken yasal danışmanın oyu alınarak ibra sözleşmesi yapılabilir<sup>61</sup>. Yasal danışmanın yönetim danışmanı niteliğinde ise malvarlığının özünü etkileyecek nitelikte yüklü miktardaki alacak hakkına ilişkin ibra sözleşmesi yapılırken yönetim danışmanının katılımı şarttır<sup>62</sup>. Birden fazla kişinin ibra sözleşmesine konu olan alacak üzerinde müşterek hakkının mevcut olduğu durumda hepsinin birlikte ibrası gerekir<sup>63</sup>. Alacak üzerinde üçüncü kişiler yararına fer’i bir hak (intifa veya rehin hakkı gibi) bulunuyorsa, ibra için bu hak sahiplerinin rızasının ya da icazetinin alınması gerekir<sup>64</sup>.

<sup>53</sup> Eren, 1424.

<sup>54</sup> Akipek, Jale /Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 2019, C. 1, 15.Bası, İstanbul, s.281 vd.; Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Aile Hukuku*, 1992, Ankara, s.197-198; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/ Özdemir Oktay, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 2018, 7. Bası, İstanbul, s.93 vd.

<sup>55</sup> Gümüş, s.152.

<sup>56</sup> Gümüş, s.152.

<sup>57</sup> Yargıtay 9. HD. 06.08.1964, E.1964/5288, K.1964/5147; Gümüş, s.152.

<sup>58</sup> Tunçomağ, s. 1178.

<sup>59</sup> Tunçomağ, s. 1178.

<sup>60</sup> Yargıtay 13. HD. 20.11.2013, E.2013/12645, K.12013/18579 (Gümüş, s.168).

<sup>61</sup> Gümüş, s.152.

<sup>62</sup> Gümüş, s.152.

<sup>63</sup> Gümüş, s.260.

<sup>64</sup> Gümüş, s.160.



## E. İbra Sözleşmesinin Hükümleri

İbra sözleşmesi, kanunda borcu sona erdiren nedenlerden biri olarak düzenlenmiştir (TBK.m.132). İbra sözleşmesi, alacak ve borcu doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kaldırır<sup>65</sup>. İbra ile borcun tamamı veya bir kısmı ortadan kaldırılabilir; tam ibra sözleşmelerinde borcun tamamı, kısmî ibra sözleşmelerinde ise ibra edilen kısım sona erer. Kısmî nitelikteki ibrada, geriye kalan bakiye alacak, ibra, ifa ya da diğer borcu sona erdiren sebeplerden biri ile de sona erdirilebilir<sup>66</sup>. Sözleşmeden aksi anlaşılmadığı sürece ibra borcun tamamı için yapılmış sayılır<sup>67</sup>.

İbra, münferit yani dar anlamdaki bir borcu kesin olarak ortadan kaldırmaktadır. Geniş anlamdaki borcu yani taraflar arasındaki borç ilişkisini ortadan kaldırmaz; zira geniş anlamdaki borcu (borç ilişkisini) ortadan kaldıran sözleşme ikale sözleşmesidir. İbra kural olarak, ani edimli sözleşmelerden doğan borçlar için geçmişe etkilidir. Sürekli borç ilişkilerinden doğan borçlar için ise ileriye etkili olarak sonuç doğurur<sup>68</sup>.

Alacak hakkından doğan haklardan bir kısmı da fer'i haklardır, fer'i haklar doğumu ve sona ermesi bakımından alacağa bağlı olan, asıl alacağı genişletmek ya da teminat altına almak suretiyle bu hakkın amacına hizmet eden haklardır<sup>69</sup>. Asıl borcun ibra, ifa ya da diğer bir sebeple ortadan kalkmasıyla birlikte alacağa bağlı fer'i haklar olan faiz isteme hakkı, gecikme tazminatı, cezaî şart gibi alacak hakkının muhtevasını genişleten haklar ile kefalet, rehin ve hapis hakkı gibi alacak hakkını teminat altına alan haklar da sona erer<sup>70</sup>. Ancak alacaklı işlemiş faiz veya gerçekleşmiş cezai şart alacağını saklı tutmuşsa ibraya rağmen bunlar varlıklarını sürdürür<sup>71</sup>.

İbra sözleşmesi alacak hakkı niteliği taşıdığı ölçüde fer'i haklar hakkında da bağımsız olarak yapılabilir. Böyle bir durumda asıl borç ibradan etkilenmez ve varlığını sürdürür<sup>72</sup>. Örneğin, kefalette kefilin ibra edilmesi veya sadece faiz borcunun ibra edilmesi asıl borcu sona erdirmez<sup>73</sup>.

İbra sözleşmesinin birlikte borçlular bakımından da birtakım sonuçları olacaktır. Bir borç ilişkisinde alacaklının karşısında birden fazla borçlu bulunuyorsa ve alacaklı borcun tümünün ifasını dilediği borçludan isteyebiliyorsa müteselsil borçluluk söz konusudur<sup>74</sup>. Borçluların her biri bor-

<sup>65</sup> Eren, s.1424; Oğuzman/Öz, s.559; Gümüş, s.251; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.820; Tunçomağ, s.1178; Akıntürk, s.174.

<sup>66</sup> Gümüş, s.251.

<sup>67</sup> Oğuzman/Öz, s.559; Gümüş, s.252: "...Ancak ibra sözleşmesi ile borcun ne miktarda ibra edildiği bir yorum sorunudur. Aksi anlaşılmadıkça ibra borcun tamamı için yapılmış sayılır. Aynı şekilde ibra sözleşmesinin yorumu, sona erme sonucunun eş zamanlı olarak karşı edimi kapsayıp kapsamadığını ortaya koyar...".

<sup>68</sup> Gümüş, s.253.

<sup>69</sup> Akıncı, s.39; Eren, s.29-30; Kılıçoğlu, s.12.

<sup>70</sup> Akıncı, s.39; Kılıçoğlu, s.814; Oğuzman/Öz, s.559; Gümüş, s.254.

<sup>71</sup> TBK.m.131: "Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı haklar da sona ermiş olur. İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir. Taşınmaz rehnine, kıymetli evraka ve konkordatoya ilişkin özel hükümler saklıdır."; Eren, s.1424; Gümüş, 254-255.

<sup>72</sup> Kılıçoğlu, s.814; Gümüş, s.254.; Eren, s.1424.

<sup>73</sup> Kılıçoğlu, s.814; Gümüş, s.255.

<sup>74</sup> Akıncı, s.263; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s.302.



cun tamamından sorumludur ve bu sorumluluk borcun tamamı ortadan kalkıncaya kadar devam eder. Müteselsil borçluluk iradi olarak yapılacak sözleşmelerden veya bazen kanundan doğar. Müteselsil borçlulardan her biri kural olarak borçtan eşit paylarla sorumludur. Borçlulardan birinin alacaklıya yaptığı ödeme kendi payına düşen miktardan fazla ise payları oranında diğer borçlulara rücu etme hakkı vardır. Kanun bu durumda payına düşenden fazlasını ödeyen borçluya ifa ettiği miktar oranında alacaklının haklarına halef olma imkânı tanımıştır<sup>75</sup>. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda ibra sözleşmesi düzenlenmediğinden, müteselsil borçluların birinin ibra edilmesinin diğer borçluları nasıl etkileyeceği doktrinde tartışmalıydı<sup>76</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ise “Alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır” hükmü (TBK.m.166/III) ile tartışmalara son vererek, alacaklının borçlulardan birini ibra etmesi halinde diğer borçluların da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtulacağını ifade etmiştir. Böylece alacaklı ibra edilen borçlunun payı kadar alacağından vazgeçecek ve diğer borçluların rücu hakkını kullanmalarının önüne geçilerek ibra edilen borçlu borçtan kurtulacaktır. Bir borç ilişkisinde birden çok alacaklı bulunuyor ve alacaklılardan her birinin borçluda alacak hakkının tamamını istemeye yetkili olduğu hallerde ise, müteselsil alacaklılıktan söz edilir (TBK.m.169/I). Müteselsil alacaklılıkta alacaklılardan birinin alacağının ibrasının diğer alacaklıların alacağını nasıl etkileyeceği de tartışma konusu oluşturmaktadır<sup>77</sup>. Bu konuda bizimde katıldığımız hâkim görüş, ibranın sadece ibra edilen alacaklı için etkide bulunacağı, alacağın sadece bu ilişkiye katılan alacaklıya karşı sona ermiş olduğudur<sup>78</sup>.

## II. TÜRK İŞ HUKUKUNDA İBRA SÖZLEŞMESİ

### A. Genel Olarak

İbra borcu sona erdiren özel bir sebeptir; ibra sözleşmesi ile alacaklı alacak hakkından vazgeçer ve borçlu borcundan kurtulur. İbra sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki 132. ve 420. madde hükümleriyle düzenlenmiştir. Genel ibra sözleşmesini düzenleyen m.132'den farklı hükümler getiren ve özel bir düzenleme olan m.420, işçiyi korumak amacıyla işçinin işverenden alacağına yönelik olan ibra sözleşmelerini hükme bağlamıştır.

Türk iş hukukunda ibra ve ibra sözleşmesi İş Kanunu'nda düzenlenmemiştir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenleme öncesinde ibra sözleşmesinin yasal dayanağına ilişkin normatif bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte ibra sözleşmesi uygulamada sıkça kullanıldığından, doktrin ve yargı kararlarında sözleşme serbestisi çerçevesinde değerlendirilmiş ve Yargıtay'ın konuya ilişkin kararları ile ibraya ilişkin yasal boşluk doldurulmuştur.

Yargıtay'ın Borçlar Kanunu'nda ibraya ilişkin düzenlemeye yer verilince kadar ibra konusunda ilke kararına göre, “İbra sözleşmesi, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde düzenlendiği halde Türk Borçlar Kanunu'nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte*

<sup>75</sup> Akıncı, s.265.

<sup>76</sup> Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: Gümüş, s.261 vd.

<sup>77</sup> Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz: Gümüş, s.277 vd.

<sup>78</sup> Eren, s.1366; Gümüş, s.279.

*ibraname, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul edilmelidir. Bu noktada ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığını, borcun sona erme şekillerinden biri olduğu belirtilmelidir. İş Hukukunda ibra sözleşmesi ibraname adıyla yaygın bir uygulama alanı bulmaktadır. İbra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerekliliğinin ötesinde, İş Hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiği açıktır. İşçi, emeği karşılığında aldığı ücret ve diğer parasal hakları ile kendisinin ve ailesinin geçimini temin etmektedir. Bu açıdan bakıldığında bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmesi hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. İş Hukukunda ibra sözleşmeleri dar yorumlanmak ve borcun asıl sona erme nedeni ifa olarak ele alınmalıdır. Borcun sona erme şekillerinden biri olan ibra sözleşmelerine İş Hukuku açısından sınırlı biçimde yer verilmelidir.*"<sup>79</sup>. Yargıtay, işçiyi korumak amacıyla iş hukukundaki ibrayı farklı değerlendirmiştir. Dolayısıyla bir kararında da iş hukukunda borcun esas sona erme nedeninin ifa olması gerektiği belirtilmiş ve ibranın bu alacaklar üzerinde sınırlı bir etkiye sahip olması gerektiğine karar verilmiştir.<sup>80</sup>

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinde borcu sona erdiren nedenlerden biri olarak genel hüküm niteliğindeki ibra sözleşmesi ve 420. maddesinde ise özel hüküm niteliğindeki iş hukukunda işçi alacaklarına yönelik yapılacak ibra sözleşmesinin koşulları hükme bağlanmıştır<sup>81</sup>. Nitekim TBK.m.132 hükmü esas alındığında ibra, borcu sona erdiren sebeplerden biri olup, bir edimi yerine getirme yükümlülüğünü hukuken ortadan kaldıran, borçluyu borçtan kurtaran, alacaklının da alacak hakkını sona erdiren bir işlem olarak kabul edilmelidir<sup>82</sup>. Daha önce de belirtildiği üzere, alacaklının tek taraflı olarak alacağından vazgeçmesi ibra değildir; özellikle ibranın bir sözleşme şeklinde yapılması gerekir.

İş hukuku açısından ise ibra belgesi, ibraname, ibra kâğıdı, ibra yazısı, ibra senedi gibi farklı isimlerle ifade edilen ibra, işçinin iş ilişkisinden ve iş sözleşmesinden doğan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarını tamamen aldığını belirten ve bu alacaklar bakımından işverenden herhangi bir alacağının

<sup>79</sup> Y9HD., 03.02.2011, E. 2009/460, K. 2011/2280; Y 9HD., 25.01.2010, E. 2009/21164, K. 2010/1029; Y9HD., 26.12.2009, E. 2008/12224, K. 2009/37011. Yargıtay'ın İlke Kararları Hakkında bkz. Çil, Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 2. B., Ankara 2010, s. 814,815.

<sup>80</sup> Y9HD. 29.01.2010, E.2008/16324, K. 2010/1547. Yargıtay'ın ibra sözleşmeleri hakkında kanuni bir düzenlemenin bulunmadığı bu dönemde işçiyi koruma düşüncesi ile mağduriyetleri engellemek amacıyla birtakım sınırlamaların öngörülmesi, öğretiden tarafından da genel olarak kabul görmüştür. Yargıtay İsviçre Borçlar Kanunu'na atıfta bulunarak ibranameyi, bir borcun tam ya da kısmen ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel sukut nedeni olarak kabul etmiş ve ibra sözleşmesinin ödeme yönünde bir anlaşma olmadığını, borcun sona erme şekillerinden biri olduğunu belirtmiştir. Y9HD., 4.6.2009, E.2008/1028, K.2009/15595; Y9.HD., 12.11.2009, E. 2008/12007, K.2009/31389; Y9HD., 27.9.2010, E.2008/35445, K.2010/26047.

<sup>81</sup> Zevkliler, Aydın/Ertas, Şeref/Havutçu, Ayşe/Gürpınar, Damla, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 2012, Ankara, s. 565; Çil, Şahin, *İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)*, 2006, İstanbul, s. 9; Ertekin, Özkan, *İş Hukukunda İbra*, 2007, Ankara, s. 48.

<sup>82</sup> Madde gerekçesine göre, "...İbranın, öğretiden ve uygulamada borcu sona erdiren sebeplerden biri olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Sistematiğe bir eksikliği gidermek amacıyla, ibranın yeni bir madde olarak Tasarıya alınması uygun görülmüştür.". Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü, *Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa*, 2011, Ankara, s. 223.

kalmadığını gösteren yazılı bir belgedir. Dolayısıyla, bir vazgeçmeden ziyade işçilik haklarının ödendiğini gösteren bir ispat aracıdır<sup>83</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda ibra, Yargıtay'ın ibraya ilişkin ilkesi ve belirlediği esaslara uygun olmakla birlikte, bu düzenlemeler ile ibra hakkında çok sıkı geçerlilik koşulları öngörülmüştür<sup>84</sup>. Nitekim genel hükümlere göre ibra ile, iş hukukundaki ibra sözleşmesinin ortak bir noktası kalmamıştır.

## B. İşçi-İşveren İlişkisinde İbra Sözleşmesinin Önemi

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.132'de genel olarak borcu sona erdiren bir neden olarak ibra düzenlenmiş, m.420'de de işçinin işverenden olan alacaklarına ilişkin olarak ibra sözleşmesi bir takım zor geçerlilik koşulları esas alınmak suretiyle hükme bağlanmıştır. İş kanunlarına göre, genel kanun niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu'ndaki ibraya ilişkin hüküm, genel kanun- özel kanun ilişkisi gereğince, bu konuda hükme yer verilmeyen İş kanunları açısından uygulama alanı bulur. Bu durumda, 4857 sayılı İş Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ile Türk Borçlar Kanunu kapsamında olup iş sözleşmesi ile çalışanlar hakkında, TBK.m.420 hükmü uygulanacaktır.

İş hukukunda ibra sözleşmesi, yaygın olarak uygulandığından, ibra sözleşmesinin tanımı, şekli, geçerlilik koşulları ve hükümlerinin özellikle İş kanunlarında işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde normatif olarak hükme bağlanması gerektiği öğretilmektedir<sup>85</sup>. Nitekim iş ilişkisi devam ederken ve iş sözleşmesi sona erdikten sonra işçilik alacakları, işçi ve ailesi için büyük öneme sahiptir; işçinin tam ifa olmadığı halde işvereni ibra etmesi ve borcu sona erdirmesi hayatın olağan akışına aykırıdır. İşçilik alacaklarının önemi nedeniyle, iş hukukunda ibra dar olarak yorumlanmalı ve dolayısıyla borcun ifa ile sona ermesi dışında ibra borcu sona erdiren bir neden olarak kabul edilmemelidir.

İşçilik alacaklarında ibra sözleşmesi, özellikle iş sözleşmesinin sona ermesiyle birlikte ya da sonrasında yapılmaktadır. Genelde işverenler ibraya ilişkin bir belgeyi işçiye imzalatmak suretiyle, kısmi bir ödeme ile borcundan kurtulmayı, dolayısıyla işçinin gerçek miktarda alacağını almasını veya bu konuda aleyhine açılacak davaları engellemeyi amaçlamaktadırlar. Böyle bir durum işçi açısından iradenin sakatlanması suretiyle ibra sözleşmesinin imzalanması sonucuna yol açmaktadır. İşçilik alacakları açısından, zayıf konumda olan işçinin korunabilmesi için ibranın, genel nitelikteki

<sup>83</sup> **Topçu**, Umut, *Yargıtay Kararları ve Birlikli Raporları Işığında İşçi Alacak Davaları*, 2011, Ankara, s. 161.

<sup>84</sup> **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 2019, 32.B., İstanbul, s.647; **Süzek**, Sarper, *İş Hukuku*, 2019, 18.B., İstanbul, 766, 767.

<sup>85</sup> **Şen**, Murat, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Aralık 2011, *Sicil İHD.*, s.74 vd.; **Keser**, Hakan, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları", 2014, *Sicil İHD.*, S.32, , s.132 vd.; **Süzek**, 767; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 647; **Şengül**, Mehmet, "İbramenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları", *LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006, C.3, S.10, s. 592.

ibraya göre farklı bir şekilde ve sıkı geçerlilik koşullarına bağlanmak suretiyle uygulanabilmesi büyük öneme sahiptir<sup>86</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan düzenleme ile işçilik alacakları açısından ibra sözleşmesinin geçerlilik koşulları hükme bağlanmış, salt bir ifaya dönüşmüş olmakla birlikte, mevzuattaki boşluk doldurulmuş, uygulama açısından büyük bir eksiklik giderilmiştir.

İş hukuku açısından ibra sözleşmeleri özel bir hüküm olarak TBK.m.420'de düzenlenmiştir. Maddeye göre;

*“İşçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması, ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması, ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, ödemenin hak tutarına nazaran noksanız ve banka aracılığı ile yapılması şarttır. Bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibranameler kesin olarak hükümsüzdür.*

*Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu halde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.*

*İkinci ve üçüncü fıkra hükümleri, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarına da uygulanır.”<sup>87</sup>*

Türk Borçlar Kanunu hükümleri kanunun yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihinden sonra düzenlenen ibra sözleşmelerinde uygulanacak, bu tarihten önce düzenlenen ibra sözleşmeleri hakkında ise hukuk güvenliği ilkesinin bir sonucu olarak eski Yargıtay içtihatlarına göre değerlendirme yapılacaktır.

### C. İbra Sözleşmesinin Kapsamı

İş hukukunda ibra sözleşmesinin tarafları işçi ve işverendir. İşveren gerçek kişi, tüzel kişi, tüzel kişiliği olmayan kurum veya kuruluş olabilir. Asıl işveren-alt işveren ilişkisinde alt işveren, geçici iş ilişkisinde, geçici işveren, ibra sözleşmesinin tarafı olabilir. Taraflardan birinin usulüne uygun olarak düzenlenmiş ve ibra sözleşmesi yapmaya ilişkin özel yetki verilmiş bir vekâletnameyle yetkilendirdiği vekil de sözleşmenin tarafı olabilir. İşçinin kanuni mirasçıları, ölüm halinde işveren ile yapılacak ibra sözleşmesinin tarafı olabilir.

Toplu iş sözleşmesi tarafı olan işçi ya da işveren sendikalarının üyeleri adına ibra sözleşmesi yapabilmeleri için bu yönde yetkilendirilmiş olmaları veya yapılan ibra sözleşmesine sonradan icazet verilmiş olması gerekir. Ayrıca, toplu iş sözleşmesi ile doğan bir alacağın, işçinin üyesi olduğu sendika tarafından ibra sözleşmesine konu edilmesi mümkün değildir. Henüz doğmamış hakların

<sup>86</sup> Yargıtay da verdiği bir kararda bu görüşe katılarak ibra sözleşmesinin tanımı, şekli ve hükümlerinin Borçlar Kanunu'nda düzenlenmesi gerektiğini ve hatta iş hukukunun işçiyi koruyucu özelliği sebebiyle İş Kanunlarında normatif hüküm olarak ele alınması gerektiğini ifade etmiştir. Y9HD., 29.1.2010, E.2008/16324, K.2010/1547.

<sup>87</sup> RG., 04.02.2011, 27836.

toplu iş sözleşmesinde yapılabilecek değişikliklere konu edilmesi ise ibra sözleşmesi olarak değerlendirilemez.

İş hukuku açısından ibra sözleşmesi sadece işçinin alacaklı taraf olması ve işçilik alacaklarının ibra sözleşmesinin konusu olması halinde mümkün olabilmektedir. İşverenin işçiden alacaklı olması halinde yapılacak ibra sözleşmesi hakkında, TBK.m.420 hükmü uygulanmaz; genel hükümlere göre ibra geçerlilik kazanır<sup>88</sup>.

İbra sözleşmesi kapsamında yer alabilecek haklar öncelikle geçerli olarak kurulmuş, mevcut, varlığı tartışmasız, belirli veya belirlenebilir nitelikte olmalıdır. İş Hukuku açısından ibra sözleşmesine konu edilebilecek haklar genelde iş sözleşmesinden ya da iş kazalarından doğan alacak haklarıdır. TBK.m.420 hükmüne göre, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, iş sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacakları da aynı maddeye göre düzenlenecek ibra sözleşmesinin konusu olabilir.

İşçi ve işveren arasında herhangi bir özel bir borç ilişkisinden kaynaklanan alacaklar ile işverenin işçiden alacaklı olduğu haklar açısından, TBK.m.132 hükmü çerçevesinde genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.

İşçi-işveren ilişkilerinde ibra sözleşmesi kapsamına giren işçilik alacakları, ücret alacağı, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti, ikramiye ve prim gibi ücret alacakları, iş sözleşmesinin feshinden doğan kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, yıllık izin alacağı gibi feshe bağlı alacak hakları ile toplu iş sözleşmesinden doğmuş ve kazanılmış haklardır.

Uygulamada yaralanma veya ölümle sonuçlanan bir iş kazası meydana geldikten sonra işçinin veya hak sahibi yakınlarının tazminat davası açmasını önlemek amacıyla işverenlerin bir miktar ödeme karşılığında ibraname alma yoluna gittikleri çok sık karşılaşılan bir durumdur. Ancak iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan maddi ve manevi zararlar doğduğunda diğer işçilik alacaklarından farklı olarak kusur durumu ve gerçek zarar miktarı tam olarak bilinmemekte, uzmanlık gerektiren özel bir hesap gerektirmektedir<sup>89</sup>. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.420 hükmü, iş kazası ve meslek hastalıklarından doğan tazminat alacakları açısından da uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığından doğan her iki tazminat yönünden de işveren dışındaki sorumluların ibrasında TBK.420. maddesi uygulanmayacaktır.

Sosyal güvenlik hakkı, Anayasa'nın 12. ve 60.maddeleri gereği işçiye tanınmış, kişiye sıkı sıkıya bağlı, dokunulmaz ve feragat edilemez anayasal bir haktır. Kısa ve uzun vadeli sigorta kapsamındaki kişilerin sigortalı ve genel sağlık sigortası olması, genel sağlık sigortası kapsamındaki kişilerin ise genel sağlık sigortalısı olması zorunludur. Kanunda yer alan sigorta hak ve yükümlü-

<sup>88</sup> Aynı yönde Y9HD., 23.1.2012, E.2009/43343, K.2012/1280.

<sup>89</sup> 6098 sayılı kanun öncesindeki dönemdeki Yargıtay kararlarında, iş kazası ve meslek hastalığından doğan maddi ve manevi tazminatlarda miktar içermeyen ibranamenin hukuki bir değerinin olmadığı, gerçek anlamda bir ibranameden söz edebilmek için işçiye yapılan ödemenin miktar olarak gösterilmesinin şart olduğuna karar verilmiştir. Y21HD., 18.4.2005, E.2005/1585, K.2005/3896. Yargıtay başka bir kararında "geçirdiğim iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminatımı işverenenden aldım, başkaca alacağım kalmadığından işverenimi ibra ederim." şeklinde düzenlenmiş miktar içermeyen, soyut ve genel ifadeli ibranamenin geçerli olmadığına hükmetmiştir. Y21HD., 01.05.2008, E.2007/23087, K.2007/7090.



lüklerini ortadan kaldırmak, azaltmak, vazgeçmek veya başkasına devretmek için sözleşmeler konu olan hükümler geçersizdir. Sosyal güvenlik hakkı hukukumuzda göre sadece bir hak değil aynı zamanda bir yükümlülüktür. Sosyal güvenlik hakkından feragat edilemeyeceği de açıkça kanunda düzenlenmiştir. Bu nedenle de sosyal güvenlik hakkı ibra sözleşmesinin konusu olamaz<sup>90</sup>.

#### D. İş Hukukunda İbra Sözleşmesinin Geçerlilik Koşulları

##### 1. Yazılı Şekil ve İçerik

Türk Borçlar Kanunu m.132'ye göre ibra sözleşmesi herhangi bir şekle bağlı değildir. İş hukuku anlamında yapılacak ibra sözleşmelerinde işçi alacaklarının ibrası söz konusu ise BK.m.420/2 hükmü gereğince ibra sözleşmesinin yazılı yapılması gerekmektedir. Hükümde, “*İşçinin işvereniden alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması ...*” ifadesine yer verilmiştir. İşçinin işvereniden olan alacağına ilişkin ibra sözleşmesinin yazılı olması geçerlilik koşulu olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, işverenin işçiden olan alacağı konusunu içeren ibra sözleşmesi açısından yazılılık zorunlu değildir<sup>91</sup>.

Aynı maddeye göre, destekten yoksun kalanlar ile işçinin diğer yakınlarının isteyebilecekleri dâhil, hizmet sözleşmesinden doğan bütün tazminat alacaklarının ibrasında da bu hüküm uygulanacak ve yazılı şekil koşulu aranacaktır. Maddeye göre yazılı şekil bir geçerlilik koşulu olup, bu koşula uyulmaması halinde ibra sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır.

İbra sözleşmesinde ibra veren işçinin imzasının yer alması zorunludur. Yargıtay, imza ya da parmak izi içermeyen ibranın geçersiz olacağını ve usulen onanmış parmak izi içermeyen ibranamenin tanıkla ispat edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>92 93</sup>.

<sup>90</sup> Yargıtay'ın görüşü de sosyal güvenlik hakkının kamu düzenine ilişkin olduğu yönündedir ve sigortalı işçinin sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde işvereniden herhangi bir hak talep etmeyeceğine ve işvereni ibra ettiğine dair bir feragatname düzenlemesine izin verilmemiştir. Yargıtay 10. HD. 1.2.1985 gün ve E.1985/223, K.1985/418.

<sup>91</sup> **Süzek**, s.767; **Çil**, Şahin, “İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, Eylül 2007, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S.7, , s. 26.

<sup>92</sup> Y9HD., 15.2.1973, E.1973/14413, K.1973/2233. Başka bir kararda ibranamenin hakkı ortadan kaldıran bir belge niteliğinde olduğu buna göre iş hukuku uygulamasında yorum yapılırken özen gösterilmesi gerektiği, ibraya konu tazminat ya da alacağın kuşkuya yer vermeyecek şekilde metin içinde yazılmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Y9HD., 26.2.2001, E.2000/19872, K.2001/3451. Yargıtay başka bir kararında ibra sözleşmesinin şekle tabi olmadığını ve noterde düzenlenen ibranamenin aksi sabit oluncaya kadar geçerli olduğunu ve aksinin eşdeğer bir belge ile ispat edilebileceğini kabul etmiştir. Y9HD., 12.3.2012, E.2009/46682, K.2012/8104.

<sup>93</sup> Yargıtay matbu olarak düzenlenen, boşlukların daha sonra doldurulabileceği sözleşmelere şüpheyle yaklaşmıştır. Zira uygulamada işçilere işe girerken matbu ibranameler imzalatıldığı ve sözleşmenin feshinden sonra boşlukların doldurulması suretiyle işçi aleyhine olan bu ibranamelerin işverenler tarafından kullanıldığına rastlanılmaktadır. Oysa böyle bir ibraname öncelikle iş sözleşmesinin devamı sırasında alındığı için geçersizdir. Yargıtay da bu nedenlerle işçiden önceden alınan, boşluklarının sonradan işverence doldurulduğu matbu ibranameleri geçerli kabul etmemiştir. Y9HD., 26.3.2007, E. 2007/273, K.2007/8421. Yargıtay'a göre, matbu ibranamenin çelişki içermesi ve boşlukların değişik yazılarla doldurulması halinde ibraname geçersizdir.<sup>93</sup> Başka bir kararda ise Yargıtay, matbu olarak hazırlanıp tarih kısmının elle doldurulduğu ibra sözleşmesini salt şekil yönünden geçersiz sayan yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay 9. HD. 28.1.1993 gün ve E.1993/6412, K.1993/999; Y9HD., 08.11.2004, E.2004/8622, K.2004/25098. İbramenin işçinin el yazısıyla yazılmasına Yargıtay tarafından vurgu yapılmış ve bu durumun ibranın geçerliliği noktasında belirleyici olacağına karar vermiştir. Y22HD., 25.04.2013, E.2012/22600, K.2013/5899.



İşçi alacaklarına ilişkin ibranamelerin adi yazılı şekilde yapılması yeterlidir; noterde düzenlenmesi zorunlu değildir. Noterde düzenlenen ibra sözleşmesinin ise işçinin iradesinin fesada uğratıldığı iddiaları ile ibra sözleşmesinin düzenlendiği zamana ilişkin ihtilafları ortadan kaldırabilmesi açısından önemli olduğunu belirtmek gerekir.

İşçinin korunması amacıyla yazılı ibra sözleşmesinde hangi işçilik alacaklarının ibra edildiğinin tek tek belirtilmesi ve her biri açısından miktarın açıkça gösterilmesi, BK.m.420/2’de açıkça ifade edilmiştir. Hükme göre, “*ibra konusu alacağın türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi*” gerekir. Aksi takdirde ibraname geçersiz sayılacaktır<sup>94</sup>.

## 2. Düzenlenme Zamanı

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girmeden önce ibra sözleşmelerine ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmadığından, ibra sözleşmesinin yapılacağı zamana ilişkin bir kısıtlama söz konusu değildi. Ancak Yargıtay kararlarında dolaylı bir sınırlama yer verilmekteydi<sup>95</sup>.

Türk Borçlar Kanunu m.420 hükmüne göre, “*ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık sürenin geçmiş bulunması*” gerekir. Özellikle işverenlerin iş ilişkisi devam ederken ve sona ermesinden itibaren 1 ay geçmeden işçiye baskı uygulamak suretiyle ibraname almasını engellemek açısından büyük öneme sahiptir<sup>96</sup>. Maddeye göre zaman unsurunu sağlamayan ibra sözleşmesi kesin hükümsüz olacaktır. Geçerlilik koşulu olarak bunun düzenlenmesi ile birlikte, ile ibra sözleşmelerindeki tarih ibaresi önemli hale gelmiştir<sup>97</sup>.

Geçerli bir ibra sözleşmesi yapılması için öngörülen bir aylık bekleme süresi sözleşmenin sona ermesinden itibaren başlayacaktır. Bildirimli fesihle, bildirim öneline ilaveten kanunun öngördüğü bir aylık sürenin geçmesi üzerine ibra sözleşmesi düzenlenebilir. İşverenin, bildirim öneline ilişkin peşin ödeme yapması halinde, fesih tarihinden itibaren 1 ay sonra ibra sözleşmesi düzenlenebilir. Bildirimsiz fesihle ise, fesih beyanının karşı tarafa ulaşması ile birlikte sözleşme sona erer ve

<sup>94</sup> Y9HD., 25.09.2003, 2690/15379. **Özdemir**, Erdem, “İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, Mart 2007, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S. 5, s. 39; **Güneş Başak/Mutlay**, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, 2011/3, *ÇALIŞMA ve TOPLUM Dergisi*, s. 263.

<sup>95</sup> Yargıtay’ın 6098 sayılı Kanun öncesinde verdiği ilke kararlarına göre iş ilişkisinin devamı sırasında yapılacak ibranameler geçersizdir, yapılan ödemeler ise avans niteliğinde olup daha sonra hak kazanılabilecek tutarlardan mahsubu gerekir. Y9HD., 03.10.2000, E.2000/9310, K.2000/12893. Yargıtay iş sözleşmesinin feshedilmediği bir dönemde işçinin kıdem tazminatı hakkı doğmadığından kıdem tazminatı adı altında yapılan ödemelerin avans niteliğinde olduğunu ve bu nedenle ibranamenin borcu tümüyle sona erdirmediğini ifade etmiştir. Y9HD., 21.6.1983, E.1983/3591, K.1983/5670. İbranamenin tarihinin 15.2.1980 olmasına rağmen 28.2.1980 tarihine kadar tüm hakların ibra edildiğini içeren ibraname hem ileride doğacak hakların ibrası hem de önceki hizmet dönemindeki hakların ibrası yönünden geçersiz kabul edilmiştir. Y9HD., 15.4.2013, E.2011/6094, K.2013/11913. Fesih tarihi ile aynı gün düzenlenen ibranameler ise Yargıtay tarafından geçerli sayılmıştır. Y9HD., 17.06.2013, E.2011/9186, K.2013/18675.

<sup>96</sup> **Süzek**, s.767; **Ekonomi**, Münir, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Ağustos 2006, S.1, C.1, s. 35.

<sup>97</sup> Yargıtay, bir kararında tarih içermeyen ve içeriğinden de düzenlenme zamanı anlaşılmayan ibranamelere değer verilemeyeceği sonucuna varmıştır. Y7HD. 04.04.2013, E.2013/1167, K.5706.

bu tarihten itibaren 1 aylık süre başlar<sup>98</sup>.

### 3. Ödemenin Noksansız ve Banka Aracılığıyla Yapılması

Türk Borçlar Kanunu m.420 hükmüne göre “*ödemenin hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığı ile yapılması şarttır.*”. Bu koşulu taşımayan ibraname veya ibra sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür. Aynı maddenin 3. fıkrasına göre ise, “*Hakkın gerçek tutarda ödendiğini ihtiva etmeyen ibra sözleşmeleri veya ibra beyanını muhtevi diğer ödeme belgeleri, içerdikleri miktarla sınırlı olarak makbuz hükmündedir. Bu halde dahi, ödemelerin banka aracılığıyla yapılmış olması zorunludur.*”.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 5754 sayılı yasayla değişik 32. maddesinde bazı işyerleri için ücret ve ücret eki niteliğindeki ödemelerin işçilerin banka hesaplarına yatırılması zorunluluğu getirilmiştir. Keza 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe giren Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik’e göre 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi işyerlerinden en az 10 ve daha fazla işçi çalıştıran işverenler aylık ücret ve eki niteliğindeki ödemeleri işçilerin banka hesaplarına yapacaktır. Bu hükümler sadece işçilerin ücret ve eki niteliğindeki alacaklarının banka hesabına yatırılmasını zorunlu kılmış, diğer işçi alacakları yönünden bir kural getirilmemiştir.

### SONUÇ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen ibra, uygulamada özellikle iş hukukunda iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin olarak uygulama alanı bulmaktadır. Konuya ilişkin 2012 öncesinde bir düzenleme olmaması nedeniyle, ibranamelerin geçerliliği konusunda Yargıtay kararları büyük öneme sahiptir. Yargıtay içtihatları ile yön verilen ibra sözleşmeleri, hata, hile, ikrah, gabin gibi iradeyi sakatlayan haller saklı kalmak üzere, açık ve net bir şekilde işçinin herhangi bir baskı altında kalmaması ve çelişkili ifadeler içermemek suretiyle işverenin işçilik alacağını ödediğine şüpheye yer vermeyecek şekilde kanaat getirilmesi halinde işverenin borçtan kurtulmasını sağlamaktaydı. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 420. maddesi ile ibraname bir düzenlemeye kavuşmuş ve geçerlilik koşulları hüküm altına alınmıştır.

Özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun m. 420’de yer alan düzenleme ile ibra belgelerinin geçerliliği işçiyi korumak amacıyla sıkı koşullara bağlanmıştır. İbraname, özellikle yazılı şekil şartı aranmaktadır. İbranın geçerliliği alacaklıya diğer bir ifadeyle işçiye işçilik alacaklarının banka kanalıyla ödenmesi koşuluna bağlıdır. İşçiye yapılacak ödemenin bankaya yatırılmaması halinde ibraname geçersiz kabul edilecektir.

İbra sözleşmesinde tüm ödemelerin eksiksiz hesaplanması ve miktar olarak belirtilmesi gerekir. İbra tarihi ile sözleşmenin sona ermesi arasında 1 aylık sürenin bulunması, ibra konusu alacağın türü ve miktarının belirtilmiş olması, ödemenin noksansız ve banka aracılığı ile yapılması gerekmektedir. Söz konusu koşulların gerçekleşmemiş olması halinde, ibranamenin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

<sup>98</sup> Yargıtay da bir kararında aynı görüşü benimsemiş ve feshi izleyen bir aylık sürede iş güvencesi hükümlerinden yararlanmak isteyen işçinin işverenin olası baskılarını azaltmak amacıyla bu düzenlemenin önemine dikkat çekmiştir. Y9HD., 11.11.2013, E.2012/28146, K.2013/23941.

## KAYNAKÇA

- Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü**, *Borçlar Kanunundan Türk Borçlar Kanununa*, 2011, Ankara.
- Akıncı**, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 2019, 11.Bası, Konya.
- Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*, 2017, 26.Bası, İstanbul.
- Akipek**, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, 2019, C. I, 15.Bası, İstanbul.
- Aktay**, Nizamettin / **Arıcı**, Kadir / **Kaplan-Senyen**, Emine T., *İş Hukuku*, 2006, Ankara.
- Berki**, Şakir, *Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler*, 1962, 3. Bası, Ankara.
- Centel**, Tankut, *İş Sağlığı ve İş Güvenliği Mevzuatı*, 1997, İstanbul.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nursen/**Canbolat**, Talat, *İş Hukuku Dersleri*, 32.B., İstanbul 2019.
- Çil**, Şahin, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları*, 2010, 2. B., Ankara.
- Çil**, Şahin, “İbra Sözleşmesi ile İkale Sözleşmesinin İş Güvencesine Etkileri”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Eylül 2007, S.7(İbra).
- Çil**, Şahin, *İş Hukukunda İbra Sözleşmesi (İbraname)*, 2006, İstanbul.
- Ekonomi**, Münir, “İş Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Tarafların Anlaşması, İbraname ile İş Güvencesi Davasından Feragat ve Sulh”, *LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi*, Ağustos 2006, S.1, C.1.
- Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2019, 24. Bası, Ankara.
- Ertekin**, Özkan, *İş Hukukunda İbra*, 2007, Ankara.
- Gümüş**, Mustafa Alper, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi*, 2015, İstanbul.
- Güneş Başak/Mutlay**, Faruk Barış, “Yeni Borçlar Kanununun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, 2011/3, *Çalışma ve Toplum Dergisi*.
- Hatemi**, Hüseyin / **Gökyayla**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2015, İstanbul.
- İnan**, Ali Naim, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 1984, 3.Bası, Ankara.
- Keser**, Hakan, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Kapsamında İbraname Uygulamaları”, 2014, *Sicil İHD.*, S.32,.
- Keller**, Max/ **Schöbi**, Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht*, 1984, Band Iv, Gemeinsame

Rechtsinstitute Für Schuldverhältnisse Aus Vertrag, Unerlaubter Handlung Und Ungerechtfertigter Bereicherung, Basel Und Frankfurt.

**Kılıçoğlu**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, 2011, Ankara.

**Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem Sözleşme*, 2008, 4.Bası, İstanbul.

**Larenz**, Karl, *Lehrbuch Des Schuldrechts, Bd.I, Allgemeiner Teil*, 1987, 14. A., München.

**Nomer**, Haluk N., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2011, 10. Bası, İstanbul.

**Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/ **Özdemir Oktay**, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 2018, 7. Bası, İstanbul.

**Oğuzman**, M.Kemal / **Öz**, M.Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2018, C.I, 16. Bası, İstanbul.

**Özdemir**, Erdem, “İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Mart 2007, S. 5.

**Reisoğlu**, Safa, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25.Bası, 2014, İstanbul.

**Saymen**, Ferid H./ **Elbir**, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler*, 1958, İstanbul.

**Serozan**, Rona, *Sözleşmeden Dönme*, 1975, İstanbul.

**Sungurbey**, İsmet, *Medeni Hukuk Sorunları*, 1974, Cilt 2, İstanbul.

**Sümer**, Haluk Hadi, *İş Hukuku Uygulamaları*, 2016, 6. Bası, Konya.

**Süzek**, Sarper, *İş Hukuku*, 2013, 9.B., İstanbul.

**Süzek**, Sarper, *İş Güvenliği Hukuku*, 1985, Ankara (İş Güvenliği).

**Şengül**, Mehmet, “İbramenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları”, *LEGAL İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, 2006, C.3, S.10.

**Tekinay**, Selahattin Sulhi /**Akman**, Sermet /**Burcuoğlu**, Haluk /**Altop**, Atilla, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1993, 7. Bası, İstanbul.

**Topçu**, Umut, *Yargıtay Kararları ve Bilirkişi Raporları Işığında İşçi Alacak Davaları*, 2011, Ankara.

**Tuğ**, A., *Türk Hukukunda Şekil*, 2. Bası, 1994, Ankara.

**Tunçomağ**, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler*, 6.Bası, 1976, İstanbul.

**Tunçomağ**, Kenan/**Centel**, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 2008, 5.B., İstanbul.

**Turanboy**, Kürşad Nuri, *İbra Sözleşmesi*, 1998, Ankara.

**Zevkliler**, Aydın/**Ertaş**, Şeref/**Havutçu**, Ayşe/**Gürpınar**, Damla, *Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)*, 2012, Ankara.

**Zevkliler**, Aydın/ **Ertaş**, Şeref/ **Havutçu**, Ayşe/ **Aydoğdu**, Murat/ **Cumalıoğlu**, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Ana İlkeler*, 2013, 2. Bası, İzmir.

**Zevkliler**, Aydın, *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Aile Hukuku*, 1992, Ankara.



# ÇEVİRİLER

## TRANSLATIONS

Çeviri / Translation

## İSLAM HUKUK TEORİSİNDE YENİ TEMAYÜLLER: YENİ BİR HUKUK KAYNAĞI OLARAK MAKÂSIDU'Ş-ŞERİA?#

Felicitas OPWIS\*

Çev. Yasin YILMAZ\*\*

### Özet

İslam hukukunun maksatları (*makâsıdu'ş şeri'a*), geleneksel olarak Gazali tarafından ortaya konulan maslahat tanımına bağlanır ve fikhî analogi (*kıyas*) ile kaideler (*kavâid*) bağlamında kullanılır. Bu makale İbn Aşur, Yusuf el Karadavi, Ahmet el Hamlişi, Yahya Muhammed ve Cemaleddin Atiyye gibi alternatif yaklaşımları destekleyen İslam hukukçularının çalışmalarında *makâsıdu'ş-şeri'a* ya dair son yorumları ele almaktadır. Adalet, özgürlük ve eşitliği ekleyip kapsamını beş zaruretten ötesine taşıyarak Gazali'nin zaruriyât tanımını tashih etmek; makâsıd kategorilerini detaylandırıp daha incelikli bir *maslahat* hiyerarşisi oluşturmak; makâsıdın uygulanışını cari hukuk alanının ötesine genişleterek toplumun kamu politikaları aracılığıyla şekillenmesinde *maslahatın* göz önünde bulundurulmasına pro-aktif bir rol vermek gibi çeşitli temayüller gözlemlenebilir. *Şeriatın* maksatlarına yönelik yeni yorumların İslam hukuk teorisinin (*usûl-i fıkıh*) geleneksel dört hukuk kaynağını değiştirebileceği de öne sürülmüştür.

**Anahtar Kelimeler:** İslam, hukuk teorisi, maslahat, hukukun maksatları, makâsıdu'ş-şeria

## NEW TRENDS IN ISLAMIC LEGAL THEORY: MAQĀŞİD AL-SHARİ'Ā AS A NEW SOURCE OF LAW?

### Abstract

The purposes of the law (*maqāşid al-shari'ā*) were traditionally tied to the definition of *maşlahā* expounded by al-Ghazālī and employed in legal analogy (*qiyās*) and precepts (*qawā'id*). This article addresses recent developments in the interpretation of the *maqāşid al-shari'ā* in the works of legal

# Editör Kuruluna Ulaştığı Tarih: 21.4.2020

Kabul Tarihi: 15.6.2020

"New Trends in Islamic Legal Theory: Maqāşid al-Shari'ā as a New Source of Law?" ismiyle *Die Welt Des Islams* dergisinde (S. 57, 2017, ss. 7-32) çıkan makalesinin çevirisini yayımlama izni verdiği için müellifeye kalbî şükranlarımı sunarım. Yine makaleyi öneren ve çeviriyi tashih etme zahmetine katlanan değerli dostum Şükrü Atsızelti ile metni baştan sonra okuyarak kontrol eden kıymetli refikam Rukiye hanıma teşekkürü zevkli bir görev bilirim (Çevirmen Notu).

\* Georgetown University, fmo2@georgetown.edu

\*\* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yasinilmaz@erbakan.edu.tr

ORC ID: 0000-0002-3742-8743

scholars promoting alternative interpretations, such as Ibn ‘Āshūr, Yūsuf al-Qaraḏāwī, Aḥmad al-Khamlīshī, Yaḥyā Muḥammad, and Jamāl al-Dīn ‘Aṭīyya. Several trends can be observed: rejecting the Ghazalian definition of essential necessities by enlarging their scope beyond five and including justice, freedom, and equality; refining the categories of the purposes and creating more nuanced hierarchies of *maṣlahas*; and expanding the application of the purposes of the law beyond the sphere of the law proper, thereby giving considerations of *maṣlahah* a proactive role in shaping society through public policies. It is suggested that new interpretations of the objectives of the *shari‘a* also alter the traditional four sources of law theory (*uṣūl al-fiqh*).

**Keywords:** Islam, legal theory, *maṣlahah*, purposes of the law, *maqāṣid al-shari‘a*

## GİRİŞ

Orta Doğu ve Kuzey Afrika’da 19. yüzyılda başlayan “modernite”<sup>1</sup>, toplumun her alanında bir dizi değişiklik meydana getirdi. Avrupa’nın İslam topraklarına tahakkümünün yanı sıra bu dönem, siyasi, ekonomik, sosyal kurumlarıyla eğitim kurumlarının Osmanlı İmparatorluğu ve Osmanlı kontrolü dışındaki yerel otoriteler tarafından yeniden yapılandırıldığı bir dönemdir. Ardından gelen imparatorluktan ulus devlete geçiş ve artan küreselleşme, diğer yönlerinin yanısıra devlet yapılarının toplumun bütün yönlerine erişiminin artması ve entelektüel manzara ile din alimlerinin (*ulema*) eğitim ve hukuk alanındaki rollerinin değişmesi ile neticelendi. Modern dönem, İslami hukuk kurumlarının ve bunların ekonomik ve toplumsal işlevlerinin yavaş yavaş ölmesine yol açtı. Kanunların ve diğer yasal düzenlemelerin genellikle devlet tarafından çıkarılmaya başlaması, İslam hukukunun uygulanma ve yorumlanmasının mahiyetini çarpıcı bir şekilde değiştirdi.<sup>2</sup> Ancak, İslam hukuku ne ortadan kayboldu ne de ölü bir disiplin haline geldi.<sup>3</sup> Aksine ilahi hukuk üzerine yapılan çalışmaların yıldızı parladı ve yirminci yüzyıl boyunca İslam hukukuna dair sürekli bir ilmi üretime neden oldu. Müslüman dünyada okuryazarlığın yükselişi ve eğitimin yaygınlaşmasıyla birlikte ilmi bir eğitim almayan Müslümanların İslam hukuku ve onun “modern” toplumdaki yerine ilişkin tartışmaya girmeleri bağlamında İslam hukuku tartışmalarındaki katılımcı sayısı arttı ve çeşitlendi.

İslam hukukunun çağdaş toplumdaki rolüyle ilgili canlı tartışmalar, hukukun kaynaklarının veya temellerinin yani *usūl-i fikh*ın yeniden tetkik edilmesine dikkat çekti. *Maslahat*<sup>4</sup> ve *makāṣidu’ş-*

<sup>1</sup> Orta Doğu’da modern dönemin başlangıcını tarihleme tartışmasının geniş bir sunumu için bk. Dror Ze’evi, “Back to Napoleon? Thoughts on the Beginning of the Modern Era in the Middle East,” *Mediterranean Historical Review* 19, 1 (2004): 73-94.

<sup>2</sup> Modern kurumların İslam hukuku üzerindeki etkilerinin veciz açıklamaları için bkz. Aharon Layish, “The Transformation of the Shari‘a from Jurists’ Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World,” *Die Welt des Islams* 44 (2004): 85-113; Felicitas Opwis, “Changes in Modern Islamic Legal Theory: Reform or Reformation?” in *An Islamic Reformation?* Ed. Michaelle Browsers and Charles Kurzman (Lanham: Lexington Books, 2004), 28-53; Wael B. Hallaq, “Can the Shari‘a be Restored?” in *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, ed. Barabara Stowasser and Yvonne Haddad (Walnut Creek, CA: Altamira Press, 2004), 21-53.

<sup>3</sup> Hallaq, modern öncesi dönemden beri bildiğimiz şekliyle *şeriat*’ın geri dönüşü olmayan bir şekilde kaybolduğunu savunur (Hallaq, “Can the Shari‘a be Restored?”). Bu doğru olsa da *şeriat*ın veya İslam hukukunun sonunu ifade etmez; bunun yerine büyük bir dönüşüm olarak görülmelidir.

<sup>4</sup> *Maslahat* kelimesi lafzen “iyiliğin bir sebebi veya kaynağı” anlamına gelir. Bazen İngilizce’ye “kamu yararı” olarak da çevrilir. *Maslahat* kavramı “kamu yararı”, “refah” veya “fayda” gibi terimlerden çok daha geniş olduğu için bu makale boyunca Arapça terimi tercih ediyorum.

şeri 'a düşüncesinin, yani ilahi hukukunun maksat ve hedeflerinin merkezi bir konu olarak belirlediği hüküm çıkarma yöntemleri ve kaynaklarına ilişkin tartışmalar, yirminci yüzyılın başlarından itibaren Müslüman hukukçular<sup>5</sup> arasında yaygın hale gelmiştir.<sup>6</sup> Ben, hukukun amaçları konusundaki bu ilmi çabanın İslam hukuk teorisine olan etkilerini ve bilhassa yeni *maslahat* ve *makâsıdu's-şeria* yorumlarının fakihlerin İslam hukukun alınacağı kaynaklara ilişkin algılarını ne ölçüde değiştirdiğini inceliyorum. Bu makalenin, münferit hukukçuların düşüncelerine veya daha genel anlamda İslam hukukunun maksatlarına yoğunlaşan bu çalışmalara bir katkı sağlaması ve tamamlayıcı olması amaçlanmıştır.<sup>7</sup> Modern dönemde İslam hukukçularının hükümleri dört kaynaktan (Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas) çıkarmasına dayanan klasik çerçevenin geçerliliğini ve kullanılabilirliğini yeniden değerlendirdikleri ve bunun yerine hüküm çıkarmada *maslahat* ile İslam hukukunun maksatlarını temel almaya yöneldikleri iddia edilmektedir. Dahası hukuk düşüncesi, *maslahatı* münferit olaylara uygulamaktan uzaklaşmış ve bunun yerine kamu politikalarıyla hukukun tüm alanları için taşıdığı önemin peşine düşmüştür. Yirminci yüzyılın başlarından beri İslam hukukunun maksatlarının yorumlanmasındaki belirgin değişiklikleri kavramak için *maslahat* ve *makâsıdu's-şeria*nın modern öncesi dönemde nasıl anlaşıldığına ilişkin kısa bir özet ile başlamamız gerekmektedir.

### Modern Öncesi Dönemde Maslahat Kavramları

Modern öncesi dönemde birisi *maslahat* kavramının fikhi analoji (*kıyas*) sürecinde kullanılması, diğeri *maslahat* ile İslam hukukunun maksatları ışığında fikhi kaidelerin (*kavâid*) meşrulaştırılması olmak üzere iki *maslahat* uygulaması baskındı. Bunlardan ilki esas olarak *maslahat* kavramının ne olduğuna ilişkin muhtemelen ilk somut fikhi tanımlamayı yapan fakih, Şafii alim Ebu Hamid el-Gazali (ö. 505/1111) ile ilişkilidir. O, *maslahatın* ilahi hukukun maksadı, yani insan için dinin, canın (nefs), aklın, neslin ve malın korunması olduğunu ifade eder. Bu bileşenlere her ne gereklilik (*zaruret*), ihtiyaç (*hace*) ve iyileştirme (*tahsin*) düzeylerinde ulaştırır ve onları korursa *maslahatı* teşkil eder ve Şâri'nin murad ettiği şeydir. Ve bunları her ne kaybettirir ve zarar

<sup>5</sup> Bu makale, Arap Ortadoğu'sundaki Sünni fakihlerin fikirlerine odaklanmaktadır.

<sup>6</sup> *Maslahat* ve *makâsıd* kavramlarının sekizinci/ondördüncü asrındaki gelişimine dair bir açıklama için bkz. Felicitas Opwis, *Maşlahâ and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century* (Leiden: Brill, 2010).

<sup>7</sup> Çağdaş düşünürlerin *maslahat* ve *makâsıdu's-şeria* hakkındaki yorumlarının bir sunumu için bkz. Yasir S. Ibrahim "An Examination of the Modern Discourse on Maqâşid al-Sharî'a," *The Journal of the Middle East and Africa* 5.1 (2014): 39-60 (İbn Aşur, Allal el Fasi ve Yusuf el Karadavi'nin düşüncelerinin müzakeresi için); Muhammad Qasim Zaman, *Modern Islamic Thought in a Radical Age: Religious Authority and Internal Criticism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 4. bölüm Contestation of the Common Good, s. 108-39, Yazarın, Orta Doğu ve Güney Asya'nın alimleri arasındaki tartışmaları sunduğu yer: aynı müellif, "The Ulama of Contemporary Islam and their Conceptions of the Common Good," in *Public Islam and the Common Good*, ed. Armando Salvatore and Dale Eickelman (Leiden: Brill, 2004), s. 129-55, Reşit Rıza, Yusuf el Karadavi, ve Diobendi alimlerinin yorumlarına kapsamlı atıflarla Arap Ortadoğu'sunun çeşitli düşünürlerine katkılar içerir Adis Duderija (ed.) *Maqâşid al-Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination* (New York: Palgrave Macmillan, 2014),; tedavüldeki yorumların bir eleştirisi için bkz. Sherman A. Jackson, "Literalism, Empiricism, and Induction: Apprehending and Concretizing Islamic Law's Maqâşid al-Shari'ah [sic] in the Modern World," *Michigan State Law Review* (2006): 1469-86; Abduh, Reşit Rıza, Senhuri, Hallaf, Kemali ve Ebu Zehra tarafından yapılan *maslahat* yorumlarının bir tartışması için bkz. David Johnston, "A Turn in the Epistemology and Hermeneutics of Twentieth Century Uşul al-Fiqh," *Islamic Law and Society* 11, 2 (2004): 233-82.

görmelerine yol açarsa *mefsedettir*, önlenmesi gereken bir bozulma sebebidir.<sup>8</sup> Gazali, İslam hukukunun ilahî kaynaklarında açıkça belirlenmeyen veya kıyasa yani tündengelimine müsait hukuki uyuşmazlıkları çözmek için hüküm çıkarmada *maslahat* düşüncesinin kullanılmasını öngörmüştür. Bu tür uyuşmazlıklarda karar vermek için bir ölçüt olarak maslahatı kullanmanın geçerliliği, Allah'ın insanlığa vahyettiği hukukta *maslahata* erişmenin onun muradı olduğu anlayışına dayanıyordu. *Maslahata* götüren bir hüküm böylece ilahi hukukun maksatlarına uygun düşüyordu. Gazali, hüküm çıkarma düzeyinde maslahatı, onun ya mevcut, nasslar tarafından desteklenen hükmü başka olaya transfer etmek (ki teorik olarak bu durumda *maslahata* başvurmaya gerek yoktur) ya da nassların açıkça belirlemediği maslahat-ı mürseleyi bir *ratio legis* (*illet*, hükmün konuluş gerekçesi) şeklinde ele alarak “yeni” bir hüküm belirlemek için *ratio legis* (*illet*) olarak görev yaptığı yerlerde fiili olarak kıyas sürecine eklemiştir.<sup>9</sup>

Fakat Gazali yalnızca maslahat-ı mürselenin kullanımını sınırlamakla kalmadı<sup>10</sup>, aynı zamanda maslahatın bir hüküm kaynağı teşkil etmesine şiddetle karşı çıktı. O, maslahatı “vehmedilen bir kaynak (*asl-ı mevhum*)” olarak nitelendirerek onu kendi başına veya ek bir kaynak olarak değerlendirmenin yanlış olduğunu vurguladı.<sup>11</sup> Maslahatın hüküm kaynakları arasındaki yerinin bu meşhur fakih tarafından reddedilmesinin uzun süreli etkileri oldu. İslam hukuk teorisi (*usûl-ı fıkıh*) konulu klasik çalışmalar maslahat ve *şeriatın* maksatlarını ele almalarına rağmen ondan bir kaynak olarak söz etmezler. Modern öncesi dönemin önde gelen fakihleri, İslam hukukunun kabul edilen klasik dört kaynağı (Kur'an, Sünnet, İcma ve Kıyas) çerçevesi içinde çalışırlar.

Fakihler tarafından İslam hukukunun maksatlarını ve *maslahatı* hüküm çıkarmada etkin kılmak için kullanılan ikinci bir yaklaşım ise İslam hukuk kaideleri (*kavâid*) alanından geçiyordu. Bu kaideler, karar alma sürecini yönlendiren hukuki prensipleri özetleyen fikhî hükümler külliyyatından soyutlanan kısa ifadelerdir. Bunlar hukuku öğretmeyi, ezberlemeyi ve uygulamayı kolaylaştırır. Özellikle bu kaidelere hasredilen çalışmalar tam olarak 12. (hicrî 6.) yüzyıldan sonraki dönemde çoğalmışsa da fakihler bunları en azından 9. (hicrî 3.) yüzyıldan beri formüle etmektedir.<sup>12</sup>

Kaidelerin formüle edilmesinde kullanılan tümevarımsal akıl yürütme süreci, alimleri sadece Subki (ö. 771/1369) ve İbn Nüceym'in (ö. 970/1563) aynı adı taşıyan *Kitabu'l Eşbah ve'n Nazair*'leri

<sup>8</sup> Ebu Hamid Muḥammad b. Muḥammad al-Gazali, *el Mustasfa min 'İlmi'l Usûl*, ed. Hamza b. Zuhayr Hafız, 4 cilt (Cidde: Şerikatu'l Medineti'l Münevvere li't-Tiba' ve'n-Neşr, 1993), 2: 481-82.

<sup>9</sup> Gazali'nin *maslahat-ı mürsele* temelinde çıkarılmış hükümleri kıyas sürecinin dışında değerlendirdiği not edilmeli, çünkü o, *illetin* veya örneğin maslahatın geçerliliğinin kesin nasslardan türetilmiş olmadığını, fakat sayısız delil parçalarından istidlalen üretildiğini ifade eder. (Gazali, *Mustasfa*, 2: 488 ve 502-03). Gazali'nin çalışmalarını geliştiren Şafii alim Fahreddin Razi (ö. 606/1210) *maslahat* ve *maslahat-ı mürseleyi* kıyas sürecinin içine eklemeye teklifi değerlendirilmeye değer. (krş. Opwis, *Maşlahâ and the Purpose of the Law*, 88-131).

<sup>10</sup> Gazali yalnızca gerekli olan (*zarurî*), tümel (*küllî*) ve belirli (*kat'î*) maslahatların geçerliliğini kabul etse de kendi verdiği hüküm örnekleri her zaman bu şartlara uygun değildir. (Krş. Gazali, *Mustasfa*, 2: 482 ve 487-495; Opwis, *Maşlahâ and the Purpose of the Law*, 72-80).

<sup>11</sup> Gazali, *Mustasfa*, 2: 502-03.

<sup>12</sup> Fıkhi kaidelere genel bir bakış ve bunların İslam hukukundaki gelişimi ve uygulamaları için bkz. Wolfhart Heinrichs, “Qawâ'id as a Genre of Legal Literature,” in *Studies in Islamic Legal Theory*, ed. Bernard G. Weiss (Leiden: Brill, 2002), 365-84; Mohammad Hashim Kamali, “Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence,” *Arab Law Quarterly* 20, 1 (2006): 77-101; Mohammed Khalil, “The Islamic Law Maxims,” *Islamic Studies* 44 (2005): 191-207; and Intisar A. Rabb, *Doubt's Benefit: Legal Maxims in Islamic Law, 7th-16th Centuries* (Ph.D. thesis, Princeton University, 2009).



gibi hacimli eserler telif etmeye sevk etmekle kalmamış, aynı zamanda hüküm çıkarmada en kullanışlı vecizeleri araştırmaya yönlendirmiştir. Bu çabalar fakihlerin dikkatini İslam hukukunun maksatlarına çekmiştir. Böylece kaidelerin tanımları, sık sık Şâri'nin zorlukları (*meşakkat*) ve zararı önleme ile faydayı (*nafi'*) teşvik etme muradını yansıtır.<sup>13</sup> Şafii fakih İzz bin Abdüsselam (ö. 660/1263) ilahi hukukun bütününün maslahatı celbetme ve mefsedeti defetme kaidesine irca edilebileceğini ifade eder.<sup>14</sup> Benzer şekilde Maliki fakih Karafi (ö. 684/1285) bu üst ilkeyi şer'i delillerin tearuzunda hakem olarak kullanmıştır. Dahası o, *ruhsat* ve *sedd-i zerai* gibi kavramları İslam hukukunun bu esas maksadı ışığında yorumlamıştır. Ona göre ilahi hükmü gözardı etme ruhsatı, maslahattan ziyade zarara yol açtığına verilebilir. Mesela bir insan ölü eti (*meyte*) yemek ile açlık arasında kalırsa bir hayatı kurtarmak hususundaki maslahat, ölü etinin haramlığına riayet etmedeki maslahata ağır basar.<sup>15</sup> Yine Karafi, İslam hukukunun maksatlarını; *sedd-i zerai* kavramını genişletmek ve sadece gayrimeşru sonuçlara varmak için meşru araçların kötüye kullanılmasını (örneğin nominal olarak meşru satış işlemlerinin, faiz (*riba*) ödemesiyle sonuçlanacak şekilde birleştirilmesi durumunu) önlemek için değil, aynı zamanda muteber maslahatı temin edecek gayrimeşru yollara izin vermek için de kullanır. Mesela o, düşmana yapılan ödemedan dolayı ortaya çıkan *maslahat* temelinde düşmana fayda sağlamanın yasaklanmasına rağmen Müslüman savaş esirler için fidye ödenmesine izin vermiştir.<sup>16</sup> Fikhî kaideler çerçevesinde, bir davada uygulanacak hüküm bulma hususunda maslahat ve İslam hukukunun maksatları, öncelikle hükümler ve/ya kaideler tearuz ettiği zaman göz önünde bulundurulur. Yani Şâri'nin maksatlarına ulaşmak, şer'an meşru olsalar da tearuz eden hususlarda öncelik kazanır.

Bu iki yaklaşım, Allah'ın insanoğluna vahyettiği hukuktaki maksat ve hedefleri, güncel hüküm koymak için etkin kılmanın -tek yolu bunlar olmasa da- baskın yollarıdır. Her iki yaklaşımın da ortak yönleri vardır. Gazali'nin ilk maslahat tanımında kavramsal olarak ele alınan çoğu özellik bu cümledendir. Evvelen, *maslahat* ve *makâsıdu's-şeria* bağımsız bir hukuk kaynağı olarak görülmemiştir; bildiğim kadarıyla geleneksel olarak kabul edilen dört kaynağa maslahatı eklemek için bir çağrı söz konusu olmamıştır.<sup>17</sup> Sâniyen *maslahat* ve İslam hukukunun maksatları, değişiklikler ve düzeltmeler olmakla birlikte öncelikli olarak Gazali'nin dile getirdiği kısımlarda ve kategorilerde tartışılmıştır. Genel olarak İslam hukukunun maksatlarının gereklilikler (*zarurât*), ihtiyaçlar (*hacât*) ve iyileştirmeler (*tahsinât*) olarak ayrıldığı ve zaruretlerin sayısının insan varlığının temel unsurlarıyla yani din, can, akıl, nesil ve mal ile -ki bu unsurların hiyerarşik sıralamasında ittifak bulunmaz ve bazı fakihler nesli, namus (*ırz*) olarak alır- sınırlı olduğu kabul edilmiştir.<sup>18</sup> Ek olarak farklı tanımlamalara rağmen, fakihler İslam hukukunun maksadının insanoğlunun *maslahatını* temin

<sup>13</sup> Krş. Kamali, "Legal Maxims and Other Genres."

<sup>14</sup> Heinrichs, "Qawā'id as a Genre of Legal Literature," 375.

<sup>15</sup> Ahmed b. İdris el Karafi, Şerhu *Tenkihi'l Fusûl fi İhtisâri'l Mahsûl fi'l Usûl* (Kahire: Matba'atu'l Kulliyati's Şerife, 1381/1961), 87.

<sup>16</sup> Age, 449.

<sup>17</sup> Gazali'nin maslahatın müstakil bir hüküm kaynağı olarak görülmesine karşı kavi duruşundan kendi zamanının (?) bazı fakihlerinin başka türlü düşündüğü çıkarımı yapılabilir.

<sup>18</sup> Krş. Cemaleddin Atiyye'deki bir zaruret olarak namus tartışması, *Towards Realization of the Higher Intent of Islamic Law* (Arapça'dan çeviren Nancy Roberts, London: The International Institute of Islamic Thought, 1428/2007), 18-20; Karafi, Şerh, 392; Ahmed b. Abdülhalim İbn Teymiyye, *Mecmuu'r Resâil ve'l Mesâil*, 5 cilt, ed. Muhammed Reşid Rıza (Mekke: Daru'l Bâz li'n Neşr ve't Tevzi, 1976), 5: 22; and Mustafa Zeyd, *el Maslahat fi'l Teşrii'l İslâmî* (Kahire: Dâru'l Fikri'l Arabî, 1384/1964), 214-15.



etmek olduğunun yüksek bir ihtimalle (*zannî*, örn. Razi) veya kesin olarak (*kat'î*, örn. İbn Abdüsselam, Karafi ve Şatıbi) bilindiğini savunmuşlardır.

İslam hukukunun maksatlarına yönelik modern öncesi yorumlamaların bir başka özelliği de fakihlerin cüz'i (somut, bireysel) hukukî olaylara odaklanmasıdır. Her ne kadar Şâri'nin muradı bir bütün olarak hukuk sistemini ele alsada uygulamada ticaret hukuku gibi bütün bir hukuk alanını düzenleyen genel prensiplerin sıralanmasından ziyade öncelikle belirli somut olaylara tatbik edilmiştir. Belirli olaylara odaklanması, hükme varma sürecinde devrede olan *maslahat* fonksiyonunun bir sonucudur. Bir yandan maslahat, mevcut hükümleri ve kaideleri zaten doğrulamıştır. Hükümleri şer'i nasslara bağlayan, daha sonra gelişmiş olan fıkıh usûlünden yararlanmadan ortaya konmuş İslam'ın ilk dönemlerine ait bazı hükümler, *maslahata* başvurulmasıyla hukuken gerekçelendirilmiştir.<sup>19</sup> Benzer şekilde yukarıda bahsedilen ruhsat ve sedd-i zeraî gibi yerleşik kaidelerin geçerliliği, maslahat ve İslam hukukunun maksatları açısından makulleştirildi ve meşrulaştırıldı. Öte yandan maslahat, şer'i delillerde doğrudan ele alınmayan, kıyas ile çözülemeyen ve daha sonra da İslam hukuku alanına dahil edilen hükümlerin temelini oluşturdu. Ayrıca, maslahat ile ilgili düşünceler, nassların muradına en uygun olanı belirlemek için üstün tutmada (*tercih*) -örneğin birden fazla ve çelişkili şer'i kaideler veya hükümler tek bir duruma uygulandığı zaman- kullanılmıştır. Bütün bu işlevleriyle *maslahat* kavramı, fakihlere (özellikle 'normal/olağan' hüküm istenmeyen sonuçlara yol açıyorsa) hukuki esneklik sunmuş; ilahi hukukun, nassların açıkça düzenlemediği durumlara uygulanmasını sağlamıştır. Dolayısıyla *maslahat* ve İslam hukukunun maksatları, İslam'da hukuki değişime uyum sağlamanın önemli bir aracıydı, hâlâ da öyledir.

Maslahatın hüküm çıkarmadaki işlevi, bu nedenle, İslam hukukunun maksatlarıyla yakından ilgilidir. Konuyla ilgilenen alimler *maslahat* ve *makâsıdu'ş-şerian*ın aynı olmadığını tasdik etmeyi ve ikisinin arasını tefrik etmeyi başaramadılar. Analitik olarak, hedefler ve araçlar arasında, maksatlar ve onlara ulaşmak için kullanılan yöntemler arasında bir ayrım vardır. *Maslahat* bir yandan somut olaylarda karar vermek için olasılık derecesine, aciliyet seviyesine ve etkilenen temel unsura göre ölçülebilen somut bir kriter olarak kullanılır; ve kıyastaki ratio legis (*illet*) ile karşılaştırılabilir. Diğer yandan *maslahat*, diğer hukuki süreçlerden veya (mesela sedd-i zeraî gibi) hüküm çıkarma yöntemlerinden türetilen hükümlerin geçerliliğini haklı çıkarmak için kullanılır, çünkü murad-ı ilahînin müşahhas hale gelişi ve bu süreçlerin ölçüldüğü bir standart olarak görülür. İnsan refahını elde etmenin soyut bir değeri olan *maslahat*, Şâri'nin vahyettiği hukukunda murad ettiği maksatların bir parçasıdır. Maslahatın bu iki uygulaması her zaman net bir şekilde ayrılmaz ve maslahat, hem somut maddi hukukta hem de hüküm bulma sürecindeki genel ilkeleri geçerli kılmakta hizmet vererek hukukun maksatlarıyla birleştirilir. Genel olarak yirminci yüzyıldan önceki dönemde, maslahatın ağırlıklı olarak hukukun uyması gereken soyut bir ideal olarak değil, somut olaylar için bir hüküm bulma kriteri olarak işlev gördüğü söylenebilir. Çağdaş dönemde, özellikle yirminci yüzyılın ortasından beri yazılan fikhî eserlerde tartışmanın parametreleri değişmiştir. Modern fakihlerin *makâsıdu'ş-şerian*ın rolüne vurgu yapmalarının bir sonucu olarak dört hukuk kaynağına

<sup>19</sup> Mesela bkz. Felicitas Opwis, "Shifting Legal Authority from the Ruler to the 'Ulamâ': Rationalizing the Punishment for Drinking Wine During the Saljuq Period," *Der Islam* 86 (2011): 65-92; Wael B. Hallaq, *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunnî Uşûl al-Fiqh* (Cambridge: Cambridge University Press, 1997), 130-32.

dayanan *usûl-ı fikhın* “geleneksel” çerçevesi gözden geçirilmiş veya en azından büyük ölçüde eleştirilmiştir.

Aşağıda, çağdaş fakihlerin maslahat algılarını ve *şeriatın* maksatlarını, modern öncesi döneme nazaran nasıl farklı ifade ettikleri ve bunun İslam hukuk teorisini nasıl etkilediği konusunda çeşitli bulgular ortaya koyuyorum. Belli başlı alimlerin tüm düşüncelerini sunmak yerine<sup>20</sup>, fikirleri etkili olan ve yorumları *usûl-i fikhın* geleneksel çerçevesini yeniden düşünmenin zeminini hazırlayan birkaç fakihi ele alıyorum.

## Çağdaş İslam Hukukçularının Yorumunda Makâsıdu’ş-Şeria

### *Maslahat Üzerinden Makâsıdu’ş-Şeria’ya Odaklanmak*

Yirminci yüzyılın başlarından bu yana, neredeyse her tüden hukuki çalışmanın maslahat ve *makâsıdu’ş-şeria* ile ilgilenmesi dikkate şayandır. İslam hukukunun maksatlarına yapılan atıflar, ister hukuk teorisi ve pratiği ile isterse fikhî cevaplarla (*fetâvâ*) ilgili olsun, İslam hukukuyla ilgili hemen hemen her türlü eserde bulunmaktadır. Dahası modern öncesi dönem bu tür tartışmalardan yoksun olmamasına rağmen, bunlar nadiren müstakil eser boyutuna ulaşmaktaydı. Gazali, hukukun ilahî muradını ilk tanımladığında, bunu birkaç sayfada yapmıştı. İlmî takipçileri, *maslahat* ve İslam hukukunun maksatlarının ele alındığı fikhî konuları büyük ölçüde genişletmiş olsa da yalnızca *makâsıda* hasredilmiş çalışmalar yaygın değildi. Necmeddin Tufî (ö. 716/1316) bile kabaca otuz beş sayfada İslam hukukunun maksatlarına dair yorumlarını serdetmiştir.<sup>21</sup> İbrahim b. Musa eş-Şatıbî’nin (ö. 790/1388) belki de modern dönem öncesinde konuyla ilgili bu boyuttaki yegane çalışma olan, Şâri’nin maksatları ve bunun fikhî süreçteki uygulamaları hakkındaki hacimli eseri, ilmî çevrelerde tedavülde bulunmamış ve ilerleyen yüzyıllarda dikkat çekmemiştir.<sup>22</sup>

Maslahat ile ilgili literatürün ölçeği yirminci yüzyılda değişmiştir. 1906 yılında Cemaleddin Kasımî (1866-1914) ve Muhammed Reşid Rıza (1865-1935), Tufî ve Şatıbî’nin maslahat ve İslam hukukunun maksatları hakkındaki çalışmalarını *el-Menar* mecmuasında yayınlamaya başlatmış ve onlar, bu iki alimin yorumunun ilmen kabulünü başlatmış ve İslam hukukunun maksatları ile bunun modern hukuk sistemine nasıl uygulanacağına dair teorilerin geliştirilmesine olan ilginin artmasını sağlamışlardır. Yirminci yüzyılın ilk yıllarında İslam hukukunun maksatları hakkında mütevazı tartışmalar görülse de Reşit Rıza’nın *el-Menar*’daki

<sup>20</sup> İslam hukukunun maksatları konusunda çok fazla sayıdaki çalışmalar dikkate alındığında, tek bir çalışma son gelişmeleri kapsamlı bir şekilde ele alamaz ve bazı önemli düşünürler kaçınılmaz olarak bu makalede göz ardı edilecektir.

<sup>21</sup> Mustafa Zeyd, Tufî’nin Şâri’nin muradını ele alan hadis hakkındaki mütalaasını *el Maslahat fi’t Teşri’l İslamî* eserinin 206-240. sayfalarında ele alır.

<sup>22</sup> Tufî’nin maslahatı en önemli şer’î delil olarak görmesi ve Şatıbî’nin *makâsıdu’ş-şeria*’nın tutarlı bir yorumunu ortaya koyduğu muhalled eseri *Muvafakat* geleneksel medrese müfredatına girmemiştir. Bu gibi eserlerin el yazmaları neşredilmemiş ve fikirlerinin sürdürülmesini sağlayacak bir yorum geleneğini harekete geçirmemiştir. Tufî’nin fikirlerini hadisler üzerine yaptığı çalışmada serdetmesi ve Şatıbî’nin Müslüman egemenliğinin azaldığı bir dönemde Endülüs’te eserlerini yazması dolayısıyla bu ihmal, müelliflerin mekanına bağlanabilir.

<sup>23</sup> 1906 yılında Reşid Rıza, Kasımî’nin Necmeddin Tufî’nin maslahat yorumunu ve yine onun bu metni haşiyesini *el Menar*’da yayımladı (Menar, 1324/1906, 746-770). Bu yayının dipnotlarında Kasımî, Şatıbî’nin görüşlerine atıflarda bulunmaktadır. Commins, Kasımî’nin onun eserlerinden alıntılar da yaptığını belirtir. (David Commins, *Islamic Reform: Politics and Social Change in Late Ottoman Syria* [New York: Oxford University Press, 1990], 112 ve 171 n. 33).

çabaları ve bu gelişmeye öncülük eden kendi çalışması *el-Yusru'l İslam*'la<sup>24</sup> birlikte 1940'lar sonrasında konuyla ilgili birçok eser bulunabilmekteydi. İslam hukukunun maksatlarını modern döneme uygulayan ilk isimler arasında özellikle 1946-1947 yıllarında Tunus'ta çıkan *Makâsıdu's Şeriatı'l İslamiye* isimli etkili çalışmasıyla<sup>25</sup> Muhammed Tahir İbn Aşur (1879-1973) yer alır. Yine Abdulvehhab Hallaf'ın (ö. 1956) *Mesâdiru't Teşrii'l İslamî fi mâ lâ Nasse fih* (1954)<sup>26</sup> eseri, maslahat yorumlarının yayılması için önemlidir. 1960ların ortalarında Muhammed Said Ramazan el Bûtî (ö. 2013), *Davâbitü'l Maslahah fi's-Şeriatı'l İslamiyye*<sup>27</sup> başlıklı doktora tezini bu konuya hasretti. 1963'te Allal el Fâsî (1910-1974) *Makâsıdu's Şeri'ati'l İslamiyye ve Mekârimuha*'yı<sup>28</sup> yayımladı. Bu alimlerin İslam hukukunun maksatlarına ilişkin fikirleri ve yorumları ile bunları hüküm çıkarma sürecinde uygulama biçimleri en etkili söylemler arasındaki yerini korumuştur.<sup>29</sup>

Yakın zamanlarda yeni bir yayın dalgası bu yazarların çalışmaları üzerine inşa edildi, düşünceleri hakkında yorumlar yapıldı ve tartışmalar daha da ileriye taşındı. Yusuf el-Karadavi, İsmail el-Hasanî, Ahmed el-Kamlişî ve Cemaleddin Atiyye gibi alimler bu konudaki müktesebattan yararlanmış, bunları yeniden düzenlemiş ve İslam hukukunun maksatlarına yönelik yeni yaklaşımlar sunmuşlardır.<sup>30</sup> Çeşitliliklerine rağmen hepsinin ortak noktası olan ve onları modern öncesi müelliflerden ayıran şey, *maslahat* yerine *makâsıda* odaklanmalarındır. Modern öncesi dönemde fakihlerin kahir ekseriyeti<sup>31</sup> maslahatı, hüküm çıkarmanın bir aracı ve hükümlerin doğruluğunu tespit etmek için bir kriter veya standart olarak ele almıştı. İslam hukukunun maksatlarının daha geniş çerçevesi, esas olarak hüküm çıkarma sürecine maslahatın uygulanmasını ve eklemlesini meşrulaştırmak için tartışılmıştı. Yirminci ve yirmi birinci yüzyılın İslam hukukçuları genellikle konuya tam tersi bir şekilde, yani ilahi hukukun hedeflerine odaklanıp sonrasında maslahatın elde edilmesini ve mefsetetin önüne geçilmesini göz önünde bulundurarak bu hedeflere nasıl ulaşılacağını belirleyerek yaklaşırlar. Maslahat ile İslam hukukunun maksatları arasındaki yakın ilişki, ikincil literatürde sık kullanılan bir ıstılahın, “*makâsıd & maslahah* veya *makâsıdî yaklaşımı*”n

<sup>24</sup> Muhammed Reşid Rıza, *Yusru'l İslam ve Usûlu't Teşrii'l Âmm* (Kahire: Mektebetu's Selami'l Alemiyye, 1984)

<sup>25</sup> İlk baskıyı sonraki pek çok baskı izlemiştir. Bu makale Arapça baskısına atıfta bulunmaktadır: Muhammed Tahir İbn Aşur, *Makâsıdu's Şeriatı'l İslamiyye* (Tunus: Şeriketu't Tunusiyye li't Tevzi, 1978). Kitap İngilizce'ye de çevrilmiştir: İbn Ashur, *Treatise on Maqâşid al-Shari'ah*, Arapça'dan çeviren ve notlandıran: Mohamed El-Tahir El-Mesawi (London: The International Institute of Islamic Thought, 1427/2006).

<sup>26</sup> WorldCat'te listelenen en eski nüsha 1954 yılına aittir, Dâru'l Kitabi'l Arabi.

<sup>27</sup> Bûtî doktorasını 1965'te bitirmiş, tezi de ilk olarak 1966'da Şam'da Mektebetu'l Emeviyye'den yayımlanmıştır.

<sup>28</sup> 1963'te Kazablanka'da Mektebetu'l Vahdeti'l Arabiyye tarafından yayımlandı, daha önceki baskılar da mevcut olabilir.

<sup>29</sup> Yirminci yüzyıldaki çeşitli İslam hukukçularının bu konudaki düşünceleriyle maslahat hakkında yazmanın erken “dalgası”na geniş bir bakış için bkz. Felicitas Opwis, “*Maslahah* in Contemporary Islamic Legal Theory,” *Islamic Law and Society* 12 (2005): 183-223.

<sup>30</sup> Bkz. Yusuf el Karadavi, *Dirâse fî Fikhi Makâsıdu's-Şeria: Beyne'l Makâsıdu'l Kulliyeh ve'n Nusûsi'l Cuz'iyye* (Kahire, Daru's Şurûk, 1427/2006); İsmail el Hasanî, *Nazariyyatu'l Makâsıd 'inde'l İmam Muhammed Tahir İbn Aşur* (Herndon, Virginia: International Institute of Islamic Thought, 1415/1995); Ahmed el Hamlişî, *Vichetu'n Nazar* (Rabat: Dâru'n Neşri'l Marife, 1998 (cilt 2), 2000 (cilt 3), 2002 (cilt 4); Cemaleddin Atiyye, *Nahve Tef'il Makâsıdu's-Şeria* (Şam: Daru'l Fikr, 2001), Gamal Edin Attia, *Towards Realization of the Higher Intents of Islamic Law: Maqâşid al-Shari'ah: A Functional Approach*, Arapçadan çeviren by Nancy Roberts (London: International Institute of Islamic Thought, 1428/2007) olarak İngilizce'ye çevrilmiştir, atıflar da bu çeviriye yapılmıştır.

<sup>31</sup> Tufî ve Şatibî ve belki İzz b. Abdüsselam bu genellemeden muaf tutulmalıdır.

ortaya çıkmasına neden oldu.<sup>32</sup> Hallaf'ın “nerede *maslahat* bulunursa Allah'ın şeriatı da oradadır”<sup>33</sup> şeklindeki meşhur ifadesi, *maslahatu* (mürsel olmasa dahi) içeren bir hükmün ilahî hukukun bir ifadesi olarak tanınabileceği fikrini yansıtır. Aşağıdaki bölümler, temel olarak daha yakın zamanda yaşamış alimlerin, özellikle de Karadavî, Kamlişî, Atiyye<sup>34</sup> ve İbn Aşur'un görüşlerine dayanmaktadır. İbn Aşur'un düşüncesi, İslam hukukunun maksatlarına dair çalışmaların daha erken dönemine ait olmakla birlikte son yıllarda bu kısma dahil edilmesini sağlayan bir hüsnü kabule mazhar olmuştur.

### ***Zarurât-ı Hamse Olarak İfade Edilen Gazali'nin Makâsıdu's-Şeria Anlayışının Eleştirisi***

*Şeriatın* maksatlarına yoğunlaşma temayülü, cüz'i meselelerde *maslahatın* nasıl uygulayacağına odaklanmak yerine hukuk sistemine bir bütün olarak bakma eğilimi ile birlikte ilerler. Sonuç olarak İslam hukukunun maksatlarını anlamada birbiriyle ilişkili birkaç gelişme müşahede etmekteyiz: insan varoluşunun temel gerekliliklerinin korunmasının Gazali tarafından ifade edilen beş unsurla sınırlandırılmasına yönelik bir eleştiri; zaruriyat, haciyat ve tahsiniyatın yanı sıra makâsıd kategorilerinin geliştirilmesi ve genişletilmesi ile zaruri unsurları sadece bireysel düzeyde anlamaktan ziyade toplumsal perspektiften düşünmeye yönelik bir eğilim.

Gazali'nin insan varoluşunun beş temel zarureti tanımına yönelik eleştiriler dile getirilmiş olsa da masaya gerçek alternatifler konulmamış ve tartışma esas olarak -ırzın sık sık nesle ek olarak veya onun yerine kullanılması gibi- makâsıdın sayısına veya seçimine münhasır kalmıştır. Atiyye bile, “(temel *makâsıd* kategorileri üzerinde) İmam Gazali tarafından tanımlandığı zamandan beri bir fikir birliği olduğunu”<sup>35</sup> söyler. Modern dönemde, zaruriyat ve buna bağlı olarak *şeriatın* maksatları hakkındaki geleneksel anlayışı eleştiren sesler çeşitlenmeye ve yükselmeye başlamıştır.

Çağdaş alimlerin eleştirilerinin önemli bir yönü, şeriatın koruma maksadında olduğu zaruriyatın Gazali tarafından ifade edilen beş unsurla sınırlanması çevresinde dönmektedir. Bu düşünce Hamlişi tarafından ifade edilir; kendi cümlesiyle “elbette, bugün Gazali'nin ortaya koyduğu *makâsıd* veya beş yüksek *maslahatu* (*maslahatu'l 'ulyâ*), toplumu ve bireyler arası ilişkileri tanzim etmede bir referans noktası kabul etmek yetersizdir, kendimizi sınırlamaktır.”<sup>36</sup> İslam hukukunun maksatlarını kısıtlayan anlayışın, öncelikle inançlı bireye dair olan *maslahat* unsurlarına yani tek bir bireyin dinini, hayatını, neslini, aklını ve malını korumak şeklinde tanımlanan *maslahata* dikkat

<sup>32</sup> Krş. Adis Duderija, “Introduction,” in *Maqâşid al-Shari'â and Contemporary Reformist Muslim Thought*, pp. 1-11, 3; David Johnston, “A Turn in the Epistemology and Hermeneutics of Twentieth Century *Uşûl al-Fiqh*,” *Islamic Law and Society* 11, 2 (2004): 233-82.

<sup>33</sup> *Haysumâ vucidete'l maslaha fe-semme şer'ullah*, Abdulvehhab Hallaf, *Masâdiru't Teşrii'l İslamî fi mâ lâ Nasse fi'h* (Kuveyt, Dâru'l Kelam li'n Neşr ve't Tevzi, 6. Baskı, 1414/1993), 90, 101 ve 160. Hallaf bu açıklamasından ötürü Bûtî tarafından şiddetle tenkit edildi (krş. Said Ramazan el Bûtî, *Davâbitu'l Maslaha fi'ş Şeriatu'l İslamiyye* (Beyrut, Müessesâtu'r Risale, 4. Baskı, 1402/1982, s. 12).

<sup>34</sup> Atiyye'nin çalışmalarının İngilizce çevirilerine atıfta bulunduğum için dipnotlarda ismini “Attia” şeklinde yazıyorum.

<sup>35</sup> Attia, *Towards Realization*, 77.

<sup>36</sup> Ahmed el Hamlişi, *Vichetu'n Nazar* (Rabat: Dâru'n Neşri'l Marife, 1998), c. 2, 126; aynı ifade s. 158; Gazali'nin zaruriyât tanımının detaylı bir eleştirisi c. 3, 15-18.



kesilmenin sonucu olduğu iddia edilmiştir.<sup>37</sup> Modern dönem İslam hukukçuları, geçmiş fakihlerin topluma, ümmete, devlete ve insan ilişkilerine daha geniş bakmalarını engelleyen bireye odaklılık halini eleştirirler.<sup>38</sup> Dahası Karadavi'ye göre bu hal, önceki nesil alimlerin beş zaruretin devamını meşrulaştırma biçimini dahi kısıtlamıştır. Onların ehemmiyeti, irtidat, cinayet, eşkiyalık, hırsızlık ve şarap içmekle ilgili naslarda ifade edilen yasaklar ve cezaları ışığında doğrulanmıştır.<sup>39</sup> Bununla birlikte Karadavi'nin belirttiği gibi, naslar teşvik edici pek çok olumlu örnek de sunar; örneğin aklın korunması hususunda şarabın içilmemesine ilişkin yasağın yanısıra ilim talep etme (*talebu'l ilm*) yönünde pek çok teşvik edici ifade de mevcuttur.<sup>40</sup>

Hamlişi, beş zaruri unsurun korunmasını Şâri'nin bütün maksatlarını kapsayacak şekilde rasyonelleştirdiği için Gazali'yi ciddi biçimde eleştirir. O, Kur'an'ın hırsızlığı cezalandırması dolayısıyla malın korunmasının ilahi hukukun beş temel zarureti arasında sayılmasını reddeder; mal ile ilgili ayetlerin onun korunmasından (*muhafaza ale'l mal*) hiçbir yerde bahsetmediğini savunur. İnsanların mal biriktirme ve mülkiyet teminatı arzusu bugünün toplumunu mahvedip kanaat, dayanışma (*tekâfül*) ve merhamet değerlerinden mahrum bıraktığı şu zamanda malın korunmasının İslam'ın amaçları arasında yer aldığını söylemenin nasıl doğru olabileceğini sorar. Aynı şekilde, hırsızın elini kesmenin arkasındaki amacın sadece malı korumakla<sup>41</sup> kalmayıp aynı zamanda kamu güvenliğini ve insanların evlerindeki güvenliğini ve gönül rahatlığını korumak olduğunu söyler.<sup>42</sup> Gazali'nin zina yasağı ile neslin muhafazası amacını gerekçelendirmesini (krş. 17:32; 24:2) tartışırken Hamlişi bir adım daha ileri gider. İslam hukukunun bu amacının geçerli olduğunu, çünkü zina etmenin çocukların babası hakkında bilgisizliğe sebebiyet vereceğini; böyle bir çocuğun baba desteğini kaybederek korumasız kalacağını ifade eder. Hamlişi'nin ortaya attığı bu iddianın yanlış olduğu kanıtlanmıştır; çünkü zinanın yasadışı olmadığı toplumlarda (yani Batı toplumlarında) babalar evlilik dışı doğan çocuklarını desteklemektedir.<sup>43</sup> Hamlişi, Gazali'nin zina yasağının çocukları korumak amacıyla olduğu açıklaması kabul edilirse, hükmün illetinin artık geçerli olmadığını ve dolayısıyla, hükmün illetin varlığına veya var olmamasına bağlı olduğu (*el hükmu yedûru me 'a illetihî vuciden ve 'ademen*) fıkıh kaidesine dayanarak zinanın artık yasak olmaması gerektiğini söyler.<sup>44</sup> Bunun aksine o, zina yasağının daha üst hedefleri olduğunu savunur. Öncelikli hedef kişide güvenlik duygusu, sorumluluk alma, işbirliği yapma ve sağlıklı bir toplum için gereken diğer değerleri geliştiren istikrarlı bir aile düzeninin korunmasıdır.<sup>45</sup> Gazali'nin yaptığı gibi doğrudan Kur'anî

<sup>37</sup> Bu eleştiri İbn Aşur tarafından açıkça ve dolaylı olarak dile getirilir (krş. *Makâsıd*, 78, 93 ve 136), Karadavi (*Dirase*, 25-30) ve Atiyye (*Towards Realization*, 85).

<sup>38</sup> Mesela Bkz. Karadavi, *Dirase*, 25-30.

<sup>39</sup> Age, 28; yine bkz. Hamlişi, *Vichetu'n Nazar*, c. 2, 126.

<sup>40</sup> Karadavi, *Dirase*, 29.

<sup>41</sup> Hamlişi, polemik olarak, üç dirhem değerinin (Kur'anî cezayı gerektirmek için çalınan minimum değer) bir kişinin elinden ve vücudunun dokunulmazlığından (hurmet) ne kadar yüce olduğunu sorar (Hamlişi, *Vichetu'n Nazar*, c. 3, 16)

<sup>42</sup> Age, c. 3, 15-16 ve 19.

<sup>43</sup> Hamlişi, devletin babaların çocukları için nafaka ödemesini sağladığını ifade eder. DNA testi (*besamâtu veritiyye*) yapılabileceği göz önüne alınırsa bugün bir çocuğun babasının belirlenebileceğini söyler (age, c. 3, 16-17).

<sup>44</sup> Age, c. 3, 17.

<sup>45</sup> Age, c. 3, 17-18.

ifadelere dayanmak yerine Hamlişi, vahyedilen ayetlerin anlamının daha genel ve daha soyut yorumlarına yönelir.

Benzer şekilde İbn Aşur, ilahi yasamanın amacını daha geniş bir planda, yani ümmetin düzenini (*nizam*) korumak ve ümmetle insanlığın refahını (*salah*) sürdürmek olarak anlar.<sup>46</sup> Ayrıca o, maslahatı Gazali'nin beş temel zarureti açısından tanımlamaktan kaçınır. Bunun yerine yasamadaki evrensel kaidenin (*kaide-i külliye*) maslahata ulaşma ve mefsedeti önleme oluşuna vurgu yapar.<sup>47</sup> O, maslahatın beş zorunlu değeri korumayla sınırlanmasına nazaran daha az belirgin fakat daha geniş bir tanımını sunar. Maslahatın iyi bir hâle (*salah*) sebep olan eylem olarak tanımlandığını söyler ve bundan faydalanmak da her zaman veya çoğunlukla toplumun tamamına veya bireye düşmektedir. Aynı şekilde mefsedet de fesada yol açan eylem olarak tanımlanır ve bunun zararları her zaman veya çoğunlukla toplumun tamamına veya bireyedir.<sup>48</sup> O makâsıdın bireyle kısıtlanmakla, İslam hukukunun beş değeri koruması kadar temel maksatları arasında yer alan eşitlik (*müsavat*) ve özgürlük (*hürriyet*) gibi konulara hitap etmekten acze düştüğünü savunur.<sup>49</sup> İslam hukukunun maksatlarının çeşitli düzeylerini yakalamak için İbn Aşur, Şâri'nin yakın (*karib*) ve yüksek (*âli*) maksatları arasında ayırım yapar. Yakın bir maksat evrenseldir (aklı korumak gibi); yüksek bir maksat ise daha yüksek bir evrensellekle, yani toplum düzeyinde maslahatı sağlama ve mefsedeti önlemekle ilgilidir.<sup>50</sup> İbn Aşur, Gazali'nin İslam hukukunun maksatlarının beş temel insani değer korunması olduğunu söyleyen tanımını açıkça reddetmese bile, bu değerlere uygulamışlarını daha önce düşünülenlerden daha geniş toplumsal kavramlarla yorumlayarak geliştirir. Örneğin canı (*nefs*) korumanın, mesela salgın hastalıklardan korunmayı ihtiva edecek şekilde hayatları hem bireysel hem de genel olarak toplum düzeyinde mahvoluştan korumak anlamına geldiğini söyler. Ona göre canın korunmasını sadece “cana can” (*kıyas*) açısından anlamak, en zayıf anlayış kalıbıdır, zira kıyas bir can yittikten sonra devreye girer.<sup>51</sup> İbn Aşur'un eşitlik söyleminde genel, toplumsal niteliklere doğru benzer bir kayma müşahede ediyoruz. O, eşitlikten bireye referansla temel bir değer olarak bahsetmesine rağmen, kolektif bir bağlamda, birinin diğerleriyle ilişkisinde eşit olduğu ölçüde işleyebileceğini ifade eder.

*Makâsıd* tanımının genişletilmesi gerektiği düşüncesi Karadavi tarafından dile getirilmiştir. O, özgürlük (*hürriyet*), eşitlik (*müsavat*), kardeşlik (*uhuvvet*), dayanışma (*tekafül*) ve insan hakları (*hukûku'l insan*) gibi toplumsal unsurların korunmasının, beş temel değer kadar ve hatta daha fazla ilahi hukukun amacına taalluk ettiğini savunur.<sup>52</sup> Bununla birlikte adalet, eşitlik ve bireysel haklar gibi değerlerin soyut doğası, bunları genellikle haklar açısından anlaşılan somut ve ölçülebilir niteliklere çevirme girişimlerini engellemez. Mesele İsmail Hasanî, çağdaş toplumun temel gereklilikleri (*zaruriyât*) arasına çalışma, beslenme, barınma, giysi ve tıbbi tedavi hakkıyla birlikte

<sup>46</sup> İbn Aşur, *Makâsıd*, 14, 63.

<sup>47</sup> Age, 63-64.

<sup>48</sup> Age, 65.

<sup>49</sup> Krş. Age, 95-99, 130-35.

<sup>50</sup> Age, 108. İbn Aşur bu örnekte “daha yüksek niyetler” ile tam olarak ne demek istediğini belirtmese de sadece *maslahat* ve *mefsedet* olduklarını söyleyerek okuyucuyu kitabının önceki bölümlerine yönlendirir. Bundan, daha yüksek niyetlerin onun için toplumdaki düzeni sürdürmeyi amaçlayan daha soyut değerler anlamına geldiği anlaşılır.

<sup>51</sup> Age, 80. Böyle bir yorum, salgınların patlak vermesini önlemek için halk sağlığı politikaları oluşturmayı haklı gösterebilir ve hatta talep edebilir.

<sup>52</sup> Karadavi, *Dirase*, 28.



ifade özgürlüğü, siyasi örgütlenme hakkı, yöneticilerini seçme ve azletme hakkının da dahil edilmesinin büyük bir ihtiyaç olduğunu ileri sürer.<sup>53</sup> Benzer şekilde Hamlişi, adalet ve hakkaniyete ek olarak bireyin özgürlüğünü ve sosyal, ekonomik ve politik haklarını hukukun yüksek amaçları (*makâsıdu'l 'ulya*) arasında saymaktadır. Bu haklar, onun Kur'an'ın "(...) onların işleri aralarında şûra iledir" (42:38) ayetine referansla gerekçelendirdiği kamusal meselelerin gidişatında söz sahibi olma yeteneğinde ifadesini bulur.<sup>54</sup> İslam hukukunun maksatlarının genişletilmiş tanımı, onun hukuki durgunluk (*cumûd*) olarak gördüğü durumun üstesinden gelinmesine hizmet eder; yine bu, İslam hukukunda bağımsız akıl yürütmenin (*ictihad*) rolünü yeniden tanımlama projesinin de bir parçasıdır.<sup>55</sup>

Atiyye, "*İslam Hukukunun Yüksek Gayelerinin Gerçekleştirilmesine Doğru*" eserinde, İslam hukukunun maksatları ve temel gerekliliklerin sayısı ve unsurları hakkındaki tartışmayı kapsamlı bir şekilde takdim eder. O, hukukun yirmi dört temel hedefini, birbiriyle ilişkili birey, aile, ümmet ve daha geniş planda insanlık olarak dört alana tasnif ederek sıralar.<sup>56</sup> Her gaye için nasıl başarılabileceğini ve neye bağlı olduğunu belirten bir tanım da sağlar. Atiyye'ye göre ilahi hukukun birey alanındaki ilk amacı insanın tehlikelerden, bedensel zararlardan ve ölümden korunması anlamına gelen insan hayatının muhafazasıdır. Atiyye bu amacı "yaşam hakkı ve beden kutsallığı" ile eşit tutar.<sup>57</sup> O, bu amaca cinayet, saldırı ve intiharın yasaklanması ve kısas kuralının konulması suretiyle ulaşıldığını ifade eder.<sup>58</sup> Nasslarda belirlenen kurallara odaklanan canın korunmasına ilişkin "geleneksel" yoruma ek olarak Atiyye, yangın, boğulma, trafik kazası ve radyasyon gibi ölümcül tehlikelerden korunma ile birlikte beslenme, giyinme ve barınmadan oluşan insanın temel ihtiyaçlarını bu kategoriye dahil eder.<sup>59</sup> Hayatın korunması, fiziksel sağlığın sürdürülmesinin ötesinde psikolojik ve ruhsal ihtiyaçları da kapsar. Atiyye bireysel özgürlük ve haysiyetin sadece Şâri'nin bu maksadının mütemmimi olmadığını, aynı zamanda hayatın bunlar olmadan korunamayacağından dolayı ikisinin sırasıyla zaruriyat ve haciyat düzeyinde olduğuna işaret etmektedir.<sup>60</sup>

Hukukun bireye ilişkin ikinci amacı, akıllı korumak, kullanmak ve geliştirmek için üçlü bir yaklaşım gerektiren, Atiyye'nin "akıl için düşünce" dediği şeyden oluşur. O, aklın bilimsel bir zihniyet üreterek, akademik müfredata ilgi göstererek ve çeşitli aşamalarında eğitim vererek geliştiğini açıklar. Bu amaç, sadece sarhoşluk veren şeyleri ve uyuşturucuları yasaklamakla değil psikolojik, sinirsel ve zihinsel bozukluklar gibi dengesizlikleri ve işlev bozukluklarını da tedavi ederek korunur.<sup>61</sup> Dahası Atiyye "beyin yıkama operasyonlarına, insanların hayal gücünü kısıtlayan girişimlere ve gücün kutsallaştırılması, yanlışın meşrulaştırılması ile düşüncesizce yapılan

<sup>53</sup> Hasani, *Nazariyyatu'l Makâsıd*, 299.

<sup>54</sup> Hamlişi, *Vichetu'n Nazar*, c. 2, 126. Kur'an çevirisi için Yusuf Ali; yine şûra için bkz. Roswitha Badry, *Die zeitgenössische Diskussion um den islamischen Beratungsgedanken (şûrâ) unter dem besonderen Aspekt ideengeschichtlicher Kontinuitäten und Diskontinuitäten* (Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1998).

<sup>55</sup> Katılaştırılmış veya durgun bir İslam hukuku ve daha genel olarak İslami düşünce kavramı, onun çalışmalarında birkaç kez ifade edilir, mesela bkz. c. 2, 126, 152 ve c. 3, 10, 54 ve 57.

<sup>56</sup> Attia, *Towards Realization*, 116-49.

<sup>57</sup> Age, 119.

<sup>58</sup> Atiyye, intihar yasağı bağlamında bir intihar girişiminin, suç eylemi oluşturup oluşturmadığı ve intihar girişiminden kurtulan bir failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı konusunda ayrıntılı bilgi vermez.

<sup>59</sup> Age, 119.

<sup>60</sup> Age, 119.

<sup>61</sup> Age, 120. Atiyye "bozukluğun" tam olarak neyi ifade ettiğini daha fazla açıklamaz.

bağnazlıklara dayanan bozuk düşünme tarzlarını yaymaya yeltenen medya ve kültürel mihraklardan” sakınmayı da aklın korunmasına dahil eder.<sup>62</sup> Atiyye, hukukun bu amacının bireysel bir yükümlülük olarak gördüğü zorunlu eğitim yoluyla gerçekleştirileceğini açıklar.<sup>63</sup>

Aile planında Atiyye öncelikle evlilik, çok evlilik ve boşanma suretiyle oluşan erkek-kadın ilişkilerini düzenleyen esasları kapsamına alır ki bunlar; üremeyi düzenleyerek nesillerin korunması, çiftler arasında uyum, şefkat ve meveddet kurulmasıyla ailenin kurumsal ve finansal olarak düzenlenmesidir. Atiyye bu son iki amacı, evin reisinin olması (ki bu kişi ona göre tartışmasız olarak kocadır), aile üyelerinin birbirlerine karşı belirli hak ve sorumlulukları olması ve İslam kişileri ve miras hukukunda belirlendiği şekilde mali haklar ve yükümlülükleri düzenleyen kurallar bulunmasını ifade ettiği şeklinde yorumlar.<sup>64</sup> Ona göre hukukun ümmet düzeyindeki amaçları, İslam ümmetinin gayrimüslim topluluklardan farklı olduğu gerçeğini aksettirir. Bu nedenle hukukun hedefleri *halife*, liderlik (*imamet*), danışma (*şûra*), cihad, kaza yoluyla adaleti tesis etmek ve dayanışma kavramlarını ele almaktadır.<sup>65</sup>

Dördüncü alan hukukun bir bütün olarak insanlığı ilgilendiren amaçlarıdır. Atiyye, Müslüman olmayanların İslam hukukuna uymak yerine Allah’a imana davet edildikleri konumun ötesine geçmekte ve ilahi hukukun evrensel hukuk kurallarının akla ve mantığa dayalı olarak bütün insanlar tarafından benimsenmesini istemektedir.<sup>66</sup> Hukukun bu evrensel ilke ve amaçları karşılıklı anlayış ve işbirliğidir, misalen çevreyi koruyarak, suçla mücadele ederek ve tarım, sanayi ve hizmetleri geliştirerek yeryüzünde insanın halifeliğini gerçekleştirmektir, adalete dayalı dünya barışını sağlamaktır, insan haklarını savunmaktır ve İslam’ın mesajını yaymaktır.<sup>67</sup> Bu evrensel ilkeleri uygulamak Müslüman dış politikasının ve uluslararası ilişkilerin hedefidir.<sup>68</sup>

Hukukun amaçlarına ilişkin modern öncesi yorumlara ilişkin bir diğer eleştiri de beş temel değer doğasının maddi terimlerle tanımlanmasına yöneliktir. Yahya Muhammed, hukukun korunmasını amaçladığı değerlerin geleneksel tanımının sadece insanlığın maddi ihtiyaçlarını yansıtmasından şikayet eder. Bu maddi yönlerin sadece İslam hukukunun temel ve nihai amaçlarına (*makâsıd-ı gâiyye*) yani saadete ulaşmanın şartları olduğunu savunur.<sup>69</sup> Muhammed, hukukun maddi olmayan hedefleri arasında “ibadet ve teslimiyet (*ta’abbud*), akletme (*ta’akkul*), özgürleşme (*taharrur*), ilahî ahlakla ahlaklanma (*tahalluk*), birleşme (*tevahhud*) ve kemale ermeyi (*tekemmül*)” sayar.<sup>70</sup>

Yukarıda arz edilen fikirlerinden anlaşılacağı gibi modern dönemin İslam hukukçuları, seleflerine nazaran İslam hukukunun amaçları hususunda daha geniş yorumlar yapmışlardır. Onlar Şâri’nin muradını, Gazali tarafından tanımlanan insan varlığının beş temel değerini korumaya irca

<sup>62</sup> Age, 120. Atiyye, medya kaynaklarının bozulmasının nasıl tanımlanacağı ve önleneceği konusunda ayrıntılı bilgi vermez

<sup>63</sup> Age, 203. Atiyye profesyonel ve mesleki eğitimi kolektif bir görev (*farz-ı kifaye*) olarak görür.

<sup>64</sup> Age, 124-31.

<sup>65</sup> Age, 131-41.

<sup>66</sup> Age, 142.

<sup>67</sup> Atiyye burada her şeyin yaratıcısı olarak Allah’a ve onun elçisi olarak Muhammed’e imana odaklanmaktadır.

<sup>68</sup> Age, 142-49.

<sup>69</sup> Age, 103.

<sup>70</sup> Age, 87’deki dipnot.

eden anlayıştan uzaklaşırlar. Bunun yerine adalet, özgürlük ve insan hakları gibi daha soyut değerlerle meşgul olurlar ve hukukun amaçlarına dair saydıkları unsurlara bireysel düzeyden ziyade toplumsal olanları yerleştirirler. Bununla birlikte daha genel olan sosyal amaçlara yönelmek, İslam hukukunun maksatlarını tam olarak tanımlamayı da zorlaştırmaktadır. Atiyye'nin yorumunda görüldüğü üzere aklın korunması, “beyin yıkayan” zararlı medyanın da önlenmesini kapsar; ancak neyin bu şekilde değerlendirilmesi gerektiği ve tehlike altındaki zihinlerin korunmasından kimin sorumlu olduğu meselesi henüz vuzuha kavuşturulmamıştır. Tanımlamada böyle bir sarahat eksikliği, esnek ve değişen uygulamalara izin verebileceği gibi devlet kurumları ve baskı grupları tarafından Şâri'nin niyetleri adı altında bunu istismar ederek otoriterleşmeye yol açabilir.

### ***Fıkıh Usûlü için Yeni Bir Çerçeve?***

Yukarıda da belirtildiği gibi bu makalenin bir iddiası da ilahi hukukun maksatları hakkındaki mevcut tartışmaların İslam hukuku hükümlerinin çıkarıldığı kaynaklar meselesini de etkilediğidir. Nadiren açık bir şekilde ifade edilmesine rağmen İslam hukukunun maksatlarına odaklanmak, özellikle İcma ve Kıyas aleyhine, “geleneksel olarak kabul edilen” dört hukuk kaynağı çerçevesinin hasarına neden olmaktadır.<sup>71</sup> Fakihler sadece bunları daha az dikkate almakla kalmaz, aynı zamanda bu nassa dayanmayan kaynaklar genellikle fıkhi hükümleri belirlemek için ilke ve yöntemler olarak önemsiz addedilirler.

Bu önemsizleştirmeden pratikte en az etkilenen hukuk kaynağı *İcma*'dır. İcmanın hükümlerin keşfedildiği bir metot olmaktan ziyade hükümlerin savunulması için bir araç olduğu söylenebilir. Esasen bir yaptırım aracı<sup>72</sup> olarak işlev görür ve hüküm çıkarma süreçlerinde veya hükmü bulunmayan meseleleri ele almada etkisi çok azdır. Geçmişte fakihler çoğunlukla kendi fıkhi yorumlarını desteklemek veya rakiplerini gözden düşürmek için belirli bir konuda İcma'nın bulunduğunu ifade ederlerdi.<sup>73</sup> Çağdaş dönemde İcma'nın bir yasama meclisi<sup>74</sup> olarak yeniden yorumlanmasının yanında örneğin Bûtî hukukun kaynaklarından bahsederken icmayı sürekli olarak atlamaktadır.<sup>75</sup> O, İcma'ya açıkça fikhın diğer kaynakları ile aynı ilgiyi göstermez.

İcma'nın hukuk düşüncesine çok az pratik hizmet (*hizmet-i ameliyye*) sunduğu düşüncesi, onu açıkça reddetmekten çekinse bile gerçekte bağlantılı olmadığını ve İslam hukukundaki “durgunluğa” (*cumûd*)<sup>76</sup> katkıda bulunduğunu söyleyen Hamlişi tarafından ifade edilir. Mavil İzzi Dien, İcma'nın rolünü Hamlişi'den daha açık bir şekilde eleştirmektedir. İcmanın sadece yasamada kullanılabilecek bir hükümler mahzeni teşkil eden bir hukuk kaynağı olarak görülmesi gerektiğini savunur. Buna dayanarak Dien, yalnızca anlaşmazlıktan (*hilaf*) sonra üzerinde mutabık kalınan kararları icma olarak

<sup>71</sup> Bir hukuk kaynağı olarak hadisin bile çağdaş muarızları vardır (krş. Daniel Brown, *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996, özellikle 2. Bölüm).

<sup>72</sup> Krş. Hallaq, *History of Islamic Legal Theories*, 75.

<sup>73</sup> İbnü'l Munzir'in (ö. 318/930) *el İcma* kitabı, erken dönem Müslüman alimlerin “kabul ettiği anlaşılan” yedi yüzün üzerinde icmayı listeleyen az sayıdaki eserden biridir (krş. Scott C. Lucas, “Abu Bakr Ibn al-Mundhir, Amputation, and the Art of *Ijtihād*,” *International Journal of Middle East Studies* 39 [2007]: 351-68, 352).

<sup>74</sup> Krş. Hallaf, *Masâdiru't Teşri*, 165.

<sup>75</sup> Krş. Bûtî, *Davâbitu'l Maslaha*, 15.

<sup>76</sup> Hamlişi, Vichetu'n Nazar, c. 2, 127.

sayarken tartışmasız kabul edilenleri dışlar.<sup>77</sup> İhtilafli meselede kimlerin fikir beyan etmeye ehil olup olmadığını belirlemek pratikte zor olduğu ve İcma'ya da ulaşıp ulaşılmadığını tespit etmenin de güçlüğü dolayısıyla birçok fakihin bu delile pek dikkat etmemesi şaşırtıcı değildir. Bugün icmanın hüküm çıkarma kaynağı olarak rolü fiilen gözardı edilebilir ve muhtemelen geçmişte de böyle yapılmıştır.

İcma'ya yapılan atıfların azlığına karşın Kıyas, hukuki akıl yürütme için sarsılmaz bir kaynak temin eder. Muteber metinlerdeki hüküm ve ibarelere benzeterek yeni meseleler hakkında hükme varmak, geleneksel hüküm çıkarmanın belkemiğidir.<sup>78</sup> Hem asıl hükümde (*asl*) hem de hükmü nasslarda bulunmayan meselede (*fer'*) hükmün konuluş gerekçesi (*ratio legis, illet*) ikisinde de benzer özellikleri gösteriyorsa Kur'an ve Sünnet'teki açık hüküm kıyas yoluyla yeni meseleye de bağlanır. Ortak illet, daha önce görülmeyen bir meselenin hükmünü mevcut bir hükmün uzantısı haline getirerek, hukukun ilahi kaynaklarından türedildiğini iddia edebilen bir hukuk sistemi oluşturdu.<sup>79</sup> Fikhi kaide türünün yükselişi, fiili hüküm çıkarma usûlünde kıyasın uygulanmasını zaten azaltmış olsa da<sup>80</sup> modern dönem fakihleri hükme ulaşma yolu olarak maslahatı ve İslam hukukunun maksatlarını müdafaa ederek bu usûlî hukuk kaynağını bir kenara bırakmışlardır.

Çağdaş alimler, *ratio legis*'i (hükmün konuluş gerekçesini) tespit etmenin müesses yollarını eleştirmektedirler. İbn Aşur, hükümlerin nasslarda bulunan somut niteliklerine benzerliklerin, geçerli hükmün belirlenmesinde tek kriter olmaması gerektiği konusunda uyarmaktadır. O, hukukun amacına bakmak yerine fikhi bir hükümde belirlenen bir kriteri kıyas için *ratio legis* olarak kabul eden fakihleri eleştirir.<sup>81</sup> Şer'î hükümlerin Şâri'nin muradını kapsadığının kesin olarak bilinmesi, ulemanın -açık veya gizli olsun- ilahi yasamanın gerekçelerini ve yine amaçlarını bilmesi gerektiği anlamına gelir.<sup>82</sup> İbn Aşur, kıyasın uygulanmasına iki tür ekleyerek bir inceliğe dikkat çeker. Bunlardan biri hükmün kendisine bağlandığı vasıf (*menat*) veya konuluş sebepleri (*esbab*) olan niteliklere dayanmaktadır.<sup>83</sup> Diğeri ise Şâri'nin muradına dayanır. Bu noktada kıyasa temel alınan nitelikler, alkollü içecekleri yasaklamak için sarhoş olma (*iskar*) gibi -ki İbn Aşur buna türetilmiş/ikincil (*fer'iyye*) demektedir- hükmün konuluş gerekçesi olarak görülen özellikler ile İslam hukukunun evrensel amaçlarıdır. Bunlar da iki yönlüdür: ya yakın (*karib*) bir amaç (örneğin aklı korumak) ya da genel amaç (yani maslahata ulaşmak ve mefsedeti engellemek) ile ilgilidir. İbn Aşur, fakihlerin

<sup>77</sup> Mawil Izzi Dien, "Maşlahâ in Islamic Law: A Source or a Concept? A Framework for Interpretation," in *Studies in Honour of Clifford Edmund Bosworth*, ed. Ian Richard Netton (Leiden: Brill, 2000), vol. 1, 345-56, 354.

<sup>78</sup> Fıkıh usûlü çalışmalarında kıyasa ayrılan yer buna dair fikir verebilir. Gazali'nin *Mustafa*'sında kıyas bölümü kabaca yüz sayfa tutar (1995'te Beyrut'ta yayımlanan Dâru's Sadr baskısında yaklaşık yedi yüz sayfa). Cuveynî 1.360 sayfalık *Burhan* kitabında kıyas ile ilgili konulara dört yüz sayfa ayırır, ed. Abdulazim ed Dîb (Kahire, Dâru'l Ensar, 1400/1980)

<sup>79</sup> Hallaq üzerinde titizlikle durduğu gibi kıyas türleri arasında sayılan akıl yürütme biçimleri kıyasi argümanların dışına düşmektedir ve hukukun nasslardaki kaynakları ile bağlantılarında mantıklı bir titizlikten yoksun olabilir. (Wael B. Hallaq, "Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical *Qiyās*," *Arabica* 36 [1989]: 286-306; aynı müellif, "Logic, Formal Arguments and Formalization of Arguments in Sunnī Jurisprudence," *Arabica* 37 [1989]: 315-58; aynı müellif, *History of Islamic Legal Theories*, 82-107).

<sup>80</sup> Krş. Opwis (Maşlahâ and the Purpose of the Law, 141). Burda taklid usûlünde hukukçunun yerleşik kurallara atıfta bulunmasının kıyasta illet tespitinin karmaşık yöntemlerini uygulamaktan daha kolay olduğu iddiasında bulunulur. Ayrıca bkz. Sherman Jackson, *Islamic Law and the State: The Constitutional Jurisprudence of Shihâb al-Dîn al-Qarâfî* (Leiden: Brill, 1996), 92-100.

<sup>81</sup> İbn Aşur, Makâsıd, 45.

<sup>82</sup> Age, 48.

<sup>83</sup> Örneğin, "icab" ve "kabal" ifadeleri, bir satış işleminin sonuçlandırılması için gerekli araçlardır.

hüküm çıkarırken “yakın külli amaçları” ya da “yüksek tümelleri” hiyerarşiye bağlamak yerine genellikle benzerliklere ve cüz’iyata dayanan kıyasa başvurularından yakındır.<sup>84</sup> O, birçok fakihın bir benzerlik göstergesini Allah’ın ifade ettiği anlamı gösteren doğrudan bir ok olarak düşündüğünü iddia eder.<sup>85</sup> Bunun aksine o, maslahata tümevarımla ulaşmanın, kıyasın temeli (*asl*) olarak belirli bir vasıf kullanmaktan daha uygun ve yeterli olduğunu savunur.<sup>86</sup> İbn Aşur’un şârihi İsmail Hasanî bu düşünceyi daha açık bir şekilde ortaya koyar, “fer’î hükümleri (*fîru*) belirli illetleri dikkate alarak metinsel delillere (*usûlü’l mansusa*) atfetmek yerine metinsel olmayan kaynaklara yani yakın ve yüksek amaçlara da atfedilmesi gerektiğini”<sup>87</sup> söyler. İbn Aşur’un yorumu böylece kıyası, belirli bir ifadeden başka bir özelliğe geçen analogi ile tündengelimine dayanan bir akıl yürütme yönteminden ziyade, İslam hukukunun evrensel amaçlarını ortaya çıkarmak için tümevarımsal akıl yürütme sürecini ihtiva edecek şekilde genişletir. İslam hukukunun maksatlarına bakarak fakihler, Peygamber zamanında ele alınmayan meselelere hukuki çözümler bulabilirler.<sup>88</sup> İbn Aşur, bu tür çözümleri maslahata dayandırarak onların “İslami hukuk kuralları” olduğundan emin olabileceğimizi söyler.<sup>89</sup>

İbn Aşur, kıyas anlayışını Şâri’nin daha geniş ölçekteki muradlarını da içerecek şekilde genişletirken diğer alimler diğer hüküm çıkarma yöntemleriyle birlikte kıyası maslahat altında toplayarak ters yönde hareket ederler. Örneğin Hüseyin Hamid Hassan’ın fıkhi hüküm istihraç etmek için İslam hukukunun kaynaklarını Kur’an, Sünnet, İcma ve maslahat şeklinde sıraladığını görmekteyiz. Sonuncu kaynak; analogi (kıyas), maslahat-ı mürsele, zararı önleme (*sedd-i zera’i*), fakihin tercihi (*istihsan*) ve hile-i şer’iyeye (*hiyel*) engel olmayı da ihtiva eder.<sup>90</sup> Hassan’ın anlayışında maslahat, nasslarda açıkça belirtilmeyen bir hükme varmayı amaçlayan hukuki süreçte kendi başına bir kaynak haline gelmiş gibi görünmektedir.<sup>91</sup> Hassan’ın neyin bir hukuk kaynağı oluşturduğuna dair yorumu oldukça yeni olmasına rağmen, o sadece ilahi hukukun bize neyin maslahat olduğunu söylediğini -akıl burada hiçbir rolü olmadığını- vurgular. Onun maslahat tanımı ve kategorileri, Gazali ve Razi tarafından ortaya konan tasnife yakın bir şekilde biçimlendirilmiştir.<sup>92</sup>

Maslahatı çeşitli hüküm çıkarma yöntemlerinin altında toplandığı yeni bir hukuk kaynağına yükselten benzer bir yaklaşım İzzi Dien tarafından dile getirilir. Örneğin o, *sedd-i zera’i* kavramını maslahatı belirlemek için bir yol olarak görmektedir.<sup>93</sup> Genel olarak İzzi Dien, bir bilgi hazinesi oluşturan hukuki kavramların birer hukuk kaynağı olarak görülmesi gerektiğini savunur. Bu nedenle o, aynı zamanda sahabe görüşlerini (*kavlu’s-sahabe*) ve önceki şeriatlardan hüküm çıkarmayı (*şer’u men kablena*) da hukuk kaynakları arasında değerlendirir.<sup>94</sup> Maslahatı nelerin oluşturduğuna dair özelliklerin fakihlere hükümleri belirlemede rehberlik eden bir bilgi sermayesi temin ettiğinden

<sup>84</sup> Age, 108.

<sup>85</sup> Age, 108.

<sup>86</sup> Age, 83-84.

<sup>87</sup> Hasanî, *Nazariyyâtu’l Makâsîd*, 437. O, İbn Aşur’un yorumunun, genel kabul gören delille hükme varmaya (istidlal) dayalı analogi ve hüküm çıkarma anlayışını değiştirdiğinin farkındadır (age).

<sup>88</sup> Bu tür analogik akıl yürütme, sıklıkla “onaylanmamış” maslahat (*maslahat-ı mürsele*) olarak adlandırılan ve büyük ölçüde modern öncesi fakihler tarafından kabul edilen yöntemdir.

<sup>89</sup> Orijinal ifadesiyle *ahkâmu’s şeriatî’l İslamiyye* (İbn Aşur, *Makâsîd*, 83).

<sup>90</sup> Hüseyin Hamid Hassan, *Usûlü’l Fıkh* (Kahire, Dâru’n Nahdati’l Arabiyye, 1970), 16, 31 ve 307.

<sup>91</sup> Krş. Age, 306-08.

<sup>92</sup> Krş. Age, 309.

<sup>93</sup> Izzi Dien, “*Maşlahâ* in Islamic Law,” 351 ve 353.

<sup>94</sup> Age, 355.



maslahat, İzzi Dien'e göre bir hukuk kaynağıdır. O, hukuk kaynaklarına ilişkin yorumunun "Gazali'ye göre muhayyel kaynaklar arasında" sayılarak kabul edilmediğinin farkındadır.<sup>95</sup> Esasında İzzi Dien'in İslam hukukunun kaynakları (*usûlü'l-fikh*) olarak kabul edilmesi gerekenleri genişletmesi, kutsal olmayan metinlerin ve kavramların (Sahabe görüşlerinin, İslam öncesi şeriatların ve maslahatın) kutsal olan Kur'an ve hadis nasslarıyla eşit bir yeri olduğu anlamına gelmektedir. Önceki alimler, İslam öncesi şeriatlara ve sahabe görüşlerine başvurmuş olsalar da bunlar her zaman hüküm çıkarmada tâli bir konuma sahipti.

Hamlişi bir adım daha ileri gider ve "ikincil deliller (*edille-i izafiyye*)" dediği İcma, Kıyas, fakihin tercihi (*istihsan*) ve muteber oluşu belirlenmemiş maslahatın (*maslahat-ı mürsele*) kaynağı (*masdar*) olduğunu deklare ederek İslam hukukunun maksatlarını hukuk teorisinin merkez kutbu haline getirir. Böylece o, hüküm çıkarma sürecinde İcma ve Kıyası daha önce ikincil bir hüküm çıkarma yöntemi olarak anlaşılan ve hatta Şafii mezhebi tarafından reddedilen istihsan ile aynı seviyede görerek bunların hukuk kaynağı olarak önemini azaltmaktadır. Hamlişi İslam hukukunun maksatlarının Kur'an ve Sünnet nasslarıyla ilişkisini izah etmese de Kur'an ve hadislerdeki özel ve cüz'î hükümlerin makâsıdın altında toplanabileceğini ima ederek şer'î hükümleri kapsayan belirli tümelleri (*külliyat-ı kat'iyye*) oluşturduğunu kabul eder.<sup>96</sup> Sonuç olarak İslam hukukunun maksatları -maslahata ulaşmak ve mefsedeti önlemek- kendi başına bir hukuk kaynağı haline gelmişlerdir.

## Sonuç

Yukarıdaki takdim, İslam alimleri arasında İslam hukukunun maksatları ve birey ile topluma nasıl uygulandıkları hakkındaki canlı entelektüel tartışmaları yansıtmaktadır. Pek çok İslam hukukçusu, analogik akıl yürütmeye ve fikhi kaidelere başvurmanın hakim olduğu hüküm çıkarmanın "geleneksel" yolunu dünyalarındaki hukuki sorunlara çözüm bulmakta yetersiz görmektedir. Mevcut hukuki ihtiyaçlara hitap etmek için uygun yöntem arayışı, İslam hukuku perspektifini temsil eden rehber ölçütler olarak İslam hukukunun maksatlarına (*makâsıdu's-şeri'a*) ve maslahata odaklanmaktadır. Günümüzde çoğu İslam hukukçusu yorumlarını modern öncesi alimlerin, özellikle Gazali ve Şatıbî'nin kavram ve tanımlarına dayandırsa da maslahat ve makâsıdı kendi dünya görüşlerine uyarlayarak onlardan ayrılırlar. Çağdaş İslam hukukçuları tarafından dile getirilen bir eleştiri, vahyettiği hukukta Allah'ın maksadını din, can, akıl, nesil ve mal olarak beş külli ve temel zaruri değerle sınırlayan Gazali'nin tanımının ilahi hukukun amacını yakalamak için çok dar ve sadece mümin bireye odaklanmış olmasıdır. İslam hukukunun maksatlarının uygulama kapsamını genişletmek için çağdaş alimlerin çoğu birey düzeyinden toplumu genel olarak etkileyen daha geniş maslahat çeşitlerine yönelmektedir. Zaruri değerlerin tanımını ve sayısını yeniden gözden geçiren İslam hukukçuları, bu değerlerin anlam alanlarının ve "koruma (*hıfz*)" anlayışının genişletilmesini savunmaktadırlar. Örneğin onlar, Gazali tarafından iddia edilen alkol tüketimini yasaklayarak aklın korunmasının (*hıfzu'l-akl*) sağlanacağı düşüncesinin ötesine geçerler. İbn Aşur, akla zarar veren somut unsurlara afyon, haşhaş ve eroin gibi akli bulandıran maddeleri de dahil eder.<sup>97</sup> Mesela Bûtî'nin

<sup>95</sup> Age, 355.

<sup>96</sup> Krş. Hamlişi, *Vichetu'n Nazar*, c. 3, 19.

<sup>97</sup> Bkz. İbn Aşur, *Makâsıd*, 80. İbn Aşur, bahsettiğimiz örnekler eğlence amaçlı uyuşturucularla sınırlı olsa da aklın korunmasının, bireyin yanı sıra toplumsal düzeyde insanların aklına zarar vermenin önlenmesi anlamına geldiğini açıkça belirtmektedir.

insanların düşünceleri üzerindeki olumsuz etkileri önlemek için devlet sansürü lehine görüş beyan ettiğini dahi görürüz.<sup>98</sup> Benzer şekilde Atiyye medyanın ayartıcı etkilerini yasaklamayı talep eder. Bunu daha yüksek bir kolektif uygulama seviyesine çıkaran Atiyye, akli korumanın fikhî maksadını, zorunlu eğitim ve “bilimsel zihniyet” geliştirme çağrısı olarak yorumlar.<sup>99</sup> Bu düzeyde artık sadece bireysel olarak akla zararlı maddeleri yasaklamak için değil aynı zamanda tüm bir toplum için düşünsel faaliyetlerin geliştirileceği bir ortamı teşvik amacı güdülür.

Kolektif uygulama seviyelerine yönelik bu temayül, İslam hukukçularının bireyin toplum ve devletle olan ilişkisine dair modern duyarlılıklar ve tutumlar ışığında insan varlığının temel zaruri değerlerini yeniden yorumlanmasına sebep olur. Onlar, modern toplumun endişelerini yansıtan adalet, eşitlik, bireysel özgürlük, insan hakları, siyasi katılım ve fırsat eşitliği gibi kolektif değerleri de zaruriyat kapsamında değerlendirirler. İslam hukukunun bu küllî maksatları nasslardaki hüküm veya ibarelere bağlı olmayıp İslam hukukçuları tarafından nasslardan tümevarımsal olarak çıkarılır. Dahası çağdaş İslam hukukçuları bunları devredilemez, Allah’ın bahsettiği hak ve yetkiler olarak görürler.

Çağdaş İslam hukukçularının İslam hukukunun maksatlarına ilişkin yorumlarını eleştiren ve ilahî maksatların deklare edilen evrenselliğinin bir zaman ve mekanda uygulandığında maddi ve pratik olarak boş ve somut faydasının olmadığından yakınan Jackson’un aksine<sup>100</sup> evrensel sosyal değerlere bağlılık yönündeki bu gelişme, İslam hukukunun maksatlarının modern yorumlarının gücü olarak görülebilir. Soyut değerler duruma ve bağlama göre somutlaştırılmaya uygundur. Böylece soyut düzeyde evrensellikleri (ve ebedi, Allah tarafından verilen geçerlilikleri) korunurken, pratikte de çeşitli kararlar ve politikalar mümkün hale gelir. Daha büyük soyutlama, bir hukuk sisteminin yer ve zamana göre uyarlanabilir olmasını, küllîlerin sabit kalmasını ve cüz’î koşullara göre değişmesini sağlar. Bu, evrenselcilik ile Jackson’ın yanlış evrenselcilik dediği soyut değerlerin öznel yorumlanması arasındaki (muhtemelen çözümsüz olan) çatışmayı çözmez.<sup>101</sup> Dahası alimler henüz eşitlik ve özgürlük gibi değerlere ilişkin olarak bireysel ve kolektif arasındaki ilişkiyi ve pozitif ile negatif haklar arasındaki farkı ele almamışlardır.

Çağdaş tartışmalarda büyük ölçüde eksik olan, küllîleri ve onlardan türetilen cüz’îleri kimin belirlediğine ilişkin sorulardır. İslam hukukunun maksatlarının farklı yorumlarını karşılaştırırken çok çeşitli sonuçlara varmamız şaşırtıcı değildir. Örneğin Duderija ve Attia, “sevgi” (*meveddet*), “şefkat” (*rahmet*) ve “huzuru” (*sekinet*) aile planındaki ilahi maksatlar olarak tanımlarlar. Fakat Duderija bu maksatları toplumsal cinsiyet eşitliğine dayanan bir İslam aile hukukunun kanıtı olarak değerlendirirken, Atiyye onları geleneksel toplumsal cinsiyet hiyerarşilerini öne sürmek için kullanır.<sup>102</sup>

<sup>98</sup> Krş. Bûtî, *Davâbitu'l Maslaha*, 252-53.

<sup>99</sup> Attia, *Towards Realization*, 120.

<sup>100</sup> Jackson, “Literalism, Empiricism, and Induction,” 1479. Bu makalede sunulan aklın korunmasına yönelik örneklere ve soyutlama düzeylerine dayanarak, Jackson’ın alkol ve uyuşturucuyu yasaklamının bu fikhî maksadın tek uygulaması olduğu yorumu gözden geçirilmelidir.

<sup>101</sup> Age, 1480-82 ve 1485.

<sup>102</sup> Adis Duderija, “Maqâşid al-Sharī‘a, Gender Non-patriarchal Qur’ân-Sunna Hermeneutics, and the Reformation of Muslim Family Law,” in *Maqâşid al-Shari‘a and Contemporary Reformist Muslim Thought*, pp. 193-218,

*Makâsıdu’ş-şeri’a* hakkındaki mevcut tartışmalar da ilahî hukukun kaynaklarına ilmî bakışta da bir değişiklik olduğunu göstermektedir. Kur’an ve Hz. Peygamber’in hadislerinin aslî hukuk kaynakları olması birkaç istisna dışında sorgulanmamakla birlikte, İcma ve Kıyas temelini kaybetmektedir. İslam hukukunun maksatlarına rehber ölçüt olarak yönelinmesi, *maslahatın* hüküm çıkarma sürecindeki işlevini geliştirir. Böyle bir eğilim devam ederse İslam hukukunun kaynaklarının daha açık bir şekilde yeniden tanımlanması, Kur’an ve hadislerin yanında *maslahatı* da içeren yeniden tanımlanmaların yapılması müşahede edilebilir. Öyleyse Allah’ın teşrîdeki muradının yeniden somutlaştırılması olarak *maslahat*, nasslar hukuki bir meseleyi açıkça çözemediğinde aslî bir hukuk kaynağı haline gelebilir. Bu, İslam hukukçularına modern dünyanın değişen ortamını ele alma konusunda daha fazla esneklik kazandıracak ve onların daha önce rastlanmamış meselelere onları ilahi hukukun maksatlarıyla ilişkilendirerek çözüm bulmalarını sağlayacaktır. Bunun yanında *maslahatın* somut terimlerle nasıl tanımlanacağına ve Kur’an ile Sünnet nasslarının açık hükümleriyle ilişkisine dair mutabakat eksikliği, murad-ı ilahî adına çok fazla tartışma ve suistimale kapı aralar.<sup>103</sup>

İslam hukukunun maksatlarına yönelik yoğun dikkat ile ilgili başka bir gözlem, uygulanmasının bir “devlet ideolojisine” yaklaşmasıdır. İslam hukukunun maksatları artık hukukun kaynakları veya hüküm çıkarma süreciyle ilgili olarak tartışılmamakta; bunun yerine İslam hukukçuları tarafından kontrol edilen hukukî alanın ötesinde bir eylem ve politika ideolojisi olarak kullanılmaktadır. Uygulamada İslam hukukunun maksatlarını göz önünde bulundurma sorumluluğu; politikalar uygulayarak ve yasaları yürürlüğe koyarak Allah’ın insanoğlu için koyduğu hedefleri gerçekleştiren ve zarurî değerleri koruyan kurumlar olarak devlete yüklenir. Bu, modern ulus devlette hukukun rolü ve devletin hukuk alanındaki münhasır yetki iddiasını yansıtan büyük bir değişimdir. Artık belirli bir hükmün veya eylemin yönünün Şâri’nin maksatlarına uygun olup olmadığına karar vermek durumunda olan ferdî hukukçular değil; salgınların patlak vermesini önlemek veya bilimi teşvik etmek yönündeki politikaları uygulamakla yükümlü tutulan devlettir.<sup>104</sup> Bu bağlamda *makâsıdu’ş-şeri’a* İbn Teymiye’nin *siyaset-i şer’iyye* (ilahî hukuka göre yönetim) dediği şeye benzer. *Makâsıdu’nun* bu şekilde kullanımı bir yandan İslam hukukunun modern devlette atıl kalmamasını sağlayabilir, diğer yandan da devletin yasalarını ve politikalarını gerçek anlamda İslamî hale büründürerek devlete meşruiyet kazandırabilir. Devletin tüm yasama işlemleri ve kurumları, Allah’ın insanları *maslahata* ulaştırma ve *mefsedetten* uzak tutma maksadına uygun olmalıdır. *Makâsıdu’nun* bu yeni yorumları, modern devletin dünya görüşü veya ideolojisi olarak İslamî bir bakış açısını yansıtmaktadır.

Bunlarla birlikte bir tür *siyaset-i şer’iyye* veya kamu politikaları için bir tasarı olarak *makâsıdu & maslahat* yaklaşımını kullanmak şu anda oldukça belirsiz ve soyut kalmaya devam etmektedir.

206 ve 215; Attia, *Towards Realization*, pp. 124-31. İbn Aşur, ilahi bir amaç olarak eşitliğe de -cinsiyeti kapsamasa da- vurgu yapar (krş. *Makâsıdu*, 95-99).

<sup>103</sup> *Makâsıdu’ş-şeri’a* ile ilgili tartışmalar, örneğin ahval-i şahsiyenin (kişiler, aile ve miras hukuku) günümüz şartlarına ve tutumlarına uyarlanmasına izin verecek şekilde Kur’an’ın münferit hükümlerini, hukukun evrensel amaçlarına entegre eden etraflı ve uyumlu bir teorinin inşa edilmesine yönelik ciddi girişimlerden büyük oranda mahrumdur.

<sup>104</sup> Atiyye’nin ifade ettiği gibi (Attia, *Towards Realization*, 120), ilköğretime bireysel bir yükümlülük, profesyonel ya da mesleki eğitime kolektif bir görev demek devletin ilköğretim düzeyinde her çocuk için zorunlu eğitim sağlaması, bunu uygulaması ve meslek okullarıyla yükseköğretim kurumlarının erişirliğini sağlaması olarak pratiğe aktarılmaktadır.

Dini çoğulculuk realitesi ve dini sorumluluğa (*teklif*) karşı farklı tutumlar gibi zor meseleler (Müslüman olmayanlar için eşit olmayan bir zimmî statüsü oluşturmadan ve din değiştirme özgürlüğünü kullanan Müslümanları suçlamadan) tatmin edici bir şekilde ele alınmamıştır.<sup>105</sup> Benzer şekilde, Müslümanların tutumlarının değiştiği durumlarda Kur'an metninin cüz'ilerini *makâsıdın* küllîleriyle nasıl uzlaştıracığımız çözülmemiş bir meseledir.<sup>106</sup> Yine de hukukçuların İslam hukukunun maksatlarına dikkat çekmeleri ve son yıllarda dile getirilen yenilikçi yorumlar, sadece *usûl-i fikh*ın anlaşılma ve uygulanma biçimlerini değiştirme imkanına değil, aynı zamanda modern dünyada *şeriata* bir rol ve yer bulmak için yeni yollar açma potansiyeline de sahiptir.<sup>107</sup>

---

<sup>105</sup> Tunuslu düşünür Gannuşi hakkındaki müzakeresinde Kerim Sadık, İslam hukukunun maksatlarını, tüm vatandaşların din özgürlüğü ve eşitliğinin uygulanabileceği kapsayıcı ilkeler olarak kullanmayı amaçlamaktadır. O, *makâsıdu's-şerianın* en soyut ifadelerinin anayasal ilkelerle aynı şekilde işlev görmesini öngörmektedir. Karim Sadeq, "Maşlahâ and Rashid al-Ghannushi's Reformist Project," in *Maqâsid al-Shari'a and Contemporary Reformist Muslim Thought*, 151-75).

<sup>106</sup> Buna bir örnek, özellikle Tarık Ramazan'ın 2005'teki uygulamaları ile ilgili bir moratoryum çağrısının ardından, son yıllarda incelenmeye başlanan *hudûd* olarak adlandırılan Kur'an'da öngörülen bedensel cezalardır. <<http://www.islamonline.net/English/News/2005-03/30/article07.shtml>> (E.T: 25.01.2017).

<sup>107</sup> Halen batılı İslam araştırmacıları sıklıkla İslam'ı modernliğe ve modernleşmeye karşıt olarak görürler. Bu tür görüşlere kısa bir bakış için bkz. Deina Abdelkader, "Modernity, the Principle of Public Welfare (*maşlahâ*) and the End Goals of Shari'a (*maqâsid*) in Muslim Legal Thought," *Islam and Muslim-Christian Relations* 14, 2 (2003): 163-74, 166.

### KAYNAKÇA\*

- Abdelkader, Deina, “Modernity, the Principle of Public Welfare (*maşlaḥa*) and the End Goals of Sharī‘a (*maqāşid*) in Muslim Legal Thought,” *Islam and Muslim-Christian Relations* 14, 2 (2003): 163-74.
- Atiyye, Cemaletdin, *Nahve Tef’ili Makāsıdı’ş-Şeria*, Şam: Daru’l Fikr, 2001 [İngilizcesi: Attia, Gamal Eldin, *Towards Realization of the Higher Intents of Islamic Law* (Arapça’dan çeviren Nancy Roberts, London: The International Institute of Islamic Thought, 1428/2007)].
- Badry, Roswitha, *Die zeitgenössische Diskussion um den islamischen Beratungsgedanken (şūrā) unter dem besonderen Aspekt ideengeschichtlicher Kontinuitäten und Diskontinuitäten*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 1998.
- Brown, Daniel, *Rethinking Tradition in Modern Islamic Thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 1996. [İslam Düşüncesinde Sünneti Yeniden Düşünmek, çev. Sabri Kızılkaya & Salih Özer, Ankara Okulu Yay., Ankara, 2009]
- Bûtfî, Said Ramazan, *Davâbitu’l Maslaha fi’ş Şeriati’l İslamiyye*, Beyrut, Müessesātu’r Risale, 4. Baskı, 1402/1982.
- Commins, David, *Islamic Reform: Politics and Social Change in Late Ottoman Syria*, New York: Oxford University Press, 1990. [Son Dönem Osmanlı Suriye’inde Islahat Hareketleri -Sosyal ve Siyasi Değişim-, çev. Yusuf Can Kılıç, Mahya Yay., İstanbul, 2014]
- Cüveynî, İmamı’l Haremeyn, *Burhan*, thk. Abdulazim ed Dîb, Kahire, Dâru’l Ensar, 1400/1980.
- Dien, Mawil Izzi, “Maşlaḥa in Islamic Law: A Source or a Concept? A Framework for Interpretation,” in *Studies in Honour of Clifford Edmund Bosworth*, ed. Ian Richard Netton (Leiden: Brill, 2000), vol. 1, 345-56.
- Duderija, Adis (ed.), *Maqāşid al-Shari‘a and Contemporary Reformist Muslim Thought: An Examination*, New York: Palgrave Macmillan, 2014.
- \_\_\_\_\_, “Introduction,” in *Maqāşid al-Shari‘a and Contemporary Reformist Muslim Thought*, pp. 1-11.
- \_\_\_\_\_, “Maqāşid al-Sharī‘a, Gender Non-patriarchal Qur’ān-Sunna Hermeneutics, and the Reformation of Muslim Family Law,” in *Maqāşid al-Shari‘a and Contemporary Reformist Muslim Thought*, pp. 193-218.
- Fasî, Allal, *Makāsıdu’ş Şeri‘ati’l İslamiyye ve Mekârimuha*, Kazablanka, Mektebetu’l Vahdeti’l Arabiyye, 1963. [İslam Hukuk Felsefesi, Kaynaklar-Yöntemler-Amaçlar, çev. Soner Duman & Osman Güman, Mana Yay., İstanbul, 2014]

\* Kaynakça kısmı makalenin orijinalinde olmayıp tarafımızdan eklenmiştir. Türkçe çevirisi olan eserler de burada belirtilmiştir (Çevirmen Notu).



- Gazali, Ebu Hamid Muhammad, *el Mustasfa min 'İlmi'l Usûl*, ed. Hamza b. Zuhayr Hafız, 4 cilt, Cidde: Şerikatu'l Medineti'l Münevvere li't-Tiba' ve'n-Neşr, 1993. [*Mustasfa, İslam Hukukunun Kaynakları*, çev. Yunus Apaydın, Klasik Yay., İstanbul, 2018]
- Hallaf, Abdülvehhab, *Masâdiru't Teşrii'l İslamî fi mâ lâ Nasse fih*, Kuveyt, Dâru'l Kelam li'n Neşr ve't Tevzi, 6. Baskı, 1414/1993.
- Hallaq, Wael B., *A History of Islamic Legal Theories: An Introduction to Sunnî Uşûl al-Fiḥ*, Cambridge: Cambridge University Press, 1997.
- \_\_\_\_\_, "Can the Sharī'a be Restored?" in *Islamic Law and the Challenges of Modernity*, ed. Barabara Stowasser and Yvonne Haddad, Walnut Creek, CA: Altamira Press, 2004, 21-53.
- \_\_\_\_\_, "Non-Analogical Arguments in Sunni Juridical *Qiyās*," *Arabica* 36 [1989]: 286-306. [Sünni Fıkhi Kıyasında Analojik Olmayan Kanıtlar, çev. Bilal Aybakan, *İLAM Araştırma Dergisi*, 1998, cilt: III, sayı: 2, s. 167-182]
- \_\_\_\_\_, "Logic, Formal Arguments and Formalization of Arguments in Sunnî Jurisprudence," *Arabica* 37 [1989]: 315-58. [Mantık, Formel Kanıtlar ve Kanıtların Sünni Fıkıh İlminde Formel Hale Getirilmesi, çev. Bilal Aybakan, *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1998-1999, sayı: 16-17, s. 195-236]
- Hamlişi, Ahmed, *Vichetu'n Nazar*, Rabat: Dâru'n Neşri'l Marife, 1998 (cilt 2), 2000 (cilt 3), 2002 (cilt 4).
- Hasanî, İsmail, *Nazariyyātu'l Makâsıd 'inde'l İmam Muhammed Tahir İbn Aşur*, Herndon, Virginia: International Institute of Islamic Thought, 1415/1995.
- Hassan, Hüseyin Hamid, *Usûlü'l Fıkh*, Kahire, Dâru'n Nahdati'l Arabiyye, 1970.
- Heinrichs, Wolfhart, "Qawā'id as a Genre of Legal Literature," in *Studies in Islamic Legal Theory*, ed. Bernard G. Weiss (Leiden: Brill, 2002), 365-84.
- Ibrahim, Yasir S., "An Examination of the Modern Discourse on Maqāşid al-Sharī'a," *The Journal of the Middle East and Africa* 5.1 (2014): 39-60.
- İbn Aşur, Muhammed Tahir, *Makâsıdu's Şeriatı'l İslamiyye*, Tunus: Şeriketu't Tunusiyye li't Tevzi, 1978. [İngilizcesi: *Treatise on Maqāşid al-Shari'ah*, Arapça'dan çeviren ve notlandıran: Mohamed El-Tahir El-Mesawi, London: The International Institute of Islamic Thought, 1427/2006; *İslam Hukuk Felsefesi*, çev. Vecdi Akyüz & Mehmet Erdoğan, Rağbet Yay., İstanbul, 2013]
- İbn Teymiyye, Ahmed b. Abdülhalim, *Mecmuu'r Resâil ve'l Mesâil*, 5 cilt, ed. Muhammed Reşid Rıza, Mekke: Daru'l Bâz li'n Neşr ve't Tevzi, 1976.
- Jackson, Sherman A., *Islamic Law and the State: The Constitutional Jurisprudence of Shihâb al-Dîn al-Qarâfî*, Leiden: Brill, 1996.

- \_\_\_\_\_, “Literalism, Empiricism, and Induction: Apprehending and Concretizing Islamic Law’s Maqāṣid al-Sharī’ah [sic] in the Modern World,” *Michigan State Law Review* (2006): 1469-86.
- Johnston, David, “A Turn in the Epistemology and Hermeneutics of Twentieth Century Uṣūl al-Fiqh,” *Islamic Law and Society* 11, 2 (2004): 233-82. [20. Yüzyıl Fıkıh Usûlünün Bilgi Kuramı ve Yorum Anlayışında Dönüşüm, çev. Adem Yığın, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, sayı: 17, İmam-ı Azam Ebu Hanife özel sayısı, s. 105-144]
- Kamali, Mohammad Hashim, “Legal Maxims and Other Genres of Literature in Islamic Jurisprudence,” *Arab Law Quarterly* 20, 1 (2006): 77-101.
- Karadavi, Yusuf, *Dirāse fî Fıkhi Makâsıd’ı-ş-Şeria: Beyne’l Makâsıd’l Kulliye ve’n Nusûsi’l Cuz’iyye*, Kahire, Daru’s Şurûk, 1427/2006. [*Şeriatın Amaçlarını Anlamak*, Nida Yay., İstanbul, 2019]
- Karafi, Ahmed b. İdris, *Şerhu Tenkihi’l Fusûl fî İhtisâri’l Mahsûl fî’l Usûl*, Kahire: Matba’atu’l Kulliyyati’s Şerife, 1381/1961.
- Khalil, Mohammed, “The Islamic Law Maxims,” *Islamic Studies* 44 (2005): 191-207.
- Layish, Aharon, “The Transformation of the Sharī’a from Jurists’ Law to Statutory Law in the Contemporary Muslim World,” *Die Welt des Islams* 44 (2004): 85-113.
- Lucas, Scott C., “Abu Bakr Ibn al-Mundhir, Amputation, and the Art of *Ijtihād*,” *International Journal of Middle East Studies* 39 [2007]: 351-68
- Opwis, Felicitas, *Maṣlaḥa and the Purpose of the Law: Islamic Discourse on Legal Change from the 4th/10th to 8th/14th Century*, Leiden: Brill, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Changes in Modern Islamic Legal Theory: Reform or Reformation?” in *An Islamic Reformation?* Ed. Michaëlle Browers and Charles Kurzman (Lanham: Lexington Books, 2004), 28-53.
- \_\_\_\_\_, “*Maṣlaḥa* in Contemporary Islamic Legal Theory,” *Islamic Law and Society* 12 (2005): 183-223.
- \_\_\_\_\_, “Shifting Legal Authority from the Ruler to the ‘Ulamā’: Rationalizing the Punishment for Drinking Wine During the Saljuq Period,” *Der Islam* 86 (2011): 65-92
- Rabb, Intisar A., *Doubt’s Benefit: Legal Maxims in Islamic Law, 7th-16th Centuries*, Ph.D. thesis, Princeton University, 2009.
- Reşid Rıza, *Yusru’l İslam ve Usûlu’t Teşrii’l Âmm*, Kahire: Mektebetu’s Selami’l Alemiyye, 1984.
- Sadeq, Karim, “*Maṣlaḥa* and Rashid al-Ghannushi’s Reformist Project,” in *Maqāṣid al-Sharī’a and Contemporary Reformist Muslim Thought*, pp. 151-75

Zaman, Muhammed Qasim, *Modern Islamic Thought in a Radical Age: Religious Authority and Internal Criticism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

\_\_\_\_\_, “The ‘Ulama of Contemporary Islam and their Conceptions of the Common Good,” in *Public Islam and the Common Good*, ed. Armando Salvatore and Dale Eickelman, Leiden: Brill, 2004, s. 129-55.

Ze’evi, Dror, “Back to Napoleon? Thoughts on the Beginning of the Modern Era in the Middle East,” *Mediterranean Historical Review* 19, 1 (2004): 73-94.

Zeyd, Mustafa, *el Maslaha fi ĩ Teşrii’l İslamî*, Kahire: Dâru’l Fikri’l Arabî, 1384/1964.

## NECMETTİN ERBAKAN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (NEÜHFD) YAYIN İLKELERİ

Derginin yazışma adresi: konyahukukdergi@gmail.com

1. Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (NEÜHFD), elektronik ortamda, yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. En az iki hakemli “kör hakemlik sistemi” uygulanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir. Dergiye gönderilen makaleler intihal programından geçirilmekte ve benzerlik oranının %20'yi geçmemesi esas kabul edilmektedir.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide İngilizce, Almanca ve Fransızca makalelere de yer verilmektedir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına, en az 75 kelimedenden oluşan özetler ve özetlerin yazıldığı dillerde başlık ve en az beşer anahtar kelime eklenmelidir. Türkçe yazılan makaleler için Türkçe özete ek olarak; İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinden birinde daha özet eklenmesi gerekmektedir. Yabancı dilde yazılan makaleler için ise makalenin yazıldığı dilde ve Türkçe özetlerin eklenmesi gerekmektedir.
5. Makalelerde, yazar adları, ünvanları, yazarın çalıştığı kuruluş bilgileri, elektronik posta adresleri ve ORC ID'leri açık ve doğru bir şekilde belirtilmelidir.
6. Yazarların dergiye gönderdikleri makalelerin denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle “basıma” hazır olarak verdikleri kabul edilir. Editör kurulu tarafından yapılan ön incelemede, bilimsellik (alan yönünden denetim) ölçütlerine ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar geri çevrilir.
7. Editör kurulunca ön değerlendirmesi yapılan makaleler, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak iki hakeme gönderilir. Yazarlara makalenin hangi hakemlere gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemlerin raporlarında düzeltme istemesi durumunda yazar, sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklik yapabilir. Yazar, hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri yaptıktan sonra hakemlerin önerisi doğrultusunda tekrar hakem denetimine başvurulabilir. Hakemlerden biri olumlu, diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale, üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör Kurulu/Baş Editör kararıyla yayına kabul edilir. Hakem incelemesine göre veya Editör kararıyla yayımlanmayan yazılar, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
8. Dergide, hakem denetiminden geçen makaleler dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar editör kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde tüm yayım hakları Necmettin Erbakan Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, yazara ayrıca telif ücreti ödenmez. Makaleler ile ilgili hukuki ve cezai sorumluluk yazarlara aittir.

Makaleler; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin Times New Roman-12 punto- normal stil; dipnotlar Times New Roman 10 punto normal stil olarak hazırlanmış olmalı ve DERGİPARK üzerinden editöre gönderilmelidir. Atıf yapılırken dipnot usulü kullanılmalı, aşağıda kaynakça örneklerinde gösterildiği şekilde dipnot atfı yapılmalıdır. Sayfa yapısı; üst ve alt 2,5 cm;

sağ ve sol 2 cm boşluk olmalıdır. Metin iki yana yaslı olarak yazılmalıdır. Kural olarak kaynakça ile beraber 30 sayfayı geçmemelidir (Dizgi esnasında sayfa sayısında ve yapısında değişme olabilir). Satır aralığı 1,15, paragraf sonra 10 nk boşluk şeklinde olmalıdır. Paragrafların ilk satırı 1,25 cm girintili, kaynakça ise asılı 1,25 cm şeklinde olmalıdır. Kaynakça, yazarların soy ismine göre alfabetik olarak, ilk satır asılı şekilde sıralanmalıdır. Makalenin ilk sayfasında;

- İlk olarak makalenin Türkçe başlığı koyu ve 14 punto,
- Yazarın Adı SOYADI sağa yaslı bir şekilde, (\*) şeklinde dipnotla, akademik ünvanı, çalıştığı kurum ve mail adresi,
- Bir satır boşluk
- 12 punto koyu bir şekilde “Özet”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin özeti
- En az 5 tane anahtar kelime
- Bir satır boşluk
- Makalenin yabancı dildeki başlığı koyu ve 14 punto
- Bir satır boşluk
- 12 punto ve koyu bir şekilde “Abstract”
- 11 punto en az 75 kelime makalenin yabancı dildeki özeti
- En az 5 tane yabancı dilde anahtar kelime
- Bir satır boşluk

• Sonra sayfa atlamadan GİRİŞ bölümüne başlanmalı, GİRİŞ ve SONUÇ başlıkları numaralandırılmamalıdır. Makalenin ana başlığı dışındaki bütün başlıklar 12 punto ve koyu olmalı bölümlendirme I/A/1/a şeklinde yapılmalıdır. Bu hususta en sondaki örnek metne bakılmalıdır.

11.Yararlanılan çalışmalar kaynakçada şu şekilde yer almalıdır (Burada örneği bulunmayan kaynaklar için Modern Language Association (MLA) kaynak gösterme sisteminden faydalanılabilir. MLA kaynak gösterimi hakkında ayrıntılı bilgi için: [https://owl.purdue.edu/owl/research\\_and\\_citation/mla\\_style/mla\\_formatting\\_and\\_style\\_guide/mla\\_formatting\\_and\\_style\\_guide.html](https://owl.purdue.edu/owl/research_and_citation/mla_style/mla_formatting_and_style_guide/mla_formatting_and_style_guide.html)):

Kitaplar:

Soyad, Ad. Eserin Adı italik olarak, Baskı, Yayınevi, Basıldığı Yer, Yayın Yılı.

Örnek: Ayhan, Rıza. *Ticarî İşletme Hukuku*, II. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.

Makaleler:

Soyad, Ad. Makalenin başlığı tırnak içinde, Dergi adı italik olarak, Cilt, Sayı, Yıl, sayfa aralıkları.

Örnek: Ayhan, Rıza. “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu’na Armağan, C. I, S. 2, 2013, s. 5-31.

İnternet sayfası, rapor, sözlük gibi kaynaklarda, yukarıdaki örneklere benzer şekilde hazırlanır. Bu tür kaynaklarda yazar varsa yazar belirtilir yoksa kurum adı verilebilir. Günlük gazetelerde tarih verilirken ay ve gün de eklenir.

Örnekler:



Akbulak, Sevinç. *Ulusal Varlık Fonları (Sovereign Wealth Funds): Gelişmeler ve Düzenleme Çalışmaları*, 2008, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu.

Alaska Permanent Fund Corporation. *Historical Timeline*, 2018, <https://apfc.org/who-we-are/history-of-the-alaska-permanent-fund/historytimeline/>, (Erişim Tarihi: 30.04.2018).

O'neal, Michael. *A New Breed of SWF Without The Wealth*. *Kuwait Times*, (18.03.2017), s. 3.

Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.

Örnek: Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.

13. Yararlanılan kaynaklara ilişkin atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. İlk atıfta kaynakçada yer alan tüm bilgiler yer almalıdır. Yararlanılan sayfa, künyenin en sonunda yer almalıdır.

Örnek: Ayhan, Rıza. "Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Hukuki Mahiyeti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Naci Kınacıoğlu'na Armağan*, C. I, S. 2, 2013, s. 31.

Aynı çalışmaya daha sonra yapılacak atıflarda

Eserler için: Soyad, sayfa numarası. Makaleler için: Soyad, sayfa numarası.

Örnek: Kapani, s. 21. Ayhan, s. 36.

Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise; çalışmaların yapıldığı yıllar farklı ise parantez içerisinde yıl belirtilmelidir. Yıllar aynı ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.

Örnek: Gözler, 2010, s. 43.

Gözler, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.

## ÖRNEK MAKALE YAPISI

### ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

(12 Punto)Ad SOYAD\*

### Özet(12 Punto)

11 punto en az 75 kelime özet yazılmalıdır.

**Anahtar Kelimeler:** En az beş tane anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

### YABANCI DİLDE ANA BAŞLIK(14 PUNTO)

### Abstract(12 Punto)

11 punto yabancı dilde en az 75 kelimelik özet yazılmalıdır.

**Keywords:** En az beş tane yabancı dilde anahtar kelime virgülle ayrılarak yazılmalıdır.(11 Punto)

### GİRİŞ

.....

## **I. Birinci Alt Başlık Bölümü**

.....

### **A. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

### **B. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

## **II. Birinci Alt Başlık Bölümü**

.....

### **A. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **1. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

#### **2. Üçüncü Alt Başlık Bölümü**

.....

### **B. İkinci Alt Başlık Bölümü**

.....

## **SONUÇ**

.....

## **KAYNAKÇA**

Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.(12 Punto ve asılı 1,25 cm olmalıdır).

---

\* Arş. Grv., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, \*\*\*\*\*@konya.edu.tr ORCID ID: 0000-0000-0000-0000