



**İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

Yıl 7 Sayı 1 - Haziran 2021
Volume 7 Issue 1 - June 2021

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018
Cilt 7 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2021.701

İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ISSN : 2149-5890 / E-ISSN 2757-5209

Sahibi

Doç. Dr. Mustafa AYDIN

Yazı İşleri Müdürü

Zeynep AKYAR

Editör/Editor

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

Editör Yardımcıları/Associate Editor

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN

Akademik Çalışmalar Koordinasyon Ofisi

İdari Koordinatör/Administrative Coordinator

Tamer Bayrak

Türkçe Redaksiyon/Turkish Proofreading

Süheyla AĞAN

İngilizce Redaksiyon/English Proofreading

Neslihan İSKENDER

Grafik Tasarım/Graphic Desing

Gözde KILIÇ

Dil/Language

Türkçe

Yayın Periyodu/Publication Period

Yılda iki sayı: Haziran & Aralık

Yıl 7 Sayı 1 - Haziran 2021

Volume 7 Issue 1 - June 2021

Yazışma Adresi/Correspondence Address

Beşyol Mahallesi, İnönü Caddesi, No: 38, Sefaköy, 34295

Küçükçekmece/İstanbul

Tel: 0212 444 1 428 - 23410

Fax: 0212 425 57 97

Web: www.aydin.edu.tr

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr

Baskı/Printed by

Levent Baskı Merkezi - **Sertifika No:** 35983

Adres: Emniyetevler Mahallesi Yeniçeri Sokak No:6/A

4. Levent / İstanbul, Türkiye

Tel: 0212 270 80 70

E-mail: info@leventbaskimerkezi.com

Yayın Kurulu

Prof. Dr. Yedigir İZMİRLİ, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Vahit DOĞAN, İstanbul Aydın Üniversitesi

Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Kadir ARICI, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Erciyes Üniversitesi

Bilimsel Danışma Kurulu

Prof. Dr. Ali Kemal YILDIZ, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ebru CEYLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emre ESEN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Enver BOZKURT, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Eyyup Günay İSBİR, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nami NOMER, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Havva KARAGÖZ, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İsmail Yılmaz ASLAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Tevfik GÜLSOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammed Fatih UŞAN, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Murat ATALI, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Oğuz Sadık AYDOS, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- Prof. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ**, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ömer Adil ATASOY, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, FSM Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Şahin AKINCI, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ufuk AYDIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi AKYÜZ, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Abdurrahman SAVAŞ, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Ekrem KURT, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Mehmet AKÇAAL, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Murat TOPUZ, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Musa AYGÜL, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Neslihan GÖKTÜRK, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Pakize Ezgi AKBULUT, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Süheyla BALKAR BOZKURT, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Umut YENİOCAK, İstanbul Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Aslıhan ÖZTEZEL, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Derya KESKİNCİ, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Ender DEMİR, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Evrim KERMAN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan ERKİNER, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla BİNGÖL, İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet Meslek Yüksek Okulu
Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Mehtap İpek İŞLETEN, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Nuri ERDEM, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Seda ERGÜNEŞ EMRAĞ, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Şaban Cankat TAŞKIN, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Öğr. Üyesi Tuğba SEMERCİ VURALOĞLU, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İçindekiler

Araştırma Makalesi

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi <i>The Effect of Regulation of Consumer Protection Code No. 6502 on the Aval</i> Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATIK.....	1
Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlar <i>Workers with Part-Time Employment Contract in Social Security Law</i> Arş. Gör. Ecenur SARIKAYA.....	35
Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu ve Suçun Tespitine İlişkin Uygulamalar <i>The Crime of Defamation through Social Media</i> Av. Fırat ACAY.....	71

Konferans Bildirisi

Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi <i>The View on the Current Decisions of the Cassation Court Regarding the Alimony Pendente Lite</i> Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ.....	141
Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları <i>Pledgee's Powers in Terms of Foreclosure within the Scope of Pledges on Receivables Not-Evidenced in Writing</i> Arş. Gör. Dr. Barış DEMİRSATAN.....	161
Avukatın Hapis Hakkı <i>Attorney's Right to Lien</i> Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN.....	187

Doi Listeleri - DOI Numbers

Genel DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018

Cilt 7 Sayı 1 DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/2021.701

6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi

The Effect of Regulation of Consumer Protection Code No. 6502 on the Aval

Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1001

Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlar

Workers with Part-Time Employment Contract in Social Security Law

Arş. Gör. Ecenur SARIKAYA

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1002

Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu ve Suçun Tespitine İlişkin Uygulamalar

The Crime of Defamation through Social Media

Av. Fırat ACAY

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1003

Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi

The View on the Current Decisions of the Cassation Court Regarding the Alimony Pendente Lite

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1004

Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehni Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları

Pledgee's Powers in Terms of Foreclosure within the Scope of Pledges on Receivables Not-Evidenced in Writing

Arş. Gör. Dr. Barış DEMİRSATAN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1005

Avukatın Hapis Hakkı

Attorney's Right to Lien

Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN

10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1006

Editörden

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015 yılında başladığı yayım hayatına on ikinci sayısı ile devam etmektedir. Her sayıda akademisyenlerin ve hukuk uygulamacılarının, hukuki görüşlerini bildirdikleri değerli eserlerini yayımlama hedefimizi bu sayıda da gerçekleştirdik.

Dergimizin bu sayısında; Dr. Öğr. Üyesi Ebru Tüzemen Atik'in "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Düzenlemelerinin Avale Etkisi" başlıklı araştırma makalesi, Arş. Gör. Ecenur Sarıkaya'nın "Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlar" başlıklı araştırma makalesi, Av. Fırat Acay'ın "Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçu ve Suçun Tespitine İlişkin Uygulamalar" başlıklı araştırma makalesi, Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt Pekmez'in "Tebir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi" başlıklı konferans bildirisi, Arş. Gör. Dr. Barış Demirsatan'ın "Medenî Kanuna Göre Senede Bağlanmamış Alacak Rehini Kapsamında Rehinli Alacaklının Paraya Çevirme Bakımından Olanakları" başlıklı konferans bildirisi ve Arş. Gör. Dr. Caner Taşatan'ın "Avukatın Hapis Hakkı" başlıklı konferans bildirisi bulunmaktadır.

Derginin bilim dünyasına kazandırılmasında katkısı olan kıymetli tüm yazarlara teşekkür ederim.

Editör

Dr. Öğr. Üyesi Buse AKSARAY ERKMAN

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN DÜZENLEMELERİNİN AVALE ETKİSİ*

Dr. Öğr. Üyesi Ebru TÜZEMEN ATİK**

Öz

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, kıymetli evrakla borçlanan ve şahsi teminat veren tüketicinin korunması düşüncesiyle getirilen önemli hükümler içermektedir. TKHK m. 4/5 ve 4/6 düzenlemelerinin avale etkisinin belirlenmesi, bir yandan amaçlanan korumanın sağlanması diğer yandan da kambiyo senetlerine duyulan güvenin korunması bakımından önemlidir. TKHK'nın 4/5. maddesi uyarınca, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Anılan sınırlamanın yalnız tüketicinin düzenleyen sıfatıyla imza attığı kıymetli evraka mı ilişkin olduğu, yoksa tüketicinin başka kambiyo taahhütlerini de mi kapsayacağı hususu açık değildir. Senet düzenlenmesinden sadece senedin düzenleyen tarafından ilk kez tedavüle çıkarılması değil, tüketicinin kıymetli evrakla borçlanması anlaşılmalıdır. Böylece TKHK m. 4/5 düzenlemesine aval taahhüdü de dahil olmaktadır. TKHK m. 4/6 düzenlemesinde ise, tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacağı belirtilmiştir. Bu hâlde tüketici tarafından verilen avalin kefalet olarak geçerli olması, kefaletin geçerlilik

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 10.04.2021- Kabul Edildiği Tarih: 05.05.2021*
Bu makale, 15-16 Nisan 2021 tarihli İstanbul Aydın Üniversitesi Teminat Hukuku Sempozyumu'nda sunulmak üzere hazırlanmıştır. Genişletilmiş özetine sempozyum özet kitabından ulaşılabilir.

** *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,*
ebru.atik@selcuk.edu.tr, ebrutuzemen@gmail.com, ORCID: 0000-0003-4463-3806.
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1001

koşullarını taşımasına bağlı olacaktır. TKHK m. 4/6 hükmünün ikinci cümlesine göre ise, tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır. Bu hâlde Türk Ticaret Kanunu'nda özel olarak düzenlenen avalin istisna teşkil edeceği açıktır. Birinci cümlede de bu şekilde bir istisnaya yer verilmesi en uygun çözüm şekli olacaktır.

***Anahtar Kelimeler:** Tüketici Senetleri, aval, tüketici kefaleti, şahsi teminat, tüketicinin korunması.*

The Effect of Regulation of Consumer Protection Code No. 6502 on the Aval

Abstract

Consumer Protection Code No. 6502 contains important provisions with the idea of protecting the consumer who borrows with negotiable instruments and gives personal guarantee. Determining the effect of the articles 4/5 and 4/6 of the Consumer Protection Code is important in terms of ensuring the protection aimed on the one hand and protecting the trust in bills of exchange on the other hand. According to the Consumer Protection Code Art. 4/5, a bill for consumer transactions only can be issued in the form of negotiable instruments, written to the name and separately for each instalment payment. Issuing the bill should be understood not only that the bill is put into circulation by the consumer drawer for the first time, but that the consumer is indebted with negotiable instruments. Thus Art. 4/5 of Consumer Protection Law includes aval commitment too.

In the Consumer Protection Code Art. 4/6, it is stated that personal guarantees obtained in return for the deeds of consumers shall be deemed as ordinary suretyships regardless of the name they appear under. In this

case, the validity of the aval given by the consumer, actualize the conditions of suretyship. According to the Consumer Protection Code Art. 4/6's second sentence, personal guarantees provided by the counter party in return for receivables of a consumer shall be considered as joint guarantor unless otherwise is determined under other laws. In this case, it is clear that aval, regulated in Turkish Commercial Code is an exception to this regulation. The most appropriate solution is to make a change in the first sentence of the paragraph and to include an exception in a similar way.

Keywords: *Consumer Bills, aval, suretyship of consumer, personal guaranty, consumer protection.*

I. Giriş

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), tüketici işlemlerinde akdin zayıf tarafı (zayıf âkit taraf) olan tüketicinin korunması amacıyla birçok etkin düzenleme getirmiştir¹. Bunlardan bazıları da tüketicinin kıymetli evrak ile borçlanmasına ve tüketici işlemlerindeki şahsi teminatlara ilişkindir.

Tüketicinin kıymetli evrakla borçlanması ve özellikle kambiyo senedi düzenlemesi çeşitli sakıncaları barındırmaktadır². Kambiyo senetleri, adi senetlere nazaran alacaklının daha fazla korunduğu ve emre ya da hamile

¹ 4077 sayılı TKHK döneminde, bu kanunun ilk hâlinde, tüketiciden tüketici kredisi dolayısıyla kıymetli evrak alınması konusuna hiç değinilmemiş olması önemli bir eksiklik olarak nitelendirilmiştir. Bkz. ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredileri”, BATİDER, 1995, C. 18, S. 1-2, s. 42.

² Tüketicinin kıymetli evrakla borçlanmasının sakıncaları hakkında bkz. BAHTİYAR, Mehmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Kıymetli Evrakla İlişkin Düzenlemeleri”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz’e Armağan, Mart 2016, s. 195-197; BAHTİYAR, Mehmet/HAMAMCIOĞLU, Esra: “Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Haziran 2015, s. 69.

yazılı olması kaydıyla kamu güvenliğini haiz olan senetlerdir. Akdin zayıf tarafı olan tüketicinin, tüketici işlemine istinaden kambiyo senedi düzenlediği hâllerde bu sonuçların bilincinde olması oldukça zordur. Tedavül kabiliyetini haiz bir kambiyo senedi ile borçlanan tüketicinin, bu senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkiden kaynaklanan (kişisel/şahsi) def'ilerini, senedi iyiniyetle devralan kimselere karşı ileri sürebilmesi de kural olarak mümkün olmayacaktır.

Bu düzenlemeler içinde, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un dördüncü maddesinin dördüncü ve beşinci fıkraları avale etki edebilecek niteliktedir. Öğreti ve uygulamada TKHK m. 4/5 düzenlemesine aykırılığın yaptırımını ve def'i sınıflandırmaları içindeki yeri uzunca bir süre tartışma konusu olmuşsa da, söz konusu hükmün ve TKHK m. 4/6 düzenlemesinin avale etkileri üzerinde yeterince durulmamıştır³. Oysa özellikle tüketici kredilerinde ve taksitli satışlarda tüketiciden şahsi teminat istenmesi ile sık karşılaşılmaktadır. Açıklanan nedenle bu çalışmada, TKHK'nın m. 4/5 ve 4/6 düzenlemelerinin avale etkisi incelenmektedir. Bu kapsamda öncelikle tüketici, tüketici işlemi ve aval kavramlarına genel hatlarıyla kısaca değinildikten sonra, konu hakkındaki düzenlemeler ele alınacak; ardından bu düzenlemelerin avale etkisi tespit edilmeye çalışılacaktır.

II. Tüketici ve Tüketici İşlemi Kavramlarına Genel Bir Bakış

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde tüketici ve tüketici işlemi kavramları tanımlanmıştır. Buna göre *tüketici*, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (TKHK m. 3/1-k); *tüketici işlemi* ise mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya

³ Konu hakkındaki farklı değerlendirmeler için iki kaynağa başvurulabilir: BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 85-89; ÖZEN, Burak: "Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Şahsi Teminatların Geçerliliği", 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Editörler: Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara 2014, s. 290-299.

tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi (TKHK m. 3/1-l) ifade etmektedir.

Tanımı göz önüne alındığında, tüketici işlemi kavramının ortaya konulmasında belirleyici unsur tüketici sıfatıdır. Ancak bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilebilmesi için taraflarından birinin tüketici olması tek başına yeterli değildir. Tüketici işlemi şeklindeki nitelendirme için, bir tarafta tüketici bulunurken karşı tarafta da “*ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden ... gerçek veya tüzel kişiler*”den ya da bunlar adına hareket eden kimselerden biri (satıcı (TKHK m. 3/1-i); sağlayıcı (TKHK m. 3/1-i), kredi veren (TKHK m. 3/1-g) vb.) bulunmalıdır. Ayrıca bu işlemin konusu bir mal veya hizmet olmalı⁴; tüketici bu işlemde, ticari veya mesleki amaçlarla hareket etmiyor olmalıdır⁵. Böylece taraflar arasındaki güç dengesinin sağlanması adına tüketiciyi koruyan hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bu kapsamda öncelikle tüketici sıfatının tespiti gerekir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da tüketici tanımlanırken (TKHK m. 3/1-k), tüzel kişiler de tanıma dâhil edilmiştir⁶. Dernek, vakıf gibi tüzel kişiler, koşulları varsa tüketici sıfatına sahip olabilir. Amacına varmak için ticari işletme işleten dernek ve vakıflar da, tacir sayılmakla birlikte (TTK m. 16/1), ticari işletmeleriyle ilgili olmayan işleri bakımından tüketici olarak

⁴ AKİPEK ÖCAL, Şebnem: Akipek Şerhi, Milli Şerh (National Commentary), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: Hakan Tokbaş/Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 58.

⁵ Tüketicinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi gerektiği yönünde bkz. BAHTİYAR, Mehmet/BİÇER, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD, Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 3, 2016 s. 23. Bu görüşün aksine, satıcı ve sağlayıcı (girişimci) olmayan herkesin tüketici sayılmaması gerektiği; tüketici olduğunu iddia eden kimsenin bunu ispatla yükümlü olacağı yönünde bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul 2014, s. 16.

⁶ 6502 sayılı TKHK bu yönüyle, tüketici (*consumer*) teriminden gerçek kişilerin anlaşılacağına öngörüldüğü, 25 Mayıs 1999 tarihli Avrupa Parlamentosu Konseyi Direktifi’nden (1999/44/EC) ayrılmaktadır (m. 2). Alman Hukukunda da tüketici (*Verbraucher*) yalnız gerçek kişileri kapsamaktadır (*Bürgerliches Gesetzbuch/BGB* § 13).

nitelendirilebilirler. Buna karşılık ticaret şirketlerinin adi sahasının bulunmaması nedeniyle (TTK m. 16/1, 19/1), mevcut düzenlemeler kapsamında tüketici sıfatından söz etmek mümkün değildir⁷. Gerçek kişi tacir ise, ticari olmayan işleri bakımından tüketici sayılabilir⁸.

Kanunda yalnız sözleşmelerden değil, aynı zamanda (tek taraflı) hukuki işlemlerden bahsedilmiştir. Genel bir anlatımla hukuki işlem, bir veya birden çok kişinin hukuki sonuç doğurmaya yönelmiş irade beyanları şeklinde tanımlanabilir⁹. Hukuki işlem kavramı sözleşmeleri de kapsamaktadır. O hâlde tüketici işlemi, bir sözleşme şeklinde ortaya çıkabileceği gibi tek taraflı bir irade açıklaması şeklinde de olabilir¹⁰.

Öğretide bir görüşe göre tüketici işlemi, yalnız sözleşmelerden ibarettir¹¹. Ancak bizim de katıldığımız görüş uyarınca tüketici işlemi, sözleşme dışındaki hukuki işlemlerden de oluşabilir¹². TKHK m. 3/1-1

⁷ Konu hakkında ayrıntılı inceleme için bkz. AKTÜRK, İpek Yücer: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, GÜHFD, C. XX, Y. 2016, S. 2, s. 103-128.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BATTAL, Ahmet: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 319-320.

⁹ Farklı tanımlar ve bilgi için bkz. EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. B., Ankara 2016, s. 119; ÖZ (OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 12. B., İstanbul 2014), s. 36. Karş. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, 4. B., İstanbul 2008, s. 87-90.

¹⁰ AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinlerarası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 18. Bir görüşe göre, tüketici işlemi yalnız sözleşme şeklinde olabilir. Bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 397; ZEVLİLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. B., Ankara 2004, s. 72-73; ZEVLİLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s. 78. Tüketici işleminin çoğu kez sözleşme şeklinde ortaya çıktığı ve bu nedenle sözleşme kavramına yer verilmesinin yeterli olduğu görüşünde bkz. GÜMÜŞ, s. 9.

¹¹ ZEVLİLİLER/AYDOĞDU, s. 72-73; ZEVLİLİLER/ÖZEL, s. 78. Aynı yönde bkz. BAHTİYAR/BİÇER, s. 397.

¹² AKİPEK ÖCAL, s. 18; ÖZEL, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 6. B., Ankara 2020, s. 61; TUTUMLU, Mehmet Akif: Tüketici Yargılaması Hukuku, Ankara 2015, s. 113-114. Bu yönde ayrıca bkz. ÖZAY, Osman Levent: “6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi”, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C.

düzenlemesinde tüketici işlemi tanımlanırken “*hukuki işlem*” olarak ifadesi ile de yetinmeyerek, gerek olmamasına rağmen sözleşmelerin ayrıca sayılması karşısında, sözleşme dışındaki hukuki işlemlerin de tüketici işlemi sayılmasına engel bulunmamaktadır.

Tüketici işlemleri hakkında asıl kaynak, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’dur. Bu kanunda hüküm bulunmaması hâlinde ise genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir (TKHK m. 83/1). Tüketici işlemi sayılmanın en önemli sonuçlarından biri, bu işlem açısından TKHK’nın diğer tüm düzenlemelerin önüne geçmesidir. Zira TKHK m. 83/2 uyarınca, taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasına engel değildir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Türk Ticaret Kanunu’na göre sonraki tarihli özel kanun niteliği göstermesi karşısında, TKHK m. 83/2 uyarınca öncelikle uygulanacağı hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

Tüketici işlemlerinin nelerden ibaret olduğuna yönelik bir sınırlama bulunmamaktadır. Kanunun dar yorumlanmasını önlemek amacıyla¹³ tüketici tanımlanırken örnek olarak bazı sözleşme tipleri sayılmışsa da (TKHK m. 3/1-1), burada sayılmayan bir hukuki işlemin de tüketici işlemi niteliğinde olması pekâlâ mümkündür. Düzenlemede yer alan “*ve benzeri*” ifadesiyle burada sayılan hukuki işlemlerin sınırlı olmadığı belirtilmiştir. TKHK’nın 2. maddesinde yer alan, bu kanunun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsayacağı yönündeki hüküm de bu esası teyit etmektedir. Böylece tüketici işlemlerinin kapsamı ve dolayısıyla TKHK’nın uygulama alanı oldukça geniştir.

4, S. 12, 2017, s. 269. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında da, havale edilen paranın yanlış kişiye ödenmesi nedeniyle banka aleyhine açılan bir davanın “*bankacılık ve benzeri sözleşmeler olarak ifade edilen ve tahdidi olarak sayılmayan bir hukuki işleme dayandığından*” bahisle tüketici mahkemesinde görülmesi gerektiğine karar verilmiştir. Y. HGK., 28.03.2018, E. 2017/11-42, K. 2018/562 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹³ Bkz. AKİPEK ÖCAL, Sempozyum, s. 17.

III. Aval ve Hukuki Niteliği

Aval, bir kambiyo taahhüdünün kıymetli evrak hukuku kuralları uyarınca teminat altına alınmasını sağlayan, kambiyo senetlerine özgü bir şahsi teminattır¹⁴. “*Poliçe kefaleti*”¹⁵ şeklinde de adlandırılabilir olan aval, şekil bakımından asıl borca bağlı olmakla birlikte (TTK m. 702/2) maddi açıdan bağımsızdır. Bu kapsamda aval, kambiyo hukukuna özgü bir tür kefalet olarak da tanımlanabilirse de kefaletten farklı birçok yönü bulunmaktadır¹⁶. Öyle ki, öğretide haklı olarak, aval ile kefalet arasındaki kapsamlı farklılıklar nedeniyle, avale ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde kefalet hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir¹⁷.

Avalin bir sözleşme mi yoksa tek taraflı bir taahhüt mü olduğu hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu konuda bir görüş¹⁸, avalin tek taraflı bir

¹⁴ KARAYALÇIN, Yaşar: Ticaret Hukuku III, Ticarî Senetler, 4. B., Ankara 1970, s. 45; KENDİGELEN (KENDİGELEN, Abuzer/KIRCA, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 4. B., İstanbul 2020), s. 226-227, N. 484; ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. B., Ankara 1997, s. 790.

¹⁵ İsviçre Borçlar Kanunu’nun 1020/1 düzenlemesinde (*Obligationenrecht/OR Art. 1020 (1)*) ve Alman Kambiyo Senetleri Kanunu’nun 30/1 maddesinde (*Wechselgesetz/WG Art. 30 (1)*) aval, poliçe kefaleti (*Wechselbürgschaft*) şeklinde adlandırılmıştır. Alman hukukunda aval ifadesi de kullanmakla birlikte, avalin uygulamasına nadir rastlandığı yönünde bkz. BAUMBACH, Adolf/HEFERMEHL, Wolfgang/CASPER, Matthias: Wechselgesetz Scheckgesetz, 23. Aufl., München 2008, WG Art. 30, s. 286, Rn. 1. TTK m. 701’in gerekçesinde, hükmün kaynağı olduğu belirtilen Cenevre Birlik Anlaşmasının İngilizce metninin 31. maddesinde de (CBA Art. 31) “aval” ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. TTK m. 701 madde gerekçesi ve KARAYALÇIN, s. 220; KENDİGELEN (KIRCA), 227, n. 484; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 790.

¹⁶ Aval ile kefalet arasındaki farklar için bkz. DEMİRKAPI, s. 132-140; GÜRAL, Jale: “Kefalet Akdi ile Aval Arasında Bir Mukayese”, AÜHFİM, C.VIII, S. 34, s. 435-478; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 792-794.

¹⁷ KINACIOĞLU, Naci: Kıymetli Evrak Hukuku, 5. B., Ankara 1999, s. 207; ÖZTAN, Fırat: Kıymetli Evrak Hukuku, 23. B., Ankara 2019, s. 163. Türk Ticaret Kanununda açık hüküm bulunmayan hâllerde kefalet hükümlerinin uygulanmasının düşünülebileceği yönünde bkz. KARAYALÇIN, s. 220.

¹⁸ BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, 9. B., Ankara 2020, s. 177; CAN, Mertol: Kıymetli Evrak Hukuku (Ders Kitabı), 3. B., Ankara 2015, s. 96; HELVACI, Mehmet/AKSU ÖZKAN, Raziye: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı İçerisinde Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi”, Marmara

beyan olduğu yönündedir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 20.04.2018 tarihinde oy çokluğuyla vermiş olduğu kararında¹⁹ avalin TBK m. 603 kapsamında²⁰ değerlendirilemeyeceği açıklanırken, karar gerekçesinde aval, “*tek taraflı bir irade beyanı*” olarak nitelendirilmiştir.

Bizim de katıldığımız karşı görüşe göre ise, aval bir sözleşme niteliğindedir²¹. Bu görüş kapsamında avalin sözleşme niteliği, Türk hukukunda da öğreti ve içtihatla kabul edilen akit teorisinin sonucudur. Hukuki görünüş teorisi ile birleştirilerek kabul edilen akit teorisi²² (*Die*

Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 887; KAYAR, İsmail: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. B., Ankara 2013, s. 114; KAYIHAN, Şaban: Kıymetli Evrak Hukuku, 7. B., Ankara 2020, s. 146; ÖZEN, Burak: “Özen Şerhi”, Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, (Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner) İstanbul 2016, s. 109; POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 23. B., İstanbul 2019, s. 220, N. 288a; REİSOĞLU, Seza: Çek Hukuku, Ankara 2011, s. 196; TEKİL, Fahiman: Kıymetli Evrak Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1994, s. 136; TUNA, Ergun/GÖÇ GÜRBÜZ, Diğdem, Ticaret Hukuku Prensipleri Kıymetli Evrak, İstanbul 2018, s. 136. Avale ilişkin son dönemlerde yayımlanan monografilerde de aval tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmiştir. Bkz. AKSU ÖZKAN, Raziye: Aval Kurumu, 2. B., Ankara 2019 s. 86; TOROS, D. İrem: Teori ve Uygulamada Aval, Ankara 2019, s. 23. Avalin tek taraflı bir şahsi teminat olduğu yönünde bkz. KELEŞ, Adem: Tüketici Sözleşmelerinde Teminat, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 183-184.

¹⁹ Y. İBBGK., 20.04.2018, E. 2017/4, K. 2018/5 (RG., 30567, 16.10.2018).

²⁰ TBK m. 603 uyarınca, “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır*”.

²¹ JACOBI, Ernst: Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts, Berlin 1956, s. 676; KIRCA, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı - Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 437-438; SENGİR, Turgut: Aval Hukuku, Ankara 1967, s. 9; PULAŞLI, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. B., Ankara 2019, s. 205, N. 1a. Avalin şekle bağlı, teminat amaçlı ve tek tarafa borç yükleyen, dolayısıyla ivazsız, isimsiz bir sözleşme olduğu yönünde bkz. DEMİRKAPI, s. 125-126. Bu yöndeki değerlendirme ve görüş için ayrıca bkz. CAN, Mehmet Çelebi: “Türk Borçlar Kanunu’nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - *Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı?*”, GÜHFD, C. XXI, S. 3, 2017, s. 45-46.

²² *Jacobi* tarafından ortaya atılan (JACOBI, s. 141-143) bu teoriyi savunan diğer yazarlar için bkz. ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 110, dn. 33-34. Kıymetli evrakta hakkın

Vertragstheorie ergänzende Rechtsscheintheorie) uyarınca, kambiyo taahhüdü şeklindeki işlemin tamamlanması, imza sahibinin senedi karşı tarafa teslim etmesiyle olur. Bu kapsamda kambiyo taahhüdü, taahhütte bulunan kimsenin senedi imzalamasıyla değil; senedin karşı tarafa teslim edilmesiyle tamamlanır. Aval de bir kambiyo taahhüdüdür ve bir kambiyo sözleşmesinin (*Begebungsvertrag*) varlığını gerektirir.

Hemen belirtmek gerekir ki, avalin sözleşme ya da tek taraflı taahhüt olarak nitelendirilmesi, tüketici işlemi sayılması bakımından etkili değildir. Zira az önce belirtildiği üzere, -bizim de katıldığımız görüş uyarınca- yalnız tüketici sözleşmeleri değil, tek taraflı hukuki işlemler de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tüketici işlemi olabilir (TKHK m. 3/1-l). Buna göre, tek taraflı şahsi teminatlar tüketici işlemi olarak nitelendirilmeye elverişlidir.

Avalın, “*aval içindir*” veya bununla eş anlamlı başka bir ifade yazılarak aval veren tarafından imzalanacağı düzenlenmiştir (TTK m. 701/2). Bununla birlikte aval şerhinde, “*kefil*”, “*kefilim*”, “*garanti ederim*”, “*temin ederim*” vb. gibi kayıtların bulunması da bu taahhüdün aval olarak nitelendirilmesine engel değildir²³. Senedin ön yüzüne atılan, düzenleyen ve muhatabın imzaları dışındaki bir imza, düzenleyen lehine aval için atılmış sayılır (TTK m. 701/3).

doğumuna ilişkin teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KALKAN, s. 87-91; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 102-112; POROY/TEKİNALP, N. 60a-61, s. 70-71 ve N. 65, s. 75; ÜLGEN (HELVACI/KAYA/NOMER ERTAN), s. 90-95. Yargıtay 11. Dairesi'nin bir kararında da akit teorisinin benimsendiği görülmektedir. Y. 11. HD., 02.04.1981, E. 1981/628, K. 1981/1456. Aynı olaya ilişkin karar düzeltme istemi üzerine verilen 12.06.1981, E. 1981/277, K. 1981/3005 sayılı karar için bkz. İNAN, Nurkut/KIVANÇ, Serpil: “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Ankara, 6-7 Ocak 1984, s. 144.

²³ “*Bono üzerine “kefil” ibaresi konya dahi bu aval olarak nitelendirilir ve aval veren bononun diğer borçlusu ile müteselsilen sorumlu olur*” Y. 11. HD., 14.04.1987, E. 1987/1185, K. 1987/2184. Aynı yönde Y. 12. HD., 15.06.2010, E. 2010/3441, K. 2010/15203 (MOROĞLU, Erdoğan/KENDİGELEN, Abuzer: İçtihatlı - Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 10. B., İstanbul 2014, s. 572-573); Y. 12. HD., 03.12.2019, E. 2019/12986, K. 2019/17365 (Kazancı).

Aval hakkındaki hükümler, Türk Ticaret Kanunu'nun kıymetli evraka ilişkin üçüncü kitabında yer almıştır. Poliçede aval, Türk Ticaret Kanunu'nun 700-702. maddelerinde düzenlenmiş, bonoda da (TTK m. 778/3) bu hükümlere atıf yapılmıştır. Bu kapsamda aval, üçüncü bir kişi veya poliçede (ya da bonoda) imzası bulunan bir kişi tarafından verilebilir (TTK m. 700/2, 778/3). Çekte aval, muhatabın aval veremeyeceği öngörülmek üzere TTK'nın 794. maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Bununla birlikte çekte de avalin şekli ve hükümleri hususunda poliçede avale ilişkin TTK'nın 701 ve 702. maddelerine atıf yapılmıştır (TTK m. 818/1-g).

Yalnız kambiyo senetlerinde aval verilebilir. Avalist, borcun ödenmesinden diğer senet sorumluları ile birlikte müteselsil sorumlu olur (TTK m. 724, 778/1-d, 818/1-k).

Söz konusu düzenlemeler kapsamında, bir şahsi teminat niteliği gösteren aval, taahhüdün kısmen ya da tamamen teminat altına alınması amacıyla verilebilir. Senet dışında aval verilemez; kanunda açıkça senet ya da alonj üzerine aval şerhi verilebileceği düzenlenmiştir²⁴ (TTK m. 701/1).

IV. TKHK'nın Tüketici Senetlerine ve Şahsi Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri

A. Tüketici Senetlerine İlişkin TKHK m. 4/5 Düzenlemesi

Hukukumuzda ilk kez, mülga 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da (eTKHK) yapılan 2003 tarihli değişiklik²⁵ ile tüketici senetlerine ilişkin bir sınırlama getirilmiştir. Mülga 4077 sayılı TKHK'nın 6/A maddesinin üçüncü fıkrasında, taksitle satışlarda her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde ve sadece nama yazılı olarak kambiyo senedi

²⁴ Karş. SENGİR, s. 12-15. TTK m. 746/3 uyarınca suret üzerine de aval verilebilir. Kanunda bu konuda açıklık bulunmamakla birlikte, nüsha üzerine de aval verilmesinin (evleviyetle) mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bkz. ARSLANLI, Halil: Ticarî Senetler Dersleri, 3. B., Ankara 1954, s. 100; DEMİRKAPI, s. 47-50; KARAYALÇIN, s. 223; ÖZTAN, s. 799.

²⁵ 4822 sayılı kanun (RG., 25048, 14.03.2003).

düzenlenebileceği; aksi takdirde, kambiyo senedinin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır.

2013 yılında kabul edilen 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da ise, anılan sınırlama, yalnız taksitli satışlar için değil, tüm tüketici işlemleri için geçerli olmak üzere kabul edilmiştir. 6502 sayılı TKHK m. 4/5'e göre, *“Tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir. Bu fıkra hükümlerine aykırı olarak düzenlenen senetler tüketici yönünden geçersizdir”*. Anılan düzenleme uyarınca, daha önce kambiyo senetleri için öngörülen hüküm, bundan böyle tüm kıymetli evrakı kapsar niteliktedir. Diğer yandan eTKHK'da yer alan, senedin geçersizliği şeklindeki yaptırım yerine (eTKHK m. 6/A), senedin tüketici yönünden geçersiz olacağı düzenlenmiştir.

Tüketici senetlerine ilişkin TKHK m. 4/5 düzenlemesinde yer alan *“tüketici yönünden geçersizdir”* şeklindeki ifade, öğretide ve uygulamada fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Özellikle bu geçersizliğin senedi iyiniyetle devralan hamile karşı def'i olarak ileri sürülmesi bakımından farklı değerlendirmelerle karşılaşılmaktadır²⁶. 6502 sayılı TKHK'nın kabulüyle de söz konusu fikir ayrılıkları giderilememiştir. Bu süreçte, eski kanun dönemindeki uygulamaya dayalı içtihatların birleştirilmesine ilişkin istem üzerine, içtihatların birleştirilmesine yer olmadığına karar verilmiştir²⁷. Karar gerekçesinde daha ziyade kanun hükmünün ve

²⁶ Konu hakkında 6502 sayılı TKHK dönemindeki değerlendirmeler için bkz. KENDİGELEN, Abuzer: Çek Hukuku, 5. B., İstanbul 2019, s. 170-174; CAN, Mertol: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambiyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Ekim 2020, s. 4109-4117; YEŞİLTEPE, Salih Önder: “6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 20, S. 2, 2014, s. 23-44; TÜZEMEN ATİK, Ebru: “Tüketici Senetlerinin Nama Yazılı Düzenlenmesi Zorunluluğu ve Sonuçları”, 9. Tüketici Hukuku Kongresi Tebliğ Kitabı (e-kitap), 26-28 Kasım 2020 (e-kitap, erişim adresi: <https://www.hukukegitim.com/kitap.aspx?id=1359&title=>), İstanbul 2021, s. 1-77.

²⁷ Y. İBBGK, 29.11.2019, E. 2018/5, K. 2019/6 (RG., 31171, 30.06.2020).

gerekçesinin tekrarı suretiyle, kanun değişikliği sonucunda içtihat aykırılığının giderildiğine vurgu yapılmaktadır. Oysa burada tartışma konusu olan tüketici yönünden geçersizliğin, def'i olarak nasıl değerlendirileceğidir; yoksa imzaların bağımsızlığı ilkesi kapsamında 6502 sayılı TKHK düzenlemesiyle diğer imza sahiplerinin imzalarının bundan etkilenmeyeceği açıktır. Tüketici senetlerinde nama yazılı olma zorunluluğuna uyulmamasının sonuçları, başlı başına ayrı ve kapsamlı bir inceleme konusudur. Bu çalışmada söz konusu düzenlemenin yalnız avale etkisi üzerinde durulmaktadır.

B. Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlara İlişkin TKHK m. 4/6 Düzenlemesi

Tüketiciden alınan şahsi teminatların²⁸ akıbeti hakkındaki ilk düzenleme, mülga 4077 sayılı TKHK döneminde yalnız tüketici kredileri bakımından getirilmiştir. eTKHK'nın 4822 tarihli kanunla değişik 10/3. maddesinin son cümlesinde, tüketici kredisinin teminatı olarak şahsi teminat verildiği hâllerde, kredi verenin, asıl borçluya başvurmadan kefinden borcun ifasını isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca yine mülga kanunun tüketici kredilerine ilişkin 10/6. maddesinde, kredi verenin, ödemeleri bir kıymetli evraka bağlaması ya da krediyi kıymetli evrak kabul etmek suretiyle teminat altına alması yasaklanmıştır. Düzenleme uyarınca, yasağa rağmen tüketiciden bir kıymetli evrak alınması hâlinde, tüketici bu kıymetli evrakı kredi verenden geri istemek hakkına sahip olacak ve ayrıca, kredi veren, kıymetli evrakın ciro edilmesi sebebiyle tüketicinin uğradığı zararın tazmin etmekte yükümlü olacaktır.

²⁸ Arapça kökenli “*şahsi*” kelimesi yerine, Türkçe bir kelime olan “*kişisel*” kelimesinin kullanılması daha uygundur. Aynı durum yine Arapça kökenli “*teminat*” kelimesi yerine “*güvence*” kelimesinin kullanılması bakımından da söz konusudur. TKHK m. 4/6 hükmündeki “*şahsi teminat*” terimiyle, önceki tarihli kanun olan Türk Borçlar Kanunu'nun “*kişisel güvence*” ibaresini içeren 603. maddesiyle terim birliği sağlanamamıştır. Ancak bu çalışmada, açıklamalarımıza temel oluşturan TKHK m. 4/6 düzenlemesinde “*şahsi teminat*” ifadesinin kullanılması nedeniyle, kavram kargaşasına yol açmamak adına, TKHK açısından kanuni terim olan “*şahsi teminat*” ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

eTKHK’da yer alan, tüketici işlemlerinde şahsi teminatlara ilişkin düzenlemeler bunlarla da sınırlı değildir. eTKHK’nın konut finansmanına ilişkin 10/B maddesinin sekizinci fıkrasına göre, kullanılan finansmanın teminatı olarak şahsi teminat verilmesi hâlinde, konut finansmanı kuruluşu asıl borçluya ve diğer teminatlara başvurmadan, kefilden borcun ifasını isteyemeyecektir.

Daha önce şahsi teminatların niteliğine ilişkin olarak kabul edilen sınırlama (eTKHK m. 10/6), 6502 sayılı TKHK’da tüm tüketici işlemlerini kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmiştir. Ancak bu kez eTKHK m. 10/B-8’den farklı olarak kefaletin tüm sonuçları ortaya çıkmaktadır. TKHK m. 4/6 uyarınca, “*Tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatlar diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça müteselsil kefalet sayılır*”. Tüketicilerin yalnız şahsi teminatlarını konu alan bu hükümle, “*Temel ilkeler*” kenar başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle “*tüketici borçlarında adi kefalet, tüketici alacaklarında müteselsil kefalet ilkesi*” adıyla da anılan²⁹ önemli bir koruma getirilmiştir.

Madde gerekçesinde, söz konusu fıkra ile ilgili olarak, düzenlemenin amacının “*tüketici işlemlerinde kefil olan kimseleri korumak*” olduğu belirtilmişse de her ne ad altında olursa olsun alınan şahsi teminatlardan söz edildiğinden, hükmün kapsamı kefalet ile sınırlı değildir. Bu düzenleme doğrultusunda, tüketici işlemlerinde ancak adi kefalet kararlaştırılabilecek; aksi takdirde ise bu teminat hangi ad altında verilmiş olursa olsun adi kefalet sayılacaktır³⁰.

²⁹ Anılan ilke hakkında bkz. ZEVKLİLER/ÖZEL, s. 112-115; ÖZEL, s. 77-78. Konu hakkında ayrıca bkz. ÇABRİ, Sezer: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s. 104-110; GÜMÜŞ, s. 43-47.

³⁰ Bilindiği üzere kefalet sözleşmesi, adi kefalet ya da müteselsil kefalet şeklinde yapılabilir. Kefalet sözleşmelerinde adi kefalet asıldır; taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça yahut tereddüt hâlinde adi kefaletin varlığı kabul edilir. Bu hususta bilgi için bkz. TANDOĞAN, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. B., İstanbul 1987, s. 762-763; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 786-787; ÇABRİ, s. 106-107; ARAT, s. 213-214.

V. TKHK m. 4/5 ve 4/6 Düzenlemelerinin Avale Etkisi

A. TKHK m. 4/5 Düzenlemesi Kapsamında Değerlendirme

TKHK m. 4/5 düzenlemesinin avale etkisi bakımından ele alınması gereken ilk husus, hükümde tüketici senetlerine ilişkin olarak yer alan “...sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebilir” şeklindeki ifadedir. Anılan fıkradaki “düzenlenebilir” ifadesi karşısında bu sınırlamanın, tüketicinin yalnız düzenleyen konumunda olduğu senetler açısından mı getirildiği hususunda tereddüt oluşabilir.

Öğretide, TKHK m. 4/5 düzenlemesinin lafzının tüketicinin yalnız “düzenleyen” sıfatıyla imzaladığı senetleri kapsar görüldüğü belirtilmiş; tüketicinin daha fazla korunması açısından tüketicinin başvuru borçlusu olduğu senetleri kapsayan açık bir düzenleme içermesinin uygun olacağı ifade edilmiştir³¹. Ancak TKHK m. 4/5 hükmü, mevcut haliyle de tüketicinin düzenleyen sıfatıyla taahhütte bulunmasının yanında, ciro, aval, kabul gibi kambiyo taahhütlerini de kapsar şekilde yorumlanmaya elverişlidir.

Kanaatimizce burada bahsi geçen “düzenlenebilir” ifadesinden, sadece senedin düzenleyen tarafından ilk kez tedavüle çıkarılması değil, tüketicinin “kıymetli evrakla borçlanması” anlaşılmalıdır³². Burada kanun koyucu, söz konusu sınırlama ile tüketicinin kıymetli evrakla borçlanmasına ilişkin koruma sağlamak amacındadır. Bu bakımdan tüketicinin düzenleyen, avalist, ciranta ya da poliçede muhatap gibi sıfatlarla senede imza atması sonuca etkili değildir. Kaldı ki senedi

³¹ BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 85.

³² TKHK m. 4/5 düzenlemesinin, tüketicinin “keşideci” sıfatını dikkate alarak kaleme alınmış olsa da, tüketicinin başvuru borçlusu olduğu kıymetli evrakı da kapsayacağı yönünde bkz. GÜMÜŞ, s. 43. Mülga 4077 sayılı TKHK döneminde öğretide, bu yasağın tüketicinin yalnız poliçe ya da bono düzenlemesi hâlinde değil; ciranta, avalist ya da poliçede muhatap olması durumunda da geçerli olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. UZUNALLI EROĞLU, Sevilay: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri”, DEÜHFD, C. 6, S. 1, 2004, s. 147. Tüketicinin aval vermesi açısından aynı yönde DEMİRKAPI, s. 182.

düzenleyen kimse için mevcut sakıncalar, avalist, ciranta ve poliçede kabul eden açısından da söz konusudur³³.

Tüketici aval verirken, bir başkasının borcunu temin için ya da kendi borcu dolayısıyla hareket ediyor olabilir. Bu kapsamda satıcı/sağlayıcının, hamil olarak elinde bulundurduğu senetlerde, tüketiciden kendisi ya da bir başkası lehine aval taahhüdü alması hâlinde, bu taahhüdün öncelikle TKHK m. 4/5 düzenlemesindeki sınırlamalara uygun olması gerekir³⁴. Söz konusu sınırlamalara uygun olmayan bir senetteki aval taahhüdü ise kanunda yer alan ifadeyle “*tüketici yönünden geçersiz*” olacaktır. Aksinin kabulü TKHK m. 4/5 hükmünün amacına aykırı olduğu gibi, kanun hükümlerinin dolanılması suretiyle işlevsiz bırakılmasına da neden olabilecektir.

Kaldı ki açık kambiyo senedi düzenlenmesinin mümkün olması karşısında (TTK m. 680) bir senet ciranta, avalist gibi kimseler tarafından da ilk kez düzenlenerek tedavüle çıkarılmış olabilir; önemli olan hakkın dermeyanı anında gerekli olan imzaların senet üzerinde bulunmasıdır³⁵. Bu bakımdan TKHK m. 4/5 hükmünün sadece tüketici tarafından ilk kez düzenlenen senetleri kapsayacak şekilde yorumlanması durumunda da bir senedin açık kambiyo senedi şeklinde düzenlenmiş olabileceği ihtimali hatırd tutulmalıdır.

TKHK m. 4/5 kapsamında ikinci olarak, tüketici tarafından aval verilen senedin tüketici işleminden kaynaklanmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu üzerinde durmak gerekir. 6502 sayılı kanunun tüketici işlemini oldukça geniş bir şekilde tanımlaması karşısında, tüketici tarafından kıymetli evrak düzenlenmesi de tüketici işlemi sayılabilir³⁶. Bir aval taahhüdünün taraflarından biri tüketici iken diğer şartlar da sağlanıyorsa, tüketiciden alınan aval, başlı başına bir tüketici işlemi özelliği taşıyacaktır.

³³ UZUNALLI EROĞLU, s. 147.

³⁴ eTKHK m. 10/6 açısından aynı yönde DEMİRKAPI, s. 182; UZUNALLI EROĞLU, s. 147.

³⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TÜZEMEN ATİK, Ebru: Açık Kambiyo Senetleri, 3. Baskı, Ankara 2021, s. 72-77, 183-195.

³⁶ ÖZEN, Şerh, s. 109; ÖZEN, Tüketici Kredileri, s. 299.

Tüketici işlemi niteliği, tüketici tarafından aval verilen senedin düzenlenmesine neden olan temel ilişkinin niteliğinden bağımsızdır. Lehine aval verilen kimsenin borcunun ticari olması dahi bu sonucu değiştirmeyecektir. Senet üzerindeki her bir kambiyo taahhüdünün tüketici işlemi sayılıp sayılmayacağı birbirinden bağımsız değerlendirilmelidir.

Konu hakkında ele alınması gereken bir diğer husus ise, TKHK m. 4/5'te yer alan sınırlamalara uygun bir senette, tüketici lehine aval verilmesinin mümkün olup olmayacağıdır. Tüketici senetlerine ilişkin sınırlamayla tüketicinin korunmasının amaçlanması karşısında, tüketici tarafından verilenler dışındaki kambiyo taahhütleri bakımından TKHK m. 4/5 düzenlenmesinin uygulanması söz konusu değildir. Nitekim düzenlemede aksi hâlde senedin yalnız “tüketici yönünden” geçersiz olacağı şeklindeki sınırlama da bu düşüncüyü destekler niteliktedir³⁷. Böylece TKHK m. 4/5'te öngörülen sınırlamanın kapsamına tüketici lehine aval veren kimseler dâhil değildir³⁸. Ancak tüketici lehine aval veren kimse yine bir tüketici ise, aval taahhüdü TKHK m. 4/5 kapsamında değerlendirilebilir.

B. TKHK m. 4/6 Düzenlemesi Kapsamında Değerlendirme

1. Düzenlemenin Kapsamının Tespiti

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/6. maddesinin birinci cümlesi, tüm tüketici işlemlerinde alınan şahsi teminatların akıbeti hakkındadır. Anılan hüküm uyarınca, tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık olarak alınan şahsi teminatlar, her ne isim altında olursa olsun adi kefalet sayılacaktır. Düzenleme, tüketici tarafından verilen şahsi teminatların niteliği bakımından nispi emredici niteliktedir; tüketici aleyhine aksi kararlaştırılmaz.

³⁷ TKHK'nın 77. maddesinde söz konusu sınırlamalara aykırılık hâlinde, aykırılığı tespit edilen her bir işlem veya sözleşme için ayrı ayrı olmak üzere idari para cezası uygulanacağı düzenlenmiş olup (TKHK m. 77/1), bu ceza da tüketici ile işlem yapan satıcı veya sağlayıcıya yöneliktir. BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 85; YEŞİLTEPE, s. 33.

³⁸ eTKHK m. 10/6 açısından aynı yönde bk. UZUNALLI EROĞLU, s. 148.

Aynı teminatlar TKHK m. 4/6, c. 1 kapsamı dışındadır. Müteselsil kefalet, garanti gibi şahsi teminatların yanı sıra yine bir şahsi teminat olan aval de, düzenlemenin amacı ve açık lafzı karşısında bu kapsama dâhildir. Söz konusu hüküm uyarınca, tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan aval taahhüdü, kendiliğinden adi kefalet hükümlerine tâbi olacaktır.

Öğretide, hükmün lafzının avali de kapsar gözükmese rağmen, işlem güvenliği ve tedavül kabiliyeti gerekçesiyle aksi sonuca varıldığı belirtilmiştir³⁹. Ancak bu görüşteki yazarlar tarafından da, avalin bir tür şahsi teminat olması ve TKHK m. 4/6’da açıkça şahsi teminatlardan söz edilmesi karşısında uygulamada sorunlara neden olabileceği ifade edilmektedir. Bir çözüm şekli olarak, TKHK m. 4/6 düzenlemesinde TTK hükümlerinin saklı tutulması önerilmiştir⁴⁰.

Avale ilişkin hükümlerin, öncelikle hamilin; kefalete ilişkin hükümlerin ise kefilin menfaatinin ön planda tutmakta olduğu hususundaki değerlendirmeler⁴¹ haklılık arz etmektedir. Kıymetli evrak hukuku sistematüğünde avalin adi kefalet hükümlerine tâbi tutulmaması birçok sakıncayı beraberinde getirir. Ne var ki, TKHK düzenlemelerinde ise, neredeyse yegâne amaç tüketicinin menfaatinin korunması olmuştur. Kaldı ki benzer şekilde TKHK m. 4/5 hükmünde de, açıkça kıymetli evrak açısından tedavül kabiliyetine ve işlem güvenliğine aykırı sayılabilecek bir sınırlandırma öngörülmüştür.

TKHK m. 4/6 düzenlemesiyle kefaletin yalnız sonuçlarına yer verilmemiş; kefalet sayılır denmekle bir kanuni tahvil öngörülmüştür. Avalin tek taraflı bir taahhüt olduğu görüşünün kabulü hâlinde, tek taraflı bir hukuki işlemin sözleşme olarak kabul edilmesi (kanuni tahvil) noktasında “önemli bir

³⁹ BAHTİYAR, s. 207; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 87; HAMAMCIOĞLU, Esra: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları”, Tüketicinin Korunması Hakkında Disiplinler Arası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 63.

⁴⁰ BAHTİYAR, s. 207-208; BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 89.

⁴¹ DEMİRKAPI, s. 132-133. Aynı yönde BAHTİYAR/HAMAMCIOĞLU, s. 87.

teorik engel” ortaya çıkmaktadır⁴². Avalin bir sözleşme niteliğinde olduğu yönündeki, bizim de kabul ettiğimiz görüş doğrultusunda⁴³, avalin kefalete tahviline -sözleşme niteliği bakımından- engel bulunmamaktadır.

Kambiyo senetleri sistematığı bakımından yabancı olsa da, TKHK m. 4/6 düzenlemesinin bir şahsi teminat olan avalı de kapsamakta olduğu sonucuna ulaşmak kanaatimizce kaçınılmazdır⁴⁴. Daha önce benzer bir tartışma, TBK m. 603 düzenlemesi nedeniyle kefaletin şekil şartlarının avale uygulanıp uygulanmayacağı noktasında ortaya çıkmış ve bir içtihadı birleştirme kararına (İBK) konu olmuştur. 20 Nisan 2018 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, kefaletin şekline ve eş rızasına ilişkin hükümler (TBK m. 583-584) avalde uygulanmayacaktır⁴⁵. Ancak anılan kararın temel dayanağı, -bu karara gerekçe yönünden katılmasak da- avalin tek taraflı bir hukuki işlem sayıldığı ve bu nedenle “*kişisel güvence verilmesine ilişkin ... sözleşmeler*” (TBK m. 603) kapsamında olmadığıdır. Oysa TKHK m. 4/6 düzenlemesinde “*şahsi teminatlar*”ın “*her ne isim altında olursa olsun*” kefalet sayılacağı düzenlenmiş, bu teminatların

⁴² Bu yönde bkz. ÖZEN, Şerh, s. 109. Belirtmek gerekir ki, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatların adi kefalet sayılacağına dair düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bu hususta “kanuni tahvil”, “değiştirilmiş kısmi butlan”, “atıf hükümlerinin uygulanması gerektiği” ve “her şahsi teminat türüne göre farklı yorum yapılması gerektiği” şeklinde farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Konu hakkındaki farklı görüşler hakkında ayrıntılı inceleme ve değerlendirme için bkz. ARAT, Ayşe: “Tüketici Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi”, Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi, C.19, 41.Yıl Özel Sayısı, 2016, s. 219-220; KELEŞ, s. 211-222; FIRINCIOĞULLARI, Feray: Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar, Ankara 2018, s. 134-143. Mülga 4077 sayılı TKHK döneminde başlayan tartışmalar 6502 sayılı TKHK m. 4/6 karşısında önem yitirmiş gözükmektedir. Kanaatimizce TKHK m. 4/6’da yer alan “...adi kefalet sayılır” şeklindeki düzenleme gereği, bir kanuni tahvilin varlığını kabul etmek gerekir. Böylece tüketici tarafından verilen aval de, koşulları varsa adi kefalet niteliğinde sayılacaktır.

⁴³ Bkz. dn. 17.

⁴⁴ eTKHK döneminde 10/6 düzenlemesi bakımından aynı yönde değerlendirme için bkz. DEMİRKAPI, s. 182; UZUNALLI EROĞLU, s. 146-147.

⁴⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. CAN, Eş Rızası, s. 35-73; KIRCA, s. 435-457; ŞEKER, Muzaffer: Kefalette ve Avalde Eş Rızası, İstanbul 2017, s. 65-106. İçtihadı Birleştirme Kararına ilişkin değerlendirme için bkz. HELVACI/AKSU ÖZKAN, s. 873-906.

“sözleşme” niteliğinde olması aranmamıştır. Böylece aval, ister tek taraflı taahhüt ister bir sözleşme olarak nitelendirilsin, salt bir şahsi teminat olması dolayısıyla TKHK m. 4/6 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

TKHK m. 83/2 uyarınca, TTK’da avale ilişkin özel hükümler bulunması da bu işlemin bir tüketici işlemi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Bu hâlde avalin, TKHK m. 4/6 hükmünün birinci cümlesinin kapsamı dışında değerlendirilmesine dayanak teşkil edebilecek bir düzenleme bulunmamaktadır.

Hükümde “tüketici işlemlerinde, tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar”ın akıbetinin düzenlenmiş olması karşısında, tüketici lehine verilen avalin de bu kapsamda değerlendirilmesinin gerekip gerekmeyeceği hususunda tereddüte düşülebilir. Kanaatimizce kanunun amacı ve düzenlemenin niteliği dikkate alındığında, TKHK m. 4/6 kapsamındaki değerlendirme bakımından aval verenin tüketici olması öncelikli şarttır. Tüketici lehine aval veren kimse tüketici değilse, salt bu nedenle kendisi açısından bir tüketici işleminden ve dolayısıyla Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin uygulanmasından söz edilemez.

TKHK m. 4/6 hükmünün ikinci cümlesinde ise tüketicinin alacaklarına ilişkin karşı tarafça verilen şahsi teminatların “diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmadıkça” müteselsil kefalet sayılacağı yer almıştır. Burada TTK’da özel olarak düzenlenen avalin istisna teşkil edeceği açıktır. Kaldı ki aval, alacaklı konumundaki tüketici açısından daha fazla koruma sağlamaktadır. Bu bakımdan ikinci cümledeki istisna hükmü, düzenlemenin gerekçede belirtilen amacı ile de uyumludur.

Bu noktada, TKHK m. 4/6 düzenlemesinin birinci cümlesi kapsamında olan avalin akıbeti üzerinde durulmalıdır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu düzenleme kıymetli evrak hukuku sistematiğine ve kambiyo senetlerinin genel özelliklerine yabancıdır ve uygulamada karışıklığa neden olacak niteliktedir. Ancak konuyu mümkün olduğunca netleştirmek bakımından

öncelikle işlemin niteliği, kim tarafından ve kimler lehine avalin bu kapsamda değerlendirileceği üzerinde durulmalıdır.

TKHK m. 4/6 düzenlemesi, “*tüketici edimlerine karşılık*” olarak verilen şahsi teminatları kapsamaktadır. Buradan yola çıkarak öğretide, lehine aval verilen kimsenin taraf olduğu işlemin tüketici işlemi niteliği taşımaması hâlinde TKHK m. 4/6 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir⁴⁶. Anılan görüşe göre, tüketicinin verdiği aval, senedin nama yazılı olma ve taksitle ödemelerde her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı düzenlenmesi şartlarına uygunsa geçerli sayılacaktır.

Düzenlemede “*tüketicinin edimlerine karşılık*” ifadesine yer verilmesinin nedeni, satıcı/sağlayıcının karşı edimi nedeniyle verilebilecek teminatları kapsam dışı bırakmaktır. Söz konusu ifadeyle anlatılmak istenen, “*tüketici edimleri için verilen*” şahsi teminatlardır. Böylece her ne surette olursa olsun, bir tüketici işleminde tüketicinin verdiği avalin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bir diğer deyişle, tüketicinin kendisinin ya da başkasının temel ilişkideki edimini taahhüt maksadıyla bir kambiyo senedine verdiği teminat ancak adi kefalet sayılabilir.

Bu noktada son olarak, kanun hükümlerinin dolanılmasına neden olabilecek bir noktaya temas etmek gerekir. Aval taahhüdü, esasen senedin tedavülünü kolaylaştırmaya hizmet eder⁴⁷. Ancak bu şekildeki bir teminatın şüpheli kimselerden istenebileceği düşüncesiyle, avalin varlığının senette imzası bulunanlara karşı bir güvensizliği göstereceği de söylenebilir⁴⁸. Avalin oluşturabileceği bu güvensizlik kaygılarını bertaraf etmek üzere, uygulamada kimi zaman, aval yerine ve yine teminat amacıyla senedin cirosu yoluna gidilmektedir. “*Gizli aval*” (*verdeckte*

⁴⁶ YILDIRIM, Abdulkemir/AYTUĞAR, Bilge: “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 24, S. 2, 2020, s. 41.

⁴⁷ BAUMBACH/HEFERMEHL/CASPER, WG Art. 30, s. 286, Rn. 1.

⁴⁸ ÖZTAN, Ders Kitabı, s. 161; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 791; POROY/TEKİNALP, s. 220, N. 289.

Wechselbürgschaft) olarak da nitelendirilen⁴⁹ bu durumda TKHK m. 4/6'da öngörülen sonucun ortadan kaldırılması söz konusu olabilir. Bu noktada karşılaşılabilecek ispat güçlüğü⁵⁰ nedeniyle TKHK m. 4/6'nın avale etkisi anlamsızlaşmaktadır. Böylece tüketicinin asıl borçlu, ciranta olabildiği bir senette aval vermesi durumunda, adi sorumluluk, eş rızası, kefaletin şartları gibi hükümlere tâbi olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tüketiciyle işlem yapan kimselerin de tüketiciden aval almak yerine, gizli aval niteliğindeki bir ciro yoluyla senedin devrini sağlamaları kaçınılmaz olacaktır. Kaldı ki tüketicinin senedi düzenleyen sıfatıyla imzalaması durumunda dahi söz konusu sınırlamalardan kurtulması mümkündür.

Diğer yandan temlik cirosu da temlik, teşhis işlevlerinin yanında teminat işlevini haizdir. Böylece niteliği itibariyle ciro, kural olarak şahsi teminat içeren bir kambiyo taahhüdüdür. Bu yönüyle cironun da TKHK m. 4/6 kapsamında değerlendirilerek, bir tüketici işleminden kaynaklanması nedeniyle adi kefalet hükümlerine tâbi olması gibi bir sonuca gidilmesi düşünülebilir. Şüphesiz bu sonuç, cironun tek işlevinin teminat olmaması nedeniyle kambiyo hukuku kurallarından uzaktır. Ancak aksi hâlde de gizli aval niteliğindeki ciro yoluyla kanun hükümlerinin işlevsiz kalması mümkün olmaktadır. Burada tüketicinin TKHK ile lehine getirilen düzenlemeleri bilmesi ve sonuçlarını göz önünde bulundurarak kambiyo taahhüdünde bulunması beklenemez. Bu kapsamda söz konusu kuralların etkisiz kalması da söz konusu olabilecektir.

⁴⁹ Bkz. JACOBI, s. 683, dn. 5; ÖZTAN, Ders Kitabı, s. 161-162; ÖZTAN, Kıymetli Evrak, s. 791. Söz konusu uygulama hakkında bkz. ARSLANLI, s. 96; KARAYALÇIN, s. 220.

⁵⁰ Yargıtay kararlarında da bu şekilde bir bağlantının kabul edilmediği anlaşılmaktadır: *“Davacılar dava konusu bononun keşidecisi ve avalistidir. Dava konusu bonoda banka lehtar olmayıp lehtar ve 1. cirantalardan bonoyu ciro yolu ile almış hamildir. Davacılar dava dışı lehtarın banka ile kurduğu tüketici kredi ilişkisine kefil olmalarına rağmen dava konusu bu bonoyu banka lehine düzenlemedikleri için bu bono ile tüketici kredisi arasında bağ kurularak davanın çözümlenmesi yanlıştır”* Y. 19. HD., 09.02.2018, E. 2016/14843, K. 2018/720 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

2. TKHK m. 4/6 Düzenlemesinin Avale Uygulanmasının Sonuçları

Tüketici tarafından verilen avalin adi kefalet niteliğinde kabul edilmesinin bazı önemli sonuçları vardır⁵¹. Tüketici tarafından verilen avalin tahvil yoluyla adi kefalet olarak geçerli kabul edilmesi ise kefaletin geçerlilik şartlarını taşımasına bağlıdır⁵². Bilindiği üzere, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile kefalet sözleşmesi, bazı nitelikli şekil şartlarına⁵³ tâbi tutulmuştur (TBK m. 583).

Öte yandan, daha önce anılan 20 Nisan 2018 içtihadı birleştirme kararı kapsamında, TBK m. 603 düzenlemesine rağmen avalde eş rızası aranmayacaktır⁵⁴. Kefaletin geçerliliği ise kural olarak eş rızasının varlığına bağlıdır⁵⁵ (TBK m. 584). Böylece İBK gereği avalde eş rızası

⁵¹ Bu noktada esasen aval ile kefalet arasındaki farkları göz önünde bulundurmak gerekir. Bkz. dn. 17.

⁵² TKHK m. 4/6 düzenlemesi gereği adi kefalet hükümlerinin uygulanacağı şahsi teminatlarda kefaletin şekil şartlarının aranması gerektiği yönünde bkz. ALTOP, Atilla, “Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar”, Yürürlüğe 5 Kala 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Editörler: Hakan Tokbaş, İsa Döner), Ankara 2014, s. 12; ÖZEN, Tüketici Kredileri, 299. Garanti, aval gibi şahsi teminatların adi kefalet sayılmasının sonucu olarak, sadece asıl borçluya başvurmadan kefile başvurulmayacak olmasına ilişkin düzenleme değil (TBK m. 585/1), kefile doğrudan doğruya başvurulabilecek hâllere ilişkin kurallar da uygulama alanı bulmaktadır (TBK m. 585/3). Bu yönde bkz. Y. 13. HD., 11.12.2018, E. 2016/14833, K. 2018/11952 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁵³ Kefaletin sözleşmesinde şeklin düzenlendiği TBK m. 583 uyarınca, “*Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır.*

Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaaında bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır. Taraflar, yazılı şekle uyararak kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlandırmayı kararlaştırabilirler.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler, kefalet için öngörülen şekle uyulmadıkça hüküm doğurmaz”.

⁵⁴ Bkz. dn. 20.

⁵⁵ TBK m. 584 uyarınca, “*Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı*

aranmazsa da tüketici tarafından verilen avalde (adi kefalet sayılması nedeniyle) eş rızası aranması sonucu ortaya çıkmaktadır.

Kanaatimizce böyle bir hâlde işlem kefalet sayıldığından, TBK m. 603 düzenlemesine başvurulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır⁵⁶. Kefaletin şekline (TBK m. 583) ve eş rızasına (TBK m. 584) dair düzenlemeler doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Hâl böyle olunca bu sınırlama TBK m. 603'ün aksine yalnız gerçek kişiler açısından da söz konusu değildir.

TKHK m. 4/5 düzenlemesinin emredici niteliği karşısında, tüketici tarafından verilen teminatlarda kefaletin geçerlilik şartlarının mevcut olup olmadığı re'sen dikkate alınmalıdır⁵⁷. Bu şartların sağlanmamış olması hâlinde, TKHK m. 4/5'te öngörülen sınırlamalara uygun bir senette yer alan bir şahsi teminat ne aval ne de adi kefalet olarak geçerli kabul edilebilecektir.

Kefaletin geçerlilik şartlarının sağlanması hâlinde kefil açısından ortaya çıkabilecek en önemli sonuç, alacaklının kural olarak önce asıl borçluya başvurmadan kefile başvuramayacağı kuralının uygulanmasıdır (TBK m.

rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez”.

⁵⁶ Bu yönde bkz. ALTOP, s. 12, dn. 5. Şahsi teminat sözleşmelerinin, bu geçerlilik unsurlarını, TKHK m. 4/6 gereği değil, TBK m. 603 gereği taşıması gerektiği yönünde KELEŞ, s. 228.

⁵⁷ “6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 4. maddesi gereğince tüketici işlemlerinde tüketicinin edimlerine karşılık alınan şahsi teminatlar, her ne isim adı altında olursa olsun adi kefalet sayılır. Kanunun emredici hükümlerinin mahkemece resen dikkate alınması zorunludur. Bu yasal düzenleme doğrultusunda alacaklı, asıl borçlu aleyhine icra takibi yapıp, takip semeresiz kalmadıkça kefiliden borcun ifasını isteyemez. Böyle olunca, sözleşmeye kefil olunması halinde ödenmeyen borç ile ilgili öncelikle esas borçluya gidilmesi, neticesiz kaldığının somut olarak belirlenmesinden sonra ödenmeyen borç için kefile gidilebileceğini belirten yasanın amir hükmü olmasına rağmen, mahkemece bu gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile hükmün kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir” Y. 13. HD., 11.12.2018, E. 2016/14833, K. 2018/11952 (Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı).

585/1). Diğer borçlular ile birlikte müteselsil sorumlu olan avalistin aksine, kefilin sorumluluğu fer'idir. Adi kefalette kefil, asıl borçluya başvurulmamış olması hâlinde tartışma (önce dava/peşin dava) def'ini (TBK m. 585/1) ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini (TBK m. 585/2) ileri sürebilir⁵⁸.

Tüketicinin avalinin kefalet sayılmasının bir başka sonucu, TBK m. 582/1 uyarınca, asıl borcun geçersizliğinin kefilin borcunun da geçersizliği sonucunu doğurmasıdır. Zira kefalet ancak geçerli bir borç ilişkisi için söz konusu olabilir. Tüketici lehine aval verilmesi durumunda ise, avalist, tüketici sıfatını haiz olmadıkça, lehine aval verilen tüketicinin taahhüdünün geçerli olup olmamasından etkilenmeyecektir⁵⁹ (TTK m. 702/2). Zira burada şekli bir geçersizlik söz konusu değildir. Tüketici lehine aval veren kimsenin yine bir tüketici olması hâlinde de aynı sınırlama uygulanacaktır⁶⁰.

Bu noktada bir diğer farklılık da def'i yönünden ortaya çıkacaktır. Avalist, lehine aval verdiği kimsenin def'ilerini ileri süremez. Kefil ise kendisine başvuran alacaklıya karşı asıl borçlunun def'ilerini ileri sürme hakkına sahip ve hatta bununla yükümlüdür (TBK m. 591/1).

Tüketicinin avalinin adi kefalet niteliğinde kabul edilmesiyle, ödeyen tüketicinin rücu hakkının dayanağı ve niteliği de değişecektir. Kefil, alacaklıya ifade bulunduğu yalnız alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 596/1). Bu kapsamda kambyo senetlerinde avalistin rücuundan değil, kefilin halefiyete dayalı rücu hakkının varlığından söz etmek gerekecektir.

⁵⁸ TANDOĞAN, s. 762-763; EREN, Özel Hükümler, s. 786-787; ÇABRİ, s. 106-107; ARAT, s. 213-214.

⁵⁹ Böyle bir hâlde tüketici borcu için aval verilemeyeceği ancak adi kefalette bulunulabileceği hakkında bkz. ÖZEN, Burak: "Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Şahsi Teminatların Geçerliliği", Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Editörler: Hakan Tokbaş; Fehim Üçışık), Ankara 2014, s. 290-299.

⁶⁰ Mülga 4077 sayılı TKHK bakımından aynı yönde bkz. DEMİRKAPI, s. 182; UZUNALLI EROĞLU, s. 148.

Öte yandan emre ya da hamile yazılı olması hâlinde kamu güvenliğine haiz olan kambiyo senetlerinde tüketicinin aval vermesi durumunda, bu taahhüdün adi kefalet niteliğinde olacağı yönündeki def'inin üçüncü kişilere karşı ileri sürülüp sürülemeyeceği meselesi açıkta kalmaktadır. TKHK m. 4/5 düzenlemesinde, burada öngörülen sınırlamalara uymayan senetlerin tüketici bakımından geçersiz olacağı ifade edilmişse de, bu sınırlamaya uyan bir senette, aval veren tüketicinin taahhüdünün TKHK m. 4/6 uyarınca adi kefalet niteliğinde olduğunu def'i olarak kimlere karşı ileri sürebileceği hususunda bir açıklık yoktur. Böyle bir hâlde kanaatimizce, açık bir düzenleme olmaması karşısında işlem güvenliğinin ve iyi niyetin korunmasının tercih edilmesi isabetli olacaktır. Zira bu şekilde ödeme yapan tüketicinin, satıcı, sağlayıcı ya da kredi veren gibi sıfatlarla ortaya çıkan kimseye rücu etmesi ve ondan tazminat isteminde bulunması mümkündür. Kanunun öngördüğü korumadan daha geniş bir kapsamlı koruma, kanun koyucunun amacını aşacak ve kambiyo senetlerine duyulan güveni zedeleyebilecektir.

TKHK m. 4/5 düzenlemesine uygun senetlerde tüketici tarafından verilen avalin adi kefalet olarak nitelendirilmesi, şahsi teminat veren kimseye başvuru için hakkı koruyucu işlemlerin yapılmasının gerekip gerekmediği sorusunu da ortaya çıkaracaktır. Ancak böyle bir hâlde, senetten doğan borcu temin eden tüketicinin başvuru borçluları arasında sayılmaması gerekir. Burada tüketici, tıpkı senet dışında kefalet veren kimseler gibi⁶¹, asıl borca bağlı, bir fer'i teminat vermiş olacaktır. Bu teminat, artık bir kambiyo taahhüdü olarak da nitelendirilmemelidir. Kefilin müteselsil değil, TKHK m. 4/6 kapsamında adi sorumluluğu, bu görüşü destekler niteliktedir. Kefilin ödeme yapması durumunda sahip olacağı haklar bakımından da kefalete ilişkin hükümlere başvurmak gerekir. Böyle bir durumda adi kefaleti nedeniyle ödeme yapan tüketici, ancak kefilin

⁶¹ Uygulamada pek rastlanmamakla birlikte, kambiyo senedi borçlusunun ediminin aval yerine, kefalet ya da garanti yolu ile temin edilmesine de engel bulunmamaktadır. Bkz. KARAYALÇIN, s. 219; KENDİGELEN (KIRCA), s. 227, N. 484. Poliçe borcunun (poliçe dışında) kefaletle temini bakımından bkz. KINACOĞLU, s. 213-214.

haklarına sahip olacaktır; avale ilişkin hükümlerin kendisi bakımından uygulanması mümkün değildir.

VI. Sonuç

Aval, kıymetli evrak hukukuna özgü bir şahsi teminattır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4/5 ve 4/6. maddeleri avale etki edebilecek niteliktedir. TKHK'nın 4/5. maddesi uyarınca, tüketicinin yapmış olduğu işlemler nedeniyle kıymetli evrak niteliğinde sadece nama yazılı ve her bir taksit ödemesi için ayrı ayrı olacak şekilde senet düzenlenebileceği şeklindeki sınırlama, tüketici tarafından verilen avalı de kapsamaktadır. Zira anılan hükümde geçen "...senet düzenlenebilir" şeklindeki ifadeden kıymetli evrakla borçlanma anlaşılmalıdır. Ancak bu sınırlama, tüketici lehine aval veren kimseler açısından -bu kimseler tüketici olmadıkça- söz konusu değildir.

TKHK m. 4/5'te öngörülen sınırlamalara uygun bir senette tüketicinin aval vermesi hâlinde ise TKHK m. 4/6 düzenlemesi devreye girecektir. TKHK m. 4/6 hükmünde, tüketici tarafından verilen şahsi teminatların adi kefalet hükmünde olacağına kabul edilmesi karşısında, aval görünümündeki bu taahhüt, adi kefalet hükümlerine tâbi olacaktır. Böylece söz konusu teminatın geçerliliği, kefaletin geçerlilik koşullarını taşımasına bağlıdır. Mevcut düzenlemeler (*de lege lata*) kapsamında (TKHK m. 4/5 ve 4/6) ve TKHK m. 83/2 ile öngörülen geniş uygulanma alanı karşısında burada avale ilişkin özel düzenlemelerin uygulanması imkânı bulunmamaktadır.

Varılan bu -kaçınılmaz- sonuç, kambiyo senetlerinin işleyişine ve işlem güvenliğine aykırıdır. TKHK m. 4/5 hükmüyle, tüketicinin kıymetli evrakla borçlanması hususunda zaten önemli bir sınırlama getirilmiştir. Bu kapsamda geçerli olan bir tüketici taahhüdünün, aval taahhüdü olması nedeniyle, bir kez de TKHK m. 4/6 düzenlemesine tâbi olması kanun koyucunun amacının çok ötesindedir. Açıklanan nedenle, TKHK m. 4/6 hükmünün avalı kapsam dışında bırakacak şekilde yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Zira TKHK m. 4/5'te anılan sınırlamalara uygun olmak kaydıyla, kambiyo senedinde düzenleyen, ciranta gibi

sıfatlarla taahhütte bulunabilecek olan tüketicinin, aval bakımından daha fazla korunmasını gerektirecek bir neden bulunmamaktadır. Bu kapsamda TKHK m. 4/6 düzenlemesinin birinci cümlesine de, tıpkı ikinci cümlesinde olduğu gibi bir istisna hükmü getirilerek, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin saklı tutulması uygun olacaktır.

Kaynakça

- [1] AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Tüketici İşlemi ve Uygulanması”, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna Disiplinlerarası Yaklaşım, Ankara 2016, s. 11-19 (Sempozyum).
- [2] AKİPEK ÖCAL, Şebnem: Akipek Şerhi, Milli Şerh (National Commentary), 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Editörler: Hakan Tokbaş / Özlem Tüzüner, İstanbul 2016, s. 40-60 (Şerh).
- [3] AKSU ÖZKAN, Raziye: *Aval Kurumu*, 2. B., Ankara 2019.
- [4] AKTÜRK, İpek Yücer: “Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı”, *GÜHFD*, C. XX, S. 2, 2016, s. 103-128.
- [5] ALTOP, Atilla: “Bankacılık Sektöründeki Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Edimlerine Karşılık Olarak Alınan Şahsi Teminatlar”, Yürürlüğe 5 Kala 6502 Sayılı Kanuna Göre Bankacılık ve İnşaat Sektörlerinde Tüketici Hukuku ve Uygulamaları (Editörler: Hakan Tokbaş, İsa Döner), Ankara 2014, s. 9-30.
- [6] ARAT, Ayşe: “Tüketici Hukuku’nda Kefalet Sözleşmesi”, *Sosyal Bilimler Meslek Yüksekokulu Dergisi*, C.19, 41.Yıl Özel Sayısı, 2016, s. 207-223.
- [7] ARKAN, Sabih: “Tüketici Kredileri”, *BATİDER*, 1995, C. 18, S. 1-2, s. 35-42.
- [8] ARSLANLI, Halil: *Ticarî Senetler Dersleri*, 3. B., Ankara 1954.
- [9] BAHTİYAR, Mehmet: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Kıymetli Evraka İlişkin Düzenlemeleri”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk*

Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 2, Prof. Dr. Yaşar Gürbüz'e Armağan, Mart 2016, s. 194-209.

[10] BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent: “Adi İş/Ticari İş/Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD*, Cevdet YAVUZ'a Armağan, C. 22, S. 3, 2016, s. 395 - 436.

[11] BAHTİYAR, Mehmet / HAMAMCIOĞLU, Esra: “Tüketicinin Kıymetli Evrak ile Borçlanması ve Sonuçları”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 1, Haziran 2015, s. 67-92.

[12] BATTAL, Ahmet: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Yönünden Tacirlerin Tüketici Sıfatı, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1998, s. 313-332.

[13] BAUMBACH, Adolf / HEFERMEHL, Wolfgang / CASPER, Matthias: Wechselgesetz Scheckgesetz, 23. Aufl., München 2008.

[14] BOZER, Ali / GÖLE, Celal: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 9. B., Ankara 2020.

[15] CAN, Mehmet Çelebi: “Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı?”, *GÜHFD*, C. XXI, S. 3, 2017, s. 35-73 (Eş Rızası).

[16] CAN, Mertol: *Kıymetli Evrak Hukuku* (Ders Kitabı), 3. B., Ankara 2015 (Kıymetli Evrak).

[17] CAN, Mertol: “Yargı Kararları Işığında Tüketici Hukukunun Kambiyo Senetleri Tatbikatını Etkileyen Hükümlerine İlişkin Kısa Bir Değerlendirme”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 2, Ekim 2020, s. 4109-4122 (Tüketici).

[18] ÇABRİ, Sezer: *Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Ankara 2016.

[19] EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. B., Ankara 2016 (Genel Hükümler).

- [20] EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014 (Özel Hükümler).
- [21] FIRINCIOĞULLARI, Feray: *Tüketici İşlemlerinde Şahsi Teminatlar*, Ankara 2018.
- [22] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, C. I, İstanbul 2014.
- [23] GÜRAL, Jale: “Kefalet Akdi ile Aval Arasında Bir Mukayese”, *AÜHF*, C.VIII, S. 34, s. 435-478.
- [24] HAMAMCIOĞLU, Esra: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Kıymetli Evrak Hukukuna Yansımaları”, *Tüketicinin Korunması Hakkında Disiplinler Arası Yaklaşım*, Ankara 2016, s. 57-63.
- [25] HELVACI, Mehmet / AKSU ÖZKAN, Raziye: “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi HAD*, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 873-906.
- [26] İNAN, Nurkut / KIVANÇ, Serpil: “Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Çeke İlişkin Kararları (1979-1982)”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Ankara, 6-7 Ocak 1984, s. 127-174.
- [27] JACOBI, Ernst: *Wechsel- und Schechrecht unter Berücksichtigung des auslaendischen Rechts*, Berlin 1956.
- [28] KARAYALÇIN, Yaşar: *Ticaret Hukuku III Ticarî Senetler*, 4. B., Ankara 1970.
- [29] KAYAR, İsmail: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. B., Ankara 2013.
- [30] KAYIHAN, Şaban: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 7. B., Ankara 2020.
- [31] KELEŞ, Âdem: *Tüketici Sözleşmelerinde Teminat*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- [32] KENDİGELEN, Abuzer: *Çek Hukuku*, 5. B., İstanbul 2019.

- [33] KENDİGELEN, Abuzer / KIRCA, İsmail: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 4. B., İstanbul 2020.
- [34] KINACIOĞLU, Naci: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 5. B., Ankara 1999.
- [35] KIRCA, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı - Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- [36] KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme*, 4. B., İstanbul 2008.
- [37] MOROĞLU, Erdoğan / KENDİGELEN, Abuzer: *İçtihatlı – Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 10. B., İstanbul 2014.
- [38] OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 12. B., İstanbul 2014.
- [39] ÖZAY, Osman Levent: "6502 Sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272.
- [40] ÖZEL, Çağlar: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 6. B., Ankara 2020.
- [41] ÖZEN, Burak: "Özen Şerhi", *Milli Şerh (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, (Editörler: Hakan Tokbaş, Özlem Tüzüner) İstanbul 2016, s. 61-120 (Şerh).
- [42] ÖZEN, Burak: "Tüketici Kredileri Çerçevesinde Verilen Şahsi Teminatların Geçerliliği", *3. Tüketici Hukuku Sempozyumu, Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları* (Editörler: Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık), Ankara 2014, s. 290-299 (Tüketici Kredileri).
- [43] ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. B., Ankara 1997 (Kıymetli Evrak).
- [44] ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 23. B., Ankara 2019 (Ders Kitabı).
- [45] POROY, Reha / TEKİNALP, Ünal: *Kıymetli Evrak Hukuku Esasları*, 23. B., İstanbul 2019.

- [46] PULAŞLI, Hasan: *Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları*, 7. B., Ankara 2019.
- [47] REİSOĞLU, Seza: *Çek Hukuku*, Ankara 2011.
- [48] SENGİR, Turgut: *Aval Hukuku*, Ankara 1967.
- [49] ŞEKER, Muzaffer: *Kefalette ve Avalde Eş Rızası*, İstanbul 2017.
- [50] TANDOĞAN, Halûk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, 3. B., İstanbul 1987.
- [51] TEKİL, Fahiman: *Kıymetli Evrak Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1994.
- [52] TOROS, D. İrem: *Teori ve Uygulamada Aval*, Ankara 2019.
- [53] TUTUMLU, Mehmet Akif: *Tüketici Yargılaması Hukuku*, Ankara 2015.
- [54] TÜZEMEN ATİK, Ebru: *Açık Kambiyo Senetleri*, 3. Baskı, Ankara 2021 (Açık Kambiyo Senetleri).
- [55] TÜZEMEN ATİK, Ebru: “Tüketici Senetlerinin Nama Yazılı Düzenlenmesi Zorunluluğu ve Sonuçları”, *9. Tüketici Hukuku Kongresi Tebliğ Kitabı* (e-kitap), 26-28 Kasım 2020 (e-kitap, erişim adresi: <https://www.hukukegitim.com/kitap.aspx?id=1359&title=>), İstanbul 2021 (Tüketici).
- [56] UZUNALLI EROĞLU, Sevilay: “Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun Kıymetli Evrak Hukukuna Etkileri”, *DEÜHFD*, C. 6, S. 1, 2004, s. 113-176.
- [57] YEŞİLTEPE, Salih Önder: “6502 Sayılı TKHK m. 4/5 Çerçevesinde Kıymetli Evrakın Tüketici Yönünden Geçersizliği Meselesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 20, S. 2, 2014, s. 23-44.
- [58] YILDIRIM, Abdulkerim / AYTUĞAR, Bilge: “Tüketici İşlemlerinde Kıymetli Evrak Düzenlenmesi”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 2, 2020, s. 31-62.

[59] ZEVKLİLER, Aydın / AYDOĞDU, Murat: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, 3. B., Ankara 2004.

[60] ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2016.

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKUNDA KISMİ SÜRELİ İŞ SÖZLEŞMESİ İLE ÇALIŞANLAR*

Arş. Gör. Ecenur SARIKAYA**

Öz

Tam süreli çalışma esas alınarak oluşturulan sosyal güvenlik sistemi içerisinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların sosyal sigortalardan etkin şekilde yararlanabilmeleri önem arz etmektedir. Bu nedenle sosyal güvenlik sistemi içerisinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara yönelik bazı temel düzenlemelere ihtiyaç bulunmaktadır. Çalışmamızda öncelikle kısmi süreli iş sözleşmesinin tanımı ve unsurlarına kısaca değinilmiştir. Daha sonra kısmi süreli çalışmada sigortalılık statüsü ve primler ele alınmaya çalışılmıştır. Son olarak kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından yararlanma bakımından kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların durumlarına değinilmiş ve bazı kısmi süreli çalışanlara ilişkin özellikli hallerin açıklanması amaçlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kısmi süreli çalışma, sosyal güvenlik hukuku, sosyal sigorta, çalışma süreleri, sosyal sigorta primleri.

* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 19.02.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 21.04.2021

** KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi, ecenur.ertus@karatay.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6422-6688

DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1002

Workers with Part-Time Employment Contract in Social Security Law

Abstract

It is important for those who worked with part-time contracts to be able to benefit from social insurances effectively in social security system established on the based of full-time work. Therefore some basic regulations are needed in the social security system for work with part-time contracts. In our study primarily, the definition and elements of a part-time employment contract were briefly mentioned. Then, in a part-time working, insurance status and premiums were tried to be discussed. Finally, the situation of workers with part-time contracts in terms of benefiting from short and long-term insurance branches was mentioned and it was aimed to explain the special cases regarding some part-time workers.

Keywords: *Part-time working, social security law, social insurance, working times, social insurances premiums.*

I.Giriş

4857 sayılı Kanunla yasal zemine kavuşan ve uygulamada sıkça karşılaşılan kısmi süreli iş sözleşmesinin, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku açısından birtakım sonuçları bulunmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin bireysel iş ilişkilerine yönelik olarak pek çok düzenleme yapılmış olmakla beraber sosyal güvenliğe yönelik düzenlemelerin ihmal edildiği görülmektedir. Bu bakımdan kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların da etkin bir şekilde sosyal sigortalardan yararlandırılması önem arz etmektedir. Bu açıdan söz konusu kişilerin, yardımları prim gün sayısı miktarına bağlanmış olan sosyal sigortalara erişim imkânlarının iyileştirilmesi gerekmektedir.

Buna yönelik olarak sosyal güvenlik mevzuatında önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Sözleşmenin iş sözleşmesi olma niteliği, haftalık çalışma süresine göre değişiklik arz etmediğinden, kısmi süreli iş sözleşmesi ile

çalışanlar da 5510 sayılı Kanun md. 4/1-a kapsamında sigortalılık statüsüne sahiptir. Bununla beraber, çalışma süreleri tam süreli emsal işçiye oranla daha düşük olduğundan elbette prim ödeme gün sayıları da pek çok haktan yararlanılması için eksik kalmaktadır. Sosyal güvenlik sistemimiz içerisinde kısmi süreli çalışanların eksik günlerini tamamlayabilmeleri adına birtakım önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca belirli bazı kısmi süreli çalışanlar için de Kanunda özellikli düzenlemeler yapılmıştır.

Çalışmamızda öncelikle kısmi süreli iş sözleşmesi kavramı ele alınmış ve kurulan sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabulüne yönelik olan unsurlara kısaca değinilmiştir. Daha sonra kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların sigortalılığı üzerinde durulmuş, sigortalılık statüsü ve primlerine ilişkin hususlar ele alınmaya çalışılmıştır. Bununla beraber kısa ve uzun vadeli sigorta kollarından yararlanılması bakımından kısmi süreli çalışanların durumuna kısaca değinilmiştir. Son olarak da bazı kısmi süreli çalışanlarla ilişkin getirilen özellikli düzenlemelere yer verilmiştir.

II. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi Tanımı ve Unsurları

A) Tanımı

Sosyal güvenlik hukuku bakımından önemli sonuçları olmasına rağmen, kısmi süreli iş sözleşmesi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda tanımlanmamıştır¹. Bununla birlikte Sosyal

¹ Kısmi süreli iş sözleşmesine ilişkin bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, Ercan, İş Hukuku, B. 12, Ankara 2018, s. 155 vd.; **BAKIRCIOĞLU**, Talha, 4857 sayılı İş Kanunu ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Kapsamında Kısmi Süreli Çalışma, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2019, s. 119; **ÇELİK**, Nuri/ **CANIKLIOĞLU**, Nurşen/ **CANBOLAT**, Talat, İş Hukuku Dersleri, B. 30, İstanbul 2017, s. 173 vd.; **DEMİR**, Fevzi, En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2017, s. 102 vd.; **EYRENCİ**, Öner/ **TAŞKENT**, Savaş/ **ULUCAN**, Devrim, Bireysel İş Hukuku, B. 9, İstanbul 2019, s. 85 vd.; **KORKMAZ**, Fahrettin/ **ALP**, Nihat Seyhun, Bireysel İş Hukuku, B. 4, Ankara 2019, s. 111 vd.; **MOLLAMAHMUTOĞLU**, Hamdi/ **ASTARLI**, Muhittin/ **BAYSAL**, Ulaş, İş Hukuku Ders Kitabı, B. 1, C. 1, Ankara 2017, s. 143 vd.;

Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda yer alan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlarla ilgili düzenlemelerde 4857 sayılı İş Kanunu'nun ilgili maddelerine atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle İş Kanunu'ndaki tanımlamanın, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bakımından da kabul edilen kısmi süreli iş sözleşmesini karşıladığı kabul edilmektedir.

Atipik istihdam biçimlerinin en yaygın halini oluşturan kısmi süreli iş sözleşmesi, İşK. md. 13'te tanımlanmıştır. Buna göre: *“İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir.”*

Kanunda yapılan tanımlamaya göre, kısmi süreli iş sözleşmesi işyerinde emsal işçi için haftalık belirlenen çalışma süresinden önemli ölçüde daha az çalışma süresinin öngörüldüğü sözleşmedir. İşK. md. 13/3'e göre emsal işçi: *“işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır.”* Kanun, bu belirlemede çalışma süresinin emsal işçiye göre *“önemli ölçüde daha az”* olması kriterini kullanmıştır². Ancak kanunda *“önemli ölçüde daha az”* ifadesinden ne anlaşılması

NARMANLIOĞLU, , Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2014, s. 232 vd; **ÖZCAN**, İrem, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 101; **SEVİMLİ**, Ahmet, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, İstanbul 2019, s. 9 vd., **SENYEN-KAPLAN**, Tuncay, Bireysel İş Hukuku, B. 9, Ankara 2018, s. 96 vd.; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, Çağlar, Kısmi Süreli Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışanların Sosyal Güvenlik Sorunları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2019, s. 12; **SÜZEK**, , Sarper, İş Hukuku, B. 16, İstanbul 2018, s. 273 vd.; **ŞAKAR**, Müjdat, İş Hukuku Uygulaması, B. 12, İstanbul 2018, s. 81 vd.; **TUNÇOMAĞ**, Kenan/**CENTEL**, Tankut, İş Hukukunun Esasları, B. 9, İstanbul 2018, s. 72 vd.; **YORULMAZ**, Çiğdem, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, Ankara 2008, s. 19 vd.

² **OSKAY**, Barlas, Analık İzni, Ücretsiz İzin ve Yarım Süreli Çalışmaya Eleştirel Bakış, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 155-156, Temmuz-Ağustos 2017, s. 104; **SENYEN-KAPLAN**, s. 96; **SÜZEK**, s. 274.

gerektiği açıklanmamıştır³. Söz konusu açıklama, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁴nde yapılmıştır. Yönetmeliğin 6. maddesinde kısmi süreli çalışma açıklanmış ve tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan çalışmanın üçte ikisi kadar olan çalışmanın kısmi süreli çalışma olduğu ifade edilmiştir. Buna göre kısmi süreli iş sözleşmeleri, tüm işgünlerinde günlük çalışma süresinden kısa olacak şekilde ya da haftanın sadece belirli günleri tam süreli çalışacak şekilde kurulabilir niteliktedir⁵.

Kısmi süreli iş sözleşmesi her ne kadar Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda tanımlanmamış olsa da İş Kanunu ve İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne paralel bir şekilde Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nde tanımlanmıştır. Buna göre: *“Sigortalının normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre üçte ikisi oranından daha az belirlendiği çalışmalar kısmi süreli çalışmadır.”*

B) Unsurları

Normal haftalık çalışma süresi İşK. md.13'e göre, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenen işçinin iş sözleşmesi kısmi süreli iş sözleşmesidir. Söz konusu tanımlamadan yola çıkılarak, sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabulü için birtakım unsurların bulunması gerekmektedir.

İlk olarak, borçlar hukukunun genel ilkelerinden olan irade serbestisine bağlı olarak sözleşmenin serbest iradeye dayanması yani gönüllülük

³ OSKAY, s. 104; MUTLU, Emre, Kısmi Süreli Çalışmanın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, Sosyal Güvence Dergisi, S. 4, Y. 2013, s. 33; SÜZEK, s. 274; SÜMER, Haluk Hadi, İş Hukuku Uygulamaları, B. 7, Ankara 2019, s. 52.

⁴ RG. 06.04.2004, 25425.

⁵ EYRENCİ/ TAŞKENT/ ULUCAN, s. 86; DEMİR, s. 103; KORKMAZ/ ALP, s. 111; ÖZDAMAR, Murat/ ÇAKAR, Erden, Part-Time İş Sözleşmeleriyle Çalışanların Sosyal Güvenliği, Bursa Barosu Dergisi, C. 39, S. 95, Ağustos 2014, s. 70, dpn. 1; SENYEN-KAPLAN, s. 96; SÜZEK, s. 274; SÜMER, s. 52.

esasıyla kurulmuş olması gerekmektedir⁶. Bu bakımdan işçi ve işveren çalışılacak sürenin kısalığı hususunda anlaşmış olmalıdır^{7 8}. Taraflarca belirlenen süre, yönetmelikte gösterilen önemli ölçüde daha az kavramını karşılamalıdır. Bu açıdan haftalık normal çalışma süresinin 45 saat olduğu bir işyerinde 30 saate kadar⁹ yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olacaktır¹⁰. Haftalık çalışma süresinin örneğin 42 saat olarak belirlendiği işyerinde ise 28 saate kadar olan çalışmalar kısmi süreli çalışma olacaktır.

⁶ **CANİKLİOĞLU**, Nurşen, Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların -Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak- Şubat 2016, s. 64; **ÇELİK/ CANİKLİOĞLU/ CANBOLAT**, s. 174; **MUTLU**, s. 33.

⁷ **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 12; **SÜZEK**, s. 275.

⁸ Kısmi süreli çalışma, tarafların serbest iradesi ile seçebileceği bir çalışma biçimidir. 6663 sK. ile birlikte İşK.'nun kısmi süreli çalışmayı düzenleyen 13. maddesine eklemeler yapılmış ve İşK. md. 74'te düzenlenen analık izinlerinden sonra çocuğun mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar ebeveynlerden birinin kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilmesi imkanı sağlanmış ve bu talebinin işveren tarafından reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Analık izinleri neticesindeki kısmi süreli çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **BAŞKAN**, Ş. Esra, 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2, Aralık 2016, s. 98 vd.; **OSKAY**, s. 104 vd.; **UĞUR**, Suat/ **YİĞİT**, Yusuf, İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynlerin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi, C. 6, S. 1, Haziran 2017, s. 76 vd.; **TAŞDEMİR**, Yasemin, Kısmi Süreli Çalışmaya Genel Bakış, Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 5, S. 11, Y. 2018, s. 205 vd.; **YAMAKOĞLU**, Efe/ **KARAÇÖP**, Eda, Bazı Atipik Çalışma Modelleri Bakımından Kadınların Sosyal Güvenliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1476.

⁹ İş Kanunu gerekçesindeki ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'ndeki "...üçte ikisi oranından daha az" lafızları doğrultusunda haftalık en fazla 29 saat belirlenen çalışmaların kısmi süreli çalışma kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla beraber İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ndeki "...üçte ikisi oranına kadar" lafzının üçte ikisinin de dahil edildiği şekilde yorumlanması ve Yargıtay kararlarında haftalık 30 saat ve daha az çalışmalar kısmi süreli çalışma kabul edilmiştir. Bu yöndeki tartışmalar için bkz. **CANİKLİOĞLU**, s. 65; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 10-11.

¹⁰ **AKYİĞİT**, s. 156; **CANİKLİOĞLU**, s. 65; **KORKMAZ/ ALP**, s. 112; **ÖZDAMAR/ ÇAKAR**, s. 70; **SÜZEK**, s. 274.

Bu bakımdan kısmi süreli çalışmanın kabulü için işyerinde uygulanan haftalık çalışma süresi esas alınır.

Sözleşmenin niteliğinden çıkarılan diğer bir unsur ise bu çalışmanın sürekli ve düzenli¹¹ olacağı yönünde anlaşılması¹². Bu bakımdan normal haftalık çalışma süresine göre çalışan bir işçinin çalışma süresinin geçici olarak kısaltılması sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olduğu anlamına gelmemektedir¹³. Kısmi süreli iş sözleşmesinin unsurlarında çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmeleri hariç olmak üzere yazılı olma şartı da bulunmamaktadır¹⁴.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise hizmet sözleşmesinin kısmi süreli sayılması için "önemli ölçüde daha az" koşulu aranmamıştır. TBK. md. 393/2'ye göre: "*İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir.*". Bu bakımdan Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışmasının kabulü için işyerinde belirlenen çalışma

¹¹ "Düzenli"den anlaşılması gereken çalışmanın "devamlı"lık arz etmesidir. Aksi takdirde kısmi süreli çalışmada esnek çalışmadan bahsedilemeyecektir. **TUNÇOMAĞ/ CENTEL**, s. 73.

¹² **ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT**, s. 174; **CANIKLIOĞLU**, s. 65; **MUTLU**, s. 33; **TUNÇOMAĞ/ CENTEL**, s. 72; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 12.

¹³ **ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT**, s. 175; **MOLLAMAHMUTOĞLU/ ASTARLI/ BAYSAL**, s. 144; Sözleşmenin belirli ya da belirsiz süreli iş sözleşmesi olmasının herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan çalışma süresinin sürekli olarak normal haftalık çalışma süresinden kısa belirlenen bir iş ilişkisinin varlığıdır. **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 12.

¹⁴ Kısmi süreli iş sözleşmesi kuruluşunda şekil şartına yer verilmemesi sosyal güvenlik bakımından birtakım sorunlara yol açabilmektedir. Nitekim, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için işveren tarafından prim yatırılması için eksin gün bildirim yapılması gerekmektedir. SSGSSK. md. 86'ya göre sigortalıların otuz günden az çalıştığını gösteren bilgi ve belgelerin kuruma ibrazı gerekmektedir. İspata yarayan belgelerden biri de yazılı yapılmış kısmi süreli iş sözleşmesidir. **ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT**, s. 174-175, dñn. 143.

süresinden daha az süre ile çalışılacağı hususunda anlaşılması ve ifanın düzenli biçimde yerine getirileceğinin kabul edilmesi yeterlidir¹⁵.

III. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanların Sigortalılığı ve Sigorta Kollarından Yararlanması

A) Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışanların Sigortalılığı

1. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanın Sigortalılık Statüsü

Sigortalılık, esasen sosyal güvenlik sisteminde güvence altına alınmış olan belirli risklere karşı kişilerin güvence altında olmasıdır. SSGSSK. md. 3'e göre, sigortalı kavramı ise: "*Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi*" olarak ifade edilmiştir.

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'ndan önce üç farklı kanunla düzenlenen ve üç farklı kurum tarafından yürütülen sigorta ilişkileri artık tek çatı altında bulunmaktadır¹⁶. Kanunun bu düzenlemesiyle sigortalılık statüleri SSGSSK.'nin 4. maddesinin a, b ve c bentleri ile adlandırılmaktadır.

Köy ve mahalle muhtarları, gerçek veya basit usulde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup esnaf ve sanatkar siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin tüm ortakları ve tarımsal faaliyette bulunanlar SSGSSK. md. 4/1-b kapsamında sigortalılık statüsüne sahiptir.

Kamu idarelerinde, "*Bu maddenin birinci fıkrasının (a) bendine tabi olmayanlardan, kadro ve pozisyonlarda sürekli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması*

¹⁵ CANIKLIOĞLU, s. 65.

¹⁶ GÜZEL, Ali/ OKUR, Ali Rıza/ CANIKLIOĞLU, Nurşen, Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 17, İstanbul 2018, s. 71-72; KORKUSUZ, Refik/ UĞUR, Suat, Sosyal Güvenlik Hukuku, B. 6, Bursa 2018, s. 160; TUNCAY, Can/ EKMEKÇİ, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, B. 19, İstanbul 2017, s. 82.

öngörülmemiş olanlar ile Bu maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentlerine tabi olmayanlardan, sözleşmeli olarak çalışıp ilgili kanunlarında (a) bendi kapsamına girenler gibi sigortalı olması öngörülmemiş olanlar ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 86 ncı maddesi uyarınca açıktan vekil atananlar" ise SSGSSK. md. 4/1-c kapsamında sigortalıdırlar.

Çalışmamızın konusu bakımından önem arz eden sigortalılık statüsü ise SSGSSK. md. 4/ 1-a kapsamındaki sigortalılıktır. Zira: “*Bu Kanunun kısa ve uzun vadeli sigorta kolları uygulaması bakımından; Hizmet akdi ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar*” SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalı sayılmaktadır. Görüldüğü üzere kişinin sigortalılığı iş (hizmet) sözleşmesi ile çalışmasına¹⁷ bağlanmıştır¹⁸. Bu kapsamda işçinin iş sözleşmesinin türü ise önem arz etmemektedir¹⁹. Sigortalılık statüsü tam süreli işçi açısından da kısmi süreli işçi açısından da aynıdır. Bu bakımından kısmi süreli çalışanların sigortalılığı da SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalılıktır.

2. Kısmi Süreli Çalışanın Prime Esas Günlük Kazancı

a) Prime Esas Kazancın Kapsamı

Prime esas kazancın hesabına dahil edilecek ödemeler SSGSSK. md. 80’de açıklanmıştır. Buna göre işçinin hak ettiği ücret prime esas kazanç

¹⁷ Sigortalılık işçinin fiilen çalışmasıyla başlar. ALPER, Yusuf/ KILKIŞ, İlknur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Bursa 2018, s. 214; BAYRAM, Fuat, İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri, İstanbul 2015, s. 13; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 148; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 258; SÖZER, Ali Nazım, Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2021, s. 55; ŞAKAR, Müjdat, Sosyal Sigortalar Uygulaması, B. 12, İstanbul 2017, s. 94; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151.

¹⁸ CANIKLIOĞLU, s. 53.

¹⁹ SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 81; ÖZDAMAR/ ÇAKAR, s. 70.

dahil edilmektedir²⁰. Söz konusu ücretin türü önemli olmamakla birlikte²¹ fazla çalışma ücretleri, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, hafta tatili ücretleri ile ücret ekleri de hesaba dahil edilmektedir²². Ücretle birlikte işveren tarafından sigortalı için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen tutarlar da prime esas kazançta dahil edilmektedir (SSGSSK. md. 80/1-a-2). Aynı şekilde idare veya yargı mercileri tarafından verilen karar nedeniyle sigortalıya ay içinde yapılan ödemelerin brüt toplamı da prime esas kazançta esas alınmaktadır (SSGSSK. md. 80/1-a-3). Prime esas kazançta dahil edilmeyecek ödemeler ise kanunda sınırlı sayıda sayılmıştır²³.

Prime esas kazançta dahil olacak ödemeler bakımından Kanunda sözleşme türüne göre bir ayırım yapılmadığından kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için de aynı şartlara tabi şekilde hesaplama yapılacaktır²⁴. Ancak kısmi süreli çalışma bakımından önemli olan husus, iş sözleşmesiyle aynı anda birden fazla işte çalışılması halidir. Nitekim aynı anda birden fazla

²⁰ Hak edilmesi prime esas kazançta dahil edilmesi için yeterlidir. Fiilen ödeme yapılmış olması gerekmez. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 234; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 175.

²¹ **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 234; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 82; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 175.

²² **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 234; **KARAMAN**, Mehmet Halis, Kısmi Süreli İş Sözleşmesine Göre Çalışan İşçilerin 5510 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalılığı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, Y. 2013, s. 216; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 82; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 175.

²³ SSGSSG. md. 80/1-b: “*Aynı yardımlar ve ölüm, doğum ve evlenme yardımları, görev yollukları, seyyar görev tazminatı, kıdem tazminatı, iş sonu tazminatı veya kıdem tazminatı mahiyetindeki toplu ödeme, keşif ücreti, ihbar ve kasa tazminatları ile Kurumca tutarları yıllar itibarıyla belirlenecek yemek, çocuk ve aile zamları, işverenler tarafından sigortalılar için özel sağlık sigortalarına ve bireysel emeklilik sistemine ödenen ve aylık toplamı asgari ücretin % 30’unu geçmeyen özel sağlık sigortası primi ve bireysel emeklilik katkı payları tutarları, prime esas kazançta tabi tutulmaz.*”

²⁴ **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 250; **KARAMAN**, s. 216; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 82.

kısmi süreli iş sözleşmesi kurulması mümkündür²⁵. Bu durumda, işçinin her iki işverenden de aldığı ücretler toplanarak bunun üzerinden işlem yapılmaz²⁶. Prime esas kazanç tutarı hesabında her iki işverenden kazandığı tutarlar ayrı ayrı dikkate alınır ve prim hesabı yapılır²⁷. Bununla beraber SSGSSK. md. 82/4'e göre, aynı sigortalılık hali için yatırılan primler toplamı prime esas kazanç üst sınırını aşarsa aşan kısım sigortalının talebi ile sigortalıya geri ödenir.

b) Prime Esas Günlük Kazancın Hesaplanması

SSGSSK. md. 80/1-g'ye göre, bir ay içerisindeki sigortalının prime esas tutulan toplam kazancının 1/30'u prime esas günlük kazancı ifade etmektedir. Buna göre, prime esas günlük kazanç hesabında ayın kaç gün sürdüğü de dikkate alınmaz²⁸.

Söz konusu hesap özellikle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için önem arz etmektedir. Nitekim kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar haftalık normal çalışma süresinden önemli ölçüde daha az miktarda çalışmaktadır. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler ifa borçlarını bazen tüm işgünlerinde çalışıp daha kısa saatlerde mesai yaparak yerine getirirken bazen de haftanın sadece bir kaç günü çalışıp tam saatli mesai yaparak ifa etmektedir.

²⁵ İşçi, birden fazla işveren ile kısmi süreli iş sözleşmesi kurabilmekle beraber, işçinin korunması ilkesi kapsamında bir haftadaki toplam çalışma süresinin 45 saati aşmaması gerekmektedir. **SÜZEK**, s. 274-275. İşçinin birden fazla işverende kısmi süreli çalışma yürütmesi ve toplam haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması halinde aşan kısım geçersiz sayılmakla beraber geçersizlik ileriye yönelik etki doğuracağından bu çalışma için işçi ücrete hak kazanmış olacaktır. **ÇELİK/ CANIKLIOĞLU/ CANBOLAT**, s. 177.

²⁶ **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 83; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 190.

²⁷ **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 250; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 83; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 190.

²⁸ **BAKIRCIOĞLU**, s. 119; **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 250; **KARAMAN**, s. 218; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 83; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 189.

Şayet kısmi süreli çalışan tam süreli emsal işçi gibi haftanın her işgününde işe geliyorsa o halde prime esas günlük kazanç hesaplaması da tam süreli emsal işçi gibi olacak ve o ay içindeki toplam kazancın 1/30'una denk gelecektir²⁹. Ancak kısmi süreli çalışan, haftanın sadece birkaç günü tam saatli olarak çalışıyorsa o halde SSGSSK. md. 80/1-g'deki: "...günlük kazancın hesabına esas tutulan ay içindeki bazı günlerde çalışmamış ve çalışmadığı günler için ücret almamış sigortalının günlük kazancı, o ay için prime esas tutulan kazancının ücret aldığı gün sayısına bölünmesi suretiyle hesaplanır." hükmü gereği, prime esas günlük kazancının hesaplanması için, prime esas tutulan toplam kazancının, çalışıp ücret aldığı gün sayısına bölünmesi gerekmektedir³⁰.

c) Alt ve Üst Sınır

Prime esas kazancın alt ve üst sınırları SSGSSK. md. 82'de belirlenmiştir. Bu belirlemeye göre, prime esas kazanç asgari ücretten az olamayacağı gibi, asgari ücretin 7,5 katından³¹ da çok olamaz. Bu bakımdan 2021 itibariyle, prime esas günlük kazanç 119,25₺'dan az, 894,375₺'dan çok olamaz.

Prime esas kazanç sınırları belirlenirken kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için ayrıca bir düzenleme yapılmadığından aynı esaslar geçerli olacaktır. Ancak SSGSSK. md. 82/4 gereği, işçi aynı anda birden fazla işyerinde çalışıyorsa ücretlerin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve kısmi süreli çalışan sigortalı için yatırılan aylık prim toplamının belirlenen üst sınırı

²⁹ ÖZDEMİR, Cumhur Sinan, Part-Time (Kısmi Süreli) Çalışan İşçilerin Hakları, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 39, Kasım 2009, s. 155; KARAMAN, s. 216; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 84.

³⁰ Haftanın her günü çalışmamakla beraber, çalışmadığı günler için de aralarındaki sözleşme gereği ücrete hak kazanıyorsa elbette prime esas günlük kazanç, prime esas tutulan kazançlar toplamının 30'a bölünmesiyle hesaplanacaktır. KARAMAN, s. 217; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 84.

³¹ Prime esas kazancın "asgari ücretin 6,5 katı" olan üst sınırı 6761 sK. md. 8 ile 2017'den tarihten geçerli olmak üzere "asgari ücretin 7,5 katı" olacak şekilde değiştirilmiştir.

aşmaması gerekmektedir. Şayet aşılırsa aşan kısım sigortalının prim payı oranında geri ödenir. İade edilecek kısım sadece sigortalının kendi payıdır³². Üst sınırı aşan işveren payı ödenmez³³.

3. Prim Ödeme Gün Sayısı

Tam süreli çalışan işçi ile kısmi süreli çalışan işçi arasında sigortalılık statüsü bakımından ayırım olmasa da ay içerisinde çalıştıkları toplam süre farklı olduğundan prim ödeme sayıları doğal olarak eşit olmamaktadır³⁴.

Günlük kazanç hesabında dikkate alınan gün sayıları SSGSSK. md. 80/1-h'ye göre, prime esas gün sayısını oluşturur. Ancak söz konusu maddeye göre: *“işveren ve sigortalı arasında kısmî süreli hizmet akdinin yazılı olarak yapılmış olması kaydıyla, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışan ve çalıştığı saat karşılığında ücret alan sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir.”* denilmiştir. Buna paralel olarak, SSİŞl. Yön.³⁵ md. 101/3'te de çalıştığı saat karşılığında ücret alarak kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların prim ödeme gün sayılarının belirlenmesi için, ay içerisinde çalıştıkları toplam sürenin, İş Kanunu'na göre olağan çalışma süresi kabul edilen 7,5 saate bölünmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu şekilde yapılan hesaplama neticesinde 7,5 saatin altında kalan süre 1 güne tamamlanmaktadır³⁶. Bu bakımdan kısmi süreli çalışan sigortalının ay içerisindeki toplam çalışma

³² BAKIRICIOĞLU, s. 125; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 190.

³³ BAKIRICIOĞLU, s. 125; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 190. Bu konudaki eleştiri için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 251.

³⁴ ÖZDAMAR/ ÇAKAR, s. 70.

³⁵ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, RG. 27579, 12.05.2010.

³⁶ Bu bakımdan örneğin, haftalık 24 saat çalışan bir işçinin aylık çalışma süresi olan 96 saatin 7,5'a bölünmesiyle bulunan 12,8 gün tamamlanarak 13 günlük prim ödeme gün sayısına ulaşılacaktır.

süresinin 7,5'a bölünmesi gerekmektedir³⁷. Bu şekilde prim ödeme gün sayısı bulunacaktır³⁸.

4. Sigortalılık Süresi

Sigortalılık süresi uzun vadeli sigorta kollarından yararlanabilmek adına önem taşıyan bir kavramdır³⁹. Zira malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarında hak sahibi olabilmek belirli süre sigortalılık ve prim gün sayısının olmasına bağlıdır⁴⁰. Aranılan sigortalılık süresi, prim gün sayısı şartları Kanunda gösterilmiştir.

SSGSSK. md. 38'de sigortalılık süresi açıklanmıştır. Buna göre, sigortalılık süresinin başlangıcı, mülga 5417, 6900, 2925, 2926, 5434 sayılı Kanunlar ve mülga 506 sayılı Kanun ile aynı Kanunun geçici 20. maddesi kapsamındaki sandıklara veya bu kanuna tabi olarak ilk defa uzun vadeli sigorta kolları kapsamına girdiği tarih olarak kabul edilmiştir⁴¹. Bahsi geçen Kanunlara tabi olarak ilk kez çalışmaya başlanılan tarih sigortalılık süresinin başlangıcı sayılacak ve o tarih üzerinden sigortalılık süresi hesaplanacaktır⁴². Bu bakımdan, ilk işe giriş tarihi ile malullük veya

³⁷ Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların prim ödeme gün sayısı hesaplanırken, aylık toplam çalışma süresinin 7,5'a değil, normal haftalık çalışma süresi olan 45 saate bölünerek hesaplanmasının daha adil bir çözüm olduğuna yönelik eleştiri için bkz. MUTLU, s. 46.

³⁸ CANIKLIOĞLU/ ÖZKARACA, s. 646-647; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 185; ÖZDEMİR, Part-Time, s. 156; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 112.

³⁹ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; ÖZCAN, s. 101; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 87; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151.

⁴⁰ TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151.

⁴¹ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 278, dpn. 582.

⁴² GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 88.

yaşlılık sigortasında yazılı talep tarihi, ölüm sigortasında ise ölüm tarihi arasındaki süre, sigortalılık süresidir^{43 44}.

SSGSSK. md. 7'ye göre, sigortalılığın başlangıcı hangi kapsamda sigortalı olduğuna göre ayrı olarak belirlenmiştir. Kamu görevlilerinin sigortalılığı göreve başlamakla başlarken; bağımsız çalışanların sigortalılığı vergi mükellefiyetinin başladığı ya da duruma göre meslek kuruluşu kaydının yapıldığı tarihte başlar. Bağımsız çalışanlar için sigortalılık başlangıcında fiili çalışma aranmaz⁴⁵. Ancak SSGSSK. md. 4/1-a kapsamındakilerin yani iş sözleşmesi ile çalışanların sigortalılığı iş sözleşmesi kurulduğunda değil, fiilen çalışmaya başlamakla başlamaktadır⁴⁶. Kanunda sigortalılık süresi açısından iş sözleşmesinin niteliğine göre bir ayırım yapılmamıştır⁴⁷. Bu bakımdan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar da SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalılık kapsamındadır⁴⁸. Bu yönde sigortalılıkları çalışmaya başlamakla kendiliğinden başlayacak olup, sigortanın başlangıcı herhangi bir bildirimle bağlı değildir⁴⁹.

⁴³ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; ÖZCAN, s. 101; SÖZER, s. 61; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151.

⁴⁴ Bu süre içerisindeki çalışılmayan süreler de sigortalılık süresine dahildir. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; ÖZCAN, s. 101; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 88; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151.

⁴⁵ SÖZER, s. 56.

⁴⁶ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 166; ÖZCAN, s. 101; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 153.

⁴⁷ BAKIRCIOĞLU, s. 129; KARAMAN, s. 229; ÖZCAN, s. 103; SÖZER, s. 55-56.

⁴⁸ ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 112.

⁴⁹ Zorunluluk ilkesi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 147-152; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 94, TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 151; TUNÇOMAĞ, s. 182-184.

B) Sigorta Kollarından Yararlanılması

1. Kısa Vadeli Sigorta Kolları Bakımından

Kısa vadeli sigorta kolları SSGSSK. md. 3/4'e göre İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kollarını kapsamaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası⁵⁰ kapsamında iş kazası⁵¹ ya da meslek hastalığına⁵² uğrayan sigortalının kendisine vefatı halinde ise hak sahiplerine birtakım yardımlar sağlanmaktadır. İş kazası ve meslek hastalığı kapsamında sigortalıya sağlanan parasal yardımlar sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği verilmesi veya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması ile şayet sigortalı iş kazası ve meslek hastalığı sebebiyle vefat ettiyse hak sahiplerine gelir bağlanması, şartları oluşmuşsa kız çocuğuna evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneği sağlanmasıdır⁵³ (5510 sK. md. 16). İş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında sağlanan yardımlardan yararlanmak için iş kazası ya da meslek hastalığına uğramış olan sigortalının belirli bir sigortalılık süresinin ya da prim ödeme gün sayısının bulunması gerekmemektedir⁵⁴. Bu nedenle tam süreli iş

⁵⁰ İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanma şartları ve sağlanan yardımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 346; **KORKUSUZ/ UĞUR**, s. 284 vd.; **SÖZER**, s.323 vd.; **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 196 vd.; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 388 vd.

⁵¹ SSGSSK. md. 13/1'e göre iş kazası: “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olaydır.”

⁵² SSGSSK. md. 14/1'e göre: “Sigortalının çalıştığı veya yaptığı işin niteliğinden dolayı tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık, bedensel veya ruhsal engellilik halleridir.”

⁵³ **ÖZCAN**, s. 104; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 425.

⁵⁴ **ÖZCAN**, s. 104; **SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU**, s. 89.

sözleşmesi ile çalışanların iş kazasına uğraması ile kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların iş kazasına uğramasının sonuçları bakımından bir değişiklik yoktur.

Bununla beraber, kısa vadeli sigorta kollarından olan hastalık⁵⁵ ve analık⁵⁶ sigortası kapsamında sigortalılara sağlanacak olan geçici iş göremezlik ödeneği için Kanun belirli bir miktar prim ödeme gün sayısı aramaktadır. Buna göre, geçici iş göremezlik tarihinden/doğumdan önceki 1 yıl içerisinde en az 90 gün kısa vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması şartı aranmaktadır (SSGSSK. md. 18/1-b,c). Ayrıca analık sigortası kapsamında emzirme ödeneği alınabilmesi için, doğumdan önceki 1 yıl içinde en az 120 gün kısa vadeli sigorta primi bildirilmiş olmalıdır (SSGSSK. md. 16/4-a).

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için analık ve hastalık sigortası kapsamında aranan prim şartları sağlayamama riski bulunmaktadır⁵⁷. Zira

⁵⁵ SSGSSK. md. 15/1'e göre hastalık hali: "4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalının, iş kazası ve meslek hastalığı dışında kalan ve iş göremezliğine neden olan rahatsızlıklar." dır. Hastalık sigortası ve yararlanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 427; **KORKUSUZ/ UĞUR**, s. 301 vd.; **SÖZER**, s. 228 vd.; **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 223; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 454 vd.;

⁵⁶ SSGSSK. md. 15/2'ye göre analık hali: "4üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının veya sigortalı erkeğin sigortalı olmayan eşinin, kendi çalışmalarından dolayı gelir veya aylık alan kadının ya da gelir veya aylık alan erkeğin sigortalı olmayan eşinin gebeliğinin başladığı tarihten itibaren doğumdan sonraki ilk sekiz haftalık, çoğul gebelik halinde ise ilk on haftalık süreye kadar olan gebelik ve analık haliyle ilgili rahatsızlık ve engellilik halleri"dir. Analık sigortası ve yararlanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ARICI**, Kadir, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Özel Sayı 2017, s. 271 vd.; **BAŞKAN**, Esra, Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Ocak-Şubat 2016, s. 689 vd.; **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 441 vd.; **KORKUSUZ/ UĞUR**, s. 302 vd.; **SÖZER**, s. 238 vd.; **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 230 vd.; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 465 vd.

⁵⁷ **ŞİMŞEK**, Hasan Basri, Atipik İstihdam Şekillerinin Sosyal Güvenlik Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi, Sosyal Güvence Dergisi, S. 5, Y. 2014, s. 143.

söz konusu sigorta kollarından yararlanma hakkının kazanılması kısmi süreli çalışanlar için uzun bir süre almaktadır⁵⁸.

2. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından

Uzun vadeli sigorta kolları SSGSSK. md. 3/5'e göre malullük sigortası, yaşlılık sigortası ve ölüm sigortalarını kapsamaktadır. Söz konusu sigortalar kapsamında çeşitli şartların gerçekleşmesi halinde sigortalılara ya da hak sahiplerine birtakım parasal yardımlar sağlanmaktadır.

Malullük sigortası⁵⁹ kapsamında sigortalıya sağlanacak yardım, malullük aylığıdır. SSGSSK. md. 26'ya göre malullük aylığına hak kazanmak için sigortalının malul sayılması⁶⁰ ve en az on yıldan beri sigortalı olup⁶¹, toplamda 1800 günlük uzun vadeli sigorta kolları primi bildirilmiş olması gerekmektedir. SSGSSK. md. 27'de belirtilen malullük aylığı hesabında ise prim ödeme gün sayısı tam süreli çalışanlara göre daha az olan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için olumlu olabilecek bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim düzenlemeye göre prim gün sayısı 9000 günden az olan sigortalılar için 9000 gün üzerinden, 9000 gün ve daha fazla olanlar için ise toplam prim ödeme gün sayısı üzerinden hesaplama yapılmaktadır.

⁵⁸ ÖZCAN, s. 106; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 90.

⁵⁹ Malullük sigortası ve hak kazanma koşullarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 451 vd.; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 311; SÖZER, s. 257; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 233 vd.; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 478 vd.

⁶⁰ SSGSSK. md. 25/1'e göre: "Sigortalının veya işverenin talebi üzerine Kurumca yetkilendirilen sağlık hizmeti sunucularının sağlık kurullarınca usulüne uygun düzenlenecek raporlar ve dayanağı tıbbî belgelerin incelenmesi sonucu, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün veya iş kazası veya meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünün en az % 60'ını, (c) bendi kapsamındaki sigortalılar için çalışma gücünün en az % 60'ını veya vazifelerini yapamayacak şekilde meslekte kazanma gücünü kaybettiği Kurum Sağlık Kurulunca tespit edilen sigortalı, malûl sayılır."

⁶¹ Başka birinin sürekli bakımına muhtaç derecede malûl olanlar için sigortalılık süresi aranmamaktadır. (SSGSSK. md. 26/2-b)

SSGSSK. md. 4/1-a kapsamındaki sigortalılar için ise 9000 prim gün sayısı 7200 gün olarak uygulanmaktadır. Bununla birlikte elbette 1800 günü tamamlamak bakımından kısmi süreli çalışanın tam süreli çalışana göre çok daha uzun bir süreye ihtiyacı bulunmaktadır⁶².

Yaşlılık sigortası⁶³ kapsamında sağlanan yardım yaşlılık aylığı bağlanmasıdır⁶⁴. SSGSSK. md. 28'e göre ilk defa bu kanuna tabi olarak sigortalı sayılanlar için kadınlarda 58, erkeklerde ise 60 yaşını doldurmuş olmak⁶⁵ ve md. 4/1-a kapsamındakiler için 7200 günlük prim ödeme gün sayısının bulunması gerekmektedir. Bu bakımdan yaşlılık aylığına hak kazanmak için gereken 7200 günlük prim ödeme gün sayısını kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların tamamlaması uzun yıllarını almaktadır⁶⁶.

Ölüm sigortası⁶⁷ kapsamında sağlanan yardımlarsa ölüm aylığı, ölüm toptan ödemesi, kız çocuğuna evlenme ödeneği verilmesi ve cenaze ödeneğidir. Ölüm sigortası kapsamında sağlanan en önemli yardım olan ölüm aylığının hak kazanılması için SSGSSK. md. 32'ye göre md. 4/1-a kapsamındaki sigortalılar için en 5 yıllık sigortalılık süresi ve 900 günlük prim ödeme gün sayısının bulunması gerekmektedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanın hak sahiplerinin ölüm aylığından yararlanabilmesi

⁶² ÖZCAN, s. 107; ŞİMŞEK, s. 141.

⁶³ Yaşlılık sigortası ve yararlanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 491; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 321 vd.; SÖZER, s. 369 vd.; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 241; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 499 vd.

⁶⁴ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 493; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 500. Bunun dışındaki bir diğer yardım ise yaş şartını sağlamakla beraber prim ödeme gün sayısını sağlayamayan sigortalılar için toptan ödeme yapılmasıdır. Toptan ödeme, primlerin iadesi niteliğinde olup yaşlılık sigortasından sağlanan bir yardım değildir. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 493, dñn. 14; SÖZER, s. 424; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 501.

⁶⁵ SSGSSK. md. 28/2-b ile yaş şartı bakımından 2036'dan başlayıp 2048'e kadar devam eden bir kademeli geçiş belirlemiştir.

⁶⁶ ÖZCAN, s. 107; ŞİMŞEK, s. 141.

⁶⁷ Ölüm sigortası ve yararlanma şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 600 vd.; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 333 vd.; SÖZER, s. 437 vd.; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 269; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 546 vd.

için diğer şartların yanında her şeyden önce söz konusu sigortalılık süresi ve prim gün sayılarının tamamlanmış olması gerekmektedir. Bu durum daha önce ifade edildiği gibi kısmi süreli çalışanlar açısından uzun süreli çalışmış olmayı gerektirmektedir.

3. Prim Ödeme Gün Sayısının Tamamlanması İmkânı

a) İsteğe Bağlı Sigortalılık

Sosyal sigortaların zorunluluk esasına dayanması nedeniyle herhangi bir talebe ya da bildirimle bakılmaksızın kişilerin sosyal sigorta kapsamındaki bir faaliyeti yürütmesiyle birlikte kendiliğinden sosyal sigorta ilişkisi kurulmuş olur⁶⁸. İsteğe bağlı sigortalılık, kişilerin kendi talepleriyle prim ödeyerek, yararlanamadıkları uzun vadeli sigorta kollarından ve genel sağlık sigortasından yararlanmalarını sağlayan bir sigortalılık durumudur⁶⁹. İsteğe bağlı sigortalılıktan yararlanmak için kişinin bir sigorta ilişkisinin bulunmaması ya da sonlanmış olması gerekmektedir.

SSGSSK. md. 50-52’de isteğe bağlı sigortalılığa ilişkin şartlar ve hükümlere, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği md. 91 vd.’da da uygulanmasına ilişkin detaylara yer verilmiştir. Buna göre isteğe bağlı isteğe bağlı sigortalı olabilmek için: “*zorunlu sigortalı olmayı gerektirecek şekilde çalışmamak veya sigortalı olarak çalışmakla birlikte ay içerisinde 30 günden az çalışmak ya da tam gün çalışmamak, Kendi sigortalılığı nedeniyle aylık bağlanmamış olmak, 18 yaşını doldurmuş bulunmak ve İsteğe bağlı sigorta talep dilekçesiyle Kuruma başvuruda bulunmak*” şartlarının gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü üzere kural olarak zorunlu sigortayı gerektirecek şekilde bir çalışmanın gerçekleştirilmesi isteğe bağlı sigortalı olmayı engellemektedir. Ancak bu

⁶⁸ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 180; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 369.

⁶⁹ BOSTANCI, Yalçın, İsteğe Bağlı Sigortalılık, İstanbul 2004, s. 51; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 180; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 245; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 118; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 369.

şarta kısmi süreli çalışanlar için bir istisna getirilmiştir. Ay içerisinde 30 günden az çalışan sigortalılar yani kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlara isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanarak eksik primlerini tamamlama imkânı sağlanmıştır⁷⁰.

İsteğe bağlı sigortalılık kural olarak SSGSSK. md. 4/1-b kapsamında sigortalılık kabul edilirken, SSGSSK. md. 51/2'ye göre, isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanarak primlerini tamamlayan kısmi süreli çalışanların tamamlanan süreleri de md. 4/1-a kapsamında geçen süre sayılmıştır. Bu şekilde, kısmi süreli çalışanlar için uzun vadeli sigorta kollarından yararlanmak için aranan prim şartlarında da kolaylık sağlanmış olmuştur⁷¹.

İsteğe bağlı sigortalılıkta ödenecek prim tutarı sigortalı tarafından bildirilen prime esas kazanç üzerinden hesaplanmaktadır. Elbette bildirilecek olan kazanç, SSGSSK. md. 82. maddeye uygun olarak alt ve üst sınırlar arasında kalmalıdır. Bildirilen prime esas kazancın %20'si uzun vadeli sigorta kolları için, %12'si ise genel sağlık sigortası için alınmakta olup toplam olarak %32 oranında prim alınmaktadır (SSGSSK. md. 52/1).

Sigortalı olarak çalışmayan kişinin isteğe bağlı sigortalı olarak yatıracağı prim 30 gün üzerinden olacaktır. 2021 yılı için brüt asgari ücret tutarı olan 3.577,50 lira üzerinden bu kişinin isteğe bağlı sigortalılıktan yatırılacak aylık sigorta primi en az 1144,8₺, en fazla ise 8586₺'dir.

Kısmi süreli çalışanların isteğe bağlı sigortalılık primi ödenen süreleri, zorunlu sigortalılıklarına ilişkin prim ödeme gün sayısına eklenir. Bu şekilde 30 günü geçmemek üzere primleri tamamlama imkânına sahip olurlar. Örneğin, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışmasından kaynaklı olarak aylık 14 gün prim ödeme gün sayısı olan işçinin, isteğe bağlı sigorta

⁷⁰ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 183; ÖZCAN, s. 111; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 96; ŞİMŞEK, s. 145; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 374.

⁷¹ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 188; ÖZCAN, s. 112; ŞİMŞEK, s. 146; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 374.

kapsamında 16 günlük prim ödemesi gerekecektir. 2021 yılı için, bu işçinin isteğe bağlı sigortalılıktan yatırılacak aylık sigorta primi en az 610,56₺ iken en fazla 4579,2₺'dir.

Özellikle yaşlılık aylığına hak kazanmak bakımından primleri tamamlayabilmek için isteğe bağlı sigortalılık bir çözüm gibi görünse de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların gelirlerinin de çalışma süreleri nedeniyle az olduğu düşünüldüğünde eksik günler için prim ödemesi de çok mümkün olamamaktadır⁷². Bununla beraber, ileride tam süreli olarak çalışabileceği düşüncesiyle o anda kısmi süreli çalışmayı tercih etmeyen işçinin yaşlılık aylığını hak kazanmada diğer şartları sağlarken prim ödeme gün sayısı eksik kalabilir. İsteğe bağlı sigortalılığın ise ileriye doğru sonuç doğurması nedeniyle bu imkân kullanılarak geçmişteki eksik günlerin tamamlanması mümkün değildir⁷³.

b) Hizmet Borçlanması

Birtakım sigorta kollarından yararlanmak için Kanun, belirli bir sigortalılık süresine ve belir bir prim gün sayısına ulaşmış olmayı aramaktadır. Nitekim, uzun vadeli sigorta kollarının sağladığı faydalardan yararlanmak için belirli bir miktarda işlemiş sigortalılık süresinin olması ve sigorta primi yatırılmış olması gerekmektedir.

Hizmet borçlanması esasında sigortalıların fiilen çalışarak geçirmediikleri bazı süreleri sigortalıymış gibi sayılmasına imkân tanımaktadır. Bu bakımdan hizmet borçlanması⁷⁴, çeşitli nedenlerle sigortalılıkta geçmeyen sürelerin sigortalılık süresinden sayılmasına yarayan bir işlem olarak

⁷² CANIKLIOĞLU, s. 69.

⁷³ CANIKLIOĞLU, s. 69; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 186; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 374.

⁷⁴ Hizmet borçlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 527 vd.; SÖZER, s. 486; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 722 vd. Borçlanma örnekleri için bkz. ÖZDEMİR, Cumhuriyet, 5510 sayılı Kanuna Göre Hizmet Borçlanma İşlemleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 5, S. 52, Aralık 2010, s. 171 vd.

tanımlanabilmektedir⁷⁵. Ancak kanun her çalışılmayan sürenin borçlanma yoluyla sigortalılıkta sayılmasına imkân vermemiş bunu sınırlı olarak saymıştır⁷⁶.

Daha önce bahsedildiği üzere isteğe bağlı sigortalılıkla kısmi süreli çalışanların eksik kalan günlerini tamamlama imkânları bulunmaktadır. Bununla beraber isteğe bağlı sigorta ancak geleceğe etkili olabilecek bir yoldur. Kısmi süreli çalışan, çalıştığı süre içerisinde isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanmadıysa, eksik kalan günleri için sonradan bu yolla tamamlama yapabilmesi mümkün değildir.

Bununla beraber, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar için eksik günlerini tamamlayabilmeleri adına sağlanan diğer bir imkân hizmet borçlanmasıdır. Sigortalıların borçlanabileceği, süreleri düzenleyen SSGSSK. md. 41'e 2011'de 6111 sK. ile eklenen "i" bendine göre: "4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreler" in de borçlanması mümkündür. Ancak bu değişiklik bendin yürürlüğe girdiği tarihten sonrası için geçerli kabul edilmiştir. Bu nedenle 25.02.2011'den sonraki sürelerle ilişkin olarak borçlanma yapılması mümkündür.

Hizmet borçlanmasından yararlanarak eksik günlerini tamamlayacak kısmi süreli çalışanların kendileri ya da hak sahipleri tarafından yazılı talepte bulunulmalıdır. Hizmet borçlanması için yatırılacak prim tutarı da yine kendilerince belirlenen ve SSGSSK. md. 82'nin belirlediği alt ve üst sınırlar arasında kalan kazanç üzerinden hesaplanacaktır. SSGSSK. md. 41/2'ye göre, kendileri tarafından belirlenen kazancın %32'si prim borcunu oluşturacaktır. Borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde bu borç ödendiği takdirde, borçlanılan süre sigortalılığa sayılmaktadır. Kısmi

⁷⁵ **SEKMEN**, Orhan, 5510 sayılı Yasanın 41'inci Maddesiyle Getirilen Yeni Borçlanma Türleri ve Kapsamı Genişletilenler, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2016, s. 507; **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 325; **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 722.

⁷⁶ **TUNCAY/ EKMEKÇİ**, s. 723.

süreli çalışanların genel sağlık sigortası primlerinin ödenmiş olması halinde genel sağlık sigortası primi ödenmiş bu sürelerle ilişkin borçlanma tutarı % 20 oranı üzerinden hesaplanır. Borçlanma yoluyla tamamlanacak süreler, SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalılıktan sayılmaktadır⁷⁷.

IV. Bazı Kısmi Süreli İş Sözleşmelerine İlişkin Özel Düzenlemeler

A) Ev Hizmetlerinde Çalışanlar

Ev hizmetlerinde⁷⁸ çalışanların sigortalılığına ilişkin olarak Kanunda özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. 6552 sK. ile eklenen SSGSSK. ek md. 9'da yer alan bu düzenleme nedeniyle ev hizmetlerinde çalışanların ayda 10 günden az çalışanlar ve 10 günden fazla çalışanlar olarak iki farklı şekilde ele alınması gerekmektedir⁷⁹.

Ay içerisinde 10 gün ve daha fazla çalışanlara ilişkin hükme göre, bir veya daha fazla kişi tarafından ev hizmetinde çalıştırılanlara, ay içerisinde çalışma saatine göre hesaplanan gün sayısı 10 gün ve daha fazla ise SSGSSK. md. 4/1-a kapsamındaki sigortalılık hükümleri uygulanır. Bu bakımdan ayda 10 gün ve daha fazla ev hizmetlerinde çalışan kişi,

⁷⁷ ÖZCAN, s. 114; ÖZDAMAR/ ÇAKAR, s. 72; SİSLİTUNA AYAKÇIOĞLU, s. 98.

⁷⁸ Kanunda tanımlanmamış olan ev hizmeti kavramına, Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9 Uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ'de yer verilmiştir. Buna göre: “Ev içerisinde yaşayan aile bireyleri tarafından yapılabilecek temizlik, yemek yapma, çamaşır, ütü, alışveriş, bahçe işleri gibi gündelik işler ile çocuk, yaşlı veya özel bakıma ihtiyacı olan kişilerin bakım işlerinin aile bireyleri dışındaki kişiler tarafından yapılması” ev hizmetlerini ifade etmektedir.

⁷⁹ SSGSSK.'nda “Sigortalı Sayılmayanlar”ın düzenlendiği 6. maddesinde ev hizmetlerinde çalışanlar da sayılmaktadır. Ancak SSGSSK. ek md. 9 düzenlemesiyle birlikte esasında sigortalı sayılmayan “ev hizmetlerinde çalışan” kişi kalmamıştır. Bu nedenle “Bazı Sigorta Kollarının Uygulanacağı Sigortalılar” başlıklı SSGSSK. md. 5'te düzenlenmesinin daha yerinde olacağına ilişkin görüş için bkz. YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1474.

SSGSSK. md. 4/1-a kapsamındaki sigortalıların yararlandığı hükümlerden yararlanma imkanına sahiptir⁸⁰. Bu kişilerin sigorta bildirimleri⁸¹ çalışma yapılan ayın sonuna kadar işverenleri tarafından yapılmalıdır⁸². Çalışmanın niteliği nedeniyle genellikle kısmi süreli olarak çalışanların ay içerisinde çalıştığı toplam saatin 7,5'a bölünmesiyle o ay içerisinde 10 gün çalışıp çalışmadığı tespit edilmelidir⁸³.

Ay içerisinde 10 günden az olacak şekilde ev hizmetlerinde çalışan kişiler için ise farklı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre, bu kişiler sadece iş kazası ve meslek hastalıkları sigortasından yararlanma imkânına sahiptir⁸⁴. Söz konusu sigortalılık tescili kurumun belirlediği belge⁸⁵ ile çalışmanın yapıldığı ayın sonuna kadar yapılmalıdır⁸⁶. Ayda 10 günden az çalıştırmanın devam ettirilecekse bunun formda belirtilmesi suretiyle ayrıca bildirim gerekliliği duyulmamaktadır⁸⁷. Buna yönelik primler yanında çalıştıkları kişi tarafından yatırılır ve yatırılacak tutar, prime esas günlük

⁸⁰ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 100; YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1470.

⁸¹ Ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla çalıştırılacaklara ilişkin bildirim için bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/74e59a26-f10b-404e-8fd2-1a176e3d82c3/03_bildirim.docx?MOD=AJPERES, E.T. 01.02.2021.

⁸² SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında tüm sigorta kollarından yararlanması için farklı işverenler yanında toplam 10 gün değil, aynı işveren yanında ayda 10 günlük çalışmanın olması gerekmektedir. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 100.

⁸³ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 100; YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1470.

⁸⁴ Bu kişiler uzun vadeli sigorta kollarından yararlanamadıkları gibi hastalık, analık ve genel sağlık sigortası hükümleri de uygulanmamaktadır. Bu yöndeki eleştiriler için bkz. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 138; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 343.

⁸⁵ Ev hizmetlerinde 10 günden az çalıştırılacaklara ilişkin form için bkz. http://www.sgk.gov.tr/wps/wcm/connect/15c24565-2933-4dc3-a7c9-d57a185b745e/04_form.docx?MOD=AJPERES, E.T. 01.02.2021.

⁸⁶ Bu kişiler için birden fazla kişi tarafından bildirim yapılabileceğinden sigortalılığın başlangıcı tespitinde en eski tarihli olanı esas alınacaktır. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 139; YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1470.

⁸⁷ YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1472.

kazanç alt sınırının %2'si⁸⁸ kadardır. Bu bakımdan 2021 yılı için ödenecek en az prim tutarı 2,385₺'dir.

Bununla beraber bu kişilerin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının sağladığı yardımlardan yararlanabilmesi için kazanın gerçekleştiği tarihten en az 10 gün önce sigortalılığın tescil edilmiş olması ve sona ermemiş olması gerekmektedir.

Bu nedenle yanında çalıştıkları kişiler tarafından söz konusu %2'lik prim yatırılmadığında bu kişinin yardımlardan yararlanma ihtimali bulunmamaktadır⁸⁹. Ayrıca yanında çalıştıkları kişi ek md. 9/3 gereği "işveren" olarak değil, "çalıştıran" olarak değerlendirildiğinden iş kazası ve meslek hastalığı neticesinde işveren gibi sorumlu olmamaktadır⁹⁰.

Bu kişiler için uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası kapsamına girme imkânı sağlanmıştır. Buna göre isterlerse, prim ödenen ayı takip eden ayın sonuna kadar beyan edilen kazancın %32,5'u kadar, prim yatırabilirler⁹¹. Bu şekilde eksik kalan günlerini tamamlama imkanları bulunmaktadır. Bunun %20'si uzun vadeli sigorta kolları, %12,5'u ise genel sağlık sigortası primi olarak alınır. Ödenmiş olan primler SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalılıktan sayılmaktadır⁹². Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanlar için iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, malullük sigortası, yaşlılık sigortası, ölüm sigortası ve genel

⁸⁸ Prim tutarı, prime esas kazanç alt sınırı üzerinden hesaplanacağından bu kişilerin aldığı prime esas kazanç tutarları dikkate alınmamaktadır. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 139; **YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP**, s. 1473.

⁸⁹ **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 115.

⁹⁰ Hükmün isabetli olmadığı yönünde bkz. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 140; **ŞAKAR**, Sosyal Sigortalar, s. 115; **YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP**, s. 1472.

⁹¹ İsteğe bağlı sigortalılıkta olduğu gibi en azından %32 oranının esas alınması gerektiği yönündeki eleştiri için bkz. **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 139; **YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP**, s. 1473, dph. 56.

⁹² SSGSSK. ek md.9/3'e göre bu kişilere: "...iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır."

sağlık sigortasından yararlanma imkanları sağlanmışken; analık ve hastalık sigortası kapsamına girme olanağı verilmemesinin isabetsiz olduğu düşünülmektedir⁹³.

B) SSGSSK. EK MD. 6 Kapsamındakiler

“Bazı kısmi süreli çalışanların sigortalılıkları” başlıklı SSGSSK. ek md. 6 düzenlemesiyle belirlenen alanlarda çalışanlar için ay içerisindeki çalışma süresine göre farklı hükümler belirlenmiş ve buna göre sigortalılıkları hususunda çalışma süresine göre iki grup doğmuştur⁹⁴. Maddeye göre: “Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri ile 4 üncü maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde belirtilen ve Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenecek alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalıştıkları kişi yanında ay içerisinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişilerin sigortalılıkları, bu madde kapsamında kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödemeleri suretiyle sağlanır.”. Bu bakımdan ay içindeki çalışması 10 günden az olan söz konusu kişilerin ay içindeki eksik kalan günlerini tamamlayabilmeleri sağlanmış ve kendileri tarafından 30 gün üzerinden prim ödenebileceği ifade edilmiştir. Kanunun bu imkânı, “ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri⁹⁵ ve SSGSSK. md. 4/2-b kapsamında Kültür ve Turizm Bakanlığınca

⁹³ YAMAKOĞLU/ KARAÇÖP, s. 1474.

⁹⁴ AKYİĞİT, Sanatçılar, s. 130-131; CANIKLIOĞLU, Nurşen/ ÖZKARACA, Ercüment, Sanatçıların Sosyal Güvenliği, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 2, Ocak 2014, s. 641.

⁹⁵ Bu araçlarla ücret karşılığında tam süreli çalışanlar SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında, araç sahipleri ile kiralarak kendi adına işleteler ise SSGSSK. md. 4/1-b kapsamındadır. GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 135. Ayrıntılı bilgi için bkz. SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem, Taksi, Dolmuş ve benzeri Ulaşım Araçlarında Çalışanların Sigortalılıkları, Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 24, S. 1, Y. 2020, s. 222 vd.

belirlenen alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan kişiler⁹⁶ için sağlamıştır.

Bu kişiler md. 82'deki prime esas kazanç sınırları içinde kalmak kaydıyla kendileri tarafından belirlenen günlük kazançlarının %32,5'u oranında prim yatırırlar⁹⁷. Bu oranın %20'si uzun vadeli sigorta kolları için %12,5'u genel sağlık sigortası içindir. Bu madde kapsamındaki sigortalılık statüsü SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında değerlendirilmektedir⁹⁸.

2011/36 sayılı Genelge'ye göre SSGSSK. ek md. 6'da belirtilen kişiler, 01.03.2011 den itibaren SSGSSK. md. 4/1-a kapsamında sigortalı sayılacak ve 30 gün süre ile primlerini kendileri ödeyeceklerdir. Bununla beraber, bilindiği üzere md. 4/1-a kapsamındaki sigortalılık için aranan tek şart hizmet sözleşmesi ile çalışıyor olmaktır. Bu bakımdan esasen kişinin ayda kaç gün çalıştığı da önem arz etmemektedir. Söz konusu kişilerin çalışmaya başlamakla sigortalılığı, zorunluluk ilkesi gereği çalışmaya başladıkları andan itibaren başlamalı ve çalıştıkları süreye ilişkin primleri işverence ödenmelidir⁹⁹.

⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKYİĞİT**, Ercan, Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu, Hukuk ve Sanat, Edt. ÜNVER, Yener/YENERER ÇAKMUT, Özlem, B. 2, Ankara 2016, s. 61 vd.; **CANIKLIOĞLU/ÖZKARACA**, s. 637 vd.; **ERTUŞ**, Ecenur, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalışan Çocuklar, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019, s. 149 vd.; **KÖME AKPULAT**, Ayşe, Sanatçıların Sosyal Sigortalılığı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, Haziran 2016, s. 1886 vd.

⁹⁷ 01.01.2021-31.12.2021 tarihleri arasında ek md. 6'dan yararlananlar için ödenecek prim tutarları için bkz. Sosyal Güvenlik Kurumu 06.01.2021 tarihli 2021/1 sayılı "Prime Esas Kazançların Alt ve Üst Sınırları ile Bazı İşlemlere Esas Tutarlar" konulu genelge.

⁹⁸ SSGSSK. ek md. 6/5: "Ancak, ticari taksi ile dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma araçlarını işleten kişilerin Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin (1) numaralı alt bendine tabi olmalarını gerektirecek nitelikte vergi mükellefi olmaları halinde, bu kişiler Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi kapsamında sigortalı olurlar."

⁹⁹ **GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU**, s. 136; **CANIKLIOĞLU/ ÖZKARACA**, s. 657; **KÖME AKPULAT**, s. 1202; **SARIBAY ÖZTÜRK**, s. 250.

Sosyal güvenlik sistemine göre iş sözleşmesi ile kısmi süreli çalışmalarda da zaten kişilerin eksik kalan günlerini isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanarak ya da sonradan borçlanma yaparak tamamlama imkanları bulunmaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle ek madde ile yapılan düzenleme ayrıca bir yarar sağlamamaktadır.

6111 sayılı Kanun’la getirilen geçici 29. madde ek madde 6 kapsamındaki kısmi süreli çalışanlar açısından ayrı bir fayda sağlamaktadır. Buna göre ek md. 6’dan yararlanacak kişilerden *“bu maddenin yürürlüğe girdiği yıl için 82nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt sınırının on sekiz katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere prim alınır.”*. Bu bakımdan bu kişilerden günlük kazancın 18 katı ile başlanmak suretiyle prim alınmaktadır. Bu açıdan daha az prim ödeyerek 30 gün ödenmiş gibi sigortalanmaktadır. Bu durumun ek madde 6 kapsamındakiler için bir imkân olduğu düşünülmektedir¹⁰¹. Ancak katsayı her sene arttırılarak hesaplama yapılacağından prime esas günlük kazancın 30 katı üzerinden hesaplanacak tarihe gelindiğinde yani 2023’te sağlanan fayda sıfırlanmış olacaktır¹⁰².

C) Üniversitelerde Kısmi Süreli Çalışan Öğrenciler

Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu bazı çalışmalar için sigorta kollarının tamamından yararlanma imkânları olmasa da bazı sigortalardan yararlananları md. 5’te göstermiştir. SSGSSK. md. 5/b’ye göre, kısmi zamanlı çalışan öğrencilerin aylık prime esas kazançları SSGSSK. md. 82’ye göre günlük prime esas kazancın alt sınırının 30 katından fazla değilse iş kazası ve meslek hastalığı sigortası

¹⁰⁰ ALPER/KILKIŞ, s. 228; ERTUŞ, s. 151; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 136; KORKUSUZ/ UĞUR, s. 246; ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 118-119; TUNCAY/ EKMEKÇİ, s. 361.

¹⁰¹ CANIKLIOĞLU/ ÖZKARACA, s. 642; ERTUŞ, s. 151; GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 136; ÖZEL, s. 302.

¹⁰² ERTUŞ, s. 151; KÖME AKPULAT, s. 1205; SARIBAY ÖZTÜRK, s. 250.

uygulanmaktadır. Eğer bakmakla yükümlü olunan kişi değilse, genel sağlık sigortası hükümleri de uygulanmaktadır.

Söz konusu hükümle ücret düzeylerine göre bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Nitekim kazancı prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar kısmi sigortalı kabul edilirken, prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olanlar ise tüm sigorta kollarından yararlanabilmektedir¹⁰³.

Söz konusu öğrenciler için sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinden yararlanma imkânı verilmesi tartışma konusudur. Nitekim öğrencilerin uzun vadeli sigorta kollarından yararlandırılmaması yaptıkları bu çalışmanın prim ödeme gün sayılarına katkı sağlamaması sonucunu doğurmaktadır¹⁰⁴. Bununla beraber, herhangi bir kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan kişi tüm sosyal sigorta imkânlarından yararlanabilmektedir¹⁰⁵. Eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eden bu durum bir süreliğine değiştirilmiş olsa da 5754 sK. ile 2008’de tekrar eski haline getirilmiştir. Düzenlemenin mevcut hali normal bir kısmi süreli çalışmayı Yükseköğretim Kanununa tabi olarak yapılan kısmi süreli çalışmadan avantajlı konuma getirmektedir.

V. Sonuç

Sosyal güvenlik sisteminin önemli ölçüde tam süreli çalışmaya göre düzenlenmiş olması kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların sosyal güvenlik sisteminin sağladığı imkânlardan yararlanmaları hususunda onları birtakım sorunlarla karşı karşıya getirmektedir. Günümüzde yaygın şekilde kullanılan bu çalışma biçiminin sosyal güvenlik hukuku bakımından temel düzenlemelerle ele alınması gerekmektedir. Bu nedenle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların sosyal sigortalardan etkin bir şekilde yararlanabilmelerine imkân sağlayacak her türlü düzenleme önem arz etmektedir.

¹⁰³ GÜZEL/ OKUR/ CANIKLIOĞLU, s. 128.

¹⁰⁴ ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 113.

¹⁰⁵ ŞAKAR, Sosyal Sigortalar, s. 113.

Yararlanma şartları prim ödeme gün sayısına bağlı kılınan sigorta kollarından faydalanılması açısından kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar, tam süreli çalışanlara göre dezavantajlı konumdadırlar. Gerçekten kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların prim ödeme gün sayıları hesaplanırken aylık çalışma süresinin günlük çalışma süresi kabul edilen 7,5 saate bölünmesi suretiyle bulunması kısmi süreli çalışanların birçok hak için gerekli prim sayısını sağlamasını oldukça güçleştirmektedir.

Bununla beraber sosyal sigortalardan sağlanan ödenek ve gelirlerin prime esas kazanç üzerinden hesaplanması da kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların daha düşük ücret almasına neden olmaktadır. Zaten tam süreli çalışana göre daha kısa çalışıyor olması sebebiyle aldığı ücretin ve dolayısıyla hak kazanacağı ödenek ve gelirlerin düşük olması doğal karşılanmaktadır. Ancak en azından tüm bu haklardan yararlanmak için aranan şartların tam süreli çalışanlar ile aynı olmaması daha hakkaniyetli olacaktır. Nitekim kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanların belirlenen prim ödeme gün sayısına ulaşması için oldukça uzun yıllar gerekmektedir. Kanunun primlerin tamamlanmasına yönelik olarak sağladığı imkânlar sigorta kollarının sağladığı yararlardan faydalanma imkânına erişim hususunda yardımcı olmaktadır.

Bu bakımdan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara ilişkin olarak getirilen isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanarak eksik günlerin tamamlanması yerinde bir düzenleme olmuştur. Bununla birlikte isteğe bağlı sigortalılığın mevcut çalışma ilişkisi içerisinde kullanılabilir bir yol olması ve bu şekilde yatırılan primlerin sadece geleceğe yönelik etki yaratması birtakım kayıplar yaşanmasına neden olmaktadır. Nitekim çalışma ilişkisi içerisinde ileride yapacağı çalışmalarla eksik günlerinin tamamlanabileceği düşüncesiyle isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanmamış çalışanların eksik günlerini sonradan bu yolla tamamlayabilmeleri mümkün değildir.

İsteğe bağlı sigortalılıktan yararlanılarak geçmişe yönelik eksik günlerin tamamlanması mümkün olmadığından 6111 sK. ile kısmi süreli iş

sözleşmesi ile çalışanlar için getirilen borçlanma imkanı kuşkusuz yerinde bir düzenlemedir. Borçlanma sayesinde tam süreli iş sözleşmesi ile çalışamayanların tamamlayamadıkları eksik günlerini giderme imkânı doğmuştur. Ancak elbette düşük kazançta sahip kısmi süreli çalışanların borçlanma yoluyla primlerini tamamlamaları da oldukça güç olacaktır.

Ev hizmetlerinde 10 günden az çalışanlar için ek md. 9’da özel bir sigortalılık öngörülmüş ve sadece iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bunun yanında istemeleri halinde uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortasından yararlanmak için prim yatırabilme imkânı sağlanmıştır. Bununla birlikte söz konusu prim tutarının prime esas kazancın %32,5’u olarak belirlenmesinin hakkaniyetli olmadığı düşünülmektedir. Zaten düşük ücretle çalışan bu kişilerin söz konusu primi yatırmasının beklenmesi hayatın gerçekleriyle uyuşmamaktadır. Ayrıca hastalık ve analık sigortasından yararlanılması hususunda imkân sağlanmaması da eleştiri konusudur.

SSGSSK. ek md. 6 ile de bazı kısmi süreli çalışanların sigortalılığına ilişkin yapılan özel bir düzenleme bulunmaktadır. “Ticari taksi, dolmuş ve benzeri nitelikteki şehir içi toplu taşıma aracı işyerleri ile SSGSSK. md. 4/2-b kapsamında Kültür ve Turizm Bakanlığınca belirlenen alanlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle bir veya birden fazla kişi tarafından çalıştırılan ve çalışma gün sayısı 10 günden az olan kişiler” için öngörülen hükme göre bu kişilerin eksik kalan günlerini tamamlayabilmeleri sağlanmıştır. Ancak düzenlemeye göre 30 gün üzerinden kendileri tarafından prim ödenecektir. Kısmi süreli çalışmalarda zaten kişilerin eksik kalan günlerini isteğe bağlı sigortalılıktan yararlanarak ya da sonradan borçlanma yaparak tamamlama imkânları bulunmaktadır. Getirilen geçici maddeyle bu kişilerden “*prime esas günlük kazanç alt sınırının on sekiz katı üzerinden başlanılarak, takip eden her yıl için bir puan artırılmak suretiyle otuz katını geçmemek üzere*” prim alınacağı düzenlenmiştir. Daha az prim ödeyerek 30 gün üzerinden sigortalanma imkânı sağlayan bu maddenin sağladığı fayda 2023’te sonlanmış olacaktır.

Bu açıdan belirli mesleklerdeki kısmi süreli çalışanlar için çalışma süresinin 10 günden az ya da çok olmasına göre ayrı sigortalılık şartlarına tabi tutulmaları yerinde değildir. Bu hususta daha farklı ve kapsamlı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Özellikle tüm kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlar açısından, bilhassa yaşlılık aylığına hak kazanma koşulları için kolaylaştırıcı düzenlemelerin yapılması yerinde olacaktır. Nitekim iş hukuku bakımından kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışanlara ilişkin pek çok düzenleme yapılmış olsa da sosyal güvenlik açısından temel düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır.

Kaynakça (*)

- [1] AKYİĞİT, Ercan: *İş Hukuku*, B. 12, Ankara 2018.
- [2] AKYİĞİT, Ercan: Sanatçıların İş ve Sosyal Güvenlik Hukukundaki Konumu, *Hukuk ve Sanat*, Edt. ÜNVER, Yener/YENERER ÇAKMUT, Özlem, B. 2, Ankara 2016, 61-137. (Sanatçılar)
- [3] ALPER, Yusuf / KILKIŞ, İlknur: *İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku*, Bursa 2018.
- [4] ARICI, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Annelerin Korunması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Özel Sayı 2017, 269-284.
- [5] BAŞKAN, Ş. Esra: Analık Halinin Türk Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından Sonuçları, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, Ocak-Şubat 2016, 687-719.
- [6] BAŞKAN, Ş. Esra: 4857 sayılı İş Kanunu Kapsamında Analık İzni, Doğum Sonrası Ücretsiz İzinler ve Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2, Aralık 2016, 89-131.
- [7] BAYRAM, Fuat: *İşverenin Sosyal Sigorta Yükümlülükleri*, İstanbul 2015.
- [8] BOSTANCI, Yalçın: *İsteğe Bağlı Sigortalılık*, İstanbul 2004.

- [9] CANIKLIOĞLU, Nurşen: Atipik İstihdam Biçimi ile Çalışanların –Özellikle Kısmi Süreli Çalışanların- Sosyal Güvenliği, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 1, Ocak- Şubat 2016, 43-78.
- [10] ÇELİK, Nuri / CANIKLIOĞLU, Nurşen / CANBOLAT, Talat: *İş Hukuku Dersleri*, B. 30, İstanbul 2017.
- [11] DEMİR, Fevzi: *En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması*, İzmir 2017.
- [12] ERTUŞ, Ecenur: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çalışan Çocuklar, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya 2019.
- [13] EYRENCİ, Öner / TAŞKENT, Savaş / ULUCAN, Devrim: *Bireysel İş Hukuku*, B. 9, İstanbul 2019.
- [14] GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza / CANIKLIOĞLU, Nurşen: *Sosyal Güvenlik Hukuku*, B. 17, İstanbul 2018.
- [15] KARAMAN, Mehmet Halis: Kısmi Süreli İş Sözleşmesine Göre Çalışan İşçilerin 5510 sayılı Kanun Kapsamında Sigortalılığı, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 19, S. 1, Y. 2013, 211-234.
- [16] KORKMAZ, Fahrettin / ALP, Nihat Seyhun: *Bireysel İş Hukuku*, B. 4, Ankara 2019.
- [17] KORKUSUZ, Refik / UĞUR, Suat: *Sosyal Güvenlik Hukuku*, B. 6, Bursa 2018.
- [18] KÖME AKPULAT, Ayşe: Sanatçıların Sosyal Sigortalılığı, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 74, S. 1, Haziran 2016, 1885-1209.
- [19] MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş: *İş Hukuku Ders Kitabı*, B. 1, C. 1, Ankara 2017.

- [20] MUTLU, Emre: Kısmi Süreli Çalışmanın İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi, *Sosyal Güvençe Dergisi*, S. 4, Y. 2013, 29-49.
- [21] NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku, *Ferdi İş İlişkileri I*, İstanbul 2014.
- [22] OSKAY, Barlas: Analık İzni, Ücretsiz İzin ve Yarım Süreli Çalışmaya Eleştirel Bakış, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 12, S. 155-156, Temmuz-Ağustos 2017, 101-103.
- [23] ÖZDAMAR, Murat/ ÇAKAR, Erden: Part-Time İş Sözleşmeleriyle Çalışanların Sosyal Güvenliği, *Bursa Barosu Dergisi*, C. 39, S. 95, Ağustos 2014, 69-74.
- [24] ÖZDEMİR, Cumhur Sinan: 5510 sayılı Kanuna Göre Hizmet Borçlanma İşlemleri, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 52, Aralık 2010, 171-182.
- [25] ÖZDEMİR, Cumhur Sinan: Part-Time (Kısmi Süreli) Çalışan İşçilerin Hakları, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 4, S. 39, Kasım 2009, 151-156. (Part-Time)
- [26] SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: Taksi, Dolmuş ve benzeri Ulaşım Araçlarında Çalışanların Sigortalılıkları, *Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 24, S. 1, Y. 2020, 219-253.
- [27] SEVİMLİ, Ahmet: *Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri*, İstanbul 2019.
- [28] SEKMEN, Orhan: 5510 sayılı Yasanın 41'inci Maddesiyle Getirilen Yeni Borçlanma Türleri ve Kapsamı Genişletilenler, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 2-2, Temmuz-Ağustos 2016.
- [29] SENYEN-KAPLAN, Tuncay: *Bireysel İş Hukuku*, B. 9, Ankara 2018.
- [30] SÖZER, Ali Nazım: *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, İstanbul 2021.

- [31] SÜMER, Haluk Hadi: *İş Hukuku Uygulamaları*, B. 7, Ankara 2019.
- [32] SÜZEK, Sarper: *İş Hukuku*, B. 16, İstanbul 2018.
- [33] ŞAKAR, Müjdat: *İş Hukuku Uygulaması*, B. 12, İstanbul 2018.
- [34] ŞAKAR, Müjdat: *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, B. 12, İstanbul 2017. (Sosyal Sigortalar)
- [35] ŞİMŞEK, Hasan Basri, Atipik İstihdam Şekillerinin Sosyal Güvenlik Sistemi Kapsamında Değerlendirilmesi, *Sosyal Güvence Dergisi*, S. 5, Y. 2014, 137-167.
- [36] TAŞDEMİR, Yasemin: Kısmi Süreli Çalışmaya Genel Bakış, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, C. 5, S. 11, Y. 2018, 204-211.
- [37] TUNCAY, Can / EKMEKÇİ, Ömer: *Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri*, B. 19, İstanbul 2017.
- [38] TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut: *İş Hukukunun Esasları*, B. 9, İstanbul 2018.
- [39] UĞUR, Suat / YİĞİT, Yusuf: İş Hukuku Açısından Doğum Nedeniyle Ebeveynlerin Kısmi Süreli Çalışma Hakkı, *Trakya Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi E-Dergi*, C. 6, S. 1, Haziran 2017, 71-100.
- [40] YAMAKOĞLU, Efe / KARACÖP, Eda: Bazı Atipik Çalışma Modelleri Bakımından Kadınların Sosyal Güvenliği, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, 1463-1485.
- [41] YORULMAZ, Çiğdem: *Kısmi Süreli İş Sözleşmesi*, Ankara 2008.
- (*) Aynı yazarın birden fazla eserine atıf yapıldığında eserlerin birbirlerinden ayırt edilmesi için kısaltma kullanılmıştır.

SOSYAL MEDYA ARACILIĞIYLA HAKARET SUÇU VE SUÇUN TESPİTİNE İLİŞKİN UYGULAMALAR*

Av. Fırat ACAY**

Öz

İnsan haysiyeti Anayasa'nın ve Türk Ceza Kanunu'nun yanı sıra evrensel olarak da korunmaktadır. Günümüzde gelişen bilgi ve iletişim teknolojileri sosyal medya kavramını ortaya koymuş olup, anılan mecra internet erişimine sahip her kesim, kültür ve eğitim düzeyinden insanı bir araya getirmektedir. Anonim isim ve hesapların da kullanımıyla sosyal medyada herkes her konuda yorum yapabilmektedir. Bu durum, suç tanımına uyan tutum ve ifadelerin sosyal medyaya taşınmasına yol açmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda kayıtlı hakaret suçu sosyal medya aracılığıyla işlenebilmekte, hakaret suçunun mecrası değişmekte ve failer kendilerini kolaylıkla gizleyebilmektedir. Bu nedenle, çalışma halihazırda yoğun bir şekilde kullanılan ve insanların hayatlarının bir parçası haline gelen internet iletişimi ile sosyal medya platformları aracılığıyla işlenen hakaret suçlarını, karşılaşılan problemleri ve bu suçlara Türk Ceza Kanunu'nun getirdiği cezai yaptırımları ele almaktadır. Hakaret suçuna ilişkin uygulamadaki sorunlar ile delil toplanmasındaki problemlere de çalışma kapsamında değinilmektedir. Ayrıca, sosyal medya üzerinden yapılan hakaret suçunun unsurları, alenilik unsurlarını taşıyıp taşımadığı, doğrudan paylaşım yapılmamakla beraber hakaret içerikli gönderinin beğenilmesi veya paylaşılmasındaki cezai sorumluluk ile sosyal medya

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.12.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 01.05.2021*

** *Kars Barosu, T.C. İstanbul Aydın Üniversitesi Bilişim Hukuku Yüksek Lisans Programı, firatacay@stu.aydin.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1261-2288
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1003*

hesaplarının anonim olarak kullanılmasının hakaret suçunun işlenmesine etkisi gibi hususlar da çalışmada değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Ceza Hukuku, sosyal medyada hakaret, bilişim suçları, sosyal medya, TCK 125, hakaret suçu.*

The Crime of Defamation through Social Media

Abstract

Human dignity is protected universally in addition to the Constitution and the Turkish Penal Code. In today's globalized world the developing information and communication technologies have unveiled the term of social media. The social media brings together people from every segment, culture, and education level with internet access. With the use of anonymous names and accounts, everyone can comment on any subject on social media. This case causes attitudes and expressions that can be regarded as defamation crime in social media. Most of the defamation crimes registered in the Turkish Penal Code can be committed through social media. The environment of the defamation crime changes and the perpetrators can easily hide themselves. For this reason, the study examines the crimes of defamation, the problems encountered, and the criminal sanctions imposed by the Turkish Penal Code on these crimes, which are already used extensively and become a part of people's lives, through internet communication and social media platforms. The problems in practice regarding the defamation crime and the problems in collecting evidence are also mentioned in the scope of the study. In addition, the elements of the offense of defamation on social media, whether it carries the elements of publicity, the criminal responsibility in liking or sharing the insulting post without directly sharing it, and the effect of using social

media accounts anonymously on the commission of defamation are assessed in this study.

Key Words: *Penal Code, Defamation in Social Media, Cyber Crimes, Social Media, TCK 125, Insult Crime*

I. Giriş

20. ve 21. yüzyıllar dijitalleşme ve bilgi teknolojileri bakımından geçmiş yüzyılların bilgi birikimini oldukça çarpıcı bir şekilde geçecek bir gelişim üretmiştir. Bilginin yönetilmesi, erişimi, kitlelere ulaşımı internet teknolojisi sayesinde tüm dünyayı sarmıştır. Temelde radyo ve televizyonla iletişim teknolojilerinde başlayan süreç halihazırda oldukça önemli aşamalar kaydetmiştir. Bilgi ve iletişim teknolojilerinin günümüzde hızla gelişmesiyle insanların hayatlarının vazgeçilmez bir parçası haline gelen sosyal medya kavramı ortaya çıkmıştır. Sosyal medya, internet erişimine sahip her kesim, kültür ve eğitim düzeyinden insanı bir araya getirmektedir.

İnternet erişimine sahip bireyler, Türkiye'nin ya da dünyanın herhangi bir noktasında meydana gelen bir olayı görüntüleme, görüntüyü kayıt altına alma ve bunu paylaşma imkânına sahiptir. Ancak, sosyal medyanın sağladığı anlık paylaşım olanağı yararlı bir iletişim vasıtası olmasına karşın her teknolojik ve sosyal imkânda olduğu gibi doğru amaçlar uğruna kullanılmadığında tehlikeli bir silaha dönüşebilmektedir. Düşüncesiz, fevri veya kasıtlı paylaşımlar verdiği zararlar insanların maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik büyük tehditler barındırmaktadır. Aile bireylerinin, sosyokültürel çevre ve mesai arkadaşlarının da görüntülenebildiği sosyal ağlardaki listelerle kötü niyetli kişiler hedeflerine kolaylıkla ulaşabilmektedir. Bu nedenle, sosyal medya olumlu birçok özelliğinin yanında, kötü, çıkarıcı ve intikam peşinde koşan kişiler tarafından kullanıldığında diğer kullanıcılara ciddi zararlar verebilmektedir.

Bireylerin onuru Anayasa'nın ve Türk Ceza Kanunu'nun yanı sıra uluslararası hukuk tarafından da korunmaktadır. Söz konusu sosyal medya

platformları, bireylerin özel bilgilerinin, fotoğraflarının ve videoların bulunabildiği, bireylerin kişisel düşüncelerinin yanında, bilgi ve belgelerini de paylaşabildikleri özel alanlar olarak tanımlanmaktadır. Bu bağlamda gerek legal gerek illegal faaliyetlerle sosyal medya üzerindeki birçok detay görülebilmekte olduğundan bu platformlar üzerindeki her türlü denetimin gereken standartlara ulaşması gerekmektedir. Ancak, günümüzde hem gereken önlemlerin alınmaması hem de bireylerin sosyal medyadaki mesuliyetten uzak paylaşımları insanların maddi ve manevi zararlarla karşılaşmalarına neden olabilmektedir.

Diğer yandan, sosyal medya platformları internet altyapısının güvenlik zafiyetlerine açık olması kişilik haklarının kolaylıkla ve ivedilikle ihlaline imkân sağlamaktadır. Bu itibarla, sosyal medya platformlarında karşılaşılabilecek kötü amaçlı bir içerik siber mağdurların maddi ve manevi zararlarının yanı sıra, neticelerinin çok ivedi bir şekilde erişimiyle de maruz kalınan zararın boyutlarını oldukça yüksek düzeylere çıkarabilmektedir. Ayrıca, kötü niyetli sosyal medya kullanıcılarının sanal ortamda tespit edilebilmelerinin teknik bakımdan zor olması da sosyolojik ve hukuki problemlerle karşılaşılmasına yol açmaktadır.

Sosyal medya platformlarında en sık görülen sorunların başında hakaret suçu gelmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun sekizinci bölümü olan şerefe karşı suçlar bölümünde yer alan 125. maddede tanımlanan hakaret suçu, *“Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”* hükmüyle belirtilmiştir. Anılan kanunun 126.-131. maddeleri arasında ise hakaret suçunun işlenme yöntemlerine, kime ve neye yönelik olarak işlendiğine bağlı olarak yaptırımlarının değiştiği kaydedilmekte olup, hakaret suçunda isnat edilen suçun kanıtlanması, iddia ve savunma makamlarının dokunulmazlıkları, haksız eylemler dolayısıyla veya karşılıklı hakaret, bireyin hatırasına hakaret ile soruşturma ve kovuşturma koşulu başlıklarıyla düzenlenmektedir.

Sosyal medya aracılığıyla hakaret suçunu tüm yönleriyle ele almaya çaba sarf eden bu çalışmanın sosyal medya ve bilişim hukuku başlıklı bölümünde, sosyal medya kavramı açıklanmak suretiyle sosyal medya araçları, bunların suçun işlenme mecrası olarak kullanımı ile bilgi ve iletişim teknolojilerinin beraberinde getirdiği yeni bir alan olan bilişim hukuku ele alınmaktadır.

Hakaret suçuna ilişkin genel hususlar başlığı altındaki müteakip bölümde, hakaret suçu kavramı ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda hakaret suçu, hakaret suçunun konusu ve unsurları ele alınmak suretiyle hakaret suçuna ilişkin genel bir kavramsal çerçeve çizilmeye çalışılmaktadır.

Son olarak, sosyal medya üzerinden yapılan hakaretin suçunun unsurları ile sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen hakaret suçuna ilişkin delillerin toplanması ve değerlendirilmesinin tartışılmakta olduğu sosyal medya üzerinden yapılan hakarete ilişkin hususlar başlıklı bölümde ise, sosyal medyada yapılan hakaret ve eleştiri, farklı sosyal medya araçları aracılığıyla icra edilen hakaret suçuna ilişkin hususlar, tüzelkişilere ait sosyal medya hesaplarının hakaret suçunda kullanımı gibi hususlara değinilmektedir. Çalışmada ikincil kaynaklar ele alınmakta olup, Türkçe ve İngilizce kaynaklardan istifade edilmektedir. Ayrıca, çevrimiçi ve basılı materyaller, makaleler, internet yayınları ve ilgili dergiler, raporlar ve kitaplar üzerinde yoğunlaşmaktadır.

II. Sosyal Medya Ve Bilişim Hukuku

2.1. Sosyal Medya Kavramı

İnternetin gelişimiyle birlikte bilgi ve iletişim teknolojilerindeki ataklar sosyal medyayı ortaya çıkarmış, bu sayede her türlü bilgi, haber ve anlık paylaşımlar milyonlarca kullanıcının erişimine hazır hale gelmiştir. Bu çerçevede, bilginin yayılışı kolaylaşmış, dünya üzerindeki iletişim gelişmiştir. Sosyal medyanın gelişimi halihazırda bireylerin birçoğunu sosyal hayatının yerine ikame edilmeye başlanmış, kullanıcılar etkileşim için kişisel verilerini, konum bilgilerini ve iletişimde oldukları insanları paylaşmaya başlamıştır.

Sosyal Medya veya bir başka deyişle “yeni medya”, zaman ve mekân sınırlaması olmadan, mobil tabanlı olarak, paylaşımın ve tartışmanın esas olduğu bir iletişim şeklidir.¹ Sosyal medya kavramı ilk olarak Usenet isimli bir programın 1979 yılında internet üzerinden halka açık mesaj gönderilmesine imkan sağlamasıyla ortaya çıkmıştır.² Anılan programdan sonra Web 1.0’in geliştirilmesiyle internet üzerinden senkronize iletişim kurabilme olanağıyla daha önce tecrübe edilemeyen bir bilgi akışı sağlanmaya başlamıştır. Coğrafi kısıtları ortadan kaldıran bu gelişme günümüzde kullanılan sosyal medya ve internet bazlı iletişim teknolojilerinin temelini teşkil etmiştir.³ Web 2.0 uygulamasının kullanılmaya başlamasıyla ise, web muhtevasını kontrol etme, yeni içerikler tesis etme ve diğer kullanıcılarla ilişki kurma gibi faaliyetler gerçekleştirilmeye başlamıştır. Sosyal medya da bu kapsamda bir Web 2.0 uygulaması olarak hayatımıza girmiştir.⁴ Başta sosyal ağ siteleri ve bloglara altyapı sunan Web 2.0 teknolojisi zaman içinde günümüzün popüler uygulamalarından Facebook, Twitter, Instagram, YouTube, LinkedIn, Google uygulamaları ve Wikipedia gibi blog sayfalarının temelini oluşturmuştur.⁵

Diğer taraftan hem iletişim disiplini içinde hem de halkla ilişkiler, enformasyon bilimi ve kitle iletişim araçları gibi ilgili disiplinler sosyal medyanın yeni tanımlarını sunulmaktadır. Tanımlar tipik olarak sosyal medya kavramı etrafında birleşmekte ve kullanıcı tarafından oluşturulan içeriği veya etkileşimi vurgulayan dijital teknolojileri ifade etmektedir. Sosyal medya, genellikle Web 2.0 iş birliğine dayalı *web* ile eşanlamlı

¹ Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 8. Baskı, S.138.

² Ebru Karadoğan İsmayılöv, Gözde Sunal, “Gözetlenen ve Gözetleyen Bir Toplumda, Beden ve Mahremiyet İlişkisi: Facebook Örneği” **Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi**, S:18, 2012, S.27.

³ Mustafa Cıngı, “Online Pazarlama İletişiminde Kullanılan Video İçeriklerinin Ürün Tanıtımına Etkisi” **Humanities Sciences**, C.10, S:4, 2015, S.146

⁴ Mine Kaya, “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C.28, S: 119, Temmuz 2015, S.278

⁵ Erdem R. Erkul, “Sosyal Medya Araçlarının (Web 2.0) Kamu Hizmetleri ve Uygulamalarında Kullanılabilirliği”, **Türkiye Bilişim Derneği**, S:116, Aralık 2009, S.98.

olduğu düşünülen, belirli cihazlara veya araçlara dayalı olarak teknoloji merkezli olarak kavramsallaştırılmıştır. Bu çerçevede, sosyal medya; kullanıcılar arasındaki etkileşimlerin algılanmasını kolaylaştıran ve esas olarak kullanıcı tarafından oluşturulan içerikten değer türeten internet tabanlı, sınırlandırılmamış ve kalıcı kitlesel iletişim kanallarını temsil etmektedir.⁶

2.2. Sosyal Medya Araçları

İletişim teknolojilerinin gelişmesiyle mobil teknolojiler de önemli yeniliklere sahne olmuştur. İnternetin ve akıllı telefonların yaygınlaşmasıyla kişiler çevrimiçi şekilde birbirleriyle sürekli etkileşim haline kalmaktadır. Bu çerçevede, dijital uygulamalar sayesinde günlük hayatta önemli bir yer işgal etmeye başlamıştır.⁷ Sosyal medya kavramını bireylere ulaştıran unsur esas olarak, sosyal ağ siteleri, bloglar, medya paylaşma sayfaları, sosyal işaretleme platformları ve podcasting olarak tanımlanan ses ve görüntü kayıt programlarıdır.⁸

Bloglar, bireylerin yaşantılarının, hissiyatlarının ve görüşlerinin günlük formatında sanal âleme taşınmış hali olarak ifade edilebilmektedir. Basit bir kullanım ve edinme imkânı sunan bloglar, genel itibariyle bilgi paylaşımına odaklanmakta olup, devamlı güncellenmektedir.⁹ Mikrobloglar ise sınırlı sayıda karakterle paylaşım yapma, resim ve lokasyon paylaşımına izin veren,¹⁰ tüm dünyadan hızlı bir biçimde haber, bilgi ve anlık paylaşım imkânı sağlayan sitelerdir.¹¹ Söz konusu sitelerin

⁶ Caleb T. Carr ve Rebecca A. Hayes, *Social Media: Defining, Developing, And Divining*, *Atlantic Journal Of Communication*, 2015, 23:1, S. 47

⁷ Müberra Yurdakul ve Nilüfer Dalkılıç, “Sigortacılık Sektöründe Dijital Çağ”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Sayı: 50, S. 52.

⁸ Mehmet Emin Arslan, “Sosyal Medyada Kişilik Hakları İhlalleri ve Korunma Yolları”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S: 2, Aralık 2017, S.129

⁹ Cihan Becan, “Değişen İletişim Ortamında Kurumsal Blogların Çağdaş Halkla İlişkiler Alanındaki Yeri: Kavramsal Bir Çerçeve” *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2011, C.21, S.51.

¹⁰ Kaya, *A.G.M.*, S.283

¹¹ Mustafa Çalışkan, Yunus Mencik, “Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya” *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*, S:50, 2015, S. 267.

en popülerleri, bugün sosyal medya denilince ilk akla gelen Twitter, Instagram, TikTok ve Swarm uygulamalarıdır.

Sosyal ağ siteleri ise, kullanıcıların kendi profillerini oluşturmak suretiyle hizmet alabildikleri, diğer kullanıcılarla etkileşime girebildikleri ve çeşitli paylaşımlar yapabildikleri sosyal medya vasıtalarıdır. Sosyal ağ sitelerinin en popülerleri Facebook ve LinkedIn uygulamalarıdır. Podcasting kavramı da internet üzerinde daha önceden uygulamaya yüklenmiş, istenildiği zaman ulaşılabilen ses veya video dosyalarının genel adıdır.¹² Medya paylaşım siteleri ise daha çok görüntülü içeriklerin paylaşılmasına imkân veren ortamlar olup, farklı sosyal medya araçlarıyla irtibatlı bir şekilde kullanılabilir. En popüler medya paylaşım sitesi Türkiye’de milyonlarca insanın gerek yayıncı gerek seyirci olarak kullandığı Youtube uygulamasıdır.

2.3. Sosyal Medya ve Suç Analizleri

Gitgide değişen ve çeşitlenen sosyal medya uygulamaları, kanallarının kitlesel ve ısrarcı doğasından giderek daha fazla yararlanması beklenmektedir, Kişilerarası yorumlanabilen ve yanıtlanabilen kitle mesajlarına izin vererek etkileşimlerin ölçeğini değiştirmesi öngörülen sosyal medya araçları geniş ve bağlamsal olarak farklı kitlelerle bağlantı kurma yönünde tasarlanmaktadır. Aynı zamanda, mesajlar, gruplar ve otomatikleştirilmiş algoritmik programlar tarafından giderek daha fazla yazılsa da bireyselleştirilmiş bir gönderici tarafından gönderiliyor gibi görünecektir. Bu nedenle, kitle iletişim araçlarında bireyler ve diğerleri arasında kitlesel kişisel alışverişler, sosyal etkileşimlerle ilişkili “yakınlık yanılımasını” giderek daha fazla yansıtabilecektir. Bu durumun da iletişimin ve etkileşimin mevcut kavramsallaştırmalarını daha da bulanıklaşması sonucunu doğuracaktır. Bu yanlış kişisel etkileşimler, kullanıcılarda duygusal tepkiler ve bağımlılık oluşturma riski taşıdığından

¹² Özlem Özaydın, “Sosyal Medya Aracılığıyla Kişilik Haklarının İhlali”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, C.11, S: 111, Şubat 2019, S.513.

ve hem karar vermeyi hem de kişisel ilişkileri etkileyebileceğinden, bu gelişmelerin potansiyel etik sonuçları bulunmaktadır.¹³

Tüm bu etik kaygılara ilave olarak, sosyal medya içinde bulunduğu gelişimle gerek kamu hukuku gerek özel hukuku ilgilendiren farklı problemleri de beraberinde getirmektedir. Bu problemler sosyal medya ağlarının hukuki olarak da izlenmesinin gerekli kılmaktadır. Ancak, teknolojinin değişme hızına nazaran hukuk daha yavaş dönüşüme uğramaktadır. İnsanlar ve toplumlar arası ilişkiler, iktisadi ilişkiler, devletlerin yaklaşımları ve uluslararası ilişkiler dönüşen hukukla değişmektedir.¹⁴ Bu bağlamda, sosyal medya ve teknoloji hukuk ile insani ve toplumlar arası ilişkileri de etkilemektedir.

Sosyal medya araçları, bireylerin kendi kimlikleri kadar anonim kimlik olarak ifade edilen kurgusal isim ve hesaplarla da boy gösterebildikleri, muhataplarıyla etkileşime girebildikleri bir mecradır. Bu tür bir anonim olma hali bireylere gerçek hayata ilişkin normalde yapamayacakları yorumları yapabilme imkânı sunmaktadır. Anılan geniş ifade alanı hayatın olağan akışı, ahlakın ve hukukun prensipleriyle çatışan eylem ve söylemlerin hayata geçirilmesine de olanak sağlamaktadır. Ancak, anonim hesapların kullanılması da bu tür durumlarda takibi zorlaştırmakta ve farklı sorunlara neden olabilmektedir.

Sosyal medya hesabı Yargıtay 12. Ceza Dairesi 2015/15291 Esas ve 2016/1124 Karar Sayılı kararı ile bilişim sistemi olarak kabul edilmiştir.¹⁵ Sosyal medya üzerinde işlenen suçlar değerlendirildiğinde, bu tür suçları ceza yasalarında bulunmakla birlikte, sanal ortamdaki icraları açısından başkalaşan hakaret ve tehdit gibi klasik suçlar ile sadece sanal ortamda yapılması olanak dahilinde olan bilişim suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Sosyal medya platformlarında sıklıkla gözlemlenen iki suç grubunda da failin kimliği genellikle gizlemekte, mağdur açısından yaşananların

¹³ Carr ve Hayes, **A.G.M.** S. 54-55.

¹⁴ Serhat Koç, “Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi Ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), 2013, İstanbul Bilgi Üniversitesi, S. 57.

¹⁵ Servet Yetim, Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme, Ankara, Seçkin, 2016, S. 475

güçlüğü daha artmaktadır. Failin tespit edilmesinin ve yakalanmasının zorluğu da bu duruma ilave edildiğinde, sosyal medyada işlenen cürümlerin diğer suçlardan ayrıştığı ortaya çıkmaktadır. Bu güçlükteki en önemli hususun başında ise, faillerinin belirlenmesinde kullanılacak yasal ve teknik metotlara ilişkin sorunlar gelmektedir.¹⁶ Öte yandan, anonim kimlikler sınırsız özgürlük dünyasının nimetlerinden istifade ettikleri yaklaşımından aldıkları kuvvetle nefret söylemi için de kendilerine yer hazırlamaktadırlar.¹⁷

Bu çerçevede, sosyal medyada işlenen suçlara ilişkin mevcut yasalar ekseninde yapılan suç analizleri yaşamın içinde tecrübesi mümkün olan cürümler kadar internet ortamına has suçların da bulunduğunu ortaya koymaktadır. Yargıtay kararlarına bu açıdan bakmanın faydalı olacağı değerlendirilmekle birlikte, sosyal medyada işlenen suçlara göre Yargıtay kararları,

- Halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik,
- Verinin hukuka aykırı bir şekilde verilmesi ya da ele geçirilmesi,
- Haberleşmenin mahremiyetinin ihlal edilmesi,
- Gizliliği ihlal,
- Toplumun bir bölümünün değer verdiği dini değerleri açıkça aşağılama,
- Bilişim sistemini engelleme, bozma, erişimini imkânsız hale getirme, verileri silme, yok etme ya da değiştirme,
- Banka ve kredi kuruluşlarının sistemlerini bilişim teknolojilerini kullanmak suretiyle dolandırıcılık,
- İftira atma,
- Kişilik hakları ihlali,
- Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma,
- Tehdit ve şantaj,

¹⁶ Gürkan Özocak. “Sosyal Medyada İşlenen Suç Tipleri ve Suçluların Tespiti.” Özocak Hukuk & Danışmanlık, [Http://www.ozocak.com/dosyalar/A104b3.pdf](http://www.ozocak.com/dosyalar/A104b3.pdf), S. 15-16

¹⁷ Faik Uyanık, Sosyal Medya: Kurgusalılık Ve Mahremiyet, Kocaeli Üniversitesi Yeni Medya Kongresi, 2013, S. 15, Kocaeli Üniversitesi, Kocaeli.

- 2911 Sayılı Kanun’a muhalefet,
- Özel hayatın gizliliğini ihlal,
- Terör suçları,
- Hakaret suçu
- Cinsel Suçlar
- Dolandırıcılık

gibi çok farklı alanlardaki suçlardan oluşmaktadır.¹⁸

Netice itibariyle, günden güne artan sosyal medya kullanımı anılan platformlarda işlenen suçların da artmasına neden olmaktadır. Bu aşamada, sosyal medyanın şuurlu bir biçimde kullanımı hukuki ceza ve yaptırımlar kadar önem taşımaktadır. Teknolojik gelişmelerin bilgi ve iletişim teknolojileri ile sosyal medya platformlarını da hızla değiştirdiği dikkate alındığında, anılan ortamlarda icra edilen veya edilebilecek suçlardaki hukuki muğlaklıkların giderilmesinde disiplinler arası koordinasyondan istifade edilmesi büyük önem arz etmektedir.

2.4. Bilişim Hukuku

Bilişim kavramı Türk Dil Kurumu’nun güncel sözlüğünde, “*İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişiminde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi, bilişim.*” şeklinde ifade edilmekte, bilişim teknolojisi kavramı ise, “*bilişimde kullanılan bütün araç ve gereçlerin oluşturduğu sistem*”¹⁹ olarak ifade edilmektedir. Başka bir ifadeyle, dijitalleşmenin getirdikleri çerçevesinde bilgisayar teknolojisini kullanmak suretiyle tesis edilen bilgi sistemlerine özetle bilişim sistemleri denilmektedir.²⁰

¹⁸ Nebiye Konuk ve Yaprak Apay, “Sosyal Medyada İşlenen Suçlara İlişkin Yargıtay Ceza Daireleri Kararlarının İçerik Analizi İle İncelenmesi”, Yeni Yüzyılda İletişim Araştırmaları, İksad Yayınları, 2019, S. 281.

¹⁹ <https://sozluk.gov.tr/>

²⁰ Davut Özkul, “Bilişim Sistemi Kavramı Ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi”, **Sayıştay Dergisi**, C. 13, S: 44, Ocak 2002, S.14.

Bilişim denilince akla ilk olarak bilgisayarlar ve parçaları, bilgisayarların veri kullanmasını sağlayan yazılımlar ile bilgisayarları birbirlerine bağlayan ağ sistemleri gelmektedir. Bilişim sistemlerinin kullanılmasıyla yasaların ihlal edilmesi durumunda işlenen çok çeşitli cürümlere de bilişim suçları denilmektedir. Bilişim suçu kavramı sanal suç, siber suç, internet suçu ve bilgisayar suçu gibi kavramlarla da tanımlanabilmektedir.²¹ Bilişim suçları icra edilme biçimleri ve vasıtaların çeşitliliğiyle diğer suç çeşitlerinden farklılaşmaktadır. Nitekim, bilişim suçları Türk Ceza Kanunu'nun 10. bölümünde "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altında ayrı bir bölümde ele alınmaktadır. Kanununun 243.-246. maddeleri arasında kayıtlı bilişim suçları, bilişim sistemine girme, sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme, banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması gibi suçlardan müteşekkildir.

Bilişim sistemine girme suçu Türk Ceza Kanunu'nun 243. maddesinde, "*bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına, hukuka aykırı olarak giren veya orada kalmaya devam etmek*" olarak nitelenmiştir. Bu tanımlama, anılan faaliyetleri icra edenin Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesini ihlal edeceği hükme bağlamaktadır. Anılan maddenin 3. fıkrası, "*bu fiil nedeniyle sistemin içerdiği veriler yok olur veya değişirse*" suçun cezasının artacağı belirtilmektedir. Kanun koyucu bahse konusu suçun ihdasında bilişim sistemlerinin güvenliğinin sağlanması ve özel hayatın gizliliğinin muhafazası hukuki fayda olarak gözetmiştir. Suçun maddi unsurunun tesisi bakımından sisteme girme ve sistemde kalma gibi eylemlerin yürütülmesi elzemdir.

Sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunun tanımlandığı Türk Ceza Kanunu 244. maddesinde, "*bilişim sisteminin işleyişini engelleyen veya bozan*" kişi, "*bir bilişim sistemindeki verileri bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan, sisteme veri yerleştiren, var olan verileri başka bir yere gönderen kişi*" ile "*bu fiillerin bir banka*

²¹ Cengiz Apaydın, "Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme Ve Bozma Suçları", **Ceza Hukuku Dergisi**, C.10, S: 29, Aralık 2015, S.208.

veya kredi kurumuna ya da bir kamu kurum veya kuruluşuna ait bilişim sistemi üzerinde” işleyen failin kanunu ihlal edeceği kaydedilmiştir.

Diğer taraftan, Kanunun 245/A maddesinin birinci fıkrasında, “bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişinin kanunu ihlal etmek suretiyle suç işleyeceği ifade edilmiştir.

Türk Ceza Kanunu’nun 10. bölümünün tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanması başlıklı 246. maddesinde, “bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” hükmü amirdir.

III. Hakaret Suçuna İlişkin Genel Hususlar

3.1. Hakaret Suçu Kavramı ve TCK’da Hakaret Suçu

İrade sahibi bir mahlûk olan insan, hareket, tutum ve davranışlarının dış çevresindeki etkilerin ve bunların sonuçlarını kestirebilecek durumdadır. Suç kavramı genel itibariyle, bireylerin ortak iradeleri neticesinde teşekkül etmiş hukuk sistemlerinin bazı müeyyidelerle yasakladığı fiillere denilmektedir. Yasaklanan bu eylemler insanların davranışlarının çevrelerine vermeleri suç olarak nitelenen olası zararların önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Burada önemli olan husus, anılan hareketin icra edilmesidir. Zira, suçun teşekkülünde harekete ilişkin tahayyül yerine suç konusu hareketin fiiliyata dökülmesi ve dünyada maddi biçimde bir değişiklik meydana getirmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, bir suç türü olarak hakaret suçu da dünyada olduğu gibi Türkiye’de kanunlarla farklı müeyyidelere tabi tutulmuştur.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun sekizinci bölümünde “şerefe karşı suçlar” başlığıyla ele alınan hakaret suçu, 125. maddede “bir kimseye

onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı” şeklinde nitelenmektedir. Anılan suç, sabık 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda hakaret ve sövme suçu olarak ayrılmışken, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda böyle bir ayırım bulunmamaktadır.

Hakaret suçuyla korunması amaçlanan insan şerefi soyut bir kavramdır. Bu nedenle, soyut bir kavramla ilgili meydana gelen haksız bir duruma yönelik alınacak tedbirler sorunsalı gündeme gelmektedir.²² Dünyadaki hukuk düzenlerine bakıldığında, benzer özellikteki suçlara verilen cezaların benzer nitelikte olduğu görülmekte, ancak haysiyete yönelik suçlar için öngörülen cezaların yasalarda oldukça farklı cezai müeyyideler getirdiği görülmektedir. Bu yaklaşım söz konusu kavramların toplumların kültürel kodlarında ve kanunlarında da önemli bir unsur olan örf ve adetlere²³ göre toplumdan topluma değişiklik gösterebileceğini ortaya koymaktadır.²⁴ Hakaret ve sövme olumsuz içerikli bir fikir açıklaması ve bu çerçevede de iletişim aracı olarak değerlendirilmektedir.²⁵

Sabık 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki hakaret ve sövme suçu ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki hakaret suçu arasındaki en önemli değişim hakaret ve sövme ayırımının bırakılarak, sövme suçunu hakaret suçunun seçimlik hareketleri olarak öngörülmesi olmuştur.²⁶

Hakaret suçunda mağdura bir eylem veya vaka yüklemek, sövme suçunda ise, mağdurun onurunu ve saygınlığını incitici hakarete bulunmak esastır. Bu konuyu örneklendirmek gerekirse, failin mağdura, “*sen bir eşeksin*” ifadesi sövme suçuna, “*sen şeker üretip satan şirketin müdürü iken, rüşvet*

²² Mine Arısoy, “Hakaret”, **Tbb Dergisi**, Sayı 72, 2007, S.154.

²³ Mustafa Özen, “Hakaret Suçu ve İnternet Yolu ile İşlenmesi”, **Tbb Dergisi**, Sayı 75, 2008, S. 95.

²⁴ Doğan Soyaslan, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 12 Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, S. 308.

²⁵ Serhat Sinan Kocaoğlu, **Hakaret Suçu**, Birinci Baskı, Seçkin Hukuk Ankara 2019, S. 43.

²⁶ Arısoy, **A.G.M.**, S.151.

almadığın müşteriye yeterli malı vermezdin” ifadesi ise hakaret suçuna misal teşkil etmektedir.²⁷

3.2. Hakaret Suçuna İlişkin Genel Açıklamalar

3.2.1. Suçun Hukuki Konusu

Bireyin onuru hakaret suçunun konusu oluşturmakta olup, Türk Ceza Kanunu’nun 125. maddesinde, *“bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı”* anlatımıyla suçun konusu ifade edilmektedir.

Suç fiilleri, suçun konusuna göre zarar ve tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmakta,²⁸ hakaret suçu da bu bağlamda tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.²⁹ Tehlike suçlarında, suçun konusunun zarar tehlikesiyle muhatap olması suçun hayata geçmesi bakımından yeterli görülmektedir.³⁰ Bireyin sosyal hayattaki değerini zedeleyen, itibarını değersizleştiren hakaret, kişilerin manevi değerlerine yapılan bir saldırı olarak ifade edilmektedir.³¹ Hakaret suçunda asıl amaç bireyin manevi değerleri olduğundan, suçun teşekkülü için mağdurun onurunu kaybetmesi beklenmez.

Diğer yandan, tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.³² Somut tehlike suçu kavramında hakiki bir zarar tehlikesinin teşekkülü beklenirken, soyut tehlike suçu kavramında ise,

²⁷ Erdener Yurtcan, **Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları**, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2019, S. 9-10.

²⁸ Uğur Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit’e Armağan, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.11, S: 41, Ocak 2020, S.31.

²⁹ Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Tbb Dergisi**, S:68, 2007, S. 49.

³⁰ Ersoy, **A.G.M.**, S. 32.

³¹ Devrim Aydın, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, T.C. **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.19, S:2, 2013, S. 879.

³² Duygu Sezen, “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu” Çankaya Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, S.30.

hareketin icrası kâfi görülmekte, maddi bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmemektedir. Bu itibarla, hakaret suçu soyut tehlike suçlarından biri olarak değerlendirilmekte, zarar suçu olarak görülmemektedir.³³

3.3. Hakaret Suçunun Unsurları

3.3.1. Suçun Maddi Unsuru

3.3.1.1. Suçun Fiili

Hakaret suçunu düzenleyen 5327 Sayılı TCK'nın 125. maddesindeki hüküm bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırıyı kayıt altına almaktadır.³⁴ Bu bağlamda, suçun maddi unsuru toplum hayatında insanlarla birlikte yaşayan bireyin çaba ve emekleri sonucunda tesis ettiği itibarına ve onuruna³⁵ yönelik saldırının olması gerçekleşmesi suçun maddi unsurunu oluşturmaktadır.³⁶ Maddi unsurun oluşması için ilgili maddeden de çıkarılacağı üzere bireyin şeref ve haysiyetine maddi bir fiil ya da vaka yüklenmek suretiyle ya da sövme fiiliyle hakaret suçu mağduruna dönük bir saldırının gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁷

Bununla birlikte, hakaret suçunun işlenmesi hususunda mağdurun ilgili suçu işleme olasılığının bulunmadığı toplum tarafından bilinse de hakaret suçu yine de işlenmiş olacaktır.³⁸ Suçun icrası açısından bireyin onur, şeref ve saygınlık gibi değerlerine yönelik rencide edici ifadelerin sarf edilmesinin ve bireyin toplumda aşağılanarak küçük duruma düşürülmesinin TCK'nın maddi unsurunun teşkil ettiği izahattan varestedir.

Öte yandan, TCK'nın 125. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, *“Fiilin, mağduru muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi*

³³ Yenidünya, A.G.M, S.68.

³⁴ Arısoy, A.G.E., S.156

³⁵ Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**,6. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, S. 505.

³⁶ Fehmi Şener Gülseren, İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları, **Laü Sosyal Bilimler Dergisi**, 2013,S. 17.

³⁷ Yavuz Erdoğan, (2015) “Sosyal Medya Aracılığı İle İşlenen Hakaret Suçu” **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 6

³⁸ Özen, A.G.M., S. 96.

halinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezaya hükmolunur.” hükmünün bu çalışmanın da temelini oluşturan sosyal medya aracılığıyla yapılan hakaret suçunun maddi unsurunu teşkil ettiğini ifade etmek mümkündür. Her ne kadar hakaret suçunun sosyal medya aracılığıyla işlenmesine yönelik geniş çerçeveli kanuni bir düzenleme bulunmasa da anılan mecrada işlenen suçun Basın Yayın Kanununa bağlı olarak yaptırıma tabi tutulduğu görülmektedir. Bu bağlamda, basın-yayın ifadesinin bahse konu internet iletişim araçlarını kapsadığı da kaydedilmektedir.³⁹

Kişinin gururuna, şerefine ve prestijine zarar verebilecek somut bir eylem ya da gerçeği atfetmek suretiyle gururuna, şerefine ve prestijine saldırmak 125. maddeye göre hakaret suçu olarak düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu'nun maddesi. Günümüzde 'insan' günlük yaşamında çok önemli bir yer tutan internet, sadece sayısız fayda sağlamakla kalmayıp birtakım zararlar da getirmektedir. Bu zararlardan biri de internet üzerinden işlenen suçların sayısındaki artış. Devasa gruplara hitap eden internet, işlenmeyi kolaylaştırmakta ve birçok suçu artırmaktadır. Hakaret suçunun kendisi internet aracılığıyla kolaylıkla işlenebilecek bir suçtur. Suçun tanımlanmasında ve suçun ispatlanmasında ciddi zorluklar ortaya çıkmış olabileceğinden, soruşturma ve yargılamada bazı problemlerle karşılaşmak oldukça olasıdır⁴⁰.

Buradaki temel sorun, 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinde yer alan ve aynı zamanda kişisel haklar ve başkalarının özgürlükleri arasındaki dengenin özünü ihlal eden kişiliğin korunmasının istismar edilmesidir. Günümüzde ilgili Kanunun 9. maddesi, herkesin internette fikirlerini hızla sınırlandırmasına imkân veren genel bir “sansür hükmüne” dönüşmüştür. Bu kaosun gerçek nedeni, bir medeni hukuk kavramını koruma konusunda

³⁹ Gülseren, A.G.E., S. 19.

⁴⁰ Gülseren, Fehmi Şener, "İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları." *Latü Sosyal Bilimler Dergisi* 4.1 (2013): 15-33.

kanun koyucunun ceza hukuku yaptırımları ile hayal kırıklığı yaratmasıdır⁴¹.

Maddeden çıkarılacağı üzere, hakaret suçu kişiye yönelik olabileceği gibi kişinin gıyabında da işlenebilecektir. Ancak, gıyapta hakaret suçunun işlenmiş kabul edilebilmesini teminen failin icra ettiği hakaret eyleminin, en az üç kişi eliyle ihtilat edilmiş olması halinde suçun işlenmiş sayılacağı koşulu kanun maddesinde yer almaktadır. Anılan üç kişinin belirlenirken, fail haricindeki en az üç kişinin olay hakkında bilgi sahibi olması durumunda, suçun kişinin gıyabına işlenmiş sayılması hususu suçun geçerlilik koşulu olarak gündeme gelmektedir. Ancak, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 21.05.1989 tarihli 2815 Esas No ve 3583 Karar No.lu kararı uyarınca, daktilo marifetiyle çoğaltılarak kooperatif ortaklarına gönderilen yazı vakasında hakaret yayın yoluyla işlenmiş sayılmamaktadır.⁴²

Hakaret içerikli sosyal medya iletisinin mağdur dışında birine iletildiği haller de ayrı bir tartışma konusu olarak literatürde yer almaktadır. Mağdura iletilen bir elektronik postada kayıtlı hakaret içeren ifadeler üçüncü bir kişi tarafından okunursa, suçun başta gıyapta işlenmesi hususu ele alınmaktadır. Burada ihtilatın suçun unsuru olduğu ele alındığında, failin ihtilat kastı ve hakaret içeren metne üç kişinin ulaşmış olması da ayrıca analize muhtaçtır. Buna ilave olarak, fail paylaşımı veya elektronik postasıyla iletildiği mağduru egemenlik sahasına dahil ettiği için mağdur paylaşımına eriştiği takdirde, hakaret suçu daha sonra huzurda da işlenmiş olarak kabul edilecektir. Mağdurdan önce elektronik postayı okuyan, anılan postayı sildiği takdirde, huzurda hakaret suçunun girişim olarak kaldığının değerlendirilmesi gerektiği kaydedilmektedir. Öte yandan, mağduru hakaret içeren ifadeye daha sonra ulaştığı durumlarda, hakaret suçunun evvelden gıyapta akabinde huzurda işlendiği neticesine ulaşmanın hatalı olacağı ele alınmaktadır. Örneğin, üçüncü bir kişiye iletilen içerik veya paylaşım daha sonra mağduru dikkatine sunulursa,

⁴¹ Çırakoğlu, Melikşah, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*. Diss. Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

⁴² Erol Çetin, **Hakaret Suçları**, Ankara, Seçkin Yayınları 3. Baskı, 2008, S. 88

mağdura yöneltilmiş bir ileti olmadığından hakaret suçunun huzurda işlenmesinin mevzubahis olmayacağı ifade edilmektedir.⁴³

Fiilin diğer kişiler tarafından algılanabilme olanağına bağlı olan aleniyette, yer tespitinin tek başına bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda, aleniyetin belirlenmesindeki en önemli hususun hareketin sayısı ve kimliği belirsiz şahıslar tarafından algılanabilme olanağının olması olduğu değerlendirilmektedir. İhtilat ve aleniyet arasındaki fark tam da burada meydana gelmektedir. Aleniyet için fiilin algılanabilmesi yeterliyken, ihtilatta ise hareketin algılanabilme olanağı yetersiz bulunmakta, fiilin kesinlikle algılanmış olması gerekmektedir. Diğer bir farklılık da aleniyette hareketin sayısı ve kimliği belirsiz şahıslar tarafından algılanabilme olanağı yeterli görülürken, ihtilatta ise kimliği belirli asgari üç kişiyle icra edilmelidir. Örneğin, bir failin bir duvara yazdığı bir sloganı sadece iki kişinin görmesi durumunda aleniyet bulunmaktadır. Ancak, bu durumda ihtilat unsurunun gerçekleştiği söylenemeyecektir.⁴⁴

3.3.1.2. Suçun Hukuki Konusu

Bireyin onuru hakaret suçunun konusu oluşturmakta olup, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde, “*bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldırı*” anlatımıyla suçun konusu ifade edilmektedir.

Suç fiilleri, suçun konusuna göre zarar ve tehlike suçu olmak üzere ikiye ayrılmakta,⁴⁵ hakaret suçu da bu bağlamda tehlike suçu olarak kabul edilmektedir.⁴⁶ Tehlike suçlarında, suçun konusunun zarar tehlikesiyle muhatap olması suçun hayata geçmesi bakımından yeterli görülmektedir.⁴⁷ Bireyin sosyal hayattaki değerini zedeleyen, itibarını değersizleştiren

⁴³ Aras Türay ve Irmak Erdoğan, Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel S., 2019, S. 1345-1346.

⁴⁴ Türay ve Erdoğan, **A.G.M.**, S. 1349-1350.

⁴⁵ Uğur Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit'e Armağan, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, C.11, S: 41, Ocak 2020, S.31.

⁴⁶ Ahmet Caner Yenidünya, Mehmet Emin Alşahin, “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, **Tbb Dergisi**, S:68, 2007, S. 49.

⁴⁷ Ersoy, **A.G.M.**, S. 32.

hakaret, kişilerin manevi değerlerine yapılan bir saldırı olarak ifade edilmektedir.⁴⁸ Hakaret suçunda asıl amaç bireyin manevi değerleri olduğundan, suçun teşekkülü için mağdurun onurunu kaybetmesi beklenmez.

Diğer yandan, tehlike suçları somut ve soyut tehlike suçları olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴⁹ Somut tehlike suçu kavramında hakiki bir zarar tehlikesinin teşekkülü beklenirken, soyut tehlike suçu kavramında ise, hareketin icrası kâfi görülmekte, maddi bir tehlikenin ortaya çıkması gerekmemektedir. Bu itibarla, hakaret suçu soyut tehlike suçlarından biri olarak değerlendirilmekte, zarar suçu olarak görülmemektedir.⁵⁰

3.3.1.3. Suçun Faili

Genel itibariyle kanunda kayıtlı suç fiilini icra eden kişiye fail denilmektedir. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde kayıtlı "*bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi*" ifadesiyle suçun faili tanımlanmıştır. Bu maddede ifade edilen kişi gerçek ve tüzel kişi olarak sınıflandırıldığında, hakaret suçunun faili gerçek kişiler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede, her gerçek kişi hakaret suçunun faili olabilirken, tüzel kişiler anılan suçun faili olamamaktadır.

Bu konuda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda tüzel kişilere ilişkin hakaret suçu isnadı hususunda herhangi bir tespit yapılmamakla beraber, süreli veya süresiz yayınlar aracılığıyla işlenen suçlarda yayıncının tüzel kişi olması mümkün olabilmektedir. Ancak, bu durumda da güvenlik tedbiri konusunda genel hükümlere bakılması gerekmektedir.⁵¹

⁴⁸ Devrim Aydın, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu", Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, T.C. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.19, S:2, 2013, S. 879.

⁴⁹ Duygu Sezen, "Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu" Çankaya Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, S. 30.

⁵⁰ Yenidünya, A.G.M, S. 68.

⁵¹ Veli Özer Özbek V.D., Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, S. 491.

3.3.1.4. Suçun Mağduru

Mağdur sözlük manasıyla “*haksızlığa uğramış (kimse)*”⁵² olarak tanımlanmaktadır. Hakaret suçu bağlamında ele alındığında, onuruyla oynanan, netice itibariyle haksızlığa uğrayan kişi suçun mağduru sıfatını almaktadır. Suçun tesisini teminen mağdurun belirlenebilmesi elzemdir. Her birey hakaret suçunun mağduru olabilmekte, akıl hastaları, küçükler, ölümler ve kamu görevlileri de mağdur olabilmektedir. Ancak, suçun cezası mağdura göre değişmekte olup, mağdurun kamu görevlisi veya Cumhurbaşkanı olmasıyla farklı cezai yaptırımlar bulunmaktadır. Örneğin, 5237 sayılı TCK’nın 125. maddesinin 3 (a) fıkrasında “*kamu görevlisine karşı görevinden dolayı*” hakaret nitelikli hâl olarak değerlendirilmiş ve işlenmesi durumunda öngörülen cezanın alt hududunun bir yıldan az olamayacağı hükme bağlanmıştır.

Diğer yandan, 5237 sayılı TCK’nın 130. maddesi uyarınca kişinin hatırasına hakaret de “*bir kimsenin öldükten sonra hatırasına en az üç kişiyle ihtilat ederek hakaret eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.*” hükmüyle suç olarak kabul edilmiştir. Ölenin arkasında bıraktığı maddi miras kadar manevi mal varlığı da bulunmakta olup, bu manevi mal varlığına yapılan tahkir ve tecavüz yasa maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.⁵³ Ölüye hakarete ilişkin eski tarihli bir Yargıtay kararında, “*Ölüye hakareten sanık C.G.in yapılan duruşması sonunda, (...) Türk Ceza Kanunu’nun 178/1. maddesinin saptadığı ölünün naaş ve kemikleri hakkındaki hakaretin maddi eylemlere yapılan hakareti kapsamakta olup sözle vuku bulan hakaretin aynı Yasanın 488/2. maddesine uygun bulunduğu ve bu suçun ise kavuşturulmasının şikâyete bağlı olduğu gözetilmeksizin sanığın yazılı şekilde hükümlülüğüne karar verilmesi, (...).*”⁵⁴ kararı verilen hükmün bozulmasına yol açmıştır.

⁵² <https://sozluk.gov.tr/>

⁵³ Mehmet Emin Artuk V.D., **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Bs, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, S. 521.

⁵⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18.06.1975 Tarih ve 1975 / 3417 Esas ve 1975 / 3467 Karar Sayısı ile Verdiği Kararı.

Anılan karar her ne kadar mülga TCK döneminde verilmiş olsa da hâlihazırda da geçerliliğini korumaktadır. 5237 sayılı TCK'nın ilgili maddeleri ışığında değerlendirildiğinde kişinin hatırasına hakaret hususunda temelde herhangi bir değişiklik olmadığı gözlemlenebilecektir.

Diğer yandan, kişini hatırasına hakaret kapsamında, 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanuna da değinmek gerekmektedir. Söz konusu kanunun birinci maddesindeki *“Atatürk'ün hatırasına alenen hakaret eden veya söven kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veyahut Atatürk'ün kabrini tahrip eden, kıran, bozan veya kirleten kimseye bir yıldan beş yıla kadar ağır hapis cezası verilir. Yukarıdaki fıkralarda yazılı suçları işlemeye başkalarını teşvik eden kimse asıl fail gibi cezalandırılır.”*

hükmü Atatürk'ün hatırasına yönelik hakaret ve sövme suçlarını düzenlemektedir. İkinci madde ise, *“Birinci maddede yazılı suçlar; iki veya daha fazla kişiler tarafından toplu olarak veya umumi veya umuma açık mahallerde yahut basın vasıtasıyla işlenirse hükmolunacak ceza yarı nispetinde artırılır. Birinci maddenin ikinci fıkrasında yazılı suçlar zor kullanılarak işlenir veya bu suretle işlenmesine teşebbüs olunursa verilecek ceza bir misli artırılır.”* suçun nitelikli hallerini ele almaktadır.

Bireyler özellikle sosyal medyanın kendilerine sağladığı özgürlük ortamını kullanırken, Atatürk'e ilişkin fikirlerini sosyal medya platformlarında sınırsızca kullanabilmektedirler. Bu durum da hakaret suçunun alenen işlenmesine ve cezanın artmasına neden olabilmektedir. Nitekim, sosyal medya platformu Facebook'ta yapılan paylaşımlarda *“Atatürk'ün hatırasına hakaret”* suçunu işlemekten yargılanan iki kişiye 1'er yıl 3'er ay hapis cezası verilmiştir. İstanbul Anadolu 58. Asliye Ceza Mahkemesi kararının gerekçesinde, *“Sanıkların sosyal paylaşım sitesinde yapmış oldukları paylaşımlarının, Yüce Atatürk'ün aziz hatırasına yönelik düşünce ve kanaat içermeyen, doğrudan küçük düşürücü nitelikte ve Atatürk'ün onur, şeref ve saygınlığını rencide edici boyutta olduğu, Atatürk'ün hatırasına hakaret suçunun yasal unsurlarının olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Her ne kadar sanıklar tarafından suç işleme kastı ile hareket etmedikleri, suça konu paylaşımların düşünce ve ifade*

özgürlüğü kapsamında kaldığına yönelik savunma yapılmış ise de Facebook isimli sosyal paylaşım sitesindeki söz konusu paylaşımların düşünceyi açıklama, yayma hürriyeti ve eleştiri sınırlarını aştığı, şeref ve itibarı ihlal edici nitelikte olduğu değerlendirilmiştir.”⁵⁵

Yargıtay 11. Ceza Dairesi'nin 2019 / 7876 Esas, 2020 / 2736 Karar ve 04.06.2020 karar tarihli kararında; YCGK 20.05.1991, E.1991/9-105 ve K.1991/168 sayılı kararında açıklandığı üzere, 5816 sayılı Kanun'un 1/2. fıkrasında düzenlenen "*Atatürk'ü temsil eden heykel, büst ve abideleri veya Atatürk'ün kabrini tahrip etme, kırma, bozma veya kirletme*" suçunun oluşabilmesi için, eylemin Atatürk'ün hatırasına hakaret özel kastıyla gerçekleştirilmesi gerektiği cihetle; olay günü arkadaşları ile futbol oynayan suça sürüklenen çocuk ...'nun meydana bulunan Atatürk heykelinin bulunduğu yapının üstüne çıkmaya çalıştığı, ancak çıkamaması üzerine eline geçirdiği mermer parçasını fırlatarak heykelin alt kısmında bulunan mermeri kırmasından ibaret eyleminde, Atatürk'ün hatırasına hakaret özel kastının bulunmadığı, eylemin kamu malına zarar verme suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.

3.3.2. Suçun Manevi Unsuru

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu suçun manevi unsurunu kast ve taksir kavramlarıyla ele almaktadır. Kast, failin kanunda suç olarak belirtilen bir eylemi bilerek ve isteyerek yapması ve neticesini öngörmesi; taksir ise failin suç olan eylemini bilerek ve isteyerek icrası, ancak neticesini öngörememesi şeklinde hareket etmesi halleridir.⁵⁶ Suçun manevi unsuru hakaret suçu bağlamında ele alındığında, hakaret suçunun kasten icra edilen fiil olduğu aşikâr olmakla birlikte, söz konusu suçun manevi unsuru genel kast olarak ifade edilmektedir. Hakaret suçu ister mağdurun huzurda ister mağdurun gıyabında olsun her hal ve karda manevi unsuru kast olarak değerlendirilmektedir.⁵⁷ Hakaret suçunu eylem veya olgu isnadında

⁵⁵https://www.ntv.com.tr/turkiye/sosyal-medyadan-ataturke-hakarete-hapis-cezasi,Na5qew2vqe01y753_68lq

⁵⁶ Soyaslan, A.G.E., S. 319-321.

⁵⁷ Soyaslan, A.G.E., S. 322-325.

bulunulması ya da sövme aracılığıyla işleyen failin anılan suçu kasıtlı bir şekilde işlediği de oldukça açıktır.⁵⁸

Diğer yandan, hakaret suçunun manevi unsurlarından biri olan olası kast ve bilinçli taksirle işlenmesi hususunda şunları ifade etmek yerinde olacaktır. Olası kast da kast gibi bilerek ve isteyerek icra edilirken, tek farkı neticesinin öngörülebilmesidir. Bu çerçevede, hakaret suçunun olası kastla da işlenebilmesi mümkündür. Bilinçli taksir ise suçu oluşturan eylemin bilinerek ve istenerek işlenmesi, ancak neticenin hayata geçmeyeceğinden emin olması durumudur. Dolayısıyla, hakaret suçunun bilinçli taksir çerçevesinde işlenmesinin çok da mümkün olmadığını belirtmek yerinde olacaktır.

3.4. Diğer Ülke Hukuk Düzenlerinde Sosyal Medya Aracılığıyla Hakaret Suçuna İlişkin Değerlendirmeler

Hakaret suçuna ilişkin diğer ülke hukuk düzenlerindeki tedbir ve müeyyidelere konusunda ülkeler arasında farklı kanun, düzenlemeler ve cezai yaptırımlar ortaya çıkmaktadır. Almanya’da internet aracılığıyla işlenen hakaret suçlarıyla ilgili ilk düzenleme 1996’da Telekomünikasyon Hizmetleri Kanunu ile yapılmış, 1997’de ise Alman Tele Servisler Kanunu ile ilgili alanda ayrıca düzenlemeler yapılmıştır.⁵⁹ Anılan yasalarla Almanya sınırları dahilinde internet vasıtasıyla işlenecek suçların belirlenmesi, cezai yaptırımlar ve Alman toplumunun sanal ortamda korunması yönünde önlemler alınmıştır. Son yıllarda yapılan düzenlemelerle servis, içerik ve erişim sağlayıcılarının sorumlulukları ve bunların hayata geçirilmemesi halindeki yaptırımlara ilişkin güncellemeler yapılmıştır.⁶⁰

Web sitesi içeriğinin sahibi, bu içeriğin barındırıldığı bir bilgisayar barındırma sağlayıcısı olursa, içerik sağlayıcı olarak onaylanır. Üçüncü şahıslar için İnternet erişim altyapısına erişim. Erişim sağlayıcısı daha önce yasadışı olarak yasa dışı herhangi bir iletişim kurmaz ve bunu

⁵⁸ Arısoy, A.G.E., S. 170.

⁵⁹ Erdem, Şentürk, A.G.E., S. 2717.

⁶⁰ Gülseren, A.G.E., S. 26.

barındırmaz. Bu yönü kavramak, hukuka aykırı uygulamaya taraf değildir. Sorumlu kişi halletti. Buna karşılık, erişimi engelleme yasadışı haklarla mücadele için bir araç olarak kullanılabilir⁶¹.

Üçüncü şahıs içeriğinin önemine yapılan atıf, aracılardan hukuki sorumluluğunun gelişmesine yol açabilir. Bu, hukukun kötüye kullanılmasını içeren içerik ve telif hakkı iş modellerini temsil edebilecek içerik gibi onlar için çok önemli olan bir husustur ve bu nedenle, bu yasa dışı eylemler ekonomik hayata bir darbe teşkil eder. Üç taraf arasındaki ilişki, ISP'lerin sorumluluğuna tabidir. Bu, siber uzayda birçok yasal soruna yol açar ve avukatların dikkatini çeken de budur. Durumun yasallığını kanıtlamaya gelince, onları etkileyebilecek karmaşıklıklardan endişe duyuyorlar. Bunun nedeni, ABD hukukunun "Cubby CompuServe" davası örneğine odaklanmasıdır. Kısa vadeli veya çapraz görev süresi ile uzun vadeli kullanım yükümlülüğü arasında bir fark vardır, çünkü sorumluluk yalnızca uzun vadeli görev süresiyle ilgili olmalıdır. Bu, üçüncü taraf barındırma içeriğinden kaynaklanıyor olabilir. Pek çok İnternet kullanıcısı, paylaşacakları materyalin telif hakkı ve yayın kanunlarını ihlal ettiğinin farkında olmayabilir. Bu, bu tür hizmet sunan bazı sitelerin sorumluluktan kaçmasına neden olur. Buna rağmen, düzenli bilgi birikiminin bir sonucu olarak yasa dışı verilerle ilgili yasal bir sorumluluk vardır⁶².

Online dünyada bu davalar sistematik bir şekilde yürütüldüğünde hakaret konusu internet araçlarının sorumluluğu açısından yaygın bir tartışma konusudur. Birçok İnternet kullanıcısı, bir dizi Sosyal Ağda hakaret alışverişinde bulunur ve saldırgan davranır. İnternet iletişimi Facebook gibi sosyal ağ siteleri aracılığıyla sohbet odalarına (IM) getirilen bu konuşma yazılı metin hakkında söylenecek ve netleştirilecek ve bu nedenle ticaret ve şirket alanlarıyla sınırlı kalmamaktadır. İngiliz hukukuna göre, yayınların yasal sorumluluk süresi üç yıldır, ancak makale webde her okunduğunda yenilenebilir. Ancak bu yasa insan haklarına zarar vermekte

⁶¹ Memiş, Tekin, "Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar Ve Çözüm Önerileri." (2009).

⁶² Goldman, Eric, "Internet Immunity And The Freedom To Code." *Communications Of The Acm* 62.9 (2019): 22-24.

ve internetteki ifade özgürlüğü kurallarını ihlal etmektedir. Bu nedenle, bu çok daha fazla ilmi yapar 'bu, çevrimiçi gazetelerde ciddi bir kısıtlama görevi görür.

İngiliz hukukunda sosyal medya ve internet hakkında hukuki düzenlemelerin olduğu özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Ancak, internetten kaynaklanan problemlerin izalesi bakımından mevzuatta bazı değişiklikler yapılmış olup, anılan mevzuat değişiklikleri daha ziyade pornografi ve çocuk pornografisi alanlarına odaklanmıştır.⁶³

İletişim Özgürlüğü Yasası temelinde düzenlemelerin bulunduğu Fransa'da bilgi ve iletişim teknolojilerinin hızla gelişmesi sonucunda anılan kanuna "*link üzerinde özel haberleşme dışındaki iletişim servisleri ile ilgili hükümler*" başlığı ilave edilmiş, günümüzdeki sosyal medya suçlarına karşı tedbir alınmaya çalışılmıştır.⁶⁴ Ancak, söz konusu başlıkla internet içerik sağlayıcılarına ilişkin hukuki ve cezai bir düzenleme yapılmamış, Fransa bu alanı Fransız Ceza Kanunlarıyla düzenleme altına almıştır.

İtalyan Ceza Hukuku'nun hakaret ve sövme suçuna ilişkin Türk Ceza Hukuku ile benzer noktalar taşıdığı söylenebilmektedir. İtalyan Ceza Hukuku kişinin gıyabında icra edilen fiili saldırı ve olgu isnadı benzeri hallerden bilgi sahibi olmaması ve dolayısıyla yanıt veremeyeceği, bunu duyanların mağdur hakkında olumsuz düşüncelere kapılmasına neden olacağı gerekçesiyle daha ağır cezalandırılmalarını öngörmüştür. Bahse konu yasaya göre suçun aleni bir şekilde işlenmesi ya da kamu görevlisine görevi sebebiyle hakaret edilmesi hususlarında Türk Ceza Kanunu'ndaki hükümlerle benzerlik gösterdiği ifade edilebilmektedir.⁶⁵

Benzer şekilde, Avrupa Güvenlik ve İş birliği Teşkilatı (AGİT) Basın Özgürlüğü Temsilciliği'nin hazırladığı "AGİT Bölgesinde Hakaret ve Hakaret Yasaları: Karşılaştırmalı Bir Çalışma" başlıklı çalışma

⁶³ Fatih Mahmutoglu , "Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Süjelerinin Ceza Sorumluluğu", **Journal Of Istanbul University Law Faculty**, C. 59, Sayı. 1-2, S. 47-48.

⁶⁴ Mahmutoglu, **A.G.M.**, S. 46.

⁶⁵ Kaya, **A.G.E.**, S. 47-48.

mukayeseli ve doyurucu bir bilgi kaynağı olarak karşımıza çıkmaktadır. Çalışmanın geniş bir özeti aşağıda sunulmaktadır.⁶⁶

Medyaya karşı olmak da dâhil olmak üzere AGİT bölgesinde hakaret yasaları bir dereceye kadar düzenli olarak uygulanmaya devam etmektedir. Almanya, İsviçre ve Danimarka gibi medya özgürlüğünün güçlü savunucuları olarak kabul edilen devletlerde ara sıra gazetecilerin mahkumiyetleri devam etse de özellikle sorunlu alanlar Güney Avrupa’da Yunanistan, İtalya, Portekiz ve Türkiye, Orta Avrupa’da Macaristan, Orta Asya ve Azerbaycan olarak öne çıkmaktadır.

Batı Avrupa’daki dokuz AGİT üyesi devlet mağdur bir kamu görevlisiyse, uluslararası standartların açık bir ihlali olarak iftirayı daha sert bir şekilde cezalandırmaktadır. Geri kalan ülkeler genellikle resmi görevin yerine getirilmesiyle bağlantılı olarak, kamu görevlilerine karşı çeşitli hakaret biçimleri için cezai sorumluluk öngörmektedir. Demokratik kamusal inceleme ve hesap verebilirlik temelleriyle bariz çelişkiye rağmen, AGİT üyesi devletlerin yaklaşık yarısı devlet başkanının itibarı ve şerefine özel koruma sunmaktadır. Bu eylemlere yönelik cezalar, özellikle Batı ve Kuzey Avrupa monarşilerinde ve Orta Asya’da, genel karalama ve hakareten çok daha ağır bir müeyyideye sahiptir. Türkiye hem gazeteciler hem de sıradan vatandaşlar tarafından Cumhurbaşkanı’na yönelik eleştirilerin cezalandırılması için ceza hukukunun olağanüstü kullanımıyla dikkat çekmektedir. Bu şekildeki bir düzenleme, AHİM kararlarında açık ve kesin bir dille ihlal olarak değerlendirilmektedir. AHİM, hakaret konusunda özel bir yasal düzenlemeyle daha fazla koruma sağlamanın kural olarak Sözleşme’nin ruhuna uygun olmadığını; cumhurbaşkanı ya da diğer devlet görevlilerini korumak için özel bir yasa maddesi bulunmasının “aşırı koruma olarak” düşünce ve ifade özgürlüğünün ihlali sonucu yarattığını ifade etmektedir. (Colombani ve Diğerleri-Fransa; Pakdemirli-

⁶⁶ Scott Griffen, (Ed) Barbara Trionfi, Defamation And Insult Laws In The Osce Region: A Comparative Study, **Organization For Security And Co-Operation In Europe The Representative On Freedom Of The Media**, 2017, S. 5-6.

Türkiye; Artun ve Güvener-Türkiye Kararları)⁶⁷ Örneğin, Cumhurbaşkanına hakaret suçu kapsamında 1982-1989 yılları arasında 340 kişi, 1989-1993 yılları arasında 207 kişi, 1993-2000 yılları arasında 158 kişi; 2000-2007 yılları arasında 168 kişi; 2007-2014 yılları arasında 248 kişi hakkında soruşturma açılmıştır. Sadece 2018 yılında ise 26.115 kişiye Cumhurbaşkanına hakaret suçlamasıyla dava açılmıştır.⁶⁸ Ayrıca, 2014 yılından 2019 yılı sonuna kadarki süreçte, Cumhurbaşkanına hakaret suçundan 63.041 kişiye dava açılmış, bu davalardan 9.554'ü mahkumiyetle sonuçlanmıştır. 2019 yılı itibariyle 2014-2019 yılları arasında Cumhurbaşkanına hakaret suçlaması bağlamında 2.663 kişi hapis cezasıyla cezalandırılmıştır.⁶⁹ Belirtmek gerekir ki Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 100. maddesi ve devamında tutuklama şartları ile tutuklama kararı verilebilecek suçlar açıkça belirtilmiştir. Cumhurbaşkanına hakaret suçu sair kanununda bahsi geçen suçlar arasında yer almamaktadır. Bu nedenle verilen tutuklama kararları kanuna aykırıdır.

AGİT üyesi 16 devlet, devlete hakaret veya hakaret suçunu cezalandırmakta olup, devlet sembollerine yönelik suçları yasaklayan ceza yasaları AGİT bölgesinde oldukça yaygındır. Ancak, fiziki bir saygısızlık ile sözlü veya yazılı hakaret arasında ayırım yapmak genellikle daha zordur. Hapis genellikle bir yaptırım olarak masada durmakta ve süreler uzun (Almanya'da beş yıla kadar) olabilmektedir. Diğer 16 devlette ise, parlamentolar, hükümetler ve kamu otoriteleri gibi devlet organlarına hakaret etmek de açıkça yasaklanmıştır. 2016 yılında Almanya'da yaşanan Böhmermann olayından⁷⁰ önce büyük ölçüde unutulmuş olan yabancı

⁶⁷ Kolbükten, B., (2015) ("Cumhurbaşkanına Hakaret" Suçu Üzerine Bir Deneme, Ankara Barosu Dergisi, S. 43.

⁶⁸ <https://Halagazeteciyiz.Net/2019/10/08/Hangi-Cumhurbaskani-Kac-Hakaret-Davasi-Acti/>

⁶⁹ <https://Www.Birgun.Net/Haber/5-Yilda-63-Bin-Kisiye-Cumhurbaskani-Na-Hakaret-Davasi-322790>

⁷⁰ Hamburg Eyalet Mahkemesi Şubat 2017'deki Kararında, Alman Tv Programcısı Jan Böhmermann'ın Cumhurbaşkanı Erdoğan hakkındaki şiirinin "Hakaret İçerikli Ve Onur Kırıcı" Olduğuna Hükmettiği Bazı Bölümlerini Yasaklamıştı. Bunun Üzerine Böhmermann, "Erdoğan Şiiri"nin Kısmen Yasaklanması Kararına İtiraz Ederek, Temyize Başvurmuştu.

devlet başkanlarını koruyan özel yasalar, AGİT üyesi 18 devlette tüzük kitaplarında yer almaktadır.

Hakaret suçuna ilişkin bazı devletler, örneğin altı yıla kadar hapis gibi ağır yaptırımlar uygulamaktadır. Yabancı devlet başkanlarına koruma sağlayan çoğu devlet, bu korumayı büyükelçiler gibi diğer yabancı yetkililer için de genişletmektedir. Yedi AGİT üyesi devlet, yabancı devletlere hakareti suç sayarken, yaklaşık üçte birinin yabancı devletlerin veya uluslararası kuruluşların sembollerine yönelik suçlarla ilgili yasalar bulunmaktadır.

Az sayıdaki AGİT üyesi devleti, ölen kişiye veya “ölenlerin hatırasına” hakaretle ilgili ayrı ceza hükümleri bulundurmaktadır. Bu hükümler çoğu kez yaşayan kişilerin zarar görmesini gerektirmez ve suçlamalarda bulunmak için uzun süreler sağlar. AGİT üyesi devletlerin yaklaşık üçte birinde küfür ve dini hakaret yasaları bulunmaktadır. Ancak, bu hükümler doğası gereği farklıdır ve bazı durumlarda küfür ve/veya dini hakareti nefret söylemi yasasının öğeleriyle birleştirmektedir.

AGİT bölgesindeki son yasal gelişmeyle ilgili tablo karışıktır. Bir yandan, 2009’dan bu yana neredeyse bir düzine devlette cezai karalama ve hakaret yasaları yürürlükten kaldırılmış, küfür gibi diğer alanlarda kademeli ilerleme kaydedilmiştir.

Öte yandan, Rusya Federasyonu gibi bazı devletler son zamanlarda cezai Yeni kurulan hükümetlerin sosyal medya platformları ve farklı internet mecraları üzerinden “nefret söylemi” ve siber zorbalığa karşı koyma çabaları, cezai hakaret yasalarının unsurlarını güçlendirmeye yönelik teklifleri içermektedir. AGİT üyesi ülkelerin yüksek mahkemeler, cezai hakaret ve ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda karışık sinyaller göndermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise, standartlarına uygun yasal reformları teşvik etmede sınırlı bir etkiye sahip olmaktadır.

<https://www.dw.com/tr/B%C3%B6hmermann%C4%B1n-Erdo%C4%9fana-Kar%C5%9f%C4%B1-Hukuk-M%C3%Bccadelesi-S%C3%Bcr%C3%Bcyor/A-47185302>.

IV. Sosyal Medya Üzerinden Yapılan Hakarete İlişkin Hususlar

4.1. Sosyal Medya Üzerinden Yapılan Hakaret Suçunun Unsurları

Sosyal medya üzerinden yapılan hakaret suçu 765 sayılı mülga TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da açık bir şekilde belirtilmemektedir. Ancak, Kanunun 125. maddesinin 2. fıkrasındaki *"Fiilin, mağdur muhatap alan sesli, yazılı veya görüntülü bir iletiyle işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkra da belirtilen cezaya hükmolunur."* hükmü hakaret suçunun huzurda işlenmiş olarak sayılacağını kayıt altına almıştır. Bu nedenle, anılan hükmün internet ve sosyal medyayı da kapsadığı ifade edilebilmektedir. 5187 sayılı Basın Kanunu'nda sosyal medya hakkında herhangi bir açık ifade bulunmamakla birlikte, internetin de basılı yayınlar, radyo ve televizyon gibi iletişim araçlarıyla beraber süreli yayın kapsamında ele alınması gerektiği kaydedilmektedir. Sosyal medya aktörleri 5651 sayılı Kanun ve özel mevzuat kapsamında "içerik sağlayıcı", "yer sağlayıcı" veya "sosyal ağ (ortam) sağlayıcı" olarak, 6698 sayılı Kanun kapsamında "veri işleyen", "veri sahibi", "veri sorumlusu" olarak da tanımlamak mümkündür. Bu itibarla, Basın Kanunu'nda süreli yayınlar için ele alınan hususların internet ve sosyal medya için de yorumlanmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

İnternet toplumun temel ihtiyaçlarından biri haline geldikten sonra insanlar bilgi ihtiyaçlarını karşılamak için aktif olarak internet haberciliğini kullanmaya başladılar. Bu alan, haber toplamadan haber yazmaya, içeriklerin yayınlanmasından hedef kitleye kadar pek çok farklı şeyi içermektedir. Aynı zamanda insanlar bilgiye her geçen gün daha hızlı ulaşmak istediği için bu alanda daha fazla tercih ve internet haberciliği, sorumlu ve donanımlı tüm yönleriyle gerekli hale gelmektedir. 5651 sayılı kanunun internet haberciliğine ve bu alanda çalışanlar için bir düzenlemeye sahip olmadığı görülmektedir⁷¹.

⁷¹ Baran, Sinan, "Türk Basın Kanunlarının Genel Görünümü ve 5651 Sayılı Kanun'un İnternet Gazeteciliğine Etkileri Üzerine Bir Tartışma." *Erciyes İletişim Dergisi* 5.4: 387-404.

İtibar veya özel hayatın gizliliği gibi kişilik haklarının sınır ötesi ihlallerinde, Türk hukukunda Türk hukukuna göre uluslararası yargı yetkisinin belirlenmesinde kullanılan zarar "ve" mağdurun ikametgâhı "yargı yetkisi kuralı, medya ve internet yoluyla, AB hukuku ile karşılaştırıldığında farklılıklar ortaya çıkmaktadır. Türk mahkemelerinin uluslararası yargı yetkisinin belirlenmesinde; Sanat tarafından belirlenen "mağdurun ikametgahına" dayalı yargı yetkisi kuralı. 6100 Sayılı Türk Usul Kanununun 16. Maddesi ve Md. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 25'i, tarafların çatışan menfaatleri arasında adil dengenin kurulması ve ihtilaf ile mahkeme arasında yakın bağ kurulması şartlarını karşılamamaktadır; "Zararın yeri" tespitinde mağdurun hukuki itibara sahip olduğu yere dayalı olan ve davalı yayıncının yetkili mahkemeyi tahmin etmesini sağlayan bir kriter ve buna bağlı olarak sınır ötesi ihlallere ilişkin özel bir yargı yetkisi kuralı kullanılmalıdır. Türkiye'de mağdurun (davacının) Türkiye'deki mutad meskeninin "zarar yeri" mahkemeleri olarak yetkili olması gereken mahkemeler; medyada ise "Türkiye'deki yayın faaliyetlerinin merkezi olduğu mahkemeler" ve internette "içerik sağlayıcının Türkiye'de zararlı içeriği internete yüklediği mahkemeler" "dava yeri" mahkemeleri olarak yetkili olmalıdır⁷².

Bu değerlendirmenin aksindeki bir yorumun suçla mücadeleyi zayıflatacağı açıktır.⁷³ Bu itibarla, internet veya sosyal medya üzerinden işlenen suçlara özel bir düzenleme bulunmadığından Türk Ceza Kanunu'nda yer alan hakaret suçunun genel unsurlarının bu çerçevede uygulanabileceğinin altı çizilmektedir.

Teknolojinin gelişmesiyle beraber her gün daha fazla hayatımıza giren internetin, bu gelişimine paralel bir biçimde hukuki düzenlemelere de konu olması kaçınılmaz bir zorunluluk haline gelmiştir. Zira hem yaşamımızın her alanına girmiş bulunması hem de sürekli olarak değişen

⁷² Dursun, By Sanem Aksoy, And Arzu Genç Arıdemir. "Medya ve İnternet Yoluyla Sınıraşan Kişilik Hakkı İhlallerinde Ab ve Türk Hukuklarındaki Milletlerarası Yetki Kurallarının Karşılaştırmalı Değerlendirmesi Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Elif Uluşu Karataş Öz."

⁷³ Özen, A.G.M., S. 104-105.

ve gelişen bir alan olması, hukukun da aynı şekilde bu gelişmeleri takip etmesini gerekli kılmaktadır. İnternetle ilgili yapılan hukuki düzenlemeleri son olarak Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilen ve sonra Resmî Gazete' de yayımlanarak yürürlüğe giren yasa takip etmiştir. Yasa, internet ortamında yapılan yayınlara Radyo ve Televizyon Üst Kurulu denetimi getirmekte ve Kurula erişimin engellenmesini talep etme yetkisi vermektedir.⁷⁴

Diğer taraftan, sosyal medya yoluyla hakaret suçunda aleniyet unsuru önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Fiillerden aleniyet unsuru barındırmayanlar Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinin birinci fıkrası uyarınca basit hakaret suçunu teşkil etmekle birlikte, aleniyet unsurundan bahsedilen vakalarda ise dördüncü fıkrada düzenlenen "*Hakaretin alenen işlenmesi halinde ceza altında biri oranında artırılır.*" hükmünce ceza artırımını yapılabilir. ⁷⁵ Ayrıca, Yargıtay 12. Ceza Dairesi bir kararında⁷⁶ sosyal medya aracılığıyla hakaret suçunda aleniyet unsurunun varlığı için olay yerinde üçüncü şahısların mevcudiyetinin bir koşul olmadığını belirtmiştir. Kararda devamla, hakaretin tespit edilemeyen sıfat ve sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme ihtimalinin bulunması, herhangi bir kısıtlama olmadan kamuya açık mecralarda işlenmesinin de aleniyeti teşkil ettiği vurgulanmaktadır.⁷⁷

⁷⁴ Dülger, Murat Volkan, "Rtük Denetimi İnternete Yeni Bir Yasak Mı Getiriyor? RTÜK'e Eklenen 29/A Maddesinin 5651 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi (Is RTÜK Control Bringing a New Ban on the Internet? Evaluation of Article 29/A Attached to the RTÜK within the Scope of Law No. 5651)." *RTÜK'e Eklenen 29* (2021).

⁷⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013/2454 Esas, 2013/25865 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

Hakaret Suçunu Oluşturduğu Kabul Edilen Eylemin Belirli Olmayan ve Birden Fazla Kişi Tarafından Algılanabilme İmkânı Bulunan Facebook Adlı Sosyal Paylaşım Sitesinde İşlendiğinin Kabul Edilmesi Karşısında, Sanığa Tayin Olunan Temel Cezada, TCK 125/4 Maddesi Gereğince Artırım Yapılması Gerektiği Gözetilmeden Eksik Cezaya Hükmedilmesi Bozmayı Gerektirmiştir.

⁷⁶ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 07.02.2018 Tarih Ve 2017/4286 Esas Ve 2018/1180 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

⁷⁷ <https://www.uskudar.av.tr/Sosyal-Medya-Yoluyla-Hakaret-Sucu/#Sosyal-Medya-Yoluyla-Hakaret-Sucu>

Hakaret suçunun basın ve yayın yoluyla işlenmesi durumlarında da aleniyet unsuru gerçekleşir. Bu itibarla, 5377 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda suçun basın ve yayın yoluyla işlenmesine ilişkin nitelikli halin madde metninden çıkarılmasına karşın, bu durumlarda eylem aleni olarak işlendiğinden 125/4. fıkra hükmünün uygulanması gerekecektir.⁷⁸

Örneğin, Facebook, Twitter ve Instagram gibi Türkiye'de yoğun bir biçimde kullanılan sosyal medya araçlarında, bir iletiye hakaret içeren bir yorum yapıldığında aleniyet unsuru hayata geçmiş olmakta, kamuya açık profillerdeki hakaret içeren paylaşımlarda aleniyet unsuru bulunacağından cezada artırım gerekçesi oluşmuş olmaktadır.

Ancak, anılan sosyal medya platformlarının özel mesajlaşma imkânından faydalana iki kişinin yazıştığı bir mecrada meydana gelen hakaretlerde aleniyet unsuru gerçekleşmemektedir. Ancak, bilgisayar ilan panolarından veya forumlardan hakaret suçunun işlenmesi durumunda alenilik şartları sağlanmış olmakta, zira bahsi geçen sitelerdeki yorumlar herkes tarafından okunabilmektedir.⁷⁹ Facebook, Twitter, Instagram, Youtube, vimeo vb. “sosyal ve video paylaşım siteleri” çerçevesinde işlenen hakaret suçunu oluşturduğu kabul edilen eylemlerin belirli olmayan ve birden fazla kişi tarafından algılanabilme imkânı bulunduğu için aleniyetin oluştuğu kabul edilmelidir. Ancak bu tip sosyal paylaşım sitelerinde var olan herkesin giremeyeceği, üyeliğin şartlara ve yönetici onayına bağlı olduğu sanal ortamlara aynen gerçek ortamlardaki gibi aleniyetin gerçekleşmeyeceği düşüncesindeyiz.⁸⁰

Yeni iletişim teknolojileri, insanlara katılımın ve tartışmanın temel olduğu ve düşüncelerini, fikirlerini ve yaratımlarını paylaşabilecekleri bir ortam sağlar. Sosyal medya olarak adlandırılan sanal ortam, kullanıcı temelli bir

⁷⁸ Ali Parlar ve Meltem Banko, **Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, S. 27

⁷⁹ Gökhan Taneri, **Hakaret Tekzip Tazminat**, Bilge Yayınevi, Ankara 2. Baskı, 2013, S. 222.

⁸⁰ Serhat Sinan Kocaoğlu, **Hakaret Suçu**, Birinci Baskı, Seçkin Hukuk Ankara 2019, S. 276.

ortamdır ve kalabalıkları ve insanları bir araya getirmesi ve aralarındaki etkileşimi arttırması açısından önemli görünmektedir. Sosyal medya, yalnızca teknolojiler ve fiziksel ve sosyal ağlar üzerinde telekomünikasyonun olduğu bir yer değil, aynı zamanda çeşitli suçların ve ihlallerin meydana geldiği bir yerdir. Kişilik hakları, bu ortamda en sık ihlal edilen haklardır⁸¹.

Le Bon'un belirttiği gibi, "İnsanların bilinçli eylemlerini bilinçsiz hareketlerle değiştirmek çağımızın temel zayıflığıdır". Bu bilinçsiz eylemler, insanları terör örgütlerinin sempatzanı haline getirerek radikal görüşlerin artmasına neden oldu. Bugün terör örgütleri hedeflerine ulaşmak için planlı ve sistematik propaganda yapmaktadırlar. Denetim mekanizmaları yetersiz ve kontrol zor olduğundan, her gün aktif büyüme gösteren sosyal ağlar sayesinde kuruluşlar etkili propaganda imkânı bulmaktadır⁸².

Sosyal medya kanıtları, soruşturmalar ve ceza davaları için kritik öneme sahiptir Yeni bir sınırı olduğu tartışılmaz bir gerçektir. Bunların hepsi sosyal ağlar hızlı genişlemesi her gün yeni veri depoları yaratır. Sosyal medya şirketleri yeni iletişim yöntemleri, mahkemeler, devlet kurumları, uygulamaları ve sosyal medya şirketleri bu bilgilere sahiptir Anayasal korumadan kaynaklanan yükümlülüklerin yanı sıra, onu nasıl koruyacaklarını da söyleyebiliriz. Araştırmalarda ve sosyal medyada derin, geniş ve tek taraflı araçlara sahiptir. Araştırma ve denemelerinde kanıtların toplanmasına artan bir önem vermektedir.

Suçun mevcudiyetinden ve niteliğinden ziyade suçun hukuk nezdinde daha ağır veya daha hafif bir suç kabul edilmek suretiyle, cezanın artıp azalması neticesini meydana getiren sebepler suçun nitelikli hallerini oluşturmaktadır. Bu bağlamda, hakaret suçunun nitelikli halleri kamu

⁸¹ ÇAKIR, Cihangir. "SOSYAL MEDYADA KİŞİLİK HAKLARI İHLALLERİ VE KORUNMA YOLLARI VIOLATIONS OF PERSONALITY RIGHTS IN SOCIAL MEDIA AND WAYS OF PROTECTION."

⁸² Taşdemir, Erdem. "SOSYAL MEDYADA TERÖR PROPAGANDASI: DEĞERLERİN KORUNMASI VE GÜVENLİK." *Gümüşhane Üniversitesi İletişim Fakültesi Elektronik Dergisi* 5.2 (2017): 726-752.

görevlisine yönelik görevi nedeniyle yöneltilen hakaret, bireyin dini, siyasi, sosyal, felsefi inanç, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya veya değiştirmeye zorlayan kişiye hakaret, kişinin kutsal değerlerine atıfla yapılan hakaret ile alenen yapılan hakaret suçunun nitelikli hallerini meydana getirmektedir.⁸³

Öte yandan, hakaret suçunda mağdurun unvanına suçun niteliği değişebilmektedir. Hakaret suçun mağdurunun Cumhurbaşkanı olması halinde Türk Ceza Kanunu'nun 299. maddesi uyarınca bir yıldan dört yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır. Anılan suçun mağdurun kamu görevlisi ise, Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi üçüncü fıkrası gereğince cezanın alt sınırı bir yıldan az olamamakta ve ceza artırımına gidilmektedir.⁸⁴

Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesinde “*Mağdurun gıyabında hakaretin cezalandırılabilmesi için fiilin en az üç kişiyle ihtilat ederek işlenmesi gerekir.*” hükmüyle kişinin gıyabında hakaretin hayata geçebilmesi için aranan şartlar kaydedilmiştir. Gıyapta hakaret suçunun teşekkülü bakımından karşılaşıp görüşülen, bir diğer ifadeyle, ihtilat edilen en az üç kişinin mağdurun gıyabında ifade edilen hakareti işitmesi, idrak etmesi ve öğrenmesi elzemdir. En az üç kişinin söz konusu hakareti öğrenmesiyle gıyapta hakaret suçu oluşmaktadır. Bu çerçevede, hakaretin farklı zamanlarda ya da mekanlarda ihtilat edilmesi mümkündür. En az üç kişinin aynı anda aynı yerde bulunması şart değildir. Bu durumdaki yegâne koşul ihtilat edilen hakaretin aynı ya da aynı türden olması gerekmektedir.⁸⁵

Fiilin diğer kişiler tarafından algılanabilme olanağına bağlı olan aleniyette, yer tespitinin tek başına bir önemi bulunmamaktadır. Özellikle sosyal medyada hakaret bağlamında aleniyette failin yerinin önemi kalmadı denilebilmektedir. Bu bağlamda, aleniyetin belirlenmesindeki en önemli hususun hareketin sayısı ve kimliği belirsiz şahıslar tarafından

⁸³ Halil Yıllar, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu”, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yüksek Lisans Tezi, 2008, S. 44.

⁸⁴ Özen, A.G.E., S.478.

⁸⁵ Özbek, A.G.E., S. 490.

algılanabilme olanağının olması olduğu değerlendirilmektedir. İhtilat ve aleniyet arasındaki esas fark tam da burada ortaya çıkmaktadır. Aleniyet için fiilin algılanabilmesi kâfi görülmekteyken, ihtilatta ise hareketin algılanabilme olanağı yeterli olmamakta, fiilin kesinlikle algılanmış olması gerekmektedir. Diğer bir farklılık da aleniyette hareketin sayısı ve kimliği belirsiz şahıslar tarafından algılanabilme olanağı yeterli görülürken, ihtilatta ise kimliği belirli asgari üç kişiyle icra edilmelidir. Örneğin, bir failin bir duvara yazdığı bir sloganı sadece iki kişinin görmesi durumunda aleniyet bulunmaktadır. Ancak, bu durumda ihtilat unsurunun gerçekleştiği söylenemeyecektir.⁸⁶

4.2. Sosyal Medya Üzerinden Gerçekleştirilen Hakaret Suçuna İlişkin Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi

Sosyal medya üzerinden icra edilen hakaret suçuna ilişkin deliller, ekran görüntüsü, URL adresi, IP adresi, trafik bilgilerinin (log kayıtlarının) tutulması ve saklanması olarak karşımıza çıkmaktadır. Elektronik deliller kolay zarar görebilen, değiştirilebilen ve yok edilebilen deliller olmaları nedeniyle yargılama sürecinde anılan delillerin doğruluğu yargılamannın objektif ve tarafsız olması bakımından oldukça önemlidir. Delillerin bilgisayar veya ekran çıktısı olarak hazır edilmesi halinde delil özelliği taşıyan şeyin çıktı değil, dijital ortamdaki verinin kendisi olması gerekmektedir. Delilin güvenilirliği oldukça önemli olup, güvenilirlik delilin muteber olup olmadığına, tarihe uygun olmasına ve nesnel olmasına bağlıdır.⁸⁷

Örneğin, Twitter üzerinden işlenen hakaret içerikli mesajların şikâyet dilekçesine siyah beyaz ekran çıktısı olarak eklenmesine ilişkin Yargıtay kararında; *“mesajların paylaşılıp paylaşılmadığının tespit edilmesi, mesajların varlığının tespit edilmesi halinde suça konu paylaşımın yapıldığı Twitter hesabının kime ait olduğunun tespiti için, sosyal paylaşım sitesinin yer sağlayıcısı olan şirketten, tespit edilen mesajın ne*

⁸⁶ Türay ve Erdoğan, A.G.M., S. 1349-1350.

⁸⁷ İlker Koç, Hüseyin Çakır, “Denetim Süreçlerinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Korunması”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, C.12, S:2, 2015, S. 1096.

zaman ve hangi IP numarasından geldiğinin öğrenilmesi, daha sonra da tespit edilecek IP numarasının kime ait olduğu araştırılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun belirlenmesi gerekirken”⁸⁸ bunların yapılmadığını ifade ederek, kararı bozma nedeni olarak sayılmıştır. Karar metninden de çıkarılacağı gibi siyah beyaz ekran çıktısıyla iddianame düzenlemesi, kamu davası açılması, mahkeme ekran görüntülerinin çıktısının gerçekliğini araştırmadan karar vermesi Yargıtay tarafından eksik olarak değerlendirilmiştir.

Hakaret suçunun konusu olan sosyal medya gönderisinin delillerinden biri de URL adresidir. “*Uniform Resource Locator*” (Tekdüzen Kaynak Bulucu) olarak nitelenen URL adresi, hakaret içeren paylaşımın adres kısmını oluşturmakta ve bir ispat aracı kullanılmaktadır. Bu çerçevede, dosyadaki URL adresi tıklandığında paylaşım silinmediyse tespiti mümkün olabilecek ve URL adresi delil niteliği taşıyabilecektir.

Hakaret suçunun ispatında kullanılan bir diğer delil de IP adresidir. IP adresi, internete bağlanmak isteyen bilgisayarlarla internet servis sağlayıcıları tarafından atanan kimlik numarasıdır. Örneğin, 155.212.56.73. Ancak nüfusun artması, teknolojinin ilerlemesi ve her türlü elektronik eşyanın internete girmesi için olmazsa olmaz olan IP adreslerin adedinde sıkıntı yaşandığından IPv6 standardı üzerinde çalışılmaktadır.⁸⁹ Anılan adres sosyal medya paylaşımının oluşturulduğu yer, kullanıcının kimlik bilgileri ve adresini ilgili makamlara sağlamaktadır.⁹⁰

Hakaret suçunu teşkil eden paylaşımın yapıldığı hesabın ait olduğu IP adresinin tespiti mahkemelerin hukuka uygun hüküm kararı almalarına imkân vermektedir.⁹¹ Örneğin, bu durumun aksinin yaşandığı bir karara

⁸⁸ Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 17.01.2018 Tarih Ve 2015/42049 Esas Ve 2018/371 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

⁸⁹ Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, 8. Bakı, S. 594-595.

⁹⁰ Halil Polat, Mehmet Arıç, Ömer Demir, **Bilişim Suçları Ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, S.196.

⁹¹ ‘...Öncelikle Microsoft Corporation’dan Da Erişimin Engellediği İddia Olunan Tarih/Tarihler ve Takip Eden Günlerde Şikayetin E-Posta Adresine Giriş Yapıp Yapmadığı Erişim Sağlanmışsa İp Bilgileri Bu Tahlili İtibariyle E-Mail Adresine Ait

ilişkin Yargıtay, sanığın Twitter adresinin kendisinin olmadığını ifade etmesi üzerine, “*mesajın ne zaman ve hangi IP numarasından geldiğinin öğrenilmesi, daha sonra da tespit edilecek IP numarasının kime ait olduğu araştırılarak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun belirlenmesi*”⁹² gerektiği kararını vermiştir. Kararda devamla, IP adresinin delil vasfı taşıdığı, IP adresiyle paylaşımın kime ait olduğu hususunun belirlenebileceği, anılan belirleme gerçekleştirilmeden verilen kararın kanuna aykırı olduğu ve kararın bozulması kararının alındığı kaydedilmiştir.

Sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçunun konusu olan sosyal medya gönderisinin delillerinden diğeri de trafik verileri olarak adlandırılan Log kayıtlarının tutulması gerekmektedir. Log kayıtları, internetteki her hareketi kaydeden izler ya da günlük kayıtları olarak nitelenebilmektedir.⁹³ İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik erişim kayıtlarını 3. maddesinin e fıkrasında, “*Kendi iç ağlarında dağıtılan IP adres bilgilerini, kullanıma başlama ve bitiş zamanını ve bu IP adreslerini kullanan bilgisayarların tekil ağ cihaz numarasını (MAC adresi) gösteren bilgileri, hedef IP adresi, bir veya birden fazla IP adresinin portlar aracılığı ile kullanıcılara paylaştırılması yöntemi ile sunulan internet erişim hizmetinde kullanıcıya tahsis edilen gerçek IP ve port bilgileri*”⁹⁴ olarak ele almaktadır. Telekomünikasyon Kurumu Tarafından, Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik ise 3. maddesinin (f) fıkrasında, erişim sağlayıcısı trafik bilgisi kavramını “*İnternet ortamına erişime ilişkin olarak abonenin adı, adı ve soyadı, adresi, telefon numarası, abone başlangıç tarihi, abone iptal tarihi,*

Şifrenin Değiştirip Değiştirilmediği Değiştirilmiş İse Ne Zaman ve Hangi İp Numarasını Yapıldığının Araştırılması...’ (Yargıtay 8. Cd, 2018/7703 E, 2019/5952 K, 02.05.2019 T.)

⁹² Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10.04.2018 Tarih Ve 2016/13808 Esas Ve 2018/5325 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

⁹³ Mehmet Serkan Kılıç, “Siber Suçlarla Mücadelede Log Yönetiminin Önemi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 89, S: 1, 2015, S.105.

⁹⁴ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170411-3.htm>

sisteme bağlantı tarih ve saat bilgisi, sistemden çıkış tarih ve saat bilgisi, ilgili bağlantı için verilen IP adresi ve bağlantı noktaları gibi bilgileri” şeklinde nitelemiştir.

Bir dijital hizmet sağlayıcısı veya Türkiye'deki yetkili temsilcisi çerçevesinde bu Kanunun uygulanması sırasında vergi ve ödeme yükümlülükleri beyannamesi verilmesi çerçevesinde vergi usul mevzuatı hakkında 213, yetkili vergi dairesinden alınan dijital hizmet vergisi yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu Yükümlülükleri yerine getirmek için İnternet sayfasındaki iletişim araçları, Alan Adı Bir IP adresinden ve benzeri kaynaklardan elde edilen bilgiler kullanılarak, bildirim yöntemleri, e-posta veya Kanunda belirtilen diğer iletişim araçlarıyla uyarı yapılabilir. 213 sayılı olup, bu durum vergi idaresinin internet sitesinde ilan edilmektedir.

Buna göre tarafların IP adresleri, port bilgileri, verilen hizmetin başlangıç ve bitiş saatleri, kullanılan hizmetin türü, aktarılan veri miktarı ve varsa abonenin kimlik bilgileri trafik bilgisi olarak alınır. 5651 Sayılı Kanun'un 5. Maddesine göre, barındırma sağlayıcısı içeriği kontrol etmek veya yasadışı faaliyetleri araştırmak zorunda değildir, ancak verilen hizmetlere ilişkin trafik bilgilerini en az 1) yıl ve en fazla 2 (iki yıl). Bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamaktan sorumludur. Aynı yasanın 2 / m paragrafına göre, barındırma sağlayıcıları, İnternet ortamında hizmet ve içerik barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler olarak tanımlanır. Diğer bir deyişle, herhangi bir internet ortamında hukuki ilişki kurulduğunda, bu hizmeti sağlayan barındırma sağlayıcılarının trafik bilgilerini depolaması gerekmektedir. Böylelikle kanun koyucu, taraflardan bağımsız üçüncü bir şahıs tarafından tutulan trafik bilgi kayıtları vasıtasıyla hukuki güvenliği sağlamaya çalışmıştır.

Sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen hakaret suçuna ilişkin delillerin toplanması hususunda, bilgisayarların ve benzer cihazların arama, kopyalama ve el koyma uygulamaları Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 134. maddesi uyarınca yapılmaktadır: *“Bir suç dolayısıyla*

yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözümlenerek metin hâline getirilmesine karar verilir. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümünü yapılan metinler derhâl imha edilir.”

Hakaret suçunun sosyal medya üzerinden işlenmesi durumunda IP adresi, IP log kayıtları, IP numarasının bağlı olduğu internet bağlantısının kablolu veya kablosuz, şifreli veya şifresiz olma hali, IP numarasının kopyalanmasının mümkün olup olmadığı gibi birçok parametre arama ve el koyma aracılığıyla bilirkişilerin görüşlerine sunulabilecektir.⁹⁵ Bu bağlamda, Yargıtay bir kararında farklı biçimde delil elde edilemediği durumlarda modem, bilgisayar, tablet ve cep telefonu gibi kişisel cihazlar üzerinde araştırma yapılabilmesini teminen arama ve el koyma işlemi yapılması gerektiğini, söz konusu işlemler yapılmadan alınacak kararların hukuka aykırı olacağını kaydetmiştir.⁹⁶

ABD'deki Griffin davasında, Myspace isimli sosyal arkadaşlık ve iletişim sitesinde kişinin kendi hesabından paylaştığı tehdit başka delillerle birlikte ele alınarak mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Mahkeme, sosyal medya hesaplarında paylaşılanları başka bir kişi tarafından oluşturulabileceği veya hesabın başkalarınca ele geçirilebileceği

⁹⁵ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 18.04.2018 Tarih Ve 2017 / 3587 Esas Ve 2018 / 4608 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

⁹⁶ Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.02.2015 Tarih Ve 2014 / 30486 Esas Ve 2015 / 12608 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

olasılıkları üzerine paylaşımların tek başına delil niteliği taşımadığına kanaat getirmiştir.⁹⁷

Facebook ve Twitter gibi sosyal medya uygulamalarının bağlı olduğu şirketlerin idari birimleri yurt dışında olduğundan Türkiye’de resmi bir temsilcilikleri bulunmamaktadır. Anılan sosyal medya platformları üzerinden bir suç işlendiğinde, suçlulara ulaşılması hususunda ciddi problemler yaşanmaktadır. Türk adli makamları suçu işleyenin hesabına giriş yapan IP adreslerini edinmemektedir. Bu platformlara ulaşılması için de yurt dışındaki şirket merkezleriyle irtibata geçilmesi gerekmektedir.⁹⁸ Ancak, başta hakaret suçu olmak üzere anılan sosyal platformlar üzerinden icra edilen suçlarda, suçluların saptanması için şirketlerin idari ofisleriyle iletişime geçildiğinde anılan şirketler kendi etik kurallarının ihlal edilmediğini gerekçe göstererek kullanıcı hakkında bilgi vermemektedir.

Diğer taraftan, bir suçun yurt dışında işlenmesi, sanık, müşteki veya tanığın yurt dışında olması ceza yargılamalarında ciddi sorunlar yaratabilmektedir. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk Ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü’nün bir yazısında ABD ceza mevzuatında hakaret ya da sövme suçları hakkında bir düzenlemenin yer olmadığı, ABD makamlarına gönderilen istinabe taleplerinin; *“bu tür eylemlerin ABD anayasası tarafından korunan ifade özgürlüğü kapsamında olduğu, ceza davasına değil ancak belli şartlarda tazminata konu olabileceği”* ifadesiyle ABD ile yapılan ikili antlaşmanın 22. maddesi gereğince reddedildiği bildirilmekte, bu durumun istinasının da olmadığı gerekçesiyle talimatların reddedildiği ve istinabenin yerine getirilmesinin mümkün olmadığı kaydedilmektedir.⁹⁹

⁹⁷ Servet Yetim, **Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama Ve Değerlendirme**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, S. 517.

⁹⁸ Özocak, **A.G.M.**, S. 14.

⁹⁹ Taneri, **A.G.E.**, S. 221.

4.3. Sosyal Medyada Yapılan Hakaret ve Eleştiri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde eleştiri hakkı, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Eleştiri kelimesi “*bir insanı, bir eseri, bir konuyu doğru ve yanlış yanlarını bulup göstermek amacıyla inceleme işi, tenkit*” olarak ifade edilirken, ifade özgürlüğü ise “*düşüncenin dış baskı ve yasaklarla sınırlandırılmaması, fikir hürriyeti*” olarak ifade edilmektedir.¹⁰⁰ İfade özgürlüğü, bireylerin duygu, düşünce ve fikirlerini¹⁰¹ özgürce barışçı yol ve yöntemlerle ifade edilmesi şeklinde belirtilebilmektedir. Öte yandan, kişilerin edindikleri bilgi ve enformasyonu kendi analizleriyle birlikte, kendi kanaatlerini özgürce dış dünyaya yansıtabilmesi olarak da yorumlanabilmektedir.¹⁰²

Bireylerin herhangi bir konuda fikir sahibi olabilmesi için bir konuya ilişkin haber ve bilgi kaynaklarına sansürsüz ve kısıtlama olmaksızın ulaşabilmesi gerekmektedir. Bu düşünce tesis etme sürecinin akabinde fikirlerini sosyal medya aracılığıyla dış dünyaya nakletme gereksinimi duyan bireyler, bu aşamada fikir ve yorumlarını dış dünyaya duyurmaları hakaret suçu bağlamında ele alınamayacaktır.¹⁰³

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesinin birinci fıkrası, “*Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir.*”¹⁰⁴ ifadesiyle bireylerin herhangi

¹⁰⁰ Tdk, <https://sozluk.gov.tr/>

¹⁰¹ Sanığın Katılana Hitaben Sarf Ettiği “Hanzo” İfadesi Kaba Hitap Niteliğinde Olup, Hakaret Suçunun Unsurları Oluşmamıştır. (Yargıtay 18. Ceza Dairesi, 2016/13348 E.-2018/14285 K)

¹⁰² Sultan Çamak, “Anayasa Mahkemesi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.4, S:6, 2016, S.1070.

¹⁰³ Kasım Karagöz, “İfade Özgürlüğü Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu”. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara, 2004, S. 63.

¹⁰⁴ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_Tur.Pdf

bir platformda kendilerini özgürce ifade edebilmelerinin önünü açmaktadır. Devletlerin ifade özgürlüğünü sınırlama çabalarının buna engel olmaması gerektiği de ayrıca vurgulanmaktadır.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceği durumlar belirtilmekle, *“Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir.”* hükmünde geçen gerekçelerle ifade özgürlüğünün sınırlanabileceği, müeyyidelerinin olabileceği belirtilmektedir. Ancak, hakaret suçunun konusu değerlendirildiğinde anılan maddede geçen *“başkalarının şöhret ve haklarının korunması”* ifadesi yol gösterici olacaktır.

Bu çerçevede, hakaret suçuna ilişkin açılan soruşturmalarda suçlamanın ekseninin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında ele alınması ve ifade özgürlüğünün¹⁰⁵ suç olarak tanımlanamayacağı yaklaşımıyla yorumlanması oldukça önem taşımaktadır. İfade özgürlüğünün¹⁰⁶ mağdurun itibarına ve haklarına yönelik bir müdahale özelliği taşıyıp taşımadığı dikkate alınmak suretiyle işlem yapılmasının elzem olduğu değerlendirilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesi de *“Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema*

¹⁰⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2018/462'e., 2020/143k., 27.02.2020 Tarihli Kararı Zabıt Kâtibine Hitaben Söylenen " İşini Yapmıyor, Karakteriz Herif" Şeklindeki Sözleri Hakaret Suçunu Oluşturmaz.

¹⁰⁶ “Siz Kimsiniz Ki Bize Ceza Yazıyorsunuz, Bize Ceza Yazamazsınız Lan” Şeklindeki Sözler, Katılanın Onur, Şeref ve Saygınlığını Rencide Edici Boyutta Olmayıp Rahatsız Edici, Kaba ve Nezaket Dışı Davranış Niteliğindedir. Hakaret Suçunu Oluşturmaz. (Yargıtay 18. Cd, 2020/3995 K.)

veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, ..., suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, ..., başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.” Hükmüyle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne benzer bir yaklaşımla ifade özgürlüğüne eğilmektedir.¹⁰⁷

Diğer yandan, Anayasa Mahkemesi’ne göre; “İnternet modern demokrasilerde başta ifade özgürlüğü olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kullanılması bakımından önemli bir araçsal değere sahip bulunmaktadır. İnternetin sağladığı sosyal medya zemini kişilerin bilgi ve düşüncelerini açıklama, karşılıklı paylaşma ve yaymaları için vazgeçilmez niteliktedir.” Anayasa Mahkemesi, 2 Nisan 2014 tarihli ve 2014/3986 sayılı kararında Twitter’ın kapatılması hususunda “erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğünün ihlali” manasına geldiğine oybirliğiyle karar vermiştir.¹⁰⁸

Hakaret ve eleştiri konusuna Yargıtay kararları¹⁰⁹ perspektifinden bakmak gerekirse, “Her türlü ağır eleştiri veya rahatsız edici sözlerin hakaret suçu bağlamında değerlendirilmemesi, sözlerin açıkça, onur, şeref ve saygınlığı rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnadını içermesi”¹¹⁰ gerektiği belirtilerek hakaretin konusunu oluşturan eylemin mahkeme tarafından tartışılmak suretiyle açık ve net bir biçimde hakaret içermediği

¹⁰⁷ Samiğin, Katılana Söylediği Kabul Edilen "Lan" Şeklindeki Sözü'nün, Muhatabın Onur, Şeref ve Saygınlığını Rencide Edici Boyutta Olmayıp, Rahatsız Edici, Kaba ve Nezaket Dışı Hitap Tarzı Niteliğinde Olması Sebebiyle Hakaret Suçunun Unsurları Oluşmaz. (Yargıtay 18. Cd, 2019/3959 K.)

¹⁰⁸ Anayasa Mahkemesinin 02.04.2014 Tarih Ve 2014/3986 Başvuru Numarası İle Verdiği Kararı.

¹⁰⁹ Allah Belanı Versin" Şeklindeki Beddua Niteliğinde Olan Sözler, Müşteki Ve Katılanların Onur, Şeref Ve Saygınlığını Rencide Edici Boyutta Olmadığından Hakaret Suçu Oluşmaz. (Yargıtay 18. Cd, 2019/7321 E., 2020/4136 K.)

¹¹⁰ Yargıtay 18. Ceza Dairesininin 17.09.2019 Tarih Ve 2018 / 1504 Esas Ve 2019 / 12473 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

hallerde ifade özgürlüğü çerçevesinde ceza verilmemesi gerektiği vurgulanmıştır.

Diğer yandan, son dönemde özellikle üst düzey kamu görevlilerine yönelik haber ve yorumlarda hakaret suçu bağlamında cezalar verilebilmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi yerel bir gazetecinin kaymakama yönelik ifadeleri¹¹¹ hususundaki kararında “Anayasa'nın 26. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile Anayasa'nın 28. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan basın özgürlüğünün ihlal edildiğine”¹¹² karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi ilgili kararında, ifade ve basın özgürlüklerini muhafaza eden Anayasa'nın 26. ve 28. maddelerini dikkate almış, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) basın özgürlüğü konusundaki kararlarına atıfta bulunmuştur.

Sosyal medya aracılığıyla hakaret ve ifade özgürlüğü denklemini hususundaki en dikkat çekici unsur tartışmanın konusu siyasetçilere yöneltilen ağır eleştirilerdir. Siyasetçilerin¹¹³ sıradan bireylere nazaran eleştiriye daha açık olmaları gerektiği Türkiye ve dünya kamuoylarında sıklıkla tartışılmaktadır. Özellikle sosyal medya paylaşımları nedeniyle gözaltına alınan ve tutuklananların gündemde olduğu günümüzde bu konu oldukça popülerdir. Bu konuya ilişkin 2018 yılında aldığı bir kararda Yargıtay, “Siyasetçilere yönelik eleştirilerin izin verilen sınırlarının özel kişilere nazaran daha geniş olduğu gerek iç hukukumuzda gerekse uluslararası mahkeme kararlarında yerleşmiş bir ilkedir. Bu ilkenin gerekçesi, siyasetçilerin, özel kişilerden farklı olarak, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açık olan, kamuoyuna mal olmuş kişi haline gelmeyi bilerek tercih etmeleridir. Siyasetçiler bu nedenle basın ve gazeteciler tarafından getirilen eleştirilere daha geniş bir hoşgörü

¹¹¹ <https://Kararlarbilgibankasi.Anayasa.Gov.Tr/Bb/2014/18101>

¹¹² Anayasa Mahkemesinin 26.10.2017 Tarih Ve 2014/18101 Başvuru Numarası İle Verdiği Kararı.

¹¹³ Sosyal Medya Hesaplarında Yapılan Paylaşımların Sanığa Ait Olduğu Teknik Verilerle Tespit Edilmedikçe, Cumhurbaşkanına Hakaret Suçundan Yargılanan Sanık Hakkında Beraat Kararı Verilmelidir. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2016/5288 E., 2018/4919 K.

göstermek zorundadırlar."¹¹⁴ hükmüyle siyasiler ile özel kişileri birbirinden ayırmış, hakaret ve eleştiri¹¹⁵ hakkında karar verilirken bu farkın dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Handyside davasında Mahkeme, İngiliz makamları tarafından Müstehcen Yayınlar Yasası uyarınca Little Red School Book adlı bir kitaba getirilen bir yasağın, ahlakın korunmasına ilişkin 10. Maddenin 2. fıkrasında belirtilen istisnaya uygun olduğuna karar vermiştir. Bu kararda- yukarıda bahsedilen daha sonraki Sunday Times kararında olduğu gibi- Mahkeme, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün önemini vurgulamıştır. 10. maddenin 2. fıkrasına tabi olarak, yalnızca olumlu bir şekilde alınan veya zararsız veya kayıtsız kabul edilen "bilgi" veya "fikirler" için değil, aynı zamanda Devleti veya herhangi bir şeyi inciten, sarsan veya rahatsız edenlere de uygulanabilir. Lingens kararında (Temmuz 1986) Mahkeme, basınla ilgili olarak bu ilkelerin kapsamını açıklığa kavuşturmuştur: Basın, diğerlerinin yanı sıra, "başkalarının itibarının korunması" için belirlenen sınırları aşmamalıdır, ancak yine de kamuyu ilgilendiren diğer alanlarda olduğu gibi siyasi konularda da bilgi ve fikir vermekle yükümlüdür. Sadece basının bu tür bilgi ve fikirleri yayma görevi yoktur: halkın da bunları alma hakkı vardır.

Oberschlick (No. 1) davasında, Mahkeme, Mayıs 1991'de 10. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Dava, Avusturyalı bir politikacı tarafından başvurana yapılan iftira davası ve başvuranın mahkumiyetiyle ilgiliydi. Mahkeme, başvuranın ifadelerinin değer yargıları olduğu ve bu nedenle müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı için 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Nisan 1995 tarihli Prager ve Oberschlick kararında Mahkeme, bir gazetecinin ve bir yayıncının eleştirel yorumlar yayınlayarak bir yargıcı karalamaya mahkûm edilmesinin 10. Maddenin ihlali olmadığı sonucuna

¹¹⁴ Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 05.12.2018 Tarih Ve 2016 / 16765 Esas Ve 2018 / 16481 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

¹¹⁵ "... Sen Ne Biçim Doktorsun Sizi Buraya Gönderenlerin Allah Belasını Versin, Ben Bu Hastaneye Yardım Ettim, Haram Zıkkım Olsun" Şeklindeki Sözler, Rahatsız Edici Kaba Söz Niteliğinde Olup Hakaret Suçunu Oluşturmaz. (Yargıtay 4. Cd 2020/3330 K.)

varmıştır. Hukukun üstünlüğünü, basının belirli sınırlar içinde tutması gerekir. Başvuranların yargıcın kişisel ve mesleki bütünlüğüne yönelik çok sert eleştirileri iyi niyetten yoksundu ve gazetecilik etiği kurallarına uygun değildi. Mahkeme, davanın koşulları ve devletlerin sahip olduğu takdir yetkisi dikkate alındığında ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, başkalarının itibarını koruma ve yargı otoritesini sürdürme amacına orantısız olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla müdahale demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilir

Nisan 1992'deki Castells kararında Mahkeme, 10. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Basklı bir militan ve İspanyol Parlamentosu üyesi olan başvuran, Hükümeti şu suçlamalarla suçlayan bir makale yayınlarak Hükümete hakaret etmekten suçlu bulunmuştur. Silahlı grupların Basklara yönelik saldırılarını desteklemek veya tolere etmek. Bu bağlamda Mahkeme, aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur: Hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlette basının üstün rolü unutulmamalıdır ... Basın özgürlüğü, kamuoyuna bir hukuk devleti keşfetmenin ve oluşturmanın en iyi yollarından birini sağlar. Siyasi liderlerinin fikirleri ve tutumları hakkında görüş. Özellikle, politikacılara kamuoyunun meşguliyetleri üzerinde düşünme ve yorum yapma fırsatı verir; böylece herkesin demokratik bir toplum kavramının merkezinde yer alan özgür siyasi tartışmaya katılmasını sağlar.

4.4. Farklı Sosyal Medya Araçlarında Gerçekleştirilen Hakarete İlişkin Hususlar

4.4.1. Facebook, Twitter ve Instagram Gibi Popüler Sosyal Medya Araçlarında İşlenen Hakaret Suçları

Facebook, Twitter ve Instagram gibi sık kullanılan sosyal medya araçlarında işlenen hakaret suçlarına ilişkin yaşanan en önemli problem faillerin tespiti şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bilhassa Twitter gibi bir platformun kullanıcıların takma adlarla hesap açma ve yönetmelerine imkân sağlaması bu sorunların başında gelmektedir. Bu durum takma adlar üzerinden gerçek kişinin bulunması oldukça zorlaştırmaktadır.

Faillerin belirlenmesi bakımından Facebook, Twitter ve Instagram gibi Amerika Birleşik Devletleri merkezli sosyal medya platformlarına ulaşmada problemler yaşanmaktadır. Anılan şirketlere iletilen müzakerelere cevap alınamamakta veya ret cevabı alınmaktadır.

Anılan sosyal medya platformlarının hakaret, taciz ve nefret suçu içeren paylaşımları yapan hesaplara ilişkin cevabı gelmese ya da olumsuz sonuç alınsa bile, savcılıkların kovuşturmayaya yer olmadığı kararı vermemesi gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay kararlarında da bu durum, *“facebook, twitter, instagram isimli sosyal paylaşım siteleri ile ilgili olarak yapılan istinabe taleplerini ABD adli makamlarının cevaplamadığı bu nedenle şüpheliye ulaşılamadığı gerekçesiyle iddiaların soyut nitelikte kaldığından bahisle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de, söz konusu sosyal medya hesabı ile ilgili açık kaynak araştırması yaptırılması, şüphelinin kimlik bilgilerinin tespiti durumunda savunmasının alınması ve sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gözetilmeden itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.”*¹¹⁶ ifadesiyle vurgulanmıştır. Kararda devamlı, *“CMK'nun 172/1. maddesindeki, kovuşturma olanağının bulunmaması hâllerinin somut olayda mevcut olmadığı, dolayısıyla şüpheli veya şüphelilerin tespitine yönelik olarak gerekli tüm soruşturma işlemleri yapıldıktan sonra, (...) şüpheli veya şüpheliler tespit edilemediği takdirde ise dava zamanaşımı süresince soruşturmayaya devam edilmesi gerektiği anlaşılmalı”* ifadesiyle şüpheli ya da şüphelilerin belirlenememesine rağmen zamanaşımı zarfında soruşturmanın sürdürülmesi gerektiğinin altı çizilmiştir.

Diğer yandan, Yargıtay'ın bir kararında kaydedildiği üzere; *“ABD mevzuatına göre (18 U.S.C. § 2703- f) internet ortamında işlenen suçlara ilişkin trafik bilgileri, yer sağlayıcılar veya erişim sağlayıcılar tarafından 90 gün süreyle saklanmaktadır. Bu süre içinde resmi otoritelerce başvurulduğunda anılan saklama süresine 90 gün daha ilave*

¹¹⁶ Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 17.09.2019 Tarih Ve 2019 / 7465 Esas Ve 2019 / 12402 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

edilmektedir."¹¹⁷ Bu çerçevede, soruşturma sürecinde Amerika Birleşik Devletleri merkezli Facebook, Twitter ve Instagram gibi sosyal medya platformlarının belirtilen zaman diliminin göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

4.4.2. Elektronik Posta Aracılığıyla Gönderilen İçeriklerdeki Hakaret Suçları

Elektronik posta aracılığıyla gönderilen içeriklerdeki hakaret suçlarındaki en temel argüman e-posta sahibinin hakaret içeren ve soruşturmaya tabi olan e-postanın kendisi tarafından gönderilmediğinin ileri sürülmesidir. Bu durumda, e-postanın gönderildiği bilgisayarın IP numarasının tespit edilmesi gerekmekte olup, tespit edilen IP numarasının bilgisayarın failin olduğunun da açık ve net olarak belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, IP yabancı bir ülkeye ait olabilmekte, izi takip edilemeyecek bir bilgisayara ait olabilmekte, tüm bunlar da failin tespit edilmesini güçleştirmektedir.¹¹⁸

Yargıtay bir kararında "*saniğin kendisine zayıf not veren öğretim görevlisi, mağdur ile birkaç kişiye gönderdiği e-posta iletilisiyle mağdura sövmekten ibaret eyleminde; Sözü edilen iletiyi internet servis sağlayıcısından gönderen bilgisayarın IP numarasının sorulması, bu yolla bilgisayarın kime ait olduğunun saptanması sonucuna göre; İnternet kafe gibi umuma açık yerlerde bulunan bir bilgisayardan ileti gönderilmiş ise saniğin beraatine; Saniğin evi ya da işyerinde bulunan kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise mahkûmiyetine; Olayla ilgisi bulunmayan bir üçüncü kişinin kişisel bilgisayarından gönderilmiş ise, bu şahsın tanık olarak dinlenmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir*" demektedir.¹¹⁹

Diğer taraftan, mağdur hakkında hakaret içerikli bir e-postanın üçten fazla kişiye ayrı ayrı veya iletilme (forward) yoluyla gönderilmesinde gıyapta

¹¹⁷ Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 13.01.2016 Tarih Ve 2015 / 4151 Esas Ve 2016 / 259 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

¹¹⁸ Gülseren, **A.G.M.**, S. 31.

¹¹⁹ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 05.12.2005 Tarih Ve 2004/8763 Esas Ve 2005/21445 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

hakareten söz etmek mümkün olacaktır. Bu yaklaşımdan hareketle, e-postanın fail ile mağdur arasında kaldığı tespit edilirse, alenilikten bahsetmenin mümkün olmayacağı, ancak gıyapta hakarete olduğu gibi hakaret içeren e-postanın çok sayıda kişiye yönlendirilmesi, gönderilmesi veya ekran görüntüsü alınıp paylaşılması durumlarında ise alenilik unsurunun gerçekleşeceği değerlendirilmektedir.

Bilgi teknolojilerindeki gelişmeler hem maddi hukuka hem de usul hukukuna yeni sorunlar getirmektedir. Bu sorunlar sadece yeni suç türleri veya klasik suçları işlemenin yeni yolları ile sınırlı kalmamakta, aynı zamanda delilleri de etkilemekte ve kanunlar bütünü ile ilgili sorunlara neden olmaktadır. Bu çerçevede Yargıtay kararında “Müştekinin elektronik posta adresinin çalınarak bazı pornografik sitelere yazıldığı, bu adres ile müştekinin porno içerikli bir arkadaşlık sitesine üye yapıldığı, müştekinin site yöneticisi ile görüşerek tespit ettiği IP adresinin sanığın evinde kullanılan bilgisayara ait olduğu iddia edilerek açılan kamu davasında; sanığın, evinde kullandığı modem wireless modem olduğu, interneti çocukları ders çalışsın diye aldığı, internette çok fazla anlamadığı, e-mail adresinin izinsiz nasıl kullanılacağını bilmediği, kendisinin IP adresinin çıktığı, oğlunun orta 3’e gittiği, kendisini sıkıştırdığında böyle bir şey yapmadığını söylediği, oğlunun başarılı bir öğrenci olduğu, atılı suçu kabul etmediğine dair savunması ile ODTÜ Bilgi İşlem Daire Başkanlığının 30.03.2012 tarihli raporunda, dosyada bilgisi bulunan IP adresinin Türk Telekom’un dinamik olarak dağıtılan IP adres bloğu içinde olduğu, bu durumda IP adresinin kullanıcıya sabit olmayıp, değişken zamanlarda farklı kişilere verilebileceği, teorik olarak IP adreslerinin değiştirilmesi, o IP’yi asıl yetkili sahibinin bilgisi dışında uzaktan başkalarının kullanmasının mümkün olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine yeterli, hukuka uygun, kuşkudan uzak, yeterli ve inandırıcı kanıt bulunmadığından beraatına karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir”. 28 Nisan 2013 tarihinde mahkeme, suçun sanık tarafından işlendiğine dair kesinlik olmadığı gerekçesiyle mahkemeyi kabul etmeye ve değerlendirmeye zorladığından, beraat kararının Teyit edilmesi gerektiğine oybirliği ile karar verilmiştir.

Manuel v. State Dosyasında mahkeme, gönderilen elektronik postayı işleyen bir suçla ilgili ayrıca bu e-postayı destekleyen tanık beyanı ile birlikte güvenilir delil kapsamında kabul etmiştir.¹²⁰ Mahkemeler, özellikle sosyal medya hesaplarının hacklenme ihtimaline, başkaları tarafından ele geçirilmesinin kolay olmasına, kullanıcı tarafından gerekli güvenlik ayarlarının yapılmamış olması ihtimaline binaen, bu platformlardan elde edilen delilleri tek başına güvenilir delil olarak kabul etmeme eğilimindedirler.¹²¹

4.5. Tüzel Kişilere Ait Sosyal Medya Hesaplarından Hakaret İçerikli Paylaşım Yapılması Hâlinde Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Sosyal medya araçları, hedef kitlelerine ulaşmak isteyen kurumlar ve şirketler tarafından da yoğun bir şekilde talep görmektedir. Ticari kurumların yanı sıra dernekler, vakıflar ve sivil toplum kuruluşlarının da farklı platformlarda sosyal medya hesabı bulunmaktadır.

Tüzel kişiler, Türk Ceza Kanunu'nun 20. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, *“Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.”* hakaret suçunun faili olamazlar. Ancak, anılan kurumsal hesaplar marifetiyle işlenen hakaret suçlarındaki sorumlunun varlığı da bir gerçektir. Bu çerçevede, hakaret suçuna yol açan fiillerin tüzel kişiler namına yapılması halinde cezai yaptırım tüzel kişiliğin ilgili birimlerindeki gerçek kişilere yöneltilen olacaktır.¹²² Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında bu durum *“Tüzel kişilerin birden fazla kanuni temsilci bulunup da suç, eylem ve fikir birliği içinde işlenmemiş ise sorumluluğun, cezanın şahsiliği ilkesine bağlı olarak temsil yetkisinin bölüşümündeki ağırlık ve sınırlara göre suçun şekli sorumlusuna değil, ayrıntısını bilen*

¹²⁰ Mehlman, Julia., “Facebook And Myspace In The Courtroom: Authentication Of Social Networking Websites” American University Criminal Law Brief, Volume 8 |Issue 1 Article 2, P.

¹²¹ Servet Yetim, **Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama Ve Değerlendirme**, 1. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, S. 543.

¹²² Yenidünya, **A.G.M.**, S. 45, 46.

ve oluşumunda rolü olan temsilciye ait olacağı gözetilerek”¹²³ ceza verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, 5187 sayılı Basın Kanunu’nda da benzer bir yaklaşım mevcuttur. Kanunun cezai sorumluluk başlığıyla düzenlenen 11. maddesinde, “Basılmış eserler yoluyla işlenen suç yayım anında oluşur. Süreli yayınlar ve süresiz yayınlar yoluyla işlenen suçlardan eser sahibi sorumludur.” hükmü bulunmaktadır. Buradan yola çıkılacak olursa, bir kurumun ya da şirketin hesabından hakaret içeren bir paylaşım yapıldığında sosyal medya hesaplarını kontrol eden ve paylaşım yapanlar cezai sorumluluk sahibi olacaktır. Anılan maddede devamla; “Süreli yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye’de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümle mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.” hükmü yer almaktadır.

Bu bağlamda, sosyal medya hesaplarından mesul kişilere ulaşılamaması halindeyse, yetkili ve mesul müdür, yayın yönetmeni ve basın danışmanı gibi mesul müdürün bağlı olduğu kişi hesap vermek durumunda olacaktır. Her ne kadar, sosyal medya hesaplarından işlenecek suçlarda basın kanunundan baz alınıp yorum yapılabilse de bu konuda genel hükümlere göre karar alınmaktadır.

4.6. Sosyal Medya Üzerinden Gerçekleştirilen Hakaret Suçunun Sorumluluğu

Sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen hakaret suçunun sorumluluğu bağlamında, hakaret suçuna ilişkin paylaşımı yapan doğrudan mesul olmakla birlikte, içerik, erişim ve yer sağlayıcıları ile günümüzde sosyal

¹²³ Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 21.01.2020 Tarih Ve 2019/9078 Esas Ve 2020/442 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

medyada sıklıkla karşılaşılan çok sayıda üye sahibi grupların yöneticileri de sorumluluk taşımaktadır. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun çerçevesinde, erişim sağlayıcılar kullanıcılara internete erişim imkânı temin eden gerçek ya da tüzel kişileri ifade etmektedir. İçerik sağlayıcıları sanal ortamda kullanıcılara sunulan her türlü malumat ya da veriyi üreten ve sunan gerçek veya tüzel kişileri tanımlamakta, yer sağlayıcı ise sunulan hizmetleri ve içerikleri içeren sistemleri sağlayan gerçek ya da tüzel kişiler olarak nitelenmektedir.¹²⁴

İçerik sağlayıcılar kendi ürettikleri içerik nedeniyle sorumlu kabul edilmekte olup, bağlantı temin etmek amacıyla girilen içerikten sorumlu değildirler. Ancak, burada önemli olan husus, içerik sağlayıcılarının içeriğin sunulması ile kullanıcının bir maksada erişme talebi olduğunun belirlenebildiği durumlarda sorumlu olmalarıdır.¹²⁵ Ne var ki içerik sağlayıcı, bağlantıyı verişi biçimiyle, bağlantı sağladığı içeriği açıkça benimsemişse ve bağlantıyı verişi biçiminden, içerik sağlayıcının kendi internet sitesine bağlanan kişilerin ilgili bağlantıya ulaşmasını amaçladığı anlaşılıyorsa o içerikten ötürü de sorumlu tutulacaktır. Örneğin, içeriğinin suç oluşturduğunu bildiği halde, bu nitelikteki bir siteye link verilmesi, içerik sağlayıcının sorumluluğunu gerektirir.¹²⁶ Yer sağlayıcıları, yer sağladığı içeriğin suç konusu teşkil ettiği uyarısını aldığı suçu içeren içeriği yayından kaldırmak noktasında sınırlı bir mesuliyete sahiptir. Buna ilave olarak yer sağlayıcıları, hizmet sunduğu mecranın kullanıcılarının log kayıtlarını kanun ve yönetmelikle tespit edilen sürelerde saklamakla görevli ve yükümlüdürler. Erişim sağlayıcıları da yer sağlayıcıları gibi kullanıcıların paylaştıkları suç unsuru taşıyan içeriğe erişimi engellemekle, erişimi engelleme kararı verildiği durumlarda ise, engellenen yayınların alternatif erişim yollarını da önleyici önlemleri almakla, log kayıtlarını arşivlemekle ve bu bilgilerin doğruluğunu,

¹²⁴ Kaya, A.G.E, S. 66 – 75.

¹²⁵ İlke Soysal. “Sosyal Medya Fenomenlerinin Hukuki Statüsü” Terazi Hukuk Dergisi, 2018, S.109-115 Cilt 13, Sayı 132.

¹²⁶ Şaban Cankat Taşkın, İnternet Erişim Yasakları, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, 1. Baskı, s. 170,171.

bütünlüğünü ve gizliliğini temin etmekle mesuldürler.¹²⁷ Örneğin, bir içeriğin altında yapılan yorumların “içeriği benimseme” açısından önemli olduğu söylenebilir. Çünkü bu yorumlar İnternet sitesinde editör kontrolünden sonra yayınlanmaktadır. Bu yorumlarda hak ihlali içeren ifadelere rağmen içerik sağlayıcı o yorumlara ilişkin herhangi bir işlem yapmıyorsa söz konusu içeriği benimsediği ileri sürülebilir.¹²⁸

Erişim sağlayıcı telefon veya internet hizmetleri sağlar; ağ sağlayıcısı: temel ağ ekipmanını sağlar denilebilir. 5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçların Önlenmesine Dair Kanun ile yapılan yönetmelikte (5651 sayılı Resmî Gazete, 23 Mayıs 2007 tarih ve 26530 sayılı Kanun) İnternet servis sağlayıcıları (İSS'ler); erişim sağlayıcı, barındırma sağlayıcısı ve içerik sağlayıcı olarak üç ana grupta ele alınmalıdır. Yasal ifadesiyle internet kamu kullanım sağlayıcısı anlamına gelen internet hizmetini toplu olarak sunan hizmet sağlayıcılar, internet kafeler gibi bu yönetmeliğe dâhildir. Kanunda internet hizmet sağlayıcılarının tanımı yapılmış, yükümlülük ve sorumlulukları yer almış, internet kamu kullanım sağlayıcılarının tanımı ve yükümlülükleri de belirtilmiştir. Buna göre, Kanun, erişim sağlayıcıyı, kullanıcıların internet ortamına erişmesine izin veren herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak kabul etmiş; sistem barındırma hizmetleri ve içerikleri sağlayan veya işleten herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak barındırma sağlayıcısı; İnternet ortamı aracılığıyla kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren veya sağlayan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi olarak içerik sağlayıcı ve son olarak internet ortamını belirli bir yerde ve belirli bir zamanda kullanabilmelerini

¹²⁷ Ruhan M Erdem, Candide Şentürk, Sosyal Ağlar Üzerinden İşlenen Hakaret Suçlarında Ceza Sorumluluğu, Deü Hukuk Fakültesi, Şeref Ertaş Armağanı, C 19, Özel Sayısı, 2017, S 2708.

¹²⁸ Doğan KILINÇ, 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, Y. 2016, Sa. 2, S. 613

sağlayanlar, internet kamusal kullanım sağlayıcısı olarak kişilere karşı sorumludur denilebilir¹²⁹.

Diğer yandan, sosyal medya platformlarındaki hızlı gelişim, anılan mecralardaki grupların içerik paylaşımlarında suç unsuru olup olmadığı, gruplardaki üyelerin gerçek hesap sahibi olup olmadıkları gibi hususlara ilişkin soru işaretleri oluşturmaktadır. Hakaret suçunun anılan sosyal medya gruplarında sıklıkla ve kolayca işlenebildiği düşünüldüğünde, grupların ve kişisel sayfaların çok sayıda kullanıcıyla iletişimde olması grup yöneticilerinin veya çok takipçili bireysel sayfaların sahiplerinin de suç teşkil eden paylaşımlara müsaade etmemeleri ve buna karşı tedbirler almaları da ayrıca önemlidir.¹³⁰

4.6.1. Sosyal Medyada Hakaret İçerikli Gönderinin Beğenilmesi ve/veya Paylaşılmasındaki Cezai Sorumluluk

Sosyal medya platformlarındaki kullanıcı sayısının yüksekliği hakaret içeren bir paylaşımı yapanlar ve bu paylaşımı beğenenler için de cezai sorumluluğuna yol açabilmektedir. Hakaret suçu teşkil eden paylaşımların beğenilmesi ve daha fazla kişiye ulaşması halinde mağdurun maddi ve manevi olarak uğradığı zararlar ciddi boyutlara ulaşabilmektedir.

Beğenme¹³¹ faaliyetiyle paylaşımın daha çok kullanıcı tarafından görülmesine beğenilmesine ve paylaşılmasına aracılık edilmesi¹³²,

¹²⁹ Özbakır, Ali Fuat, "İnternet servis sağlayıcılarının hukuki sorumluluğu." (2016).

¹³⁰ Soysal, A.G.E, S.109-115.

¹³¹ Hakaret İçeren Sosyal Medya Paylaşımını Beğenmek, Hakaret Suçunu Oluşturmaz. Sanığın, Sosyal Paylaşım Sitesi Üzerinden Müştekiye Hitaben "C. Oto Yıkama" Ve Temyize Gelmeyen Sanık "A.K." Profilleri Adı Altında Gönderilen Hakaret İçerikli Mesajları Beğenmekten İbaret Eyleminin, Bu Mesajların Sanık Tarafından Da İnternet Ortamında Paylaşıp Veya Başkalarına Aktarılmadığı Taktirde Hakaret Suçunun Unsurlarını Oluşturmayacağı, Kişisel Değerlendirme Kapsamında Kalacağı Gözetilmeden Ve Bu Husus Araştırılmadan, Yetersiz Gerekçeyle Hükümlülük Kararı Verilmesi, Kanuna Aykırı Olup Hükümün Bozulması Gerekmiştir. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2013/5598 E. 2014/33171 K.)

¹³² "Sanığın, Twitterda Diğer Sanık Tarafından Paylaşılan Tweeti Retweetlediğinin, Kendi İkrarı İle De Sabit Olması Karşısında, Kamu Görevlisine Görevinden Dolayı Zincirleme Şekilde Hakaret Suçunun Unsurları Oluşturmuştur." (Yargıtay 18. Cd. 2015/10377 E., 2015/12777 K.)

beğenen kişinin içeriğin yayılmasına neden olması ve söz konusu işlemiyle içeriğe onay vermesi “*içeriği kendine mal etme*”¹³³ özelliği taşımasından dolayı faillik sıfatını haiz olduğu değerlendirilmektedir. Ancak, beğenen kişinin hakaret unsuru içeren paylaşıma özgün düşüncesini eklememiş olması kapsamında ele alındığında, beğenen kişinin içeriği kendine mal edecek şekilde hareket etmemiş olduğu, bu itibarla söz konusu suçun faili olmayacağı kabulü gerekmektedir.¹³⁴

Netice itibariyle, onur, şeref ve haysiyeti ihlal eden hakaret içeren bir paylaşım hakaretin özgün bir şekli olarak değerlendirilebilmekte, anılan içeriği paylaşan¹³⁵ kişinin fail olarak tanımlanabilmesi mümkün olabilecektir.¹³⁶

4.6.2. Sosyal Medya Üzerinden İşlenen Hakaret Suçunda IP Adresi Sahibinin Sorumluluğu

Kamuya açık yerlerde, internet kafeler, kütüphaneler, işyerleri, okul bilgisayarları, yurt, otel ve pansiyonlar gibi diğer umuma açık ortamlarda işlenen suçlarında fail tespit edilemediği sürece hakaret suçu cezasız kalabilmektedir. Çok sayıda kişinin kullanmadığı yerlerde işlenen hakaret suçunda IP adresi sahibinin sorumluluğu önem taşımaktayken, umuma açık yerlerdeki IP sahiplerinin de sorumlulukları bulunmaktadır.

Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararında, “*Dosya kapsamından; davacının facebook sayfasına sinkaflı sözler içeren mesajlar gönderildiği, suça konu mesajların gönderildiği bilgisayarların IP numaralarının davalılara ait olduğu, davacının eposta ve facebook adreslerine mail ve mesaj atıldığı saatlerde, mailin ve mesajın bırakıldığı mail adresine davalıların internete çıkış yaptıkları IP adresi üzerinden bağlantı yapıldığı anlaşıldığından, dava konusu mesajların gönderilmesinden hat sahibi*

¹³³ Erdem, Şentürk, A.G.E., S 2717

¹³⁴ Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 26.11.2014 Tarih Ve 2014/20788 Esas Ve 2014/34231 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

¹³⁵ (Bir Kimseye Başka Bir Hesaptan Yazılan “Pislik, Namert, Edepsiz, Yalancı, Silah Kaçakçısı, Çirkef, İmansız, İzzetsiz, Şerefsiz” Gibi İfadeleri ‘Retweet’ Eden Kimse De Hakaret Suçunu İşlemiş Olur. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2018/7790, 2019/1445 K.)

¹³⁶ Erdem, Şentürk, A.G.E., S 2723.

davalılar sorumludur. Bu nedenle; gönderilen mesajlar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, her iki davalının da yazılan mesajlardan sorumlu olduğu kabul edilmeli ve uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmelidir. Bu yön gözetilmeden yanılığlı gerekçe ile davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”¹³⁷ hükmüyle sosyal medya paylaşımında hakaret suçu işleyen ile mesajın gönderildiği IP adresinin sahibi de sorumlu tutulmuştur.

Yargıtay’ın bahse konu kararı cezanın kişiselliği prensibi çerçevesinde ele alındığında, suçun iştirakle işlenebileceği, bu bağlamda hakaret suçunun da iştirak durumunda işlenebilen bir suç olduğu yorumunu yapmak mümkündür. Suça teşvik, yardım ve azmettirme ile suç eyleminde kullanılan bilgisayar ve internet gibi araçları temin etme gibi hallerde IP adresi sahibinin cezalandırılabilmesi olanak dahilindedir. Ancak, IP adresi sahibinin kasıtlı olarak suç teşkil eden bir eyleme destek olduğu somut, açık ve kesin bir şekilde ispatlanmadan ceza verilmesinin ceza hukuku bakımından hukuka aykırı olacağı değerlendirilmektedir.

4.6.3. Sosyal Medyada Yapılan Hakaretin Silinmesi Sonucu İspat Sorunu, Tanık ve İspatın Hukuki Geçerliliği

Sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçunda iletinin silindiği durumlarda yapılabilecekler yukarıda ilgili başlık altında izah edilmeye çalışılmış, faillerin belirlenmesi sonrasında olay somutlaştırılabileceği tartışılmıştır. Ancak, hakaret suçuna temel teşkil eden paylaşımın silinmesi halinde de haysiyetleriyle oynanan kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi, itibarlarının muhafaza edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede, yapılan bazı işlemlerde silinen içeriğe erişilebilmesi bakımdan Facebook, Twitter ve Instagram sosyal medya platformlarına iletilen müzekkerelere yanıt alınamamakta, faile ilişkin bilgi edinme çabaları akim kalmaktadır. Bu gelişme de anılan durumun tanıkla kanıtlanması lüzumunu doğurmaktadır.

¹³⁷ Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.03.2019 Tarih Ve 2016 / 16612 Esas Ve 2019 / 1233 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

Beyan delili türlerinden en önemlisi olarak ifade edilen tanık beyanının güvenilir olması çok önemlidir. Zira, kovuşturma sürecinde mahkeme tanığın beyanını muteber görmezse, diğer deliller bakmak suretiyle bir karara varabilmektedir.¹³⁸ Bu çerçevede, tanık beyanlarının güvenilirliği, delil niteliği taşıması bakımından tanığa yemin ettirme, tanığın güvenilirliğinin denetlemek için soru sorma, çapraz sorgu, yüzleştirme, tanığın tekrar dinlenilmesi gibi yargılama faaliyetleri icra edilebilmektedir.

Hakaret suçun sebebiyle ceza verilebilmesini teminen işlenen hakaret eyleminin açık ve net bir biçimde kanıtlanması gerekmektedir. Bu aşamada, kanıtlanması için başka bir yol kalmadıysa tanık beyanlarına başvurmak önem taşımaktadır. Ancak, tanık beyanlarının muteber olması için tutarlı, birbiriyle çelişmeyen ve şikayetçinin ifadelerini teyit eden özellikte olması elzemdir. Aksi takdirde tanıkla ispat hukuki bakımdan geçersiz olacaktır. Sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçunda ileti silindiği durumlarda, tanığın ilgili görüntüyü görüp görmediği incelenmesi ve failin sosyal medya hesabına ulaşım yapılamadığı araştırılması gerekmektedir. Bu çerçevede, hakaret suçunu işleyen hesabının herkese açık olup olmadığı, kapalıysa suçun işlendiği tarihte tanığın hesaba erişiminin olup olmadığı konularının açıklığa kavuşturulması önem arz etmektedir.

Sosyal medya aracılığıyla işlenen hakaret suçunda ileti silinmediği durumlarda tanığın milliyetinin önemi bulunmamakla, tanığın anılan ihtilafın tarafı olmaması yeterli görülmektedir. Bu bağlamda, soruşturma sürecinde suç şüphelisi olması muhtemel kişilerin de tanık olarak kabul edilmemesi gerekmektedir. Ayrıca, anılan suç nedeniyle zarar görmüş kişinin tanıklığı da edilmeyecektir.¹³⁹

Yargıtay konuya ilişkin verdiği kararında, *“Bir suça beş duyusu marifeti ile tanık olmuş bir kimsenin anlatımları olayı yansıtır. Ne var ki bir ispat*

¹³⁸ Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoglu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 5. Bs., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2017, S. 510.

¹³⁹ Cumhuriyet Şahin, Neslihan Göktürk, **Ceza Muhakemesi Hukuku II**, 5.Bs, Ankara, Seçkin Yayınları, 2016, S.33, 34.

*aracına delil diyebilmek için olayı bir şekilde temsil etmesi, olayı yansıtması yetmez. Bu yansıtmanın akla, yani bilime, maddi gerçeğe ve hukuka uygun olması da şarttır. Bu vasıfları taşımayan bir ispat aracına teknik anlamda delil denilemez.”*¹⁴⁰ diyerek kanıtların ve tanık¹⁴¹ ifadelerinin doğru olması gerektiğini vurgulamıştır. “*‘Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan ‘in dubio pro reo’ yani ‘kuşkudan sanık yararlanır’ ilkesi uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuya yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesidir. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz.’*”¹⁴² Yargıtay’ın bu kararları doğrultusunda akla, bilime, maddi gerçeğe ve hukuka uygun tanık beyanlarının sosyal medya üzerinden işlenen hakaret suçunda delil özelliği taşıdığı söylenebilmektedir. Tanıkla ispat mahkeme tarafından hükmün tesisi için yeterli olduğundan şüpheden sanık yararlanır prensibi gereğince, suçun şüpheye yer verilmeden kanıtlanmasının gerektiği de akıldan çıkarılmamalıdır.

Sosyal medya çok geniş bir alan olmakla birlikte, sanal âlemde sahte hesaplar açılabilen, sahte hesaplarla hakaret suçu işlenebilen, sahte hesaplarla tanıklar aldatılabilmektedir. Bu kapsamda, somut olayın ortaya çıkarılmasını teminen daha önce ifade edilen deliller ile delillerin elde edilmesi metotları ile tanık ifadesinin desteklenmesi yalnızca tanığın beyanına dayanarak alınan kararlara nazaran daha sıhhatli olacaktır.

İkna edici kanıt, takdirin kanıtıdır. Ancak, bu isteğe bağlı bir delildir ve kanunla düzenlenmemiştir. Çünkü Kanundaki ihtiyari deliller açıktır. Bunlar arasında, ikna edici kanıt olarak adlandırılan isteğe bağlı bir kanıt yoktur. Kanunla düzenlenmeyen isteğe bağlı delillerin yer alacağı delil türü, özel yargının temelini oluşturur. Bu takdire bağlı delil ile ilgili olarak

¹⁴⁰ Yargıtay Cgk, 22.11.2018 Tarih Ve 2017 / 723 Esas Ve 2018 / 562 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

¹⁴¹ Telefonda Hakarete Uğrayan Kişi, Hoparlörden Kendisine Hakaret Edildiğine Şahit Olan Birisini Tanık Olarak Gösterebilir. (Yargıtay 4. Ceza Dairesi Esas: 2013/8808 Karar: 2015/23904)

¹⁴² Yargıtay Cgk, 06.03.2012 Tarih Ve 2011 / 387 Esas Ve 2012 / 75 Karar Sayısı İle Verdiği Kararı.

Yargıtay tarafından verilen örnekler ve doktrin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 367. maddesi kapsamında değerlendirilebilecek örneklerdir. Kesin kanıtların gövdesi geniştir. Bir veya farklı yargı kararları, trafik kayıtları, noter belgeleri, noter raporları, mahkeme kayıtlarındaki tanık ifadeleri, bilirkişi görüşleri, satış sözleşmesine ilişkin faturalar ve ilgili kayıtlar gibi. Bu örnekler, her bir davanın niteliğine bağlı olarak, yargıç tarafından resen veya tarafların talebi üzerine serbestçe değerlendirilmelidir. Bu ifade kesin değildir. Bununla birlikte, nihai karar, tarafların farklı olduğu düşünülen diğer durumlarda üçüncü tarafları etkiler. Güçlü kanıtlara rağmen yargıç aksine karar verebilir. Güçlü kanıt olarak kabul edilen düşünceler kullanılabilir. Bu konudaki kararlar gerekçelendirilmelidir. Bu kanıt mevcutsa yargıç, tanık veya bilirkişi gibi diğer kanıtlara başvurabilir. Bu delil, hâkimi bağlamayacağı için kesin bir delil değildir. Hâkim, gerekli tüm kanıtları kendiliğinden veya tarafların iddialarına ve itirazlarına dayanarak incelemelidir. Güçlü kanıt olarak kabul edilen başka bir davadan belge örnekleri mevcut davaya dahil edilmelidir. Nihai kararda, ortaya çıkan sorunlar olumlu ya da olumsuz çözülmezse, bu noktalara güçlü kanıt olarak güvenilmemelidir. Bu delillerin varlığına rağmen hâkim, gerekli uzmanlık ve araştırmayı yapmalı, eksik incelemeyle karar vermemelidir. Hâkim, ikna edici delilleri değerlendirdikten sonra kendi bilinçli kanaatine göre karar vermelidir.

E-imza teknolojileri, e-imzalı kayıtların kanıtsal değerini korumak için sahip olması gereken özellikleri karşılayabilirken, önümüzdeki yıllarda nasıl bir durumla karşılaşılacağına dair şüpheler henüz çözümlenmemiştir. Teknolojik yaşlanma gibi çeşitli riskler bulunmaktadır. E-imza algoritmalarının, saldırı olasılığı gibi güvenlik açıkları, uygulama yazılımının olmaması ve teknolojik geç yöntemlerinin sonuçları henüz yeterince görülmemektedir. Bu riskler, e-imzanın doğrulanamaması durumunda ne yapılabileceği veya doğrulama sırasında bir şüphe varsa, kayıtların kanıtsal değeri nasıl korunabilir sorularını gündeme getirmektedir. E-imza konusunda şüphe duyulması halinde sertifika doğrulanır ve karara varılamazsa bir uzmana danışılabilir. Bunlara ek

olarak, elektronik kayıt yönetim sistemlerinde (ERMS) kaydedilen e-imzalı kayıtların kanıtsal değerini korumak için başka mekanizmaların da kullanılabilmesi düşünülmektedir. Bu mekanizmalardan biri olarak, kayıtların mevzuattaki kanıtsal niteliklere göre üretilip üretilmediğini değerlendirmek için bir kontrol listesinin kullanılabilmesi, kayıtların kanıt niteliğindeki değerinin korunmasına olumlu katkı sağlayacağı ileri sürülmektedir¹⁴³.

Sonuç

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte sosyal medya hayatımızın vazgeçilmez bir parçası haline geldi. İnsanlar hayatla ilgili düşüncelerini, kişisel bilgilerini, fotoğraflarını ve anlarını sosyal medya ile özgürce ve anında paylaşabilseler de bu hız ve kolaylık insanlar için de tehdit oluşturmaktadır. Bir paylaşım veya gönderi hakkındaki düşünceleri bu kadar hızlı ve kolay bir şekilde ifade etmek, bazen insanları hakaret ve tehditlerle karşı karşıya getirir. Türk Ceza Kanununun 125/1 maddesinde hakaret suçu şu şekilde tanımlanmaktadır:

Bir kimsenin haysiyetini, şerefini ve itibarını zedeleyebilecek somut bir fiil veya gerçeği başka birine atfeden veya küfrederek haysiyetine, şerefine ve itibarına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Mağdurun yokluğunda işlenen bir hakaretin suçlu olması için, eylemin en az üç kişinin daha huzurunda işlenmesi gerekir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alan aşağıdaki hüküm ile: Fiilin mağdura yöneltilen sesli, yazılı veya görsel bir mesajla işlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkrada belirtilen cezayı mahkeme emreder. Suçun işitsel, yazılı veya görsel bir mesajla işlenmesi suçun temel şekliyle aynı kabul edilir.

Suçun kanuni tanımından da anlaşılacağı üzere; bu tür somut fiil veya gerçek veya küfür, muhatabın haysiyetini, şerefini ve itibarını objektif olarak zedeleyecek derecede ise bu durum hakaret suçu kapsamında değerlendirilir. Eleştiri niteliğindeki ifadelerin bu suç kapsamına girmediği önemle belirtilmelidir. Diğer bir deyişle, bu ifadelerin kişinin

¹⁴³ Çiçek, Niyazi. "Elektronik imzalı belgelerin delil değerinin korunmasında mevzuatta öngörülen delil özelliklerinin incelenmesi." (2020).

haysiyetine, şerefine ve itibarına zarar vermesi hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun 125. maddesi anlamında hakaret suçu meydana gelmiş demektir. Türk Ceza Kanununun 125. maddesiyle suçun kanuni tanımına tekabül eden fiillere internet veya sosyal medya aracılığıyla suçun işlenmesine ilişkin herhangi bir ayırım yapılmaksızın cezai yaptırımlar uygulanacaktır. Ancak bu suç duyurusuna konu olduğu için mağdur tarafın soruşturma ve kovuşturma işlemlerinin başlatılması için ilgili suç duyurusunda bulunması gerekmektedir.

Hakaret suçunun faili veya kurbanı herkes olabilir. Ancak, suçun mağdurunun kimliğinin belirlenmesi veya tanımlanabilir olması gerekir. Yukarıdaki cümleden anlaşılması gereken, herkesin suçlama eylemi ile kastettiğini anlamasıdır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre, ortalama bir kişinin suç teşkil eden fiilleri gördüğü anda kelimelerin muhatabını anlayıp anlamayacağı belirlenebilirlik kriteri olarak değerlendirilir. (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 26.12.2017 tarih ve 2016/2955 E., 2016/8684 K. sayılı kararı)

Hakaret suçu, mağdur olan tarafın karşısında veya yokluğunda işlenebilir. Söz konusu maddenin başlangıcında şu cümle yer almaktadır: “Zarar gören tarafa mektup, telefon, telgraf veya benzeri yollarla işlenen hakaret, sanki davada işlenmiş gibi cezalandırılır. Mağdur tarafın yüzü”. İnternette hakaret, e-posta, görüntülü sohbet veya anlık mesajlaşma yoluyla ya da sosyal medya yoluyla yapılan gönderiler yoluyla kamuya açık olarak işlenebilir. 125 inci maddenin dördüncü fıkrası uyarınca verilecek ceza, suçun alenen işlenmesi hâlinde altıda bir oranında artırılır.

Sosyal medya üzerinden işlenen hakaret suçuyla ilgili olarak, kişileri en çok endişelendiren “bu fiillerin kimler tarafından işlendiği ve bunun ispatıdır”. Öncelikle “hangi bilgisayar aracılığı ile işlemin yapıldığı” hakkında bilgi veren IP verilerinin bulunması gerekmektedir. Fikri mülkiyet verileri, Cumhuriyet Savcılığı tarafından yapılacak ilgili soruşturma ile ortaya çıkar. ABD merkezli Facebook, Twitter, Instagram ve YouTube gibi sosyal ağ siteleri IP adreslerini 90 günlük bir süre boyunca saklar

Hakaret suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda şerefe karşı suçlar kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bölüm kişilerin birey olmasından kaynaklanan onur, haysiyet, şeref ve itibarını korumakta, uzun süre ve emekle tesis edilen bu manevi değerlere yapılan saldırıları önlemeyi amaçlamaktadır.

Kişilerin itibar ve manevi değerlerine yönelen hakaret suçu, yüz yüze olabileceği gibi farklı iletişim araçları ve sosyal medya platformları aracılığıyla da işlenebilmektedir. Ancak, hakaret suçunun cezası her hal ve karda aynı kalmamakta, alenilik unsurunun devreye girmesiyle temel cezanın artırılması sonucuna ulaşırabilecektir. Ancak, internet ve sosyal medyanın derin ve her engeli aşabilen yapısı nedeniyle suçu işleyenlerin, suçun işlendiği yerin ve zamanın belirlenmesini oldukça zor olabilmektedir. Sosyal medya platformlarına sahip şirketlerin uluslar üstü yapıları ulusal hukuktan ziyade kendi etik kurallarını ifade özgürlüğü ekseninde yürütmelerine neden olmaktadır. Bu durum da zaman zaman ifade özgürlüğünün sınırlarının hakaret, taciz ve nefret suçu gibi alanlara kadar genişleyebilmesine yol açmaktadır. Sosyal medya kullanımının kişisel verilerle gerçekleştirilmesi bu konuda alınabilecek bir önlem olarak değerlendirilebilirken, sosyal medya araçlarının dünyanın farklı yerlerindeki toplumsal hareketleri tetikleyerek, halkların özgürlük, demokrasi ve insan hakları taleplerini dile getirdikleri mecralar olmaları nedeniyle takma isimlerin kullanımının devam ettirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.

Diğer taraftan, sosyal medya aracılığıyla hakaret suçu işleyenlerin sanal ortamın bulanıklığına güvenerek, pervasızca suç işlemelerinin de engellenmesi gerekmektedir. Bu çerçevede gerek ulusal hukuk düzenlemelerinin geliştirilmesi gerek anılan mecralardaki paylaşımlara ilişkin uluslararası iş birliğinin ilerletilmesi sosyal medya yoluyla işlenen hakaret suçunun caydırıcı yaptırımlara kavuşması bakımından oldukça önemlidir.

Kaynakça

Kitaplar

- [1] ARTUK, M. E. / GÖKCEN, A. / ALŞAHİN M. E. / ÇAKIR K.: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 17. Baskı, Ankara 2018: Adalet Yayınevi.
- [2] ÇETİN, E.: *Hakaret Suçları*, Ankara 2008: Seçkin Yayınları 3. Baskı.
- [3] DEMİRBAŞ T.: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2009: Seçkin Yayınları, 6. Baskı, Ankara.
- [4] DÜLGER, M. V.: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Ankara 2020: Seçkin Yayıncılık, 8. Baskı.
- [5] KOCAOĞLU, S. S.: *Hakaret Suçu*, Ankara 2019: Seçkin Hukuk, 1. Baskı.
- [6] TAŞKIN, Ş. C.: *İnternet Erişim Yasakları*, Ankara 2016: Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı.
- [7] ÖZBEK, V. Ö. / Doğan, K. / Bacaksız, P. / Tepe, İ.: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2017: Seçkin Yayınevi, 12. Baskı.
- [8] PARLAR, A. / BANKO, M.: *Hakaret ve Özel Hayata Karşı Suçlar*, Ankara 2014: Adalet Yayınevi.
- [9] POLAT, H. / ARIÇ, M. / DEMİR, Ö.: *Bilişim Suçları ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar*, Ankara 2015: Adalet Yayınevi.
- [10] SOYASLAN, D.: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2018: Yetkin Yayınları, 12. Baskı.
- [11] ŞAHİN, C. / GÖKTÜRK, N.: *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, Ankara 2016: Seçkin Yayınları, 5. Baskı.
- [12] TANERİ, G.: *Hakaret Tekzip Tazminat*, Ankara 2013: Bilge Yayınevi, 2. Baskı.

- [13] YENİSEY, F. / NUHOĞLU, A.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2017: Seçkin Yayınevi, 5. Baskı.
- [14] YETİM, S.: Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme, Ankara 2016: Seçkin Yayınları, 1. Baskı.
- [15] YURTCAN, E.: Yargıtay Kararları Işığında Hakaret Suçları, Ankara 2019: Seçkin Yayınları, 4. Baskı.

Makaleler

- [1] APAYDIN, C.: “Bilişim Sisteminin İşleyişini Engelleme ve Bozma Suçları”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2015, 10(29), 205-264.
- [2] ARISOY, M.: “Hakaret”, *TBB Dergisi*, 2007, Sayı 72.
- [3] ARSLAN, M. E.: “Sosyal Medyada Kişilik Hakları İhlalleri ve Korunma Yolları”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, 7(2), 123-154.
- [4] AYDIN, D.: “Türk Ceza Kanunu’nda Hakaret Suçu, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, 19 (2), 879-918.
- [5] BECAN, C.: “Değişen İletişim Ortamında Kurumsal Blogların Çağdaş Halkla İlişkiler Alanındaki Yeri: Kavramsal Bir Çerçeve”, *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi*, 2011, 21, 47-59.
- [6] CARR, C. T. / HAYES, R. T.: “Social Media: Defining, Developing, and Divining”, *Atlantic Journal of Communication*, 2015, 23:1, 46-65.
- [7] CINGI, M.: “Online Pazarlama İletişiminde Kullanılan Video İçeriklerinin Ürün Tanıtımına Etkisi”, *Humanities Sciences*, 2015, 10(4), 145-163.
- [8] ÇAMAK, S.: “Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre İfade Özgürlüğünün Sınırlanması”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, 4(6), 1067-1090.

- [9] ÇALIŞKAN, M. / MENCİK, Y.: “Değişen Dünyanın Yeni Yüzü: Sosyal Medya”, *Akademik Bakış Uluslararası Hakemli Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, 50, 254-277.
- [10] ERDEM, R. M. / ŞENTÜRK, C.: “Sosyal Ağlar Üzerinden İşlenen Hakaret Suçlarında Ceza Sorumluluğu”, *DEÜ Hukuk Fakültesi, Şeref Ertaş Armağanı*, 2017, C 19, Özel Sayısı.
- [11] ERDOĞAN, Y.: “Sosyal Medya Aracılığı ile İşlenen Hakaret Suçu”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 6.
- [12] ERKUL, E. R.: “Sosyal Medya Araçlarının (Web 2.0) Kamu Hizmetleri ve Uygulamalarında Kullanılabilirliği”, *Türkiye Bilişim Derneği*, 2009, 116, 96-101.
- [13] ERSOY, U.: “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, Yargıtay Başkanı İsmail Rüştü Cirit’e Armağan, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, 11(41), 27-64.
- [14] GÜLSEREN, F.: “İnternet Ortamında İşlenen Hakaret Suçları”, *LAÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 2013, 4 (1)
- [15] GRIFFEN, S.: (Ed) Barbara Trionfi, Defamation and Insult Laws in the OSCE Region: A Comparative Study, Organization for Security and Co-operation in Europe The Representative on Freedom of the Media, 2017.
- [16] İSMAYILOV KARADOĞAN, E. / SUNAL, G.: “Gözetlenen ve Gözetleyen Bir Toplumda, Beden ve Mahremiyet İlişkisi: Facebook Örneği”, *Akdeniz Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2012, 3(18), 21-41.
- [17] KAYA, M.: “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, 28(119), 277-306.
- [18] KILIÇ, M. S.: “Siber Suçlarla Mücadelede Log Yönetiminin Önemi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2015, 89(1), 103-130.

- [19] KILINÇ, D.: “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, Y. 2016, Sa. 2
- [20] KOÇ, İ. / ÇAKIR, H.: “Denetim Süreçlerinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Korunması”, *Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi*, 2015, 12(2), 1092-1110.
- [21] KOLBÜKEN, B.: “Cumhurbaşkanına Hakaret Suçu Üzerine Bir Deneme”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015, 43.
- [22] KONUK, N. / APAY, Y. “Sosyal Medyada İşlenen Suçlara İlişkin Yargıtay Ceza Daireleri Kararlarının İçerik Analizi ile İncelenmesi”, *Yeni Yüzyılda İletişim Araştırmaları*, 2019, İksad Yayınları.
- [23] MAHMUTOĞLU, F.: “Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Søjelerinin Ceza Sorumluluğu”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 2011, 59 (1-2), 39-4
- [24] URL-1 TDK Güncel Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 21 Kasım 2020)
- [25] ÖZAYDIN, Ö.: “Sosyal Medya Aracılığıyla Kişilik Haklarının İhlali”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2019, 11(111), 511-521.
- [26] ÖZEN, M.: “Hakaret Suçu ve İnternet Yoluyla İşlenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, s.75, Ankara.
- [27] ÖZKUL, D.: “Bilişim Sistemi Kavramı ve Bilişim Sistemlerinin Denetimi”, *Sayıştay Dergisi*, 2002, 13(44), 11-34.
- [28] SOYSAL, İ.: “Sosyal Medya Fenomenlerinin Hukuki Statüsü”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2018, Cilt 13, Sayı 132.
- [29] TÜRAY, A. / ERDOĞAN, I.: “Gıyapta Hakaret Suçunda İhtilatın Hukuksal Niteliği”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr.

- Durmuş TEZCAN'a Armağan, 2019, C.21, Özel Sayı, s. 1325-1374
- [30] UYANIK, F.: “Sosyal Medya: Kurgusallık ve Mahremiyet”, Kocaeli Üniversitesi Yeni Medya Kongresi, Kocaeli Üniversitesi, 2013, Kocaeli.
- [31] YENİDÜNYA, A. C. / Alşahin M. E.: “Bireyin Şerefine Karşı Suçlar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2007, 19(68), 43-93.
- [32] YURDAKUL, M. / DALKILIÇ, N.: “Sigortacılık Sektöründe Dijital Çağ”, *Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Sayı: 50, 49-67.

Elektronik Kaynaklar

- [1] KARAGÖZ, K.: İfade Özgürlüğü ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Sınırlandırılması Sorunu. (Doktora Tezi) Ankara Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2004.
- [2] ÖZOCAK, G.: “Sosyal Medyada İşlenen Suç Tipleri ve Suçluların Tespiti.” Özocak Hukuk & Danışmanlık. <http://www.ozocak.com/Dosyalar/a104b3.pdf> (Erişim Tarihi: 21 Kasım 2020.)
- [3] ÜSKÜDAR, Ç.: (2020) Sosyal Medya Yoluyla Hakaret Suçu, <https://www.uskudar.av.tr/sosyal-medya-yoluyla-hakaret-sucu/#Sosyal-Medya-Yoluyla-Hakaret-Sucu> (Erişim Tarihi: 21 Kasım 2020)

Tezler

- [1] KOÇ, S.: “Hukuksal Bağlamda Sosyal Medya Analizi ve Kıyaslamalı Mevzuat Önerileri”, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2013.

- [2] SEZEN, D.: Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi/Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2016.
- [3] YILLAR, H.: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hakaret Suçu (Yüksek Lisans Tezi), Kocaeli Üniversitesi/ Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Kocaeli 2008.

Diğer Kaynaklar

- [1] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi,
https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf
- [2] İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmelik,
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/04/20170411-3.htm>
(Erişim Tarihi: 23.11.2020)
- [3] T.C. Anayasası
<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf> (Erişim Tarihi: 23.11.2020)
- [4] Anayasa Mahkemesi
<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/18101>
(Erişim Tarihi: 28.11.2020)

Yargıtay Kararları

- [1] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 18.06.1975 tarih ve 1975 / 3417 Esas ve 1975 / 3467 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [2] Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 07.02.2018 tarih ve 2017 / 4286 Esas ve 2018 / 1180 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [3] Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 10.04.2018 tarih ve 2016 / 13808 Esas ve 2018 / 5325 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [4] Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 18.04.2018 tarih ve 2017 / 3587 Esas ve 2018 / 4608 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [5] Yargıtay 8. Ceza Dairesinin 25.02.2015 tarih ve 2014 / 30486 Esas ve 2015 / 12608 karar sayısı ile verdiği kararı.

- [6] Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 17.09.2019 tarih ve 2018 / 1504 Esas ve 2019 / 12473 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [7] Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 05.12.2018 tarih ve 2016 / 16765 Esas ve 2018 / 16481 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [8] Yargıtay 18. Ceza Dairesinin 17.09.2019 tarih ve 2019 / 7465 Esas ve 2019 / 12402 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [9] Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 13.01.2016 tarih ve 2015 / 4151 Esas ve 2016 / 259 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [10] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 05.12.2005 tarih ve 2004 / 8763 Esas ve 2005 / 21445 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [11] Yargıtay 11. Ceza Dairesinin 21.01.2020 tarih ve 2019 / 9078 Esas ve 2020 / 442 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [12] Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 26.11.2014 tarih ve 2014 / 20788 Esas ve 2014 / 34231 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [13] Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 06.03.2019 tarih ve 2016 / 16612 Esas ve 2019 / 1233 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [14] Yargıtay CGK, 22.11.2018 tarih ve 2017 / 723 Esas ve 2018 / 562 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [15] Yargıtay CGK, 06.03.2012 tarih ve 2011 / 387 Esas ve 2012 / 75 karar sayısı ile verdiği kararı.
- [16] Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2013 / 2454 Esas, 2013 / 25865 karar sayısı ile verdiği kararı.

TEDBİR NAFKASINA İLİŞKİN GÜNCEL YARGITAY KARARLARININ İNCELENMESİ*

Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt PEKMEZ**

Öz

Çalışmamız kapsamında incelenen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun ilk kararında, gerek tarafların ekonomik durumunda herhangi bir değişme olmaksızın gerekse kararın niteliği göz önüne alındığında tedbir nafakasına hükmedilmesinin gereklerine uygun nitelikte karar verilmemiştir. Genel Kurul, karşılıklı açılan boşanma davalarında, önceki tarihli boşanma davasında tedbir nafakasına hükmedilmesinin, sonraki tarihli boşanma davasını etkileyemeyeceği ve sonraki tarihli boşanma davasında şartlar değişmemiş olsa dahi tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ancak hâkim eşlerin önceki tedbir nafakasına hükmedilmesiyle oluşan mali durumlarında herhangi bir değişiklik olmadığına dayanarak nafaka verilmesine yer olmadığını tespit edebilecek, bu halde boşanmada tedbir nafakasına hükmetmeyebilecektir.

Genel Kurul'un ikinci kararında ise, tedbir nafakasına hükmetme şartlarının gereklerine uygun karar verilmediği görülmektedir. Kurul, öncelikle nafaka verilme şartlarından birisi olan nafaka yükümlüsü eşin mali gücünün yeterli olması şartını değerlendirmeden karar vermiştir. Bu kapsamda ihtiyaç halinde olan eş ile nafaka talep edilen eşin gelirinin

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 11.11.2020 - Kabul Edildiği Tarih: 06.04.2021*
Bu çalışma 23-24 Eylül 2020'de İstanbul Aydın Üniversitesi Aile Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu'nda (Online) bildiri olarak sunulan tebliğin tam metnidir.

** *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,*
cpekmez@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7703-440X
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1004

bulunmaması hali, her iki eşin ekonomik gücünün birbirine yakın olduğunu ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: *Tedbir nafakası, boşanma, eşlerin ekonomik gücü, birlikte yaşamaya ara verilmesi, boşanma davasında geçici önlemler.*

The View on the Current Decisions of the Cassation Court Regarding the Alimony Pendente Lite

Abstract

Within the scope of our study, we will try to examine and evaluate the decisions of the Cassation Court regarding alimony pendente lite. When filing a divorce case, the spouse's maintenance obligation continues as the marriage continues until the divorce is granted. While the marriage continues, the acceptance that the spouses fulfill their obligations to care each other in proportion to their financial powers leads to decide on the maintenance of the spouses by determining the financial powers of the spouses. In first one of two decisions of Cassation Court regarding the alimony pendente lite will be examined, The Cassation Court orders that the existence of divorce proceedings in separate courts, or the existence of an alimony pendente lite case based on the phenomenon of living separately, regardless of the divorce case, does not prevent the decision of alimony pendente lite in each of these cases. In the second one, The Cassation Court orders that the claimant's lack of income, the defendant's employment, or the condition of defect does not preclude the decision of alimony pendente lite for the defendant's benefit. Both decisions are inaccurate.

Key words: *Alimony pendente lite, divorce, the spouse's financial power, the phenomenon of living separately, temporary measures in divorce cases.*

Giriş

Çalışmamız kapsamında, tedbir nafakasına ilişkin Yargıtay kararlarının değerlendirilmesine çalışılacaktır. Ancak bu yapılırken konuyu iki açıdan sınırlandırma ihtiyacı doğmuştur. Birincisi incelememiz kapsamında sadece Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları yer alacak olup, konu bu çerçevede ele alınacaktır. İkinci husus ise sadece eş lehine verilen tedbir nafakasının değerlendirilmesidir. Yargılamalar sırasında çocuk lehine nafakaya hükmedilmekte, bu nedenle yargı kararlarında tedbir nafakasının kapsamına çocuk lehine verilen nafaka da girmektedir¹. Ancak çalışmamız kapsamında çocuğa ilişkin değil, eşe ilişkin tedbir nafakası kararlarında sorunlu olduğunu düşündüğümüz hususları incelemeyi tercih ettik.

İnceleme konusu olarak, en sık karşılaşılan iki tür tedbir nafakasını² konu edinen Yargıtay kararlarının incelenmesi tercih edilmiştir. Bu iki tür, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda tedbir nafakasına hükmedilmesi hali ile boşanma veya ayrılık davasında tedbir nafakasına hükmedilmesi halidir. Öncelikle boşanma davası sırasındaki tedbir

¹ Yargıtay'ın boşanma davası sürecinde çocuk lehine hükmedilen nafakanın tedbir nafakası olduğu, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra iştirak nafakası olarak devam edileceği yönünde kararına rağmen (Bu karar için bkz. **Y. 2. HD. 9309/ 9715 T. 2.6. 2011 (KAZANCI)**); aynı yönde değerlendirmeye göre, tedbir ifadesinin durumun geçiciliğini ifade etmesi nedeniyle daha isabetli olduğu yönünde bkz. Ekrem Kurt, “**Boşanma Davasında Hakim Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)**” Antalya Bilim Üniversitesi Dergisi, 2013/1, s. 97 vd.; Aziz Erman Bayram, “**Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB), 2019/ 144, s. 220 dn.7); doktrinde boşanma davası sürecinde çocuk lehine hükmedilen nafakanın iştirak nafakası olduğunu belirten görüşler mevcuttur (Bkz. Mustafa Dural/ Tufan Ögüz/ Mustafa Alper Gümüş, **Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku**, 14. Bası, Filiz, İstanbul, 2019 s. 135; Mehmet Erdem, **Aile Hukuku**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019, s. 158). Kanımızca salt kavramsal bir niteleme farklılığı dışında bu husus esasa ve sonuca etkili olmayıp, “iştirak nafakası” ifadesinin tercihe şayan olduğu söylenebilir.

² Bu türler için bkz. Gonca Gülfem Bozdağ, **Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka**, Ankara 2015, s. 31 vd; Bayram, s. 220, dn. 7; 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesi' nde de TMK 'ya göre nafakaya hükmedilmemiş olmak şartıyla, tedbir nafakasına hükmedileceği düzenlenmiştir. Bu kanun kapsamında belirtilen nafaka da niteliği itibariyle tedbir nafakası olmakla birlikte bu maddenin incelenmesi çalışmamız kapsamı dışındadır.

nafakasına ilişkin daha sonra ise birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda hükmedilen tedbir nafakasına ilişkin genel bilgiler vermek gerekecektir.

I. Boşanma Davası Sürecinde Tedbir Nafakası

Boşanma davası sırasında hükmedilen tedbir nafakasına ilişkin hükümlerin kanuni dayanağını TMK m. 169'da bulmak mümkündür. TMK m. 169'a göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır. Bu hüküm gereğince, tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davası açıldığında³ hâkimin, eşlerin geçimine ilişkin re'sen alacağı geçici önlem niteliğindedir.

Boşanma davası açıldığında, boşanma kararının kesinleşmesine kadar, fiilen ortak hayatın devam etmesi beklenemese de, evlilik birliği devam edeceğinden, eşlerin birbirine bakım yükümlülüğü de devam eder⁴. Evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin mali güçleri oranında bakım yükümlülüğünün devam edeceği kabulü, gerek talep eden gerekse talep edilen eşin mali güçleri tespit edilmek suretiyle⁵ tedbir nafakasına karar verilebileceği sonucuna yol açar.

Boşanma davası sırasında tedbir nafakasına ilişkin herhangi bir talep olmasa dahi, ihtiyaç halinde olan ve mali gücü zayıf olan taraf lehine şartları olduğu sürece hâkimin re'sen tedbir nafakasına hükmetmesi

³ Sadece boşanma veya ayrılık davasında değil, evliliğin butlanı veya iptali davalarında da TMK m. 158 gereğince tedbir nafakasına hükmedilmelidir. Hükümün sadece yoksulluk nafakasına ilişkin olduğu yönünde dar yorum, hükümün uygulama alanını amaca uygun olmayacak yönde sınırlayabileceğinden kanımızca hüküm tedbir nafakasını da içermektedir.

⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 134; Erdem, s. 154-155; boşanma davasının açılmasının eşlere ayrı yaşama hakkı verdiği yönünde bkz. Esra Günay İnan, **Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Adalet, Ankara, 2018, s. 127; Kurt, s. 97 vd.

⁵ **Y HGK. 2-2287/627 T. 30. 05. 2019 (KAZANCI)**: "... her iki tarafın da gelirinin bulunması tedbir nafakası verilmesini engelleyici bir hâl değildir. Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir...".

gerekir. Tedbir nafakasının şartları arasında kusur aranmaz, dolayısıyla gerek talep edenin gerekse talep edilenin kusurlu olup olmaması önem arz etmez. Dava açmakta kusuru olan eş lehine dahi tedbir nafakasına hükmedilebilecektir. Kaldı ki davanın başlangıcında mümkün olan en kısa sürede tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiği düşünüldüğünde, henüz taraflardan birinin kusurlu olup olmadığının incelenmesi de mümkün olmayabilecektir⁶.

Eşlerin kusurundan bağımsız olarak hükmedilen tedbir nafakası, boşanma davasının açıldığı andan itibaren hüküm ifade etmek üzere karar kesinleşinceye kadar devam eder⁷. Hâkimin tedbir nafakasına ilişkin kararı geriye etkilidir⁸. Hâkim, dava süresince, re'sen, durumun değişmesi halinde nafaka miktarını arttırıp, azaltabileceği⁹ gibi nafakayı kaldırabilir veya daha önce tedbir nafakasına hükmetmeyen hâkim durumun

⁶ Bu değerlendirme için bkz. **Y. HGK. 81021/ 328 T. 16. 3. 2016 (KAZANCI)**: “...Bu aşamada tarafların kusur durumu belirlenemediğine göre verilecek kararda kusur bir ölçüt olarak alınamayacağı gibi, sonuçta nihai karar verilirken kusur durumunun belirlenmiş olması da tedbir nafakasının kaldırılmasını ya da ödenenlerin geri istenmesini gerektirmez...”; **Erdem**, s. 155; **Kurt**, s. 97 vd; ayrıca bkz. **Y HGK. 2-2287/627 T. 30. 05. 2019 (KAZANCI)**: “... Tedbir nafakası, talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır. Dolayısıyla tedbir nafakası takdirine ilişkin kararın, davanın açıldığı tarih itibariyle tarafların ekonomik ve sosyal durumlarına ilişkin araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerekir. Boşanma ve ayrılık davalarında, tarafların kusur durumu hiçbir şekilde tedbir nafakasının takdirine etkili bir unsur değildir...”.

⁷ **Y HGK. 2-2287/627 T. 30. 05. 2019 (KAZANCI)**: “...TMK 'nın 169. maddesi uyarınca takdir edilen tedbir nafakası, hâkim tarafından yargılama sırasında kaldırılmadığı takdirde boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesi ile kendiliğinden sona erer...”.

⁸ **Dural/ Ögüz/ Gümüş**, s. 135; **İnan**, s. 125-126; **Erdem** s. 157; **Kurt**, s. 97 vd; **Bayram**, s. 220.

⁹ Yargıtay kararı için ayrıca bkz. **Y. HGK. 2017/2-1891/1577 T. 25. 10. 2018 (KAZANCI)**: “... Yerel mahkeme tarafından davalı-karşı davacı kadın yararına 23.11.2011 tarihli ara kararı ile aylık 500 TL. tedbir nafakası takdir edilmiş, ancak mahkemece 19.12.2011 tarihli ara kararı ile davacı-karşı davalı kocanın işsiz olması ve hiçbir gelirin bulunmadığı gerekçesiyle bu tarihten geçerli olarak tedbir nafakasının durdurulmasına karar verilmiştir. Davacı-karşı davalı kocanın işsiz olması ve gelirin bulunmaması hükmedilen tedbir nafakasının tamamıyla kaldırılmasını gerektirmez. Bu durum ancak daha önce takdir edilen nafakanın indirilmesi için bir gerekçe olabilir...”.

değişmesi nedeniyle tedbir nafakasına da hükmedebilir¹⁰. Bu sonucun kanunda açık bir dayanağı yoktur. Ancak kanımızca, bu boşluk, yoksulluk nafakanın değiştirilmesine ilişkin TMK m. 176 IV, kaldırılmasına ilişkin TMK m. 176' III hükümlerinin boşluk doldurma amacıyla "kıyas" yönteminden yararlanılmak suretiyle doldurulmaktadır.

Eşlerden biri lehine tedbir nafakasına karar verilmesi neticesinde, eş lehine alacak doğar. Kararın verilmesinden sonra alacaklı eşin "feragati", bir yönüyle usul hukukuna ilişkin feragat teşkil etmekle birlikte, esas hukuk bakımından borçlu eşe yöneltilmiş ibra sözleşmesine ilişkin bir öneri niteliğinde olup, borçlu eşin açık veya örtülü kabulüyle ibra sözleşmesi niteliğine kavuşur. Lehine tedbir nafakası hükmedilebilecek durumda olan eş, açıkça tedbir nafakası istemediğini bildirmesi durumunda hâkim tedbir nafakasına hükmetmemelidir¹¹. Bu halde talep etmeme, usuli talepten feragat niteliğindedir.

Eş için tedbir nafakasının miktarı, yoksulluk nafakasında olduğu gibi belirlenir. Bu durum tedbir nafakasının yoksulluk nafakasıyla aynı nitelikte olduğu sonucuna yol açmamalıdır. Yoksulluk nafakası boşanma kararının kesinleşmesinden sonra hüküm ifade eden, boşanmanın fer'i sonuçları arasında yer alan bir nafaka türü olmakla birlikte, talep edenin diğerinden daha ağır kusurunun olmaması aranır. Tedbir nafakasında ise

¹⁰ Erdem s. 157; Kurt, s. 97 vd.

¹¹ **Y. HGK. 2-3102/ 46 T. 17. 1. 2018 (KAZANCI):** "...Somut olayda da davacı erkeğin 09.08.2011 tarihinde açtığı boşanma davasından dört gün önce davalı kadın tarafından 05.08.2011 tarihinde TMK'nın 197. maddesine göre açılmış bağımsız tedbir nafakasının olduğu anlaşılmıştır. Boşanma davasının yargılaması sırasında davalı kadın davacısı olduğu nafaka davasından 04.10.2011 tarihinde feragat etmiş ve mahkemece "feragat sebebiyle davanın reddine" karar verilmiştir. Bilindiği üzere feragat, davacının talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir (6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.309); davadan feragat, kesin hükmün sonuçlarını doğurur (m. 311). Bu açıklamalar ışığında davalı kadın, boşanma davasından önce açtığı bağımsız tedbir nafakası davasından feragat etmekle tedbir nafakası isteğinden geriye dönük olarak vazgeçmiştir. Dolayısıyla tedbir nafakası istemediği yönünde iradesini bildiren davacı yararına iradesinin aksine dava tarihinden itibaren tedbir nafakasına hükmedilmesi doğru görülmemiştir. Ancak tedbir nafakası her an doğup işleyen alacak niteliğinde olduğundan feragat tarihinden itibaren nafakaya hükmedilmesi gerekmektedir...".

tarafların kusuru önem arz etmediği gibi, bu nafaka boşanma kararının kesinleşmesine kadar devam eden bir nafakadır¹². Bu nedenle yoksulluk nafakasında olduğu gibi tedbir nafakasında da üst sınırı eşlerin mali gücü belirleyecektir.

Boşanma davasında durum bu yönde iken, tedbir nafakasının Yargıtay kararlarında oldukça sık bir şekilde ele alındığı bir diğer türü ise birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde hükmedilen tedbir nafakasıdır.

II. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Tedbir Nafakası

TMK m. 197 'e göre, “eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.”. Hükme göre, ortak hayatın devamıyla eşlerden birinin belirtilen değerleri ciddi biçimde tehlikeye düşerse ilgili eşin ayrı yaşama hakkı olduğu düzenlenmiştir. TMK m. 197 II'e göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya ilişkin önlemleri alır. TMK m. 197 II'e göre ise, eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir.” Bu düzenlemeler kapsamında eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkı tedbir nafakası olarak nitelendirilmektedir¹³. Ayrı yaşama hakkına sahip olan eş veya haklı bir sebep olmaksızın terk edilen eş veyahut ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi üzerine eşlerden biri, diğer eşten parasal katkıda bulunmasını talep edebilecektir.

Boşanma davası sırasında talep edilen tedbir nafakasından farklı olarak, bu tür tedbir nafakasında, lehine nafakaya hükmedilebilecek eşin talebi gerekir, hâkim re'sen nafakaya hükmedemez. Ayrıca talep eden eşin sebebin ortaya çıkmasında veya ortak hayatın olanaksız hale gelmesindeki

¹² Kurt, s. 97 vd.

¹³ Y HGK. 2-2287/627 T. 30. 05. 2019 (KAZANCI): “..boşanma davasından bağımsız olarak ayrı yaşama olgusuna dayalı (TMK m. 197) açılan tedbir nafakası davasının bulunması...”.

etkisi göz önüne alınacaktır. Boşanma davasında verilecek tedbir nafakası boşanma kararının kesinleşmesine kadar sürebilecek iken, ortak yaşama ara verilmesi halinde hükmedilen tedbir nafakasında fiili ayrılık devam ettiği sürece nafaka devam edecektir¹⁴.

TMK m. 200 gereğince koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır. TMK m. 200'e dayanılarak, ayrı yaşayan ve lehine nafaka hükmedilen eşin nafaka alacağı, çeşitli sebeplerin varlığı halinde kaldırılabilir, miktarı azaltılabilir veya artırılabilir, daha önce hükmedilmediği durumda talep üzerine şartları oluştuğunda nafakaya hükmedilebilir.

Bu kapsamda cevaplanması gereken bir soru olarak haklı sebeple birlikte yaşamaya ara verilmesinde tedbir nafakası davası veya boşanma davası açılırsa, daha sonra açılacak başka bir boşanma davasında verilebilecek tedbir nafakası ile birlikte yaşamaya ara verilmesi veya boşanma davasında daha önce verilen nafaka kararı arasındaki ilişki nasıl belirlenecektir?

Şayet birlikte yaşamaya ara verilmesine dayanan tedbir nafakasında *henüz tedbir nafakasına ilişkin hüküm verilmeden* boşanma davası açılmışsa, eşlerden birinin ekonomik durumu diğerine nazaran kötü olduğu sürece boşanma davasında hâkim re' sen tedbir nafakasına hükmetmelidir. Zira birlikte yaşamaya ara verilmesine dayalı tedbir nafakasında talep edenin birlikte yaşamaktan haklı sebeple kaçınıp kaçınmadığının tespiti gerekeceğinden, henüz böyle bir değerlendirmenin yapılmadığı aşama olan boşanma davasının açıldığı aşamada eşlerin ekonomik durumu göz önüne alınması şartıyla ihtiyaç halinde olan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmelidir.

¹⁴ **Y. HGK. 2-3102/ 46 T. 17. 1. 2018 (KAZANCI):** "...Bu madde eşlerin gerek haklı bir sebebe dayanarak gerekse haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınmaları ya da ortak yaşamın başka bir sebeple imkânsız hâle gelmesi hâlinde kural olarak geçici önlemlerin alınmasını düzenlemiştir. Kanunda bahsi geçen bu önlemler, ayrı yaşamının devam ettiği sürece varlığını sürdürür..."

Birlikte yaşamaya ara verilmesine dayanan tedbir nafakası davasında haklı sebebin varlığı sorunu çözülmeyen nafakaya hükmedilemeyeceği hususu göz önüne alındığında nafakaya hükmedilip edilmeyeceği yönünde kararın, boşanma davasında verilebilecek bir tedbir nafakası kararından daha geç oluşması muhtemeldir. Bu halde ayrı yaşamaya dayanan tedbir nafakasına hükmedildiği ihtimalde bu kararın davanın açıldığı andan itibaren hüküm ifade eden, geriye etkili bir karar olacağı da göz önüne alınmalıdır. Dolayısıyla *sadece ve sadece boşanma davası açıldığı andan itibaren doğan alacak bakımından*, -eşlerin ekonomik durumunda herhangi bir değişiklik olmaması şartıyla- bir alacak için iki ayrı karar verilmesi gündeme geleceğinden, daha geç tarihli tedbir nafakasına hükmeden, birlikte yaşamaya ara verilmesine dayanan tedbir nafakası davasına bakan hâkim, diğerinden daha geç verdiği kararında, “tahsilde tekerrür olmamak şartıyla” ibaresini eklemelidir. Ancak tersi durumda birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde tedbir nafakasına hükmedilmesi sonrasında eşlerin ekonomik durumunda değişme olmaksızın acaba boşanma davasında yeniden bir tedbir nafakasına karar verilmesi gerekir mi?

III. 30. 05. 2019 Tarihli 2-2287/627 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

A. Uyuşmazlık Konusu Olay ve Genel Kurul Kararı

Genel Kurul’un önüne gelen, 2-2287/627 sayılı 30.05. 2019 tarihli kararına konu olayda, uyuşmazlık konusu davanın davalısı olan eşin Rize Aile Mahkemesi’nde davacı sıfatıyla 20.10.2011 tarihinde evlilik birliğinin sarsılması nedenine dayalı olarak TMK 'nın 166/1. maddesi uyarınca boşanma davası açtığı, uyuşmazlık konusu davanın davacısı olan eş tarafından daha sonra 15.11.2011 tarihinde TMK 'nın 166/4. maddesinde düzenlenen "ortak hayatın yeniden kurulamaması" sebebine dayalı olarak dava açılmıştır. Yargıtay’ın önüne gelen uyuşmazlık bu ikinci davaya ilişkindir. Öncelikle Yargıtay yerel mahkemenin dosyaların birleştirilmesi yönündeki Özel Daire kararına direnmesini uygun bulmamıştır. Çalışmamız kapsamında asıl sorun yerel mahkemenin bu

ikinci davada tedbir nafakasına hükmetmesi gerektiği konusundaki Özel Daire kararına direnmesinin uygun olup olmadığıdır. Genel Kurul:

“...Sayılan özellikleri itibari ile anılan madde hükmünün emredici bir hüküm olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedendir ki, somut olayda olduğu gibi taraflar arasında ayrı mahkemelerde yürüyen boşanma davalarının olması veya boşanma davasından bağımsız olarak ayrı yaşama olgusuna dayalı (TMK m. 197) açılan tedbir nafakası davasının bulunması, bu davaların her birinde geçici nitelikte olan, talep ve kusur şartlarına bağlı olmayan TMK'nın 169. maddesine dayalı tedbir nafakasına hükmedilmesine engel değildir.

Kural olarak, her dava, açıldığı tarihteki şartlara göre değerlendirilir. Dolayısıyla hâkim, önüne gelen dosyada, tarafların ve çocukların gereksinimlerine bağlı olarak derdest olan diğer davaların akıbetine bağlı olmaksızın uygun bir nafakaya karar verecek, gerekli gördüğü takdirde bu nafakanın miktarında indirim ve artış da yapabilecektir. Hemen belirtilmelidir ki, birden fazla dosyada tedbir nafakasına hükmedilmesi hâlinde dahi tahsil edilecek nafaka miktarı tektir. Bu durumun karışıklığa sebebiyet vermemesi için hâkimin infazı kabil nitelikte hüküm kurması ve "tahsilde tekerrür olmamak kaydıyla" ibaresinin hükümde yer alacak şekilde nafakaya hükmetmesi gerekmektedir... Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında, tedbir nafakası konusunun Rize Aile Mahkemesi'nde karara bağlandığı, eldeki davada yeniden nafakaya hükmedilmesinin infazda sıkıntı doğuracağı, mahkemece bozma kararının birinci bendinde belirtildiği gibi birleştirme kararı verilmesi gerektiği ve birleştirme kararı ile kadın yararına hükmedilen tedbir nafakasının neticelerini doğuracağı, dolayısıyla TMK'nın 169. maddesiyle varılmak istenen sonuca ulaşılacağı, bu sebeple mahkemenin tedbir nafakasına yönelik direnme gerekçesinin bu yönüyle doğru olduğu görüşü ileri sürülmüşse de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir...”

gerekçesiyle yerel mahkemenin direnme kararını uygun bulmamıştır. Uygun bulunmayan karşı oy yazısı ise aşağıdaki gibidir.

KARŞI OY

“...Somut olayda Rize Aile Mahkemesi'nin 2011/325 esas sayılı davası... tarafından 20/10/2011 tarihinde açılmış ve davanın 06/09/2012 tarihli celsesinde davacı kadın lehine dava tarihinden itibaren geçerli olmak üzere aylık 400TL tedbir nafakasına hükmedilmiştir. Direnme kararına konu olan bu dava ise... tarafından yaklaşık bir ay sonra 15/11/2011 tarihinde açılmıştır.

Tarafları ve dava konusu aynı olan diğer davada dava tarihinden itibaren nafakaya hükmedilmiş olması karşısında, bu davada hükmedilecek olan bir nafakanın fiilen tahsil imkânı bulunmamaktadır. Zira nafaka hükmü kurulan dava önce açılan dava olduğu için 20/10/2011 tarihi öncesinde bir nafakaya hükmedilmesi mümkün değildir. Ayrıca mahkemece “tahsilde tekerrür olmamak üzere” olduğu belirtilerek nafaka hükmü kurulsa bile özellikle olayımızda olduğu gibi farklı yerlerde açılan davalarda her iki nafakaya ilişkin ara kararının da icra takibine konu edilmesi ve bunun sonucunda aynı dönem için iki ayrı kararın infazı ve iki nafakanın tahsilinin söz konusu olabildiği uygulamada oldukça sık karşılaşılan durumlardır...”

B. Sonraki Tarihli Tedbir Nafakası Kararının Tespit Niteliğinde Olması

Öncelikle sorunun çözümünde nafaka kararının niteliği ve sonuçlarından yola çıkarak Hukuk Genel Kurulu kararı ve karşı oy yazısındaki gerekçelerin isabetli olup olmadığı değerlendirilmelidir. Somut olayda görüleceği üzere önceki tarihli davada verilecek nafaka kararı her ne kadar sonraki tarihli davanın açılmasından sonra verilmiş olsa da, önceki tarihli davanın açıldığı andan itibaren geriye etkili olarak hüküm ifade edecektir. Bu halde önceki tarihli davadaki nafaka kararı, bir yönüyle eş lehine alacak hakkı doğuracağından yenilik doğurucu niteliktedir. Dolayısıyla önceki tarihli davada karar verilmişse, sonraki tarihli boşanma davasında tedbir nafakasına ilişkin karar ya bir tespit niteliğinde karar olacak ya da yine önceki tarihli davada verilen kararı değiştirmeyi gerektiren hususlar varsa değiştirici yenilik doğuran karar veyahut nafakayı ortadan kaldırmayı gerektiren sebepler varsa bozucu yenilik doğuran karar niteliğinde olacaktır. Somut olayda sonraki tarihli davada verilmesi istenen karar

tespit niteliğinde karar olacaksa, salt bu nedenle nafakaya ilişkin herhangi bir karar verilmemesinin Hukuk Genel Kurulu'na uygun görülmemesi isabetli değildir.

Öncelikle, tedbir nafakasına hükmedilme şartları aynı olan iki davadan, önceki tarihli davada bir karar alacak hakkının doğduğu, daha sonra verilecek tedbir kararının önceki tarihli davada verilen karar ile doğan alacak hakkının tespiti niteliğinde olabileceği söylenebilir. Sonraki tarihli davada verilecek karar yenilik doğurucu nitelik taşımadığı sürece, kararın verilmemiş olmasının pratik etkisi yoktur.

C. Sonraki Tarihli Davada Eşlerin Mali Güçlerinin Değişmemesine Rağmen Tedbir Nafakasına Hükmedilmesinin İsabetsizliği

İkinci bir husus olarak belirtmek gerekir ki; önceki tarihli davada verilecek bir tedbir nafakasıyla alacak hakkının doğumu -önceki tarihli karar ile sonraki karar arasındaki sürenin de göz önüne alınması şartıyla- sonraki tarihli davada lehine nafaka verilen eşin mali durumunun belirlenmesinde göz önüne alınacaktır. Bu kapsamda, kural olarak, daha önce lehine tedbir nafakasına hükmedilen eşin, sonraki tarihli davada eşlerin mali güçlerinde değişiklik olmadığı gerekçesiyle nafakaya hükmedilmeyebilir. Meğerki önceki tarihli tedbir nafakası kararı sonrası, eşlerin mali güçlerinde nafaka miktarını azaltacak, arttıracak veya ortadan kaldıracak sebepler var olsun.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, haklı sebeple terk eden eş veya haklı olmayan sebeple terk edilen eş, şartları mevcut ise boşanma davası açabilir veya kanunda belirtilen sebeplere dayanılarak kendisine karşı boşanma davası açılmış olabilir. Bu halde, daha önce birlikte yaşamaya ara verilmesi nedeniyle lehine nafakaya hükmedilen eş için boşanma davasında ayrıca bir tedbir nafakasına hükmedilip edilmeyeceği değerlendirilmesi gerekir.

Kanımızca boşanma davasında henüz tedbir nafakasına karar verilmeden önce, birlikte yaşamaya ara verilmeye dayalı veya daha önce açılmış bir boşanma davasında tedbir nafakasına hükmedilmişse, sonraki tarihli boşanma davasında eşlerin ekonomik durumunu hızlı bir şekilde

araştıracak olan hâkim, lehine nafakaya hükmedilen eşin diğer eşten bir alacak hakkı sahibi olduğu ve ekonomik durumunun alacak hakkı nedeniyle iyileşmesine ve eşlerin önceki tedbir nafakasına hükmedilmesiyle oluşan mali durumlarında herhangi bir değişiklik olmadığına dayanarak nafaka verilmesine yer olmadığını tespit edebilecek bu halde boşanmada tedbir nafakasına hükmetmeyebilecektir¹⁵. Ancak bu halde dahi boşanma davasına bakan hakim, tedbir nafakası kararı vermemesinin gerekçelerini oluşturmak zorundadır.

Öncelikle şu hususu belirlemek gerekir. Gerek birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda nafakada gerekse boşanma davasında tedbir nafakasında lehine nafakaya karar verilen eş ekonomik durumu diğerine nazaran daha kötü durumda olan ve ihtiyaç içerisinde olan eş, nafaka yükümlüsü ise ekonomik durumu diğerine nazaran daha iyi durumda olan eştir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ekonomik gücü diğerinden daha zayıf olan eş haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınmış olabilir. Davacısı olduğu bu davada tedbir nafakası talebi reddedilecek ancak kanunda yer alan sebeplere dayanarak kendisinin açabileceği veya kendisine karşı açılacak boşanma davasında ekonomik durumu diğer eşten daha yetersiz ise lehine tedbir nafakasına re'sen hükmedilebilecektir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, haklı sebep olmaksızın terk eden eş veya haklı sebeple terk edilen ve ekonomik durumu diğer eşten daha kötü durumda olan eş boşanma davası açarsa, davalısı olduğu birlikte yaşamaya ara verilmesine dayanan tedbir nafakası davasında ekonomik gücünün yetersizliğinden aleyhine tedbir nafakasına hükmedilmeyebilecek ancak davacısı olduğu boşanma davasında lehine tedbir nafakasına hükmedilebilecektir.

¹⁵ Herhalde hâkim boşanma davasında karar kesinleşinceye kadar, şartları olduğu ihtimalde nafakaya ilişkin yeniden bir karar alabilecek, ekonomik durumun değişmesi durumunda nafakaya hükmedebilecektir.

IV. 25.10.2018 Tarihli 2-1891/ 1577 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararının İncelenmesi

A. Uyuşmazlık Konusu Olay ve Genel Kurul Kararı

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen uyuşmazlıkta, tarafların 20.02.2011 tarihinde evlendikleri, aralarındaki anlaşmazlıklar sebebiyle karşılıklı olarak boşanma davası açtıkları anlaşılmaktadır. Mahkemece 23.11.2011 tarihli ara karar ile davalı-karşı davacı kadın yararına 500,00 TL tedbir nafakasına hükmedilmiş ise de akabinde 19.12.2011 tarihli ara karar ile "kocanın işsiz olduğu, hiç bir gelirin bulunmadığı" belirtilmek suretiyle sözü edilen tarih itibariyle tedbir nafakasının geçici olarak durdurulmasına karar verilmiştir. Nihai yargılama sonunda ise davacı-karşı davalı erkeğin boşanmaya yol açan olaylarda bir kusurunun bulunmadığı, davalı-karşı davacı kadının ise başkası ile aşk ve gönül ilişkisi içerisine girdiği, bu sebeple tam kusurlu olduğu gerekçesiyle, erkeğin davasının kabulüyle tarafların boşanmalarına, kadının davasının ise reddine karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine Özel Dairece yapılan incelemede; mahkemenin boşanma ve kusur belirlemesine dair gerekçesi onanmak suretiyle kesinleşmiş, karar sadece "tedbir nafakasına" dair olarak bozulmuştur. Yerel mahkeme kararında direnmiş, uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na intikal etmiştir. Genel Kurul

*“Kararın temyizi üzerine Özel Dairece yapılan incelemede; mahkemenin boşanma ve kusur belirlemesine dair gerekçesi onanmak suretiyle kesinleşmiş, karar sadece "tedbir nafakasına" dair olarak bozulmuştur. Yukarıda da açıklandığı üzere mahkemenin direnme gerekçesinin aksine **erkeğin gelirinin bulunmaması**, kadının çalışıyor olması veya kusur durumu kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil eden vakıalar değildir.*

Hâl böyle olunca tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...”

gerekçesiyle Yerel Mahkeme'nin direnme kararını uygun görmemiştir.

B. Nafaka Verilmesi Şartlarının Uyuşmazlık Konusu Olayda Gerçekleşmemiş Olması

Boşanma davası sırasında tedbir nafakasına hükmedilirken, lehine hükmedilecek eşin mali gücünün geçimini sağlamaya yeterli olmaması ve ihtiyaç halinde olması, diğer eşin ise mali gücünün katkı sağlamaya elverişli olması gerekmektedir¹⁶. Somut uyuşmazlık bakımından lehine tedbir nafakasına hükmedilen eş ihtiyaç içerisinde bulunsa dahi, aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşin mali gücü katkı sağlamaya elverişli değildir. Bu nedenle tedbir nafakasına hükmedilme şartlarından birisi gerçekleşmemiştir. Bu açıdan karar isabetsiz.

C. Kararın Gerek Kendi İçerisinde Gerekse Diğer Genel Kurul Kararlarıyla Çelişkili Olması

Aleyhine tedbir nafakasına hükmedilen eşin gelirin bulunmaması ve diğer eşin ihtiyaç halinde bulunması her iki eşin mali gücünün yetersiz olduğu, bu surette her iki eşin mali gücünün birbirine yakın olduğunu da göstermektedir. Kararın gerekçesinde, eşlerin ekonomik durumunun birbirine yakın olması halinde tedbir nafakasına hükmedilmeyebileceği belirtilmektedir:

“...Yine, her iki tarafın da gelirin bulunması tedbir nafakası verilmesini engelleyici bir hâl değildir. Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir...”

Genel Kurul, kararında bir taraftan eşlerin ekonomik durumunun birbirine yakın olması halinde tedbir nafakasına hükmedilmeyeceğini belirtirken, aynı kararda bu gerekçeye aykırı şekilde hüküm kurmakta, her iki eşin gelirin bulunmadığı, yetersiz olduğu ve ekonomik güçlerinin bu surette birbirine yakın olduğunu göz ardı ederek tedbir nafakasına hükmetmektedir. Ayrıca Genel Kurul’un daha önce verdiği kararlarda da aynı gerekçeyi kullandığı görülmektedir. Genel Kurul ilgili hükmü ile

¹⁶ Bayram, s. 224 vd.

tedbir nafakasına hükmetmekle, daha önce verilen kararlarıyla da çelişki oluşturmuştur¹⁷. Karar bu açılardan isabetsizdir.

D. Kararın Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirme Hakkını İhlal Etmesi

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru neticesinde verdiği bir kararına¹⁸ konu olan olayda, başvuru nafaka artırım davası sonucunda elde ettiği gelirden daha yüksek miktarda nafaka ödemeye karar verilmesi nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvuru 16/9/1994 tarihinde K.G. ile evlenmiş, Konya 3. Aile Mahkemesinin 7/1/2011 tarihli kararı uyarınca evlilik birliğinin temelden sarsılması nedeniyle boşanmalarına hükmedilmiştir. Tarafların dört çocuğu bulunmaktadır. Kararda başvuru boşandığı eşine ayda 100 TL, her bir müşterek çocuk için de ayrı ayrı 75 TL nafaka ödemesine karar verilmiştir. Söz konusu karar Yargıtay denetiminden geçerek kesinleşmiştir. Başvuru boşandığı eşi K.G. 19/12/2014 tarihinde kendisi ve çocukları yönünden hükmedilen nafaka miktarının artırılması talebiyle Konya 4. Aile Mahkemesinde (Mahkeme) dava açmıştır. Başvuru 9/1/2015 tarihli cevap dilekçesinde; Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde şirket elemanı olarak asgari ücretle çalıştığını, nafaka artırımını karşılayacak maddi gücünün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme 26/5/2015 tarihinde davanın kısmen kabulüne karar vermiştir. Kararda K.G. lehine aylık 250 TL, üniversite öğrencisi çocuk lehine aylık 300 TL, diğer üç çocuk için ayrı ayrı aylık 150 TL nafaka ödenmesine hükmedilmiştir. Başvuru temyiz talebinde bulunmuştur. Temyiz dilekçesinde başvuru; Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde şirket elemanı olarak asgari ücretle çalıştığını, aylık 950 TL maaş aldığını,

¹⁷ Y. HGK. 2-1578/ 791 T. 18. 4. 2018; Y. HGK. 2-1579/ 673 T. 4.4. 2018 (KAZANCI): "...Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir...".

¹⁸ Bu karar için bkz. İbrahim Acar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/3140, T.7/11/2019 (30981 Sayılı, 17/12/2019 tarihli Resmi Gazete)

buna karşılık Mahkemece toplamda 1.000 TL nafakaya hükmedilmesinin haksız ve fahiş olduğunu belirtmiştir. Karar Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 30/11/2015 tarihli kararıyla onanmıştır.

Anayasa Mahkemesi, şu gerekçelerle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre;

“...Bunun yanı sıra derece mahkemelerinin özel kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda takdir yetkilerini kullanırken tarafların çatışan menfaatleri arasında adil bir denge sağlayıp sağlamadıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Her iki tarafın menfaatlerinin mümkün olduğunca dengelenmesi ve sürecin taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir sonuca yol açmaması gerekir. Menfaatler dengesinin kurulmasında taraflardan biri aleyhine bireysel olarak aşırı ve olağan dışı bir külfetin yüklenmesi, pozitif yükümlülüklerin ihlali sonucunu doğurabilir. Olayın bütün koşulları ve taraflara tanınan tüm imkânlar ile tarafların tutum ve davranışları göz önünde bulundurularak menfaatlerin adil bir şekilde dengelenip dengelenmediği değerlendirilmelidir. Bu adil dengenin sağlanıp sağlanmadığının denetiminde derece mahkemelerinin ortaya koyduğu gerekçeler büyük önem taşımaktadır...”

Bu durumda derece mahkemelerinin kararlarının başvuruçunun maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin davanın sonucuna etkili olabilecek mahiyetteki iddia ve itirazlarına cevap verecek nitelikte yeterli bir gerekçe içermediği tespit edilmiştir. Bu sebeple kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının korunmasına yönelik usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır. Dolayısıyla bireysel başvuruya konu olayda kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerin kamu makamlarınca yerine getirilmediği sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”

Mahkeme, gerekçede de görüleceği üzere, Yargıtay'ın tedbir nafakasına hükmederken, gerekçelerinin yetersiz olduğu, gelirinin nafaka artırım talebini karşılamaya yeterli olmamasına rağmen başvuruçuyu aleyhine nafakaya hükmedilmesinin dayanaklarını ortaya koymadığını tespit etmiştir.

Çalışmamızın kapsamında yer alan Genel Kurul kararında da görüleceği üzere, Genel Kurul, tedbir nafakasına hükmedilmesinin gerekçelerini yeterli şekilde ortaya koymamış, yukarıda belirttiğimiz üzere, gerekçe olarak ifade ettiği hususlara aykırı nitelikte karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı da göz önüne alındığında, Genel Kurul kararının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal eder nitelikte karar verdiği, kararın gerekçesi ile kararın uyumlu olmadığı hatta gerekçenin yetersiz ve doyurucu olmaktan uzak olduğu görülmektedir.

Sonuç

Hukuk Genel Kurulu, 2-2287/627 sayılı 30.05. 2019 tarihli kararında, gerek tarafların ekonomik durumunda herhangi bir değişme olmaksızın gerekse kararın niteliği göz önüne alındığında tedbir nafakasına hükmedilmesinin gereklerine uygun nitelikte karar vermemiştir. Genel Kurul, karşılıklı açılan boşanma davalarında, önceki tarihli boşanma davasında tedbir nafakasına hükmedilmesinin, sonraki tarihli boşanma davasını etkileyemeyeceği ve sonraki tarihli boşanma davasında şartlar değişmemiş olsa dahi tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Önceki tarihli davada karar verilmişse, tedbir nafakasını değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı gerektiren sebepler bulunmadığı sürece sonraki tarihli boşanma davasında tedbir nafakasına ilişkin karar tespit niteliğinde bir karar olacaktır. Boşanma davasında henüz tedbir nafakasına karar verilmeden önce, daha önce açılmış bir boşanma davasında tedbir nafakasına hükmedilmiş olabilir. Sonraki tarihli boşanma davasında eşlerin ekonomik durumunu hızlı bir şekilde araştırarak olan hâkim, lehine nafakaya hükmedilen eşin diğer eşten bir alacak hakkı sahibi olduğu ve ekonomik durumunun alacak hakkı nedeniyle iyileşmesine ve eşlerin önceki tedbir nafakasına hükmedilmesiyle oluşan mali durumlarında herhangi bir değişiklik olmadığına dayanarak nafaka verilmesine yer olmadığını tespit edebilecek bu halde boşanmada tedbir nafakasına hükmetmeyebilecektir. Karar bu açılardan isabetsizdir.

Genel Kurul'un 25.10.2018 Tarihli 2-1891/ 1577 sayılı kararında tedbir nafakasına hükmetme şartlarının gereklerine uygun karar vermediği

görülmektedir. Genel Kurul, önüne gelen uyuşmazlıkta, aleyhine nafakaya hükmedilmesi talep edilen eşin gelirin bulunmaması ve mali gücünün nafakaya hükmedilmesi bakımından yetersiz olması durumunda dahi tedbir nafakasına hükmedileceği yönünde karar vermiştir. Karar, öncelikle nafaka verilme şartlarından birisi olan nafaka yükümlüsü eşin mali gücünün yeterli olması şartının gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmeden verilmiştir. Bir diğer açıdan ihtiyaç halinde olan eş ile, kendisinden nafaka talep edilen eşin gelirin bulunmaması hali, her iki eşin ekonomik gücünün birbirine yakın olduğunu ortaya koymakta, hatta her iki eşin ekonomik güçsüzlüğünün varlığının tespitini gerektirmektedir. Ayrıca Genel Kurul'un önceki tarihli kendi kararları ve inceleme konusu olaydaki gerekçede, eşlerin ekonomik durumunun birbirine yakın olması halinde tedbir nafakasına hükmedilmeyebileceği ifade edilmektedir. Karar hem Genel Kurul'un kendi kararıyla hem de gerekçe olarak ifade edilen hususla çelişki oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, nafaka artırım talebinin kabulüyle geliri yetersiz olan başvuru aleyhine nafakaya hükmedilmesi ve bu kararın gerekçelerinin yetersiz olduğunu kabul ederek, başvuru lehine kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiğini kabul etmektedir. İnceleme konumuzda yer alan karar da aynı sonucu doğurmaktadır. Kararda, geliri olmayan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilmesi ve bu kararın gerekçelerinin doyurucu olmaması, karar ile gerekçenin uyumlu olmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının ihlal edildiği kabul edilmelidir.

Kaynakça

- [1] BAYRAM, Aziz Erman: “Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi (TBB)*, 2019 / 144, s. 213-248.
- [2] BOZDAĞ, Gonca Gülfem: *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka*, Ankara 2015
- [3] DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku*, Filiz, İstanbul, 2019.
- [4] ERDEM, Mehmet: *Aile Hukuku*, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2019
- [5] İNAN, Esra Günay: *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri*, Adalet, Ankara, 2018.
- [6] KURT, Ekrem: “Boşanma Davasında Hâkimin Alacağı Geçici Önlemler (MK m. 169)” *Antalya Bilim Üniversitesi Dergisi*, 2013/1, s. 97-109.

MEDENÎ KANUNA GÖRE SENEDE BAĞLANMAMIŞ ALACAK REHNİ KAPSAMINDA REHİNLİ ALACAKLININ PARAYA ÇEVİRME BAKIMINDAN OLANAKLARI*

Arş. Gör. Dr. Barış DEMİRSATAN**

Öz

Rehin hakkı, rehinli alacaklıya rehni paraya çevirme yetkisi verir. Rehni kural olarak cebri icra yoluyla para çevrilir. Buna karşılık, taşınmazlar dışında rehinli alacaklıya özel yolla paraya çevirme yetkisi tanınması da mümkündür. Alacak rehni bakımından rehni paraya çevrilmesi yeterince etkili bir güvence sağlamaz. Bu nedenle uygulamada rehinli alacaklıya sıklıkla alacağı tahsil yetkisi verilmektedir. Genel işlem ehliyeti kapsamında bu yetkinin verilmesinde bir engel bulunmamakla birlikte temsil yetkisi her zaman geri alınabileceği için bu çözüm yeterince uygun değildir. Alacağı tahsil yetkisinin rehin hakkının unsuru olarak özel paraya çevirme yetkisi kapsamında rehinli alacaklıya tanınması en fonksiyonel çözümdür. Fakat bu çözümün rehin haklarında egemen olan tipe bağlılık ilkesiyle bağdaşması gerekir. Bu yetki rehin verenin durumunu olumsuz yönde etkilemediğinden ve paraya çevirme ile benzer sonuçlar doğurduğundan bunun tipe bağlığa aykırı olmadığı kabul edilmelidir.

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.04.2021- Kabul Edildiği Tarih: 04.05.2021
Bu çalışma, 14-15 Nisan 2021'de İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Teminat Hukuku Sempozyumu'nda (Online) bildiri olarak sunulan tebliğin tam
metnidir.*

** *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı,
baris.demirsatan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0228-5236.
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1005*

Böylece alacak rehni işlevini koruyabilir. Bu hususta doğabilecek kuşkuları bertaraf etmek adına, karşılaştırmalı hukuktaki örnekler esas alınarak yasa değişikliği yapılması isabetli olacaktır.

Anahtar Sözcükler: Alacak rehni, paraya çevirme, alacağın tahsili, takas, tipe bağlılık.

Pledgee's Powers in Terms of Foreclosure within the Scope of Pledges on Receivables Not-Evidenced in Writing

Abstract

The pledge empowers the pledgee to foreclosure. As a rule, foreclosure is carried out through compulsory execution. However, except immovable, private foreclosure is also permitted. In terms of pledge on receivables, foreclosure does not provide a sufficiently effective guarantee. Therefore, in practice, the pledgee is frequently given the authority to collect the receivables. Although there is no obstacle in granting this authority by ordinary agency, such solution is also not suitable as the representation authority can always be withdrawn. The most functional solution is to give the collection authority to the pledgee as an element of the pledge right. However, this solution must comply with the coercion of type that prevails in pledge rights. Since this authority does not adversely affect the status of the pledgor and it has similar consequences to liquidation such authority is deemed to be in accordance with the coercion of type. Thus, it permits the pledge on receivable to fulfil its function. In order to eliminate the doubts that may arise in this matter, it would be appropriate to make a law amendment based on the examples in comparative law.

Keywords: Pledge on receivable, foreclosure, collection of receivable, set-off, coercion of type.

Giriş

Rehin hakkı, alacaklıya rehin konusunu paraya çevirme yetkisi veren ve bu şekilde rehinle güvence altına alınan alacağın tahsil edilmesini sağlayan aynî haktır¹. Bu itibarla alacağın paraya çevrilmesi bu hakkın aynî içeriğinin unsurudur. Rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvuran rehinli alacaklı, rehin verenin rehin konusu üzerindeki haklarını onun adına kullanmaz, aksine kendi hakkını, kendi adına ve hesabına kullanmaktadır².

Medeni Kanun m. 954 uyarınca rehin hakkı devredilmesi ve bu sayede paraya çevrilmesi mümkün olacak hakları üzerinde kurulabilir. Alacak hakkı aynî nitelik taşımadığı için yukarıda aynî hak olarak tanımlanan rehin hakkına konu edilmeleri sorgulanabilir. Burada, rehne konu hakkın kapsamındaki paraya çevirme yetkisinin bağımsızlaştırılmasından doğan bir hak söz konusu olduğundan, kurulan rehin hakkının rehin konusu hakla aynı nitelikte olduğunun kabulü lazım gelir³. Ancak bu konudaki kuramsal tartışma bir yana bırakılırsa⁴, MK m. 954/I hükmü uyarınca kurulan rehin haklarının rehinli alacaklıya paraya çevirme yetkisi verdiği duraksama bulunmadığı görülecektir.

Rehnedilen hakkın alacak hakkı olması nedeniyle, rehinli alacaklının rehnedilmiş alacak hakkı üzerinde rehin hakkı kapsamında elde ettiği veya

¹ OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2020, N. 105; SEROZAN, Rona: Eşya Hukuku I, İstanbul 2014, N. 170; SİRMEN, A. Lâle: Eşya Hukuku, Ankara 2016, s. 30; NOMER, Halûk N./ERGÜNE, M. Serkan: Eşya Hukuku, İstanbul 2020, N. 963; TEKİNAY, S. Sulhi: Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994, s. 70.

² HELVACI, İlhan: Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s. 129; Rehin alanın, rehin verenin rızası olmadan rehin konusu üzerinde paraya çevirme yetkisine istinaden tasarruf edebildiği: BAUER, Thomas: Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, Basel 2015, Art. 891 ZGB, N. 31.

³ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 2688a ve 3796; SEROZAN, N. 1552. Aksi yönde, aynî sayılması gerektiği görüşünde: SİRMEN, A. Lâle: Alacak Rehni, Ankara 1990, s. 9-10.

⁴ Tartışmanın pratik sonucu olmadığı, eşya üzerindeki rehin hakkına eşdeğer özelliklere sahip olduğu hususunda: DE GOTTRAU, Nicolas/FOËX, Bénédicte: Commentaire Romand Code civil II, Basel 2016, Art. 899 CC, N. 5.

edebileceği yetkilerin incelenmesi gereklidir. Bu bağlamda rehin hakkının kuramsal sınırları, ekonomik gereksinimler ve rehin veren ile alanın menfaatleri birlikte değerlendirilmelidir. Senede bağlanmamış alacak rehninde, bilhassa kıymetli evraklarda, özellikli hallerle karşılaşma olasılığı nedeniyle çalışma, senede bağlanmamış alacakların rehnine hasredilmiştir.

I. Rehin Cebri İcra Yoluyla Paraya Çevrilmesi

Rehin hakkının temel işlevi, güvence altına alınmış alacak karşılanmadığı takdirde rehin konusunun paraya çevrilmesi suretiyle alacağın tahsilinin sağlanması olduğuna göre, alacak rehninde de rehinli alacaklının güvence altına alınmış alacağı yerine getirilmediğinde rehinli alacaklı, rehnedilmiş alacağı paraya çevirme yoluna gidebilir⁵. MK m. 954/II göndermesiyle uygulanan teslim bağli rehne ilişkin MK m. 946/I hükmü bu olanağı açıkça öngörmektedir.

Rehin paraya çevrilme yolu hususunda alacak rehnine ilişkin MK m. 954 vd. ve teslim bağli rehne ilişkin MK m. 939 vd. hükümlerinde açıklık yoktur. İcra ve İflas Kanunu m. 23/II hükmüyle bu kanundaki taşınır rehni kavramının alacak rehnini de içerdiğini düzenlemiştir. Buna göre, İİK m. 145-147 ve m. 150/h hükümleri uyarınca alacak rehninde, İcra ve İflas Kanununun taşınır rehnine ilişkin hükümlerinin paraya çevirme prosedüründe uygulanacağı açıktır. Rehinli alacaklı, anılan hükümler çerçevesinde takipte bulunarak cebri icra kanalıyla alacağını tahsil

⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 3682, 3823; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret: Eşya Hukuku, Ankara 2015, s. 561 ve 565; NOMER/ERGÜNE, N. 1338, 1341, 1366; WIELAND, Carl: Kanunu Medenîde Aynı Haklar, Çeviri: İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946, İMK m. 891, N. 1, İMK m. 899, N. 5; AKİPEK, Jale G./AKINTÜRK, Turgut: Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 871; SİRMEN, Rehin, s. 86. Rehin paraya çevrilmesi sonucunda rehin hakkı temel işlevini görmüş olur ve sona erer. Paraya çevirme sonucunda rehinli alacaklının alacağının karşılanma oranı önemli değildir: SARI, Suat: Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2007 Sayı: 50, s. 407 dn. 6. Bu nedenle rehin paraya çevirmeye sona ermesini, fer'ilik ilkesine istinaden güvence altına alınan alacağın karşılanmasıyla sona ermesine bağlamakta isabet yoktur. Karş. USTAOĞLU, Funda: Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni, İstanbul 2019, s. 201.

edebilir. Bu kapsamda, ilgili takip süreçleri tamamlandıktan sonra rehnedilen malvarlığı unsuru cebri icra yoluyla satışa çıkarılır, ihale sonucunda merhun alıcı tarafından iktisap edilir. Dolayısıyla bu yolla, rehnedilmiş alacağın cebri icra ile satılması ve alıcı tarafından devralınması söz konusu olacaktır. İkinci bir imkân olarak, rehnedilmiş alacak, rehinli alacaklı tarafından ifa uğruna veya yerine devralınabilir (İİK m. 150/g atfıyla İİK m. 120). Bu olasılıkla kıymet takdiri ve ihale sürecine ilişkin dezavantajlar söz konusu olmasa da icra kanalıyla takip başlatılması ve kesinleştirilmesi yine gerekli olacak ve bu süreçte gecikme yaşanması, masraf yapılması söz konusu olabilecektir.

Kuramsal açıdan açık ve basit olan bu yola uygulamada sıklıkla başvurulduğunu söylenemez. Öyle ki Türk yargı uygulamasında alacak rehninin cebri icra kanalıyla paraya çevrilmesine ilişkin yayınlanmış yüksek mahkeme kararına ulaşmak mümkün gözükmemektedir. Bu durum yadırgatıcı değildir, zira cebri icra kanalıyla alacak rehninin paraya çevrilmesi pratik gereksinimleri karşılama hususunda yetersiz kalabilir. Nitekim uygulamada cebri icra yoluna başvurma yerine, rehnedilmiş alacak için rehinli alacaklıya tahsil yetkisi tanınması yoluna gidilmektedir.

Alacağı cebri icra yoluyla kazanmak isteyen isteklilerin bulunması düşük bir olasılıktır. Zira istekli, ihaleyi kazandığı takdirde iktisap ettiği alacağı tahsil riskini üstlenmektedir. Ayrıca ihale edilen rehnedilmiş alacak muaccel değilse, muacceliyeti de beklemek zorunda kalacaktır. Üstelik bu durumda ihaleyi kazanan alacaklının, alacağın devrine ilişkin garanti sorumluluğuna başvurma imkânı yoktur. Çünkü alacak, rehnedilmiş alacağın alacaklısı olan rehin verenin iradesi dışında cebri icra kanalıyla devredilmektedir. Cebri icra yolu ile satış icra hukukuna özgü bir işlem olduğundan⁶ rehin veren veya rehinli alacaklı ile ihaleyi kazanan istekli arasında garanti sorumluluğunu doğuran bir hukuki işlemin bulunduğu kabul edilemez. Bu itibarla ihale sonucunda gerçekleşen devir, TBK m.

⁶ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2018, s. 160-161.

185 uyarınca yasal devir olarak nitelendirilmek ve garanti sorumluluğu dışında kabul edilmek gerekir⁷.

Rehnedilmiş alacak muaccel olduğu takdirde, borçlusunun icra dairesine ödeme yapıp yapamayacağı veya İİK m. 90 hükmü çerçevesinde icra dairesinin tahsil talebinde bulunup bulunamayacağı da değerlendirilmelidir. İİK m. 150/g hükmünde sayılan düzenlemeler arasında olmadığından haciz takip yoluna özgü İİK m. 90, rehinin paraya çevrilmesi kapsamında uygulanmaz. Aynı nedenle, İİK m. 89 uyarınca icra dairesine ödemenin yapılmasına yönelik bildirim bulunulması mümkün değildir. Ödeme emrine ilişkin İİK m. 146 hükmünden takibin, rehnedilmiş alacağın borçlusuna da yöneltileceği anlaşılmamaktadır. Bu itibarla rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takipten haberdar olan yahut olması gereken rehnedilmiş alacağın borçlusunun MK m. 961/II, III çerçevesinde hareket etmesi gerektiği söylenebilir.

Söz konusu prosedür rehinli alacaklı ve rehin veren için de olumsuzluklar içermektedir. Hemen her olasılıkta, ihale bedeli rehnedilmiş alacağın tutar veya değerinden düşük olacaktır. Böylece rehin verenin gösterdiği güvence yetersiz kaldığı için şahsi sorumluluğu devam edebilir. Rehinli alacaklı da rehnedilmiş alacağın kapsamı yetersiz kaldığı takdirde güvencenin sağlayacağı menfaatten tamamen yararlanamamış olabilir. Cebri icra masrafları ve icra sürecinin gerektiği zaman belirtmeyi gerektiren diğer dezavantajlar arasındadır.

⁷ REETZ, Peter/BURRI, Christof: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Zürich 2016, Art. 173 OR, N. 10; SPIRIG, Eugen: Zürcher Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, Zürich 1993, Art. 173 OR, N. 11. Mahkeme kararıyla alacağın devrine hükmedildiği durumlar da TBK m. 185 kapsamında yer almaktaysa da yargısal devrin hukuki sebebinde alacağı devir taahhüdü bulunuyorsa garanti sorumluluğu mevcuttur: OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, İstanbul 2018, N. 1824; Ayrıntılı bilgi: ENGİN, B. İlkey: Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 103-104.

Bu yöntem bir olasılıkta rehin veren ve rehin alan açısından avantajlı sayılabilir. Eğer rehnedilmiş alacak, güvence teşkil ettiği alacaktan daha sonra muacceliyet kazanacaksa, rehinli alacaklı rehnedilmiş alacağın muaccel olmasını beklemeden salt kendi alacağının muaccel olması⁸ üzerine rehinin paraya çevrilmesi için takip başlatabilir⁹. Ancak rehnedilmiş alacağın muacceliyeti ne kadar uzaksa, bu alacağa takdir edilen kıymet o ölçüde düşer, isteklilerin bulunması olasılığı daha da zayıflar.

II. Rehlin Özel Yolla Paraya Çevrilmesi

A. Genel Olarak

Rehin hakkının kullanımı için cebri icra yoluna başvurulması genel esastır. Buna karşılık rehin hakkının rehinli alacaklıya verdiği rehin konusunu paraya çevirme yetkisinin İcra ve İflas Kanunu uyarınca sadece cebri icra organları aracılığı ile kullanılmasının zorunlu olup olmadığı rehin hukukuna ilişkin yanıtlanması gereken önemli bir sorudur. Başka bir deyişle, rehinli alacaklıya rehin hakkının unsurunu teşkil eden paraya çevirme yetkisini aracısız olarak kullanma imkânının tarafların anlaşması suretiyle verilip verilemeyeceği rehin hukukundaki önemli meseleler arasındadır.

Bu konuda değerlendirmeye başlamadan önce, özel yolla paraya çevrilmenin alacağı tahsil yetkisi tanıma veya temsille karıştırılmaması gerektiği vurgulanmalıdır. Rehlinli alacaklıya tanınan özel yolla para çevirme yetkisi, nitelik ve kapsam bakımından cebri icra yoluyla tanınan yetkiyle özdeştir¹⁰. Bu durumda, özel yolla paraya çevirme yetkisi rehin hakkının unsurudur. Rehnedilmiş alacak, rehinli alacaklı tarafından kendi adına ve hesabına para çevrilir. Bu yetki, cebri yolla paraya çevirme yetkisinin sağladığı olanakları aşamaz. Her iki durumda da rehin konusunun paraya çevrilmesinden ibarettir. Farklılık araya cebri icra

⁸ Rehlin paraya çevrilebilmesi için rehinli güvence altına alınmış alacağın muacceliyet kazanması gerekir: BAUER, Art. 891 ZGB, N. 5; SİRMEN, *Rehin*, s. 85.

⁹ SİRMEN, *Rehin*, s. 86.

¹⁰ Aynı hukuki sonuçlara sahip olduğu şeklinde: BAUER, Art. 891 ZGB, N. 29.

organlarının girip girmemesinden ibarettir¹¹. Buna karşılık, alacaklı rehin konusunu borçlu adına paraya çevirdiği takdirde, hukuki durum temsil ilişkisi çerçevesinde çözümlenir. Rehinden ayrı ve rehne yabancı bir hukuki yapılanma mevcuttur. Bu olasılıkta rehin hakkının içeriğine ilişkin bir yetkinin kullanımı söz konusu olmaz¹².

B. Alacak Rehninde Özel Yolla Paraya Çevirme Olanığı

Aynî haklara ilişkin esaslara tâbi olan rehin haklarında sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkeleri geçerlidir. Bu kapsamda alacaklıya cebri icra organlarına başvurma gereği kalmadan¹³ rehnin paraya çevrilmesi yetkisi tanınması hakkın içeriğinin değiştirilmesi anlamına geldiğinden, konunun tipe bağlılık çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir¹⁴. Alacak rehnine veya

¹¹ Hakkın içeriği belirlendiğinden ve bu itibarla rehinli alacaklıya temsil yetkisi verilmesi söz konusu olmadığından, bu olanağın TBK m. 42'den bahisle tek taraflı ortadan kaldırılması mümkün değildir: OFTINGER, Karl/BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band IV/2c - Das Sachenrecht - Die beschränkten dinglichen Rechte Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand, Zürich 1981, Art. 891 ZGB, N. 50; HELVACI, s. 126. Ancak rehinli alacaklının, özel yolla paraya çevirme yetkisi rehin verenin iflası veya rehin konusunun haczedilmesi durumunda sona erer: ZOBL, Dieter: Berner Kommentar Band IV: Das Sachenrecht. 2. Abteilung. Die beschränkten dinglichen Rechte. 5. Teilband: Das Fahrnispfand. 2. Unterteilband. Art. 888-906 ZGB, Bern 1996, Art. 891 ZGB, N. 33-38; LOMBARDINI, Carlo: Droit bancaire suisse, Zürich 2008, N. 43; SİRMEN, Rehin, s. 125.

¹² SARI, s. 409.

¹³ Bu olanağın tanınmış olması cebri icra organlarının rehni paraya çevirme yetkisini ortadan kaldırmaz. Aksi yöndeki anlaşma tipe bağlılık nedeniyle kesin hükümsüzdür: ÖZER, s. 75. Bu yolla da rehnin paraya çevrilmesi kuramsal olarak mümkündür: ATF 54 III 241; OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 51. Bu durumda haklı neden olmadan cebri icraya başvurunun MK m. 2'ye aykırılık oluşturabileceği görüşünde: BAUER, Art. 891 ZGB, N. 30. Açıkça kararlaştırılması halinde icra dairesinin yetkisinin sona ereceği görüşünde: STEINAUER, Paul-Henri: Les droit réels, C. III, Bern 2012, N. 3122b; BAUER, Art. 891 ZGB, N. 29.

¹⁴ SARI, s. 409, yazar rehinli alacaklının rehin konusu paraya çevirme bakımından iki olasılığın bulunduğunu, birincisinde rehin hakkının içeriğinin tipe bağlılık çerçevesinde değiştirilmesinin, ikincisinde rehin hakkı dışında genel işlem ehliyeti kapsamında temsil yetkisi verilmesinin söz konusu olduğu vurgulamaktadır. Ayrıca, konunun tipe bağlılıkla ilgisi hususunda: ACAR, Faruk: Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 2015, N. 132. Diğer yandan, bir malvarlığı unsurunun rehnedilmiş olması, rehin verenin genel işlem ehliyetini etkilemeyeceğinden bu unsur üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için rehinli alacaklı dâhil bir kişiye temsil yetkisi vermesine engel

MK m. 954/II uyarınca uygulanan teslimde bağlı rehne ilişkin hükümlerin alacaklıya rehlin konusunu aracısız paraya çevirme imkânı tanımaya olanak verdiği sonucuna ulaşıldığı takdirde rehlin sözleşmesinin taraflarının hakkın içeriğini bu şekilde değiştirebileceği kabul edilebilir.

İcra ve İflas Kanununda rehlin paraya çevrilme yoluyla takibe yer verilmesi, rehlin haklarının içeriğinin bu şekilde sınırlandırılmış olduğu anlamına gelmez. Eş söyleyişle, rehlin hakları ancak başta Medeni Kanun olmak üzere maddi hukuk hükümleri ile nitelendirilebilir¹⁵. Medeni Kanunun taşınır ve alacak rehnine ilişkin düzenlemelerinde rehlin konusunun satışının münhasıran İcra ve İflas Kanununa tâbi olacağına ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Aksine Medeni Kanun, taşınırlarda rehlin icra yolu ile paraya çevrilmesini gerekli gördüğünde bu durumu açıkça düzenleme yoluna gitmiştir (MK m. 965). Öte yandan İcra ve İflas Kanunu konkordatoya ilişkin düzenlemeler içinde taşınır rehnine özgü olarak m. 309/g hükmünde rehlin sözleşmesiyle bu yetkinin tanınabileceğini açıkça kabul etmiştir. Bu nedenle taşınır rehni hükümlerine tâbi rehlin hakları açısından kanımızca, rehlin cebri icra kanalıyla para çevirme hususunda tipe bağlılığın söz konusu olduğunu kabul etmek olanaklı değildir¹⁶. Böylece, güvence altına alınan alacağın

oluşturmaz. Bu bağlamda tipe bağlılık çerçevesinde özel yolla paraya çevrilmesine olanak tanınmaması, temsil yetkisi verilmesi olanağı tanınmasıyla çelişmez. Bu çerçevede kanuna karşı hileden söz edilmesi de kural olarak yerinde değildir. Zira rehlin veren, tanıdığı temsil yetkisini her zaman geri alabilecekken, özel yolla paraya çevirme yetkisinde bu olanak mevcut değildir. Diğer yandan temsil halinde rehlinli alacaklı, rehlin veren adına hareket ederken, özel yolla paraya çevirmede kendi adına hareket eder. Karş. KONURALP, Orhan Emre: Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi, DEÜHFD 2014, C. 16 (Özel Sayı), s. 2871.

¹⁵ ACAR, N. 134.

¹⁶ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 3683 SİRMEN, Eşya, s. 655; SEROZAN, N. 1517-1518; NÖMER/ERGÜNE, N. 1384; TEKİNAY, s. 138; ACAR, N. 134; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Sınırlı Ayni Haklar, İstanbul 1982/1983, s. 463; WIELAND, İMK m. 891, N. 2; POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer: İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 2010, N. 479; HELVACI, s. 134; SİRMEN, Rehlin, s. 86; ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 28 vd.; OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 48 vd.; STEINAUER, N. 3122; REETZ, Peter/GRABER, Michael: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zürich 2015, Art. 891 ZGB, N. 11; İMK m. 890/II (MK m. 945/II) hükmüne de dayanarak: BAUER, Art. 891 ZGB, N.

muacceliyetinden bağımsız olarak¹⁷, rehin sözleşmesi kurulurken veya sonradan bu sözleşmeyi tadil etmek suretiyle tarafların özel yoldan paraya çevrilme hususunda anlaşmaları yeterlidir¹⁸.

Bu olanağın tanınması *lex commissoria* yasağına aykırılık oluşturmaz¹⁹. Tanınan yetki, cebri icra ile kullanılan yetkiyle özdeş olduğundan, paraya çeviren alacaklı, alacağını karşıladıktan sonra bakiye tutarı rehin verene iade etmekle yükümlü olacaktır²⁰. Benzer şekilde, rehinli alacaklı rehlin somut durumda elde edilebilmesi beklenebilecek en yüksek bedelle²¹ paraya çevrilmesini sağlamakla sorumludur²². Rehinli alacaklının

20-21. İFM 5A_924/2013 (Swisslex); İFM 4A_71/2015 (Swisslex); JdT 1994 I 309; JdT 1993 I 384; ATF 77 III 1; ATF 73 III 13; ATF 64 II 415. Aksi yönde, tipe aykırılığa aykırılık oluşturacağı görüşünde: SARI, s. 413 vd. Taşınmazlarda ise kanunun bu olanağı tanımadığı ve özel yolla paraya çevirme hususunda tarafların anlaşmayacağı görüşü, MK m. 863 ve 873/III hükümleri de nazara alınarak üstün tutulmalıdır: OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR; N. 3368; WIELAND, İMK m. 816 N. 2.

¹⁷ HELVACI, s. 134-135.

¹⁸ BAUER, Art. 891 ZGB, N. 23; STEINAUER, N. 3122b; Karş. Herhangi bir şekil şartı olmadan hatta örtülü surette kararlaştırılabileceği görüşünde: ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 30.

¹⁹ SEROZAN, N. 1517 ve 1521; ZOBL, Art. 894 ZGB, N. 6 vd.; BAUER, Art. 894 ZGB, N. 11-12; STEINAUER, N. 3122; GÖKSOY, Y. Can: Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Ankara 2001, s. 355, dn. 90; ACAR, N. 136. Aksi görüşte: BUDAK, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul 2010, s. 60.

²⁰ SİRMEN, Eşya, s. 655; ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 56; ATF 138 III 755; AYDIN ÜNVER, Tülay: Müşterek Hesap, İstanbul 2017, s. 173. Ayrıca, yine vekâlet hükümlerine kıyasen, paraya çevrilme işlemlerinin tamamlanmasından sonra, TBK m. 508 uyarınca rehin verenin bu işlemlere ilişkin hesap vermesi gerekmektedir: STEINAUER, N. 3122b; JdT 1994 I 309. Bakiye tutarın iadesinin hukuki sebebi rehin veren ve rehinli alacaklı arasındaki vekâlet hükümlerine tâbi hukuki ilişki olacaktır, bu itibarla sebepsiz zenginleşmenin gerçekleştiğinden söz edilemez. Karş. KONURALP, s. 2872.

²¹ Gerçek değer in esas alınması gerektiği: STEINAUER, N. 3122b; ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 57; GÖKSOY, s. 363; JdT 1994 I 309.

²² Başka bir deyişle rehinli alacaklının rehin verene karşı özen borcu bulunmaktadır: OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 58 vd.; BAUER, Art. 981 ZGB, N. 32; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 463, SİRMEN, Rehin, s. 124; NOMER/ERGÜNE, N. 1384; Davranış yükümü şeklinde: SEROZAN, N. 1518. Özen borcunun içeriğinin vekâlet sözleşmesi hükümlerine göre belirleneceği hususunda: JdT 1993 I 384. Böylece paraya çevirme ile elde edilen tutar özen borcunun tam olarak yerine getirilmiş

kendisiyle işlem yapması da kural olarak mümkündür²³. Ancak alacak rehni özelinde, devir yoluyla iktisap edilecek alacağın değerinin, alacağın tutarı veya talep hakkı verdiği edimin değerinden düşük olacağı açıktır.

Paraya çevirme sürecince rehinli alacaklı, paraya çevirme işlemini başlatmadan önce dürüstlük kuralı gereği durumu rehin verene bildirmek ve uygun bir süre tanımak yükümlülüğü altındadır²⁴. Öte yandan rehin veren dışındaki diğer menfaat sahiplerine de bildirim yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵. Rehlinli alacaklının tanıdığı sürenin dolmasıyla rehinli alacaklı satış işlemini gerçekleştirebilir. Kural olarak paraya çevirme türleri bakımından sınırlama söz konusu değildir, rehinli alacaklı özen borcuna uygun davrandığı ölçüde açık arttırma yoluna gidebileceği gibi pazarlık yoluyla veya başka şekilde de paraya çevirme sağlanabilir²⁶. Rehni hakkı alacaklıya kendi ad ve hesabına paraya çevirme yetkisi tanıdığından, bu sürece rehin verenin katılmasına gerek ve olanak yoktur²⁷.

Özel yolla paraya çevirme kapsamında hukuki işlemlerin geçerliliği genel hükümlere tâbidir. Cebri icra yoluyla alacak rehininin paraya çevrilmesinden farklı olarak devir bakımından kamu gücü müdahil

olması halinde daha yüksek olacak idiyse, rehinli alacaklı bundan sorumlu tutulur (STEINAUER, N. 3122b; OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 56; SİRMEN, Eşya, s. 655).

²³ STEINAUER, N. 3122b; SİRMEN, Rehin, s. 125; MAKARACI BAŞAK, Aslı: Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 300-301.

²⁴ ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 46; OFTINGER/BÄR, Art. 891, N. 57; LOMBARDINI, N. 45; WIELAND, İMK m. 891, N. 2. Böylece icra prosedürüne benzer bir koruma temin edilir: REETZ/GRABER, Art. 891 ZGB, N. 12; BAUER, Art. 891 ZGB, N. 25-28; JdT 1993 I 384; İFM, 10.9.2015, 4A_71/2015; İFM, 20.5.2014, 5A_924/2013 (Swisslex) kararda, bildirim yapılmadan veya alacak muaccel olmadan yapılan paraya çevirme halinde, işlemin geçersiz olmayacağı, rehin verenin zararı varsa sözleşmesel sorumluluk hükümlerine göre tazmin edileceği vurgulanmaktadır.

²⁵ ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 46; OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 57; SİRMEN, Rehin, s. 124.

²⁶ REETZ/GRABER, Art. 891 ZGB, N. 12; OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 56; STEINAUER, N. 3122b, Rayiç bedelle rehinli alacaklının da alabileceğini yazar vurgulamaktadır. Bu yönde: OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 62; ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 57.

²⁷ BAUER, Art. 891 ZGB, N. 7.

olmadığından, paraya çeviren rehinli alacaklı ve rehinli alacağı devralan kişi arasında genel hükümlere tâbi bir hukuki işlemin bulunacağı ve bu nedenle alacağın devrine ilişkin garanti sorumluluğunu doğacağı vurgulanmak gerekir²⁸. Paraya çevirmede rehinli alacaklı rehin hakkı kapsamında kendi ad ve hesabına hareket ettiği için söz konusu hukuki işlemde rehin veren taraf olmaz ve garanti sorumluluğu ile yükümlü tutulmaz.

C. Alacak Rehininde Özel Yolla Paraya Çevirmenin Pratik Açıdan Değerlendirilmesi

MK m. 955/I gereği, özel yolla paraya çevirmeye ilişkin anlaşma rehin sözleşmesi kurulduğu anda bu sözleşmenin subjektif esaslı unsurları arasında bulunduğundan, rehin sözleşmesi kurulduktan sonra ise geçerlilik şekline bağlı bir sözleşme tadil edildiğinden (TBK m. 13) ötürü yazılı şekle tâbidir²⁹. Genel işlem koşullarının denetimi hükümlerin uygulama alanı bulduğu olasılıklarda TBK m. 21/II uygulanmaz. Zira rehlin hakkının kurulması bakımından işleme yabancı husus söz konusu değildir³⁰. Özel yollara paraya çevirmede, somut durumda elde edilebilmesi beklenebilecek en yüksek bedelin esas alınacağı ve bakiye tutarın iadesi gerektiği dikkate alınırsa kural olarak TBK m. 25 de uygulama imkânı bulamaz.

Rehinli alacaklı ve rehin verenin karşılıklı menfaatleri açısından değerlendirme yapıldığında her iki taraf açısından özel yolla paraya çevirmenin elverişli birtakım yönlerinin bulunduğu görülmektedir³¹. Zira bu usul çerçevesinde paraya çevirme süreci daha hızlı ilerleyebilir, rehin

²⁸ Genel olarak satış sözleşmesi kurulacağı ve garanti sorumluluğunun rehinli alacaklıya ait olduğu şeklinde: BAUER, Art. 891 ZGB, N. 31.

²⁹ STEINAUER, N. 3122b; BAUER, Art. 891 ZGB, N. 23. Aksi yönde: ZOBL, Art. 891 ZGB, N. 30; ŞENER, Oruç Hami: Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehininde Rehlin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları, DEÜHFD 2009, C. 11 S. 2, s. 221.

³⁰ BAUER, Art. 891 ZGB, N. 24; ATF 119 II 344. Aksi yönde, alışmamış kayıt görüşünde: KAPLAN İbrahim: Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER Aralık 1991 C. 16, S. 2, s. 85.

³¹ OFTINGER/BÄR, Art. 891 ZGB, N. 49.

veren in üstleneceği temerrüt faizi yükü azalır ve cebri icra sürecinin gerektirdiği harç ve sair masraflar doğmaz. Ayrıca cebri icra sürecindeki kıymet takdiri ve İİK m. 115 hükmü çerçevesinde düşük bedelle ihale riski bulunmamaktadır. Çünkü yukarıda ifade edildiği üzere özel yolla paraya çevirmede somut durumda elde edilebilmesi beklenebilecek en yüksek bedel esas alınmaktadır. Ayrıca cebri icra sürecindeki rehnedilmiş alacağın muacceliyetini bekleme gerekliliğinin bulunmaması avantajı varlığını sürdürür.

Özel yolla da olsa rehin konusu paraya çevrildiği için alacak rehnine özgü olarak belirtilen dezavantajlar yine bulunacaktır. Alacağı devralma hususunda isteklilerle karşılaşma olasılığı güçlü olmadığı gibi temlik yoluyla devralma söz konusu olduğundan, alacağı konusunda daha düşük bir değer in biçilmesi kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle alacak rehni de özel yolla paraya çevirme yetkisinin verilmesi halinde dahi rehin hakkı güvence işlevini yeterince yerine getiremez.

III. Rehinli Alacaklıya Rehnedilmiş Alacağı Tahsil Yetkisinin Verilmesi

A. Tahsil Yetkisi Gereksinimi

Alacak rehni nin geçerli olarak kurulmasıyla rehin veren in rehin konusu alacak üzerindeki alacaklı sıfatıyla tasarruf yetkisi sınırlanır. Rehin, rehnedilen alacağın borçlusuna ihbar edilmişse, rehin veren alacaklı ifayı kabul ile borcun sona ermesini sağlayamaz (MK m. 961/II)³². Borç alacaklısına veya rehinli alacaklıya ancak bir diğerinin rızasıyla ifa edilirse, borçlu borcundan kurtulabilir. Rızanın sağlanmadığı hallerde borçlu tevdi yoluna gitmek zorundadır (MK m. 961/III). Rehinli alacaklı nın, alacak üzerinde sahip olduğu yetkiler MK m. 960-961 hükümlerinde düzenlemekte olup rehinli alacaklı nın tahsil yetkisinin bu

³² Bildirim yapılmamasına karşın rehnedilmiş alacağın borçlusu rehinden haberdarsa veya haberdar olması gerekiyorsa, TBK m. 186 hükmü örneklemeyle uygulanır: KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 543; ŞENER, s. 210; ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 35; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 23a.

hükümler kapsamında bulunmadığı görülmektedir³³. Nitekim ifa sonucunun doğumu için rızayı gerekli gören kanunun rehinli alacaklıya doğrudan tahsil yetkisi tanımaktan kaçınması olağandır. Bu durumda dahi rehnedilmiş alacağın borçlusu ifayı, rehin veren ifa talebinde bulursa dahi MK m. 961/II, III hükümlerine uyarak yapmak zorundadır.

Kanunda bu yetki doğrudan tanınmamakla birlikte, alacak rehni için etkin değerlendirme yönteminin rehnedilmiş alacağın rehinli alacaklı tarafından tahsil edilmesi olduğu açıktır. Gerek doğrudan özel yolla paraya çevirme, gerek cebri icra kanalıyla paraya çevirme alacak rehni bünyesiyle yeterince bağdaşmamaktadır. Rehnedilmiş alacak, ancak rehinli alacaklı tarafından tahsil edildiği takdirde değeri ölçüsünde güvence işlevini yerine getirebilir³⁴. Bu durum, özellikle ve uygulamada yaygın uygulama alanı bulduğu şekliyle rehnedilmiş alacağın para alacağı olduğu olasılıklarda daha net görülür. Bu itibarla uygulamada alacak rehinlerinde rehinli alacaklıya tahsil yetkisi hemen her zaman tanınmaktadır.

Bu yetkinin niteliğine ve dayanağına ilişkin incelemeye başlamadan önce, özel yolla paraya çevirme yetkisine koşut olarak, bu yetkiyi tanıyan genel işlem koşullarının kural olarak TBK m. 21/II ve m. 25 hükümlerine aykırı olmayacağı vurgulanmalıdır. Öte yandan ifayı kabul hususunda MK m. 961/II uyarınca önceden verilmiş rıza, tahsil yetkisi verildiği anlamına

³³ BAUER, Art. 906 ZGB, N. 1; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 2; ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 2. MK m. 961 hükmü, rehinli alacaklının, rehnedilmiş hak üzerinde paraya çevirme dışında doğrudan bir yetkisinin bulunmadığını ve yönetim bakımından sadece rehin vermiş alacaklıyı zorlayabileceğini teyit etmektedir. TTK m. 689 hükmü ise poliçe ve bonoda rehin ciroyuyla rehin kurulması halinde rehin hakkı sahibinin tahsil yetkisi bulunduğunu düzenlemektedir.

³⁴ Hacedilmiş alacakların icra prosedürü içinde değerlendirilmesi bakımından da aynı gereksinim söz konusu olduğundan, cebri icra ile paraya çevirme imkânı bulunmakla birlikte (İİK m. 106/II), alacağın ifa yerine (İİK m. 120/I) veya uğruna (İİK m. 120/II) eda olarak devrini isteyebilir. Bunun yanı sıra, rehinli alacağın tahsil yetkisinde söz konusu olduğu gibi geniş bir uygulama alanı bulan İİK m. 89 hükmü çerçevesinde, hacedilen alacağın borçlusunun icra dairesine yaptığı ödeme de takip konusu alacağa sayılır.

gelmez. Zira tahsil yetkisi, ifayı kabulün ötesinde hukuki imkân sağlar. Ancak, tahsil yetkisinin ifayı kabule rızayı içerdiği kuşkusuzdur.

B. Tahsil Yetkisinin Dayanakları

1. Temsil Yetkisi Olarak Tahsil Yetkisi

Rehnin özel yolla paraya çevrilmesindeki hukuki durum, rehinli alacaklıya tahsil yetkisi tanınmasında geçerlidir. Rehin veren, rehnedilmiş alacağın tahsili için rehinli alacaklıya genel işlem ehliyeti çerçevesinde temsil yetkisi verebilir³⁵. Bu olanak rehin hakkı unsuru olarak tahsil yetkisi tanınmasından bağımsız ve ayrı olarak her zaman mevcuttur.

Rehinli alacaklıya bu şekilde temsil yetkisi verildiğinde, hukuki işlemler rehin veren adına temsilci rehinli alacaklı tarafından yapılır. Temsil yetkisinin temsilci yararına verilmiş olması hukuki yapının niteliğini değiştirmez. Bu yapıda rehnedilmiş alacağın, rehinli alacaklı tarafından tahsil edilmesi bakımından rehinli alacaklı ve rehin veren arasındaki sözleşmesel ilişkiye vekâlet hükümleri uygulanır.

Para alacağı söz konusuysa, rehinli alacaklı, alacağı tahsil ettikten sonra rehin verene karşı olan alacağı iade borcu ile güvence altına alınmış muaccel³⁶ alacağını takas yoluyla sona erdirebilir³⁷. Üstelik burada takas sonucunun gerçekleşmesi için takas beyanına gerek olmadığı, rehin sözleşmesi ve bu sözleşmede öngörülen tahsil yöntemi çerçevesinde sözleşmesel takasın kendiliğinden gerçekleşeceği kabul edilebilir. Rehin verenin güvence altına alınan borçtan şahsen sorumlu olmadığı takdirde dahi rehinli alacaklının rehin verene olan iade borcuyla, güvence altına alınmış alacağın borçlusunun borcunun takas edilebileceği hususunda –

³⁵ OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 43; ŞENER, s. 220.

³⁶ Güvence altına alınan alacak muaccel değilse, rehinli alacaklı tahsil ettiği tutar ölçüsünde doğan rehin verenin iade alacağı –kendisinin iade borcu- üzerinde aynı ikame uyarınca rehin hakkı kazanır. Güvence altına alınan alacağın muacceliyeti üzerine takas gerçekleşir. Aynı ikamenin gerçekleşmesinin sebebi, ifa sonucunda rehnedilmiş alacağın ve bu nedenle alacak üzerindeki rehin hakkının sona ermesidir.

³⁷ SİRMEN, Rehin, s. 86 ve 101; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 48.

takasın karşılıklılık koşulunu ortadan kaldıran³⁸- uzlaşa bulunduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Para borçlarında üçüncü kişinin ifası mümkün olduğundan burada rehinli alacaklının temel ilişkideki borçlusunun rızasına ve dolayısıyla takastaki karşılıklılık koşulunu kaldıran sözleşmeye taraf olmasına gerek yoktur. Rehnedilen alacak para alacağı değilse, rehinli alacaklı tarafından tahsil edilen alacağın konusunu teşkil eden edimin ifası sonucunda taşınmazlar dışında aynı ikame gereği rehin hakkı kazanılır. Zira rehnedilmiş alacak, ifa sonucunda sona erer ve bu nedenle alacak hakkı üzerindeki rehin hakkı da sona erer. Rehnedilmiş alacağın konusunu oluşturan edim, rehin verenin malvarlığına, rehin hakkıyla takyit edilmiş halde intikal eder. Bu durumda yeni rehin hakkının doğumuna yol açan aynı ikame ilkesidir.

Temsil yetkisinin her zaman geri alınabileceği hususundaki emredici TBK m. 42/I, II hükümleri karşısında pratik gereksinimleri karşılayan bu yapının rehinli alacaklı bakımından güvenli sayılamayacağı açıktır.

2. Rehin Hakkının Unsuru Olarak Tahsil Yetkisi

Rehinli alacaklıya rehnedilmiş alacağı tahsil yetkisinin verilmesi hususunda değerlendirilmesi gereken ikinci olanak, bu yetkinin özel yolla paraya çevirme yetkisinde söz konusu olduğu gibi rehin hakkının unsuru olarak tanınmasıdır. Bu noktada konuya tekrar tipe bağlılık ilkesinden yaklaşmak gerekir. Alacak rehnine ilişkin kanun hükümlerinin rehinli alacaklıya böyle bir yetkinin verilebileceğine imkân verdiği sonucuna varılamadığı takdirde anlaşma hükümsüz olacaktır. Bu varsayımda çevirme yolu ile tahsil için temsil yetkisinin verildiği sonucuna varılması uygun olur.

Rehin hakkına ilişkin maddi hukuktaki düzenlemelerde rehinli alacaklının paraya çevirme yetkisinin bulunduğu hüküm altına alınmıştır. Rehnedilmiş malvarlığı unsurundan doğan hakların kullanılabilmesi hususunda poliçe ve bonoya özgü TTK m. 689 dışında genel nitelikli bir

³⁸ Takas hakkının koşullarını değiştiren sözleşmelerin kurulabileceği hususunda: DEVELİOĞLU, H. Murat: Takas, İkinci bası, İstanbul 2012, s. 41 ve 43.

hüküm yoktur. Buna göre, rehnedilmiş alacağın rehinli alacaklı tarafından tahsil edilmesini, rehinin sağladığı paraya çevirme yetkisinin içinde değerlendirmek ilk bakışta güçtür. Buna karşılık, kanımızca aksi yönde yorum yapmak mümkün ve gereklidir. Öncelikle, rehinli alacaklıya rehin hakkı kapsamında rehnedilmiş alacağı tahsil yetkisinin tipe bağlılık nedeniyle verilemeyeceği kabul edildiği takdirde, cebri icra kanalıyla veya özel yolla para çevirme kısmında işaret edildiği üzere bu rehin türü pratik değerini çok büyük ölçüde kaybeder. Kanun koyucunun amacının bu yönde olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Rehin verenin hukuki durumu açısından, alacağın paraya çevrilmesi ve tahsil edilmesi arasında işlevsel bir farklılık yoktur. Nitekim öğreti bu yetkinin tanınmasına olanak tanımaktadır³⁹.

Bu nedenlerle rehinli alacaklı ve rehin veren arasında rehin sözleşmesi kurulurken veya daha sonra bu sözleşmenin tadili kapsamında yazılı şekil koşuluna uyularak⁴⁰ rehnedilmiş alacağı tahsil yetkisinin rehin hakkını unsuru olarak tanınması mümkündür. Rehin hakkının ve paraya çevirme yetkisinin unsuru olarak bu imkân tanındığından TBK m. 42 hükmü uygulama alanı bulmaz⁴¹.

Rehinli alacaklı, rehnedilmiş alacağı kendi adına borçludan talep ve tahsil edebilir⁴². Rehinli alacaklı bu durumda özel yolla paraya çevirme

³⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 3823; DOMANIÇ, Hayri: Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964, s. 521; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 871; ESENER/GÜVEN, s. 565; HELVACI, s. 127 ve 135; AYDIN ÜNVER, s. 173; MAKARACI BAŞAK, s. 302; USTAOĞLU, s. 201; Bu yönde anlaşılabilir: NOMER/ERGÜNE, N. 1366 ve dn. 256; MK m. 961 hükmünün emredici olmadığı vurgusuyla: ŞENER, s. 219; BAUER, Art. 906 ZGB, N. 8; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 4 ve 35; REETZ/GRABER, Art. 906 ZGB, N. 7; ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 16 ve 36; WOLF, Stephan/EGGEL, Martin: Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, Zürich 2016, Art. 906 ZGB, N. 8; ATF 130 III 417; ATF 97 III 119.

⁴⁰ Bkz. dn. 29'a bağlı metin.

⁴¹ BAUER, Art. 906 ZGB, N. 9; ZOBL, Art. 906, N. 16; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 37.

⁴² BAUER, Art. 906 ZGB, N. 9; ZOBL, Art. 906, N. 16; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 37; SİRMEN, Rehin, s. 98; ŞENER, s. 222; AYDIN ÜNVER, s. 173; ATF 64 II 418. Karş. Bu yetkinin verilmesinin özel yolla paraya çevirme yetkisinin de

yetkisinde söz konusu olduğu gibi rehin verene karşı vekâlet hükümleri çerçevesinde özen borcuyla yükümlüdür⁴³. Buradaki hukuki durum ifa uğruna eda ile benzer⁴⁴. Bu nedenle TBK m. 192 hükmü de örnekseme yolu ile uygulama imkânı bulur. Para alacağının rehnedildiği durumlarda, güvence altına alınan alacak muaccelse veya muaccel olduğu anda, tahsil edilen tutar nisbetinde kendiliğinden rehin sözleşme uyarınca sona erer⁴⁵. Rehinli alacaklının özensizliği nedeniyle rehnedilmiş alacak tam olarak tahsil edilemediyse TBK m. 192 hükmünün örneksemeyle uygulanması sonucunda, gereken özen gösterilseydi alınabilecek tutar rehnedilmiş alacağa sayılır. Tahsil için yapılan masraflar rehin verene yüklenir. Bu nedenle tahsil edilen bedelden öncelikle bu masraflar indirilmek gerekir⁴⁶. Burada rehinli alacaklı kendi adına ve hesabına tahsili gerçekleştirdiği için alacağı doğrudan doğruya karşılanmış olur⁴⁷. Rehin verene karşı iade

verildiği anlamına gelmediği, ancak genel özel yolla paraya çevirme yetkisinin tanındığı hallerde bu yetkinin de verildiği görüşünde: ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 19. Alacağın tahsili için verilen temsil yetkisi ve paraya çevirme yetkisi rehinli alacaklının sıfatı arasındaki farklılık, poliçe ve bonodaki tahsil ile rehin ciroları arasında da mevcuttur. Bkz. ÖZTAN Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 1997, s. 627.

⁴³ OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 42; ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 18; ŞENER, s. 225.

⁴⁴ Alacağın ifa uğruna devri ile rehni arasındaki benzerlik için: DOMANIÇ, s. 520.

⁴⁵ Takas yoluyla sona ereceği görüşünde: ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 73; ŞENER, s. 227; ÖZER, s. 103; USTAOĞLU, s. 201. Tam olarak takas hakkının bulunmadığı görüşünde: MAKARACI BAŞAK, s. 303. Güvence altına alınan alacak muaccel olana kadar, tahsil edilen bedele rehin veren lehine anapara faizi işletilmelidir. Benzer yönde: ÖZTAN, s. 628.

⁴⁶ Rehin verenin rehin alanın masraflarını karşılama borcu vardır: SİRMEN, Rehin, s. 80; İfa uğruna edada: ENGİN, B. İlkay; İfa Uğruna Edim, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s. 858.

⁴⁷ BAUER, Art. 906 ZGB, N. 8; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 4; BAUR, Jürgen F./STÜRNER, Rolf: Sachenrecht, Münih 2009, §62 B II, N. 30. Bu açıdan da ifa uğruna eda ile benzerlik söz konusudur. İfa uğruna eda edim paraya çevrilince alacaklı bu bedeli kendi alacağına sayar. Bu alacak takas yolu ile sona ermez. ENGİN, s. 855; SPIRIG, Art. 172 OR, N. 10; SEROZAN, Rona: İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2014, §7 N. 35; KOCAAĞA, Köksal: “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim” BATİDER 2007, C. 24, S. 1, s. 154. Farklı görüşte: CEMAL, Ahmet: “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim”, İÜMHAD 1969, C. 3, S. 5, s. 253-254.

borcunun doğması ve o borcun takasa konu edilmesine yer ve gerek yoktur. Bakiye meblağ, *lex commissoria* yasağına uygun olarak vekâlet hükümlerine kıyasen rehin verene iade edilmek lazım gelir⁴⁸. Rehnedilmiş alacak para alacağı değilse, rehinli alacaklı tarafından rehnedilmiş alacağın ifası olarak kabul edilen edim üzerinde, taşınmazlar dışında, aynî ikame ilkesi gereği rehin hakkı kazanılır⁴⁹. Yukarıda daha önce işaret edildiği üzere, rehnedilmiş alacak, ifa sonucunda sona erdiği için alacak üzerindeki rehin hakkı da fer'ilik gereği sona erer. Bununla birlikte alacağın konusu rehin verenin malvarlığına ancak aynî ikame ile doğan rehin hakkıyla takyit edilmiş şekilde intikal eder. Zira rehinli alacaklı rehin hakkının unsuru olarak tahsil yetkisine dayansa ve kendi adına hareket etse dahi, rehnedilmiş alacağın konusunu oluşturan edimi kendi adına malvarlığına intikal ettiremez.

IV. Rehinli Alacaklının Takas Hakkı

Rehinli alacaklının alacak rehniyle güvence altına aldığı alacağını tahsil etme olanağı bakımından ele alınması gereken son durum, takas hakkının kullanmasıdır. Burada iki olasılığın ayrılması gerekir. İlk olarak, rehinli alacaklı ile güvence altına alınan borcun borçlusu arasında takas hakkının kullanılmasında bir özellik yoktur. Takas hakkının kullanılabilmesine ilişkin yasal koşulların varlığı halinde rehinli alacaklı bu imkâna her hâlükârda başvurabilir. Takas hakkının kullanılmasıyla rehinle güvence altına alınan alacak, rehinli alacaklının borcu nisbetinde sona ereceği için rehinli alacağın ifasıyla eş sonuç elde edilir⁵⁰. Bu durumda takas hakkının kullanılmasıyla güvence altına alınan alacak takas sonucunda sona erdiğinde fer'ilik ilkesi gereği rehin hakkı da sona erer⁵¹. Güvence altına alınan alacak kısmen sona ererse, teminatın bölünmezliği⁵² sebebiyle rehin

⁴⁸ OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 48.

⁴⁹ ZOBL, Art. 906 ZGB, N. 75; ŞENER, s. 229; SİRMEN, Rehin, s. 103; OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 51; ATF 110 II 33.

⁵⁰ Takasın hüküm ve sonuçlarının ifaninkilerden ayrılmamasının gerektiği hususunda: DEVELİOĞLU, s. 9.

⁵¹ SİRMEN, Rehin, s. 109.

⁵² OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, N. 3649; SİRMEN, Rehin, s. 24.

hakkı etkilemez. Geri kalan kısım için rehnedilmiş alacağın tamamı güvence oluşturmayı sürdürür. Burada rehnedilmiş alacak takasa konu olmamaktadır. Takas temel ilişki düzeyindeki alacaklar arasında vuku bulur. Takasın rehin üzerindeki etkisi fer'ilik aracılığı ile gerçekleşmektedir.

İkinci olarak, rehnedilmiş alacağın rehinli alacaklı tarafından takasa konu edilip edilemeyeceği incelenmelidir. Esasen, rehin konusunun değerlendirilmesi bu olasılıkta söz konusu olmaktadır. Rehnedilmiş alacağın, rehinli alacaklı tarafından rehnedilmiş alacağın borçlusuna karşı olan borcuyla takas edilmesi kural olarak mümkün olmamalıdır. Zira takasa konu alacaklar arasında karşılıklılık yoktur. Rehinli alacaklı, rehnedilmiş alacağın alacaklısı değildir. Rehin alanın, kendi alacağı bakımından karşı üçüncü kişi konumundaki rehin verene karşı ifaya yönelik talep hakkı bulunmadığından, başka bir ifadeyle salt paraya çevirme yetkisi mevcut olduğundan takas hakkını kullanamaması gerekir⁵³. Alacak rehninde tahsil yetkisinin rehinli alacaklıya hakkın unsuru olarak verilebileceği kabul edildiği takdirde, alacağı kendi adına talep hakkına sahip olan rehinli alacaklının takas hakkına başvurmasında hiçbir engel kalmaz. Rehin veren ise her halükarda TBK m. 127/[1] hükmüne dayalı olarak takas hakkını kullanabilir⁵⁴. Zira rehin veren ifade bulunarak halef olabiliyorsa, ifa hükmünü doğuran takas beyanında da bulunabilir.

Rehnedilmiş alacağı tahsil hususunda rehin hakkının unsuru olarak yetki tanınmış rehinli alacaklının aynı zamanda rehnedilmiş alacağın borçlusu sıfatına sahip olduğu olasılıkta⁵⁵ alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesine benzer bir tablo -rehinli alacaklının tahsil yetkisini kendine karşı kullanması gibi- söz konusu olur. Bu durumda alacakların düşük tutar

⁵³ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet, Ankara 1979, s. 31-32; DEVELİOĞLU, s. 121.

⁵⁴ KILIÇOĞLU, s. 27; DEVELİOĞLU, s. 121.

⁵⁵ Rehin rehinli alacaklının borçlusu olduğu bir alacağı konu edinmesinde engel yoktur: OFTINGER/BÄR, Art. 899 ZGB, N. 16; BAUER, Art. 899 ZGB, N. 15; SİRMEN, Rehin, s. 29; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 537.

nisbetinde karşılıklı olarak kendiliğinden sona ereceği sonucuna ulaşmaktansa, rehinli alacaklının güvence altına alınmış alacak muaccel olduğu zaman takas hakkına başvurabileceğini kabul etmek uygun olur⁵⁶. Burada rehinli alacaklının alacakları sona erdirme hususunda muhayyer olmayı yeğleyeceği açık olduğu gibi rehinli alacağı tahsil hakkını bu şekilde zorla kullanmış saymaya da gerek yoktur. Kaldı ki alacaklı sıfatı gerçek anlamda halen rehin verene aittir⁵⁷. Dolayısıyla alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesiyle, bu hukuki durum birbiriyle tam olarak örtüşmez.

Sonuç ve Öneriler

Alacak rehninde, rehinli alacaklının güvence altına aldığı alacağını rehnedilmiş alacağı tahsil etmek suretiyle karşılması pratik açıdan en uygun yoldur. Rehlin cirosuna ilişkin TTK m. 689 hükmü dışında, rehinli alacaklıya bu yetkisi veren açık bir hüküm Medeni Kanunda bulunmamaktadır. Temsil kurumu aracılığı ile bu yetkinin tanınması TBK m. 42 hükmü nedeniyle yeterince güvenilir değildir.

Taşınmaz rehni dışında, rehin hakkı kapsamında alacaklı tarafından cebri icraya başvurmadan rehni paraya çevirme yetkisi tanınması mümkündür. Bununla birlikte, alacağın doğrudan rehinli alacaklı tarafından tahsil edilmesinin tipe bağlılık ilkesi çerçevesinde rehlin paraya çevrilmesi yetkisi kapsamında değerlendirilmesi sorgulanabilir. Bu olanağın kabul edilmemesi halinde alacak rehlinin işlevini büyük oranda yitirecek ve rehin veren bakımından hukuki durumda büyük bir değişikliğe yol açmayacak olması karşısında kanımızca alacağın tahsil yetkisinin rehin hakkı kapsamında rehinli alacaklıya tanınmasında engel bulunmamalıdır.

Buna karşılık rehinli alacaklıya rehin hakkı kapsamında tahsil yetkisinin tanınmasına tipe bağlılık çerçevesinde itiraz edilmesi olasılığını bertaraf etmek adına alacak rehine ilişkin olarak MK m. 961 hükmüne rehin cirosuna benzer şekilde bu hususta açık bir düzenleme eklenmesi yerinde

⁵⁶ OFTINGER/BÄR, Art. 906 ZGB, N. 41 ve 49; SİRMEN, Rehin, s. 102-103; ŞENER, s. 232; ÖZER, s. 77.

⁵⁷ Bu nedenle rehin veren, rehin hakkı kapsamında tahsil yetkisi tanımış olsa dahi rehinli alacaklıya ifada bulunulmak üzere talepte bulunabilir: ŞENER, s. 224.

olacaktır. Öte yandan alacak rehninde güvence altına alınmış alacağın bu suretle karşılanmasının pratik açıdan ana yöntem olduğu göz önünde bulundurulduğunda, alacak rehnine ilişkin Medeni Kanun hükümlerinde Alman Medeni Kanunundaki muadil düzenlemeler doğrultusunda daha esaslı bir değişiklik yapılması daha uygun olabilir. Buna göre, güvence altına alınmış alacak muaccel olmadan önce Medeni Kanundaki mevcut sistematik korunurken⁵⁸, muacceliyetten sonra rehinli alacaklıya rehin hakkı kapsamında doğrudan doğruya alacağı tahsil yetkisi verilmesi⁵⁹ isabetli olur.

Kaynakça

- [1] ACAR, Faruk: *Rehin Hukuku Dersleri*, İstanbul 2015.
[2] AKİPEK, Jale G. / AKINTÜRK, Turgut: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2009.
[3] AYDIN ÜNVER, Tülay: *Müşterek Hesap*, İstanbul 2017.

⁵⁸ Al. MK §1281'e göre, güvence altına alınmış alacak muaccel olmadan önce, rehnedilmiş alacağın borçlusu borcunu alacaklısına ve rehinli alacaklıya (TBK m. 85'e benzer şekilde) müştereken ifa edebilir. İfa sonucunda elde edilen değer üzerinde aynı ikame gereği rehin hakkı doğar. Al. MK §1284 hükmü uyarınca, güvence altına alınmış alacak muacceliyet kazanmadan önce rehinli alacaklıya tahsil yetkisi verilmesi mümkündür. Bkz. BAUR/STÜRNER, §62 B II, N. 27-29.

⁵⁹ Al. MK §1282/I bu yöndedir. Tahsilin gerçekleşmesiyle rehnedilmiş alacak para alacağı niteliğini taşıdığı takdirde Al. MK §1288/II uyarınca güvence altına alınmış alacak, borçlusu tarafından ifa edilmiş gibi addedilir. Rehnedilmiş alacağın konusu para dışındaki bir edimse, ifa neticesinde elde edilen malvarlığı unsuru üzerinde aynı ikame gereğince rehin hakkı kazanılır (Al. MK §1287). Bkz. BAUR/STÜRNER, §62 B II, N. 30-32. Fransız Medeni Kanunu da m. 2363 hükmüyle, rehnedilmiş alacağın borçlusuna rehin bildirildikten sonra ifanın sadece rehinli alacaklıya yapılabileceğini ve rehinli alacaklının rehnedilmiş alacak için takipte bulunabileceğini kabul etmiştir. Teminatlı İşlemlere ilişkin UNCITRAL Model Kanununda ise alacak rehni için rehni paraya çevirme (m. 78) veya ifa yerine eda olarak kabul etmenin (m. 80) yanı sıra rehinli alacaklının tahsil yetkisinin bulunduğu ve rehin veren rıza gösterdiği takdirde bu yetkinin güvence altına alacağına ilişkin borçlu temerrüdünün gerçekleşmesinden önce de kullanılabilmesi düzenlenmiştir (m. 82). Alacak rehnini kural olarak kapsamına alan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (m. 1 ve 5), alacak rehni özelliğini göz ardı ederek tahsil yetkisine yönelik bir düzenlemeye ilgili hükümleri arasında yer vermemiştir (m. 14).

- [4] BAUER, Thomas: *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II*, Basel 2015.
- [5] BAUR, Jürgen F. / STÜRNER, Rolf: *Sachenrecht*, Münih 2009.
- [6] BUDAK, Ali Cem: *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip*, İstanbul 2010.
- [7] CEMAL, Ahmet: “Edime Uygun İfa Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Uğruna Edim”, *İÜMHAD* 1969, C. 3, S. 5.
- [8] DE GOTTRAU, Nicolas / FOËX, Bénédict: *Commentaire Romand Code Civil II*, Basel 2016.
- [9] DEVELİOĞLU, H. Murat: *Takas*, İkinci bası, İstanbul 2012.
- [10] DOMANIÇ, Hayri: *Kambiyo Senetlerinde Rehin Cirosu*, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Ankara 1964.
- [11] ENGİN, B. İlkey: *Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu*, Ankara 2002.
- [12] ENGİN, B. İlkey: *İfa Uğruna Edim*, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999.
- [13] ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: *Eşya Hukuku*, Ankara 2015.
- [14] GÖKSOY, Y. Can: *Anonim Ortaklıkta Payın Rehni*, Ankara 2001.
- [15] GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı*, İstanbul 2018.
- [16] HELVACI, İlhan: *Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı*, İstanbul 1997.
- [17] KAPLAN İbrahim: *Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları*, BATİDER Aralık 1991 Cilt: 16, Sayı: 2.
- [18] KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Türk Borçlar Hukukunda Kanunî Halefiyet*, Ankara 1979.
- [19] KOCAAĞA, Köksal: “Borçlanılan Edimin İfası Kuralının Bir İstisnası Olarak İfa Amacıyla Edim”, *BATİDER* 2007, C. 24, S. 1.
- [20] KONURALP, Orhan Emre: “Alacaklıya Rehni Özel Yoldan Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi”, *DEÜHFD* 2014, C. 16 (Özel Sayı).
- [21] KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim: *Sınırlı Ayni Haklar*, İstanbul 1982/1983.
- [22] LOMBARDINI, Carlo: *Droit bancaire suisse*, Zürih 2008.

- [23] MAKARACI BAŞAK, Aslı: *Taşınır Rehni Sözleşmesi*, İstanbul 2014.
- [24] NOMER, Halûk N. / ERGÜNE, M. Serkan: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2020.
- [25] OFTINGER, Karl / BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band IV/2c - Das Sachenrecht - Die beschränkten dinglichen Rechte Art. 884-918 ZGB. Das Fahrnispfand, Zürich 1981.
- [26] OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, İstanbul 2018.
- [27] OĞUZMAN, M. Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, İstanbul 2020.
- [28] ÖZTAN, Fırat: *Kıymetli Evrak Hukuku*, Ankara 1997.
- [29] POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: *İcra Hukukunun Esasları*, İstanbul 2010.
- [30] REETZ, Peter / BURRI, Christof: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR, Zürich 2016.
- [31] REETZ, Peter / GRABER, Michael: CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Sachenrecht Art. 641-977 ZGB, Zürich 2015.
- [32] SARI, Suat: *Alacaklıya Rehni Paraya Çevirme Yetkisi Verilmesi*, Legal Hukuk Dergisi, Yıl: 2007 Sayı: 50.
- [33] SEROZAN, Rona: *Eşya Hukuku I*, İstanbul 2014.
- [34] SEROZAN, Rona: *İfa – İfa Engelleri – Haksız Zenginleşme*, İstanbul, 2014.
- [35] SİRMEN, A. Lâle: *Alacak Rehni*, Ankara 1990.
- [36] SİRMEN, A. Lâle: *Eşya Hukuku*, Ankara 2016.
- [37] SPIRIG, Eugen: Zürcher Kommentar Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,) Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR) Die Abtretung von Forderungen und die Schuldübernahme, Erste Lieferung, Art. 164-174 OR, Zürich 1993.
- [38] STEINAUER, Paul-Henri: *Les droit réels*, C. III, Bern 2012.

- [39] ŞENER, Oruç Hami: “Bankanın Rehinli Alacaklı Sıfatına Sahip Olduğu Adi Alacak Rehninde Rehnin Borçluya İhbarı ve İhbarın Sonuçları”, *DEÜHFD* 2009, C. 11 S. 2.
- [40] TEKİNAY, S. Sulhi: *Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar*, İstanbul 1994.
- [41] USTAOĞLU, Funda: *Proje Finansmanında Türk Hukukuna Tabi Teminatlar ve Özellikle Hesap Rehni*, İstanbul 2019.
- [42] WIELAND, Carl: *Kanunu Medenîde Aynî Haklar*, Çeviri: İ. Hakkı Karafakı, Ankara 1946.
- [43] WOLF, Stephan / EGGEL, Martin: Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch) Schweizerisches Zivilgesetzbuch ZGB Kommentar, Zürich 2016.
- [44] ZOBL, Dieter: *Berner Kommentar Band IV: Das Sachenrecht. 2. Abteilung. Die beschränkten dinglichen Rechte. 5. Teilband: Das Fahrnispfand. 2. Unterteilband. Art. 888-906 ZGB*, Bern 1996.

AVUKATIN HAPİS HAKKI*

Arş. Gör. Dr. Caner TAŞATAN**

Öz

Avukatın hapis hakkı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacaklarını tahsil edebilmelerini sağlamak amacıyla, avukatlar lehine tanınmış özel bir teminat türüdür. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda iki ayrı hükümde düzenlenen bu hakkın, avukata, hapsedilen eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi tanıyıp tanımadığı tartışmalıdır. Bu tartışma kapsamında, hapsedilen eşyanın paraya çevrilmeye elverişli olup olmamasına göre, avukatın genel nitelikte bir hapis hakkı veya yalnızca bir alıkoyma hakkı bulunduğunu kabul etmek gerekir. Avukatın koşulları henüz sağlanmamış hapis hakkını kullanması veya bu hakkın sınırlarını aşması, avukatın azlini haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilebilir ve ayrıca avukatın disiplin sorumluluğunu yahut hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma veya zimmet suçlarından ötürü cezai sorumluluğunu doğurabilir. Bu kapsamda, avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için öğretide ve yargı uygulamasında kabul edilen koşulların etraflıca incelenmesi isabetli olur. Avukatın hapis hakkı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin muaccel alacaklar için kullanılabilir. Avukatlık sözleşmesinden kaynaklanmayan veya henüz muacceliyet kazanmamış alacaklar bakımından avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Avukatın hapsedilecek eşya üzerindeki zilyetliği müvekkilin rızasıyla ve avukatlık sözleşmesi kapsamında elde etmiş olması gerekir. Avukat, müvekkil tarafından doğrudan veya dolaylı olarak zilyet kılınmış

* *Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 20.04.2021 - Kabul Edildiği Tarih: 29.04.2021*
Bu çalışma, 14-15 Nisan 2021'de İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Teminat Hukuku Sempozyumu'nda (Online) bildiri olarak sunulan tebliğin tam
metnidir.

** *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,*
caner.tasatan@medeniyet.edu.tr, ORCID: 0000-0003-4090-324X
DOI: 10.17932/IAU.HFD.2015.018/hfd_v07i1006

olabilir. Bunun dışında müvekkilin, dolaylı dahi olsa zilyedi olmadığı eşyanın yargı yoluyla teslim alınması veya üçüncü kişilerdeki alacağın tahsil edilebilmesi amaçlarıyla avukatı yetkilendirmiş olması mümkündür. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için hapsedeceği eşya ile alacağı arasında doğrudan bir bağlantı bulunmasının gerekli olup olmadığı da tartışmalıdır. Burada ise eşya ve alacak arasında doğrudan bir bağlantı aramamak, diğer bir deyişle zilyetliğin avukatlık faaliyetinin yürütülmesi sebebiyle elde edilmiş olmasını yeterli kabul etmek isabetli olur. Bunların dışında, avukatlık sözleşmesinde tarafların hapis hakkının kullanılmayacağı yönünde anlaşmış olmaları, avukatın alacağının sona ermesi, hapsedilecek eşyanın haczinin kabil olmaması gibi sebepler, avukatın hapis hakkının varlığına veya kullanılmasına engel olur. Avukatın hapis hakkını kullanacağı veya kullandığı yönünde müvekkile bildirimde bulunması, avukatlık sözleşmesinden doğan hesap verme yükümlülüğüne ilişkindir. Böyle bir bildirim yapılmamış olması, avukatın hapis hakkının varlığına veya bu hakkın kullanılmasına engel değildir.

***Anahtar Kelimeler:** Avukatın hapis hakkı, avukat, müvekkil, avukatlık sözleşmesi, avukatlık ücreti.*

Attorney's Right to Lien

Abstract

Attorney's right to lien is a special type of guarantee entitled to the attorneys to collect their receivables related to the attorney fee and costs that have been incurred. Regulated by two separate provisions in the Attorneyship Law No. 1136, it should be discussed that whether this right authorizes the attorney to ask the retained property to be turned into cash. Against the backdrop of this discussion, it is necessary to acknowledge that the attorney has a general right to a lien or only a single retention right, depending on whether the retained property is eligible for encashment.

Exercising the right to lien for which conditions have not been met or exceeding the limits of this right by the attorney may be described as a valid ground for the dismissal of the attorney and may also bear the disciplinary responsibility or the criminal liability for the attorney's offence of mistrust or embezzlement due to service. In this context, it would be appropriate to thoroughly examine the conditions adopted in the doctrine and judicial practise for the attorney to exercise his right to lien. The attorney's right to lien may be exercised for the receivables related to the attorney fee and costs that have been incurred. An attorney cannot exercise his right to lien for the non-contractual or undue receivables. The attorney must have acquired the possession of the properties to be retained with the consent of the client and under the attorney contract. The attorney may have been directly or indirectly appointed as a possessor by the client. Furthermore, the client may have authorized the attorney for receiving the property, which, even indirectly, are not possessed by the attorney, or collecting the receivables from third parties. It is also controversial whether a direct link needs to exist between what the attorney will retain and his receivable to exercise his right to lien. At this point, it would be appropriate not to seek a direct link between the property and the receivables, in other words, it is sufficient to accept that the possession was acquired due to the conduct of the legal activity. Other than these, the causes such as the agreement of the parties on the non-exercise of the right to lien in the attorney contract, the expiration of the attorney's receivables, the impossibility of the seizure of the property to be retained preclude the existence or exercise of the attorney's right to lien. Notification to the client by the attorney that he will exercise or exercised his right to lien is related to the obligation of accountability arising from the attorney contract. Failure to serve such notice shall not preclude the existence or exercise of the attorney's right to lien

Keywords: *The Attorney's right to lien, attorney, client, attorney contract, attorney fee.*

Giriş

1136 sayılı Avukatlık Kanunu (Av. K.) m. 1-2 hükümleri, avukatlık mesleğinin niteliğine ve bu mesleğin amacına ilişkin önemli düzenlemeler içermektedir. Bu hükümlerde, kamu hizmeti ve serbest bir meslek olan avukatlığın yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil ettiği, avukatlığın amacının ise hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ve her türlü hukuki uyuşmazlığın hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesi ile yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurum ve kurullar nezdinde hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını sağlamak olduğu, bu amaçla avukatın hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis ettiği hususları düzenlenmektedir. Avukatlık mesleğinin bu yönü, avukatın yapmış olduğu mesleki faaliyeti karşılığında bir kazanç elde etmesine engel değildir. Nitekim Av. K. m. 163-164 ve 173 hükümlerinden avukat ve müvekkil arasındaki sözleşmenin avukatlık sözleşmesi olarak adlandırıldığı, bu sözleşme kapsamında avukatın hukuki yardımının karşılığı olarak bir avukatlık ücretine hak kazanacağı, avukata tevdi edilen işin yapılmasından doğan bütün giderlerin -aksi kararlaştırılmadıkça- müvekkilin sorumluluğunda olacağı anlaşılmaktadır.

Müvekkil, talep etmiş olduğu hukuki yardım karşılığında, avukatın ücretini ve bu hukuki yardımın gerektirdiği giderleri ödemekle yükümlüdür. Ancak bu ücretin ödenmediği veya giderlerin karşılanmadığı durumlara sıklıkla rastlanılır. Böyle durumlarda avukatın, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde ifade sıraya ilişkin TBK m. 97 hükmü kapsamında, kendi borcunu ifa etmekten kaçınması mümkündür. Belirtelim ki ücreti ödenmeyen avukatın iş görmekten kaçınabilmesi, Av. K. m. 174/3 hükmünde de açıkça düzenlenmektedir. Ne var ki avukata tanınan bu güvence, avukatlık ücretinin işin görülmesinden sonra ödeneceği hususunda anlaşıldığı veya işin görülmesi sırasında birtakım giderlerin ortaya çıktığı durumlar bakımından yeterli değildir. Bunun dışında, yargının kurucu bir unsuru olan avukatın ücretini almaması sebebiyle iş görmekten kaçınması ve bu sebeple müvekkilinin hak kaybına uğraması, mesleğin onur ve vakarına da bütünüyle uygun sayılmaz. Böyle

durumlara yönelik olarak "avukatın hapis hakkı", avukatlık ücretinin ve yapılan giderlerin tahsil edilebilmesi için özel bir teminat imkânı biçiminde, Avukatlık Kanunu'nda yer almaktadır.

I. Kavram

Avukatın hapis hakkı, Avukatlık Kanunu'nda iki ayrı hükümde düzenlenmektedir. Bunlardan "*Avukatın Hapis Hakkı*" başlıklı Av. K. m. 166/1 hükmüne göre "*Avukat, müvekkili tarafından verilen veya onun namına aldığı malları, parayı ve diğer her türlü kıymetleri, avukatlık ücreti ve giderin ödenmesine kadar, kendi alacağı nispetinde elinde tutabilir.*"; diğer bir hüküm olan "*Avukatın Dosya Saklaması ve Hapis Hakkı*" başlıklı Av. K. m. 39/2 hükmüne göre ise "*Avukat, ücreti ve yapmış olduğu giderleri kendisine ödenmedikçe, elinde bulunan evrakı geri vermekle yükümlü değildir.*" Belirtilen hükümlerin, avukata -TMK m. 950 vd. hükümlerinde düzenlenen genel hapis hakkında olduğu gibi- hapsedilen eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi tanıyıp tanımadığı hususu tartışmalıdır. Bu konudaki görüşleri ikiye ayırabiliriz:

(i) Öğretide azınlıkta kalan bir görüş¹, Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin, özellikle lafızları itibarıyla, avukata yalnızca eşyanın iadesinden kaçınma hakkı verdiği, hükümlerin başlıklarının "*hapis hakkı*" olmasının bu eşyanın paraya çevrilmesini talep etme yetkisi tanımayacağı, yine bu hükümlerin avukatın hapis hakkını düzenleyen birer özel hüküm olarak genel nitelikteki TMK m. 950 vd. hükümlerinin uygulanmasına engel olacağı, buna bağlı olarak Avukatlık Kanunu'nda avukata yalnızca bir alıkoyma hakkı (eksik hapis hakkı) tanındığı yönündedir.

(ii) Öğretideki hâkim görüş² ise Av. K. hükümlerinin temelinde iki ayrı durumu düzenlediği, bunlardan m. 166/1 hükmünün paraya çevrilmeye

¹ SARI, Suat: Alıkoyma Hakkı, İstanbul, 1997: s. 57 vd. Bu yönde bkz. SİRMEN, Lale: Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2017: s. 675-676; ATALAY, Oğuz (PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya) Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku, 15. bs., İstanbul, 2017: s. 2394.

² CANSEL, Erol: Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı, Ankara, 1961: s. 153; İMRE, Zahit: "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. XVIII, S. 3-4, 1952: s. 766-767; ADAY, Nejat: Avukatlık Hukukunun

elverişli diğer eşya üzerinde "tam hapis hakkı" tanıdığı, m. 39/2 hükmünün ise paraya çevrilmeye elverişli olmayan dava dosyası, belge, delil gibi eşya bakımından avukata bu kez yalnızca bir "eksik hapis hakkı" (alıkoyma hakkı) tanıdığı, Avukatlık Kanunu'ndaki bu hükümlerin TMK m. 950 vd. hükümlerine istisna getirmediği, bunun yerine avukat tarafından hapsedildikten sonra paraya çevrilmesi istenebilecek veya üzerinde alıkoyma hakkı kullanılabilecek eşyayı somutlaştırdığı yönündedir.

Yukarıda belirtilen tartışmada her iki görüşün de aksayan yönleri bulunmaktadır. Ancak yine de hâkim görüşe üstünlük tanımak gerektiği kanısındayız. Burada, öncelikle, azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü özel-genel hüküm ilişkisini, diğer bir deyişle Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin, TMK m. 950 hükümlerinin uygulanmasına etkisini incelemekte fayda vardır. Belirtelim ki "özel hükmün genel hükmün uygulanmasına engel olması" (*lex specialis derogat legi generali*) ilkesi, özel hükmün kapsamının, genel hükmün de kapsamı içerisinde olması durumunda geçerlidir. Özel hükmün genel hükmün kapsamını aşması durumunda ilgili hükümler arasında, özel-genel ilişkisi yerine, bir "kesişme ilişkisi" (*Überschneidungsverhältnis*) bulunduğu kabul edilir³.

Genel Esasları, 2. bs., İstanbul, 1997: s. 71; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. bs., İzmir, 2003: s. 275-276; ÇETİNER, Bilgehan: Hapis Hakkı, İstanbul, 2010: s. 178 vd.; GÜNER, Semih: Avukatlık Hukuku, 6. bs., Ankara, 2015: s. 697-698; ALDEMİR, Hüsnü: Uygulamada Avukatlık Hukuku, Ankara, 2018: s. 523, 549-550. Bu yönde bkz ÇELİK, M. Lamih: TBB Disiplin Kuralı Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları, 4. bs., Ankara, 2019: s. 44. Ayrıca bkz. MÜDERRİSOĞLU, Feridun: Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara, 1974: s. 143 vd.: Paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerinde avukatın hapis hakkı bulunduğu görüşünde olan yazar, paraya çevrilmeye elverişli olmayan diğer eşya bakımından bir açıklamada bulunmamaktadır. Karş. TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. bs., İstanbul, 2010: s. 505-506: Av. K. m. 39/2 hükmünün paraya çevrilmeye elverişli olmayan taşınırlar üzerinde hapis hakkı kullanılamayacağını düzenleyen 951/1 (MK m. 865) hükmünün istisnası niteliği taşıdığı görüşünde olan yazar, bu nitelikteki eşya üzerinde kurulacak bu hapis hakkının nihayetinde nasıl kullanılacağına ilişkin bir açıklamada bulunmamaktadır.

³ KRAMER, Ernst A.: Juristische Methodenlehre, 6. Auflage, München-Bern-Wien, 2019: s.126: Özel-genel hüküm ilişkisinde, T1'in (özel hüküm, *lex specialis*) uygulandığı bütün durumlarda T2 (genel hüküm, *lex generalis*) uygulanabilir. Diğer bir deyişle T2'nin uygulama alanı, T1'in tamamını kapsar ve onun ötesine geçer. T1'in T2'nin kapsamı dışında da uygulanabilmesi, burada yalnızca bir kesişme ilişkisi bulunduğunu gösterir.

Nitekim Av. K. hükümleri bakımından durumun bu nitelikte olduğunu görüyoruz. Gerçekten, paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerinde "hapse yönelik" bir hak tanıyan bu hükümlerin salt birer özel hüküm olarak kabul edilmeleri ve böylece TMK m. 950 hükümlerinin uygulanmasına engel olmaları mümkün değildir⁴.

Ancak yukarıda vardığımız sonuç, bu kez de Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinin etkisini tartışmaya açmaktadır. Zira belirtilen hükümler, lafızları itibarıyla, avukata yalnızca eşyanın iadesinden kaçınma hakkı vermektedir. Bu eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisi açıkça düzenlenmiş değildir. Gerçi Av. K. hükümlerinde avukata bu yönde bir yasak getirilmemiştir ancak başkasının mülkiyetinde yer alan bir eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisinin kanunda düzenlenmiş olması gerektiği açıktır. Böyle bir düzenlemenin bulunmaması durumunda alıkonulan eşyanın paraya çevrilmesi ancak TMK m. 950 vd. hükümleri kapsamında mümkün olabilir. Nitekim hâkim görüşte olan yazarların dayanak noktalarından birinin, Avukatlık Kanunu'ndaki hükümlerin başlıklarında Türk Medeni Kanunu'nda düzenlendiği biçimde "hapis hakkı" ifadesinin yer alması olduğu görülmektedir⁵. Bu ise azınlıkta kalan görüşe yöneltilen kanunun yalnızca sözünün dikkate alındığı yönündeki eleştirinin⁶ bir benzerinden başkası değildir. TMK m. 1/1 hükmü kapsamında kanunun özü araştırılırken hükmün içeriği yerine başlığın üstün tutulması, sistematik açıdan da eleştiriye açıktır.

O halde burada kanunun amacından yola çıkmak, bunu yaparken de subjektif ve objektif tarihi yorum metotları ile bir inceleme yapmak gerekir. Bu metotlar bakımından yapılacak incelemede varılacak sonuçlar ise oldukça dikkat çekicidir. Zira yürürlükteki 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun m. 192 hükmü ile ilga ettiği 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda⁷, yalnızca "fasıl" (ayırım) başlıkları bulunmaktadır. Bu

⁴ ÇETİNER: s. 181, dn. 498.

⁵ ÇETİNER: s. 178-179.

⁶ ÇETİNER: s. 178-179.

⁷ Bu kanun, Cumhurbaşkanlığı Mevzuat Bilgi Sistemleri içerisinde yer almamaktadır. Kanunun kabul edildiği haliyle tam metni için bkz. Resmî Gazete 14.07.1938-3959.

kanunda madde başlıkları yoktur. Ancak önceki kanun dönemine ilişkin olarak öğretide, esasen, TMK m. 950/1 (MK m. 864/1) hükmünde yer alan hapis hakkının bütün unsurlarını sağlayan bir hapis hakkının avukata da tanınmış olduğuna işaret edilmektedir⁸. Esasen 3499 sayılı Kanun m. 134/1 hükmünde yer alan "*emval ve nükudu (...) hapsedebilir*" ifadesi de bu biçimde yorumlanmaya daha elverişlidir.

1136 sayılı Kanun m. 166 hükmünün gerekçesinde⁹ ise avukata hapis hakkı tanındığı belirtilmiş¹⁰ ve madde başlığı da bu biçimde düzenlenmiş ancak hüküm "*malları, parayı veya diğer her türlü kıymetleri (...) elinde tutabilir*" olarak değişmiştir. Bu kapsamda, kanun koyucunun, avukata eşyanın paraya çevrilmesini isteme yetkisini haiz özel bir hapis hakkı tanınması yönünde bilinçli bir iradesi bulunmadığı sonucuna varılabilir. Ancak yine de Av. K. m. 166/1 hükmünün avukatın -TMK kapsamında- hapis hakkı bulunduğuna işaret eden ve üzerinde hapis hakkı kullanılacak eşyayı somutlaştıran bir hüküm olduğunu, buna karşın Av. K. m. 39/2 hükmünün paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerinde avukata yalnızca alıkoyma hakkı tanıdığını kabul etmek tek başına isabetli olmayacaktır.

Kanımızca Avukatlık Kanunu'nda yer alan hükümlerin amacını, avukatın alacağını elde edebilmesi temelinde incelemekte fayda vardır. Kanunda yer alan her iki hükmün de ortak amacı, avukatın alacağını elde edebilmesidir. Bu amacın gerçekleşebilmesi için avukatın eşya üzerinde hapis hakkı bulunduğunu işaret etmeye gerek yoktur. Zira bu hak TMK m. 950 vd. hükümlerinde zaten vardır. O halde her iki hükmün de farklı bir yönü olup olmadığı hususunun incelenmesi gerekir. Burada, özellikle hükümlerin lafızlarının da yardımıyla, Av. K. m. 166/1 hükmünün

⁸ CANSAL: s. 151.

⁹ 20.01.1967 Tarih ve 1/313 Esas sayılı Avukatlık Kanunu Tasarısı ve gerekçesi için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MM_/d02/c032/mm__02032041ss0324.pdf Erişim Tarihi: 19.01.2021.

¹⁰ Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın çalışmaları sırasında Eskişehir Milletvekili İsmail Angı ve iki arkadaşı tarafından verilen 2/445 sayılı Avukatlık Kanunu Teklifi'nin (m. 166 hükmünü karşılayan) m. 180 hükmünün gerekçesinde, o dönemin mevzuatı içerisinde de avukatın hapis hakkının bulunduğu belirtilmektedir.

hapsedilecek eşya ile alacak arasındaki doğrudan bağlantıyı daha sonra açıklanacağı üzere avukat-müvekkil ilişkisi olarak genişlettiği, Av. K. m. 39/2 hükmünün ise TMK m. 950 vd. hükümleri kapsamında üzerinde hapis hakkı kullanılması mümkün olmayan bu eşya üzerinde avukata müvekkili "ödemeye zorlama" (*tediyeye tazyik*) amaçlı bir alıkoyma hakkı tanıdığı sonuçlarına varmak isabetli olur.

Görüldüğü gibi avukatın hapis hakkı, iki ayrı durumu ifade etmektedir. Av. K. m. 166/1 hükmü kapsamında kullanacağı hapis hakkında avukat, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edebilmek amacıyla, eşyanın paraya çevrilmesini talep edebilir. Buna karşın Av. K. m. 39/2 hükmü kapsamında kullanacağı hapis hakkında avukat, alacağını tahsil edinceye kadar eşyayı yalnızca alıkoyabilir. Ancak her iki durumda da bu hakkın, Avukatlık Kanunu'nda avukatlar lehine tanınmış tam veya eksik nitelikte özel bir hapis hakkı olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Bu kapsamda da TMK m. 950 vd. hükümlerinin, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde, Av. K. hükümleri kapsamındaki her iki hapis hakkına uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır¹¹.

Avukat, ücret ve gider alacağı kendisine ödenene kadar, müvekkili tarafından verilen veya onun adına aldığı her türlü mal, para ve diğer her türlü kıymeti elinde tutabilmektedir. Av. K. hükümlerinde bu değerler arasında herhangi bir ayırım gözetilmemiştir. Buna göre avukat, sözgelimi,

¹¹ Benzer yönde bkz. CANSEL: s. 153. İsviçre hukukunda durum biraz farklıdır. Zira İsviçre'de Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerini karşılayan bir düzenleme yoktur. Bu kapsamda avukatın, paraya çevrilmeye elverişli olmayan dava dosyası veya delilleri gibi unsurlar üzerinde -kural olarak- bir alıkoyma hakkının bulunmadığı ancak tarafların sözleşmede bu hakkı kararlaştırmalarının mümkün olduğu, paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerinde ise bu kez ZGB Art. 895 (TMK m. 950) vd. hükümleri kapsamında hapis hakkının bulunduğu kabul edilir. Bkz. OFTINGER, Karl / BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 3. Auflage, 1981: Art. 896, N. 9-10; ZOBL, Dieter: Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, 1996: Art. 896, N. 8-12.

davada hükmolunan mal veya para, açılmaktan vazgeçilen davanın harç ve gider avansında kullanılmak üzere verilen para veya icra takibi başlatılmak üzere verilen her türlü kambiyo senedi yahut -paraya çevrilmeye elverişli olup olmaması fark etmeksizin- delil olarak kullanılacak her türlü belge üzerinde hapis hakkını kullanabilir¹².

Para üzerinde hapis hakkı kullanılması bakımından durum özelliğindedir. Gerçekten, mülkiyeti karışacak biçimde devredilen para üzerinde avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir. Zira para, artık onun mülkiyetindedir. Avukat bu parayı takas defini ileri sürerek müvekkile iade etmekten kaçınabilir. Nitekim avukat ve müvekkil arasındaki uyuşmazlıklarda, avukatın hapis hakkını kullandığı gerekçesiyle paranın iadesinden kaçındığı durumların çoğunda, esasen birer takas defî söz konusudur. Paranın mülkiyeti karışmayacak biçimde devredildiği, sözgelimi bir muhafaza içerisinde verilmesi veya bu iş için kiralanmış bir kasaya konulması yahut üzerine işaret konularak verilmesi gibi istisnai durumlarda ise avukatın hapis hakkını Av. K. m. 39/2 hükmünde olduğu gibi bir (eksik) hapis hakkı olarak değerlendirmek gerekir.

Buraya kadar olan açıklamalar çerçevesinde avukatın hapis hakkı, avukata, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edene kadar, zilyetliğinde bulunduğu her türlü taşınır eşya üzerinde, bu eşyanın niteliğine göre paraya çevrilmesini isteme veya onu alıkoyma yetkisi tanıyan özel bir teminat imkânı biçiminde tanımlanabilir.

II. Avukatın Hapis Hakkını Kullanabilmesi İçin Gerekli Koşullar

Avukatın, Av. K. hükümlerinde öngörülen hapis hakkını koşulları oluşmadan kullanması veya bu hakkın sınırlarını aşması, azli haklı kılan bir sebep olarak değerlendirilebilir¹³ ve avukatın disiplin sorumluluğunu

¹² Bununla birlikte, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK) m. 25 vd. hükümleri kapsamında gerçekleşen çocuk teslimi uygulamasında çocuğun bu hakkın kapsamına girmeyeceğinde hiçbir tereddüt yoktur. Burada, taşınır eşya üzerinde zilyetliğin icra yoluyla elde edilmesi benzeri bir yöntemin çocuklar için de uygulanıyor olmasının insan hakları öğretisi bakımından eleştiriye açık olduğuna işaret edelim.

¹³ Bu yönde bkz. YARG. 13. HD T. 05.10.2010 E. 2010/2876 K. 2010/12681: "(...) somut olayda, azlin haklı olup olmadığının tespiti için, öncelikle hapis hakkının kullanıldığı

veya hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma (TCK m. 155/2) yahut zimmet (TCK m. 247) suçlarından¹⁴ ötürü cezai sorumluluğunu doğurabilir. Bu kapsamda, avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için öğretide ve yargı uygulamasında kabul edilen koşulların etraflıca incelenmesi isabetli olur.

A. Hapis Hakkı ile Teminat Altına Alınacak Alacağın Avukatlık Ücreti ve Yapılan Giderlere İlişkin Olması

Avukatın hapis hakkının kullanabilmesi için gerekli birinci koşul, teminat altına alınacak alacağın avukatlık ücreti ile yapılan giderlere ilişkin olmasıdır. Avukatlık Kanunu'nda hem m. 166/1 hem de m. 39/2 hükümlerinde açıkça ifade edilmektedir. Bu hükümler çerçevesinde avukatlık sözleşmesinden, diğer bir deyişle avukat-müvekkil hukuki

tarihte muaccel olan vekalet ücreti alacakları belirlenip, hapis hakkının, Avukatlık Kanunu ve meslek kuralları hükümlerine göre, usulüne uygun olarak ve gerektiği gibi kullanılıp kullanılmadığı denetlenmek suretiyle, davacının söz konusu tarih itibarıyla muaccel olan vekalet ücreti alacaklarından daha fazla bir miktarı zimmetinde tutarak davalıya ödemediğinin ve hapis hakkının usulüne uygun olarak kullanılmadığının tespiti halinde azlin haklı, tersi durumda ise azlin haksız olduğunun kabulü ile bunun gerektireceği sonuçlara göre hüküm kurulması gereklidir. Azlin haksız olduğunun belirlenmesi halinde, davacı avukatın, dava tarihi itibarıyla belirlenecek olan bakiye ücret alacaklarının tahsilini talep edebileceği, buna karşılık azlin haklı olduğunun belirlenmesi halinde ise, davacının ancak, azil tarihi itibarıyla tamamlanıp, sonuçlanan işlerden dolayı vekalet ücretinin tahsilini isteyebileceği kabul edilmelidir. (...)" (Lexpera). Ancak avukatın hapis hakkını kullanması, tek başına azli haklı kılan bir sebep olarak nitelendirilemez. Bkz. ve karş. ÖZEN, Atilla: Avukatlık Hukuku, 3. bs., Ankara, 2019: s. 507.

¹⁴ Avukatın hapis hakkını usulüne uygun olarak kullanmaması durumunda hangi suçun gerçekleşmiş olacağı hususunda Yargıtay Ceza Dairelerinin farklı yönlerde karar verdiğine işaret eden bir karar için bkz. YARG. CGK T. 12.03.2019 E. 2018/454 K. 2019/196 (Legalbank). Ayrıca bkz. YARG. 9. CD T. 27.01.2021 E. 2020/4774 K. 2021/332: "(...) İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, (...) vekalet ücreti alacağından kaynaklanan hapis hakkını kullandığını beyan etmesi karşısında, anılan dava dosyalarının sanıktan sorulup, getirilmesi ve incelenmesi sonrasında sanığın toplam vekalet ücreti alacağının tespit edilerek uhdesinde para kalıp kalmadığı hususunda bilirkişi raporu alınmasına müteakip sanık avukatın haricen tahsil ettiği parayı müvekkiline vermemesi şeklindeki eyleminin hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanmak veya zimmet suçunu oluşturup oluşturmayacağı tartışılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması (...)" (Legalbank).

ilişkisinden kaynaklı olmayan alacakların, avukatın hapis hakkının kapsamına girmeyeceği kendiliğinden anlaşılır¹⁵. Buna göre, sözgelimi, taraflar arasındaki satış veya kira gibi başkaca bir sözleşmeden veya haksız fiil yahut sebepsiz zenginleşme ile kanundan doğan diğer alacaklar bakımından alacaklının, borçlunun avukatlığını yapmış veya halen yapıyor olması itibarıyla özel bir teminat imkânına sahip olduğu sonucuna ulaşamaz.

Burada müvekkil ve avukat arasında iş sözleşmesi bulunması durumunu da ele almak gerekir. TBB Disiplin Kurulu kararına¹⁶ yansıyan bir olayda avukat, müvekkili adına ve hesabına aldığı para üzerinde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı sebebiyle hapis hakkı kullanmıştır. İlgili avukatın bağlı bulunduğu Baro Disiplin Kurulu tarafından verilen "(...) avukatın hapis hakkını düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 166/1. maddesinde bu hakkın, avukatlık ücreti ve bu kapsamdaki giderlerin ödenmesine kadar kullanılabilmesi açıktır. Şikâyetlinin şikâyetçi şirketten alacağı taraflar arasındaki işçi-işveren sözleşmesinden kaynaklı olup şikâyetlinin kıdem ve ihbar tazminatı alacakları için Avukatlık Kanunu kapsamındaki hapis hakkını kullanması usul ve yasaya aykırılık oluşturmaktadır." yönündeki karar TBB Disiplin Kurulu tarafından da isabetli bulunmuştur. Kanımızca, avukat ve müvekkil arasında vekâlet sözleşmesinin varlığını esas alan Av. K. m. 166/1 hükmündeki bu ifadeyi salt avukatlık sözleşmesinde yer alan ücret olarak algılamak hükmün amacına aykırıdır. Kıdem ve ihbar tazminatı alacağı, hukuki niteliği üzerindeki tartışmadan bağımsız olarak, nihayetinde avukatın iş görmesine bağlıdır. Buna göre belirtilen alacaklar bakımından da avukatın hapis hakkı kullanabileceği sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır.

¹⁵ MÜDERRİSOĞLU: s. 144; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 274-275, 276; SARI: s. 59; ALDEMİR: s. 525.

¹⁶ TBB Disiplin Kurulu T. 03.11.2018 E. 2018/712 K. 2018/695.

B. Hapis Hakkı ile Teminat Altına Alınacak Alacağın Muaccel Olması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli ikinci koşul, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağının muaccel olmasıdır¹⁷. Muacceliyet bakımından genel ilkeler uygulanır. Bu kapsamda tarafların, avukatlık ücretine veya yapılan giderlere ilişkin alacağın ne zaman muaccel olacağı hususunda anlaşmaları mümkündür. Taraflarca kararlaştırılan vadenin gelmesiyle birlikte alacak muaccel olur¹⁸. Böyle bir vade kararlaştırılmamış ise taraflar arasındaki sözleşmeye ilişkin yedek hukuk kurallarının uygulanması gerekir.

Avukatlık sözleşmesinde ücret alacağının ne zaman muaccel olacağına ilişkin bir hüküm yoktur¹⁹. Burada, avukatın üstlendiği işin sonuçlanmasıyla birlikte alacağının muaccel olacağı kabul edilir²⁰. Avukatın takip ettiği işin sonuçlanması, özellikle bu iş bir davanın takip edilmesi ise kararın kesinleşmiş olmasını ifade eder. Nitekim bu husus, Av. K. m. 171/1 hükmünde²¹ açıkça düzenlenmektedir. Benzer biçimde Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi (AAÜT) m. 2 hükmü²² de avukatlık ücretinin kesin hüküm elde edilinceye kadar olan iş ve işlemler ücreti karşılığı olduğu belirtilmektedir. Buna göre avukatın ücret alacağı, dava sonucunda verilen karar kesinleştiğinde muaccel olacaktır. Avukat,

¹⁷ CANSEL: s. 154; SARI: s. 59; GÜNER: s. 698-699; ALDEMİR: s. 541; YARG. 13. HD T. 25.06.2013 E. 2012/26965 K. 2013/17391.

¹⁸ CANSEL: s. 154; ÇELİK: s. 44.

¹⁹ Vekalet sözleşmeleri bakımından da durum böyledir. Bu tip sözleşmelerde, öğretide, vekilin üstlendiği işin tamamlanmasıyla birlikte ücret alacağının da muaccel olacağı kabul edilir. Bkz. TANDOĞAN: s. 575-576; ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. bs., Ankara, 2019: s. 629.

²⁰ ALDEMİR: s. 541; ÇELİK: s. 44.

²¹ Av. K. m. 171/1: "Avukat, üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder."

²² AAÜT m. 2/1: "Bu Tarifede yazılı avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır. Avukat tarafından takip edilen dava veya işle ilgili olarak düzenlenen dilekçe ve yapılan diğer işlemler ayrı ücreti gerektirmez. Hükümlerin tavzihine ilişkin istemlerin ret veya kabulü halinde de avukatlık ücretine hükmedilemez."

muaccel olan bu alacağı için hapis hakkını kullanabilir²³. Takip edilen işin veya davanın müvekkil lehine sonuçlanmış olması ise gerekmemektedir²⁴.

Avukatın yapmış olduğu giderlere ilişkin alacağı bakımından ise durum biraz farklıdır. Burada giderin yapılmış olması, ücret alacağından farklı olarak, alacağın muacceliyeti bakımından yeterlidir²⁵.

Avukat, Av. K. m. 174/1 hükmüne göre, üstlendiği işi veya davayı haklı bir sebep olmaksızın takip etmekten vazgeçmesi durumunda ücrete hak kazanamaz. Böyle bir durumda avukatın ücret alacağının ve buna bağlı olarak da hapis hakkının bulunmayacağı açıktır²⁶. Buna mukabil avukatın haklı bir sebep olmaksızın azledilmesi durumu farklıdır. Böyle durumlarda avukat, Av. K. m. 174/2 hükmüne göre, ücretin tamamına hak kazanır ve bu alacağına ilişkin olarak da hapis hakkına sahip olur²⁷.

Avukatlık ücretinin sözleşmenin kurulması aşamasında taraflarca belirli veya belirlenebilir biçimde kararlaştırılmamış olması, avukatlık sözleşmesinin kurulmasına ve avukatın bu sözleşme kapsamında bir ücrete hak kazanması ile buna bağlı olarak hapis hakkının bulunmasına engel

²³ YARG. 13. HD T. 25.06.2013 E. 2012/26965 K. 2013/17932: "(...) avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir. Yasada avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi'nin 2. maddesinde düzenlenen "... avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, iş ve işlemler ücreti karşılığıdır." Hükümleri gereğince vekalet ücreti alacağının, üstlenilen işin bitmesiyle muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz. (...)" (Legalbank).

²⁴ SARI: s. 58, 59.

²⁵ Vekalet sözleşmesi bakımından bkz. TANDOĞAN: s. 585.

²⁶ Haklı sebeple azledilen avukat, yine Av. K. m. 174/2 hükmüne göre, ücrete hak kazanamaz. Ancak Yargıtay içtihadı, azil tarihi itibarıyla kesinleşen işler bakımından avukatın ücret alacağına hak kazanacağı yönündedir. Bkz. YARG. 13. HD T. 14.11.2017 E. 2015/22060 K. 2017/11136; YARG 13. HD T. 06.06.2016 E. 2015/33065 K. 2016/14295 (Legalbank). Buna bağlı olarak avukatın belirtilen ücret alacağı ölçüsünde hapis hakkı kullanması mümkündür.

²⁷ SARI: s. 58.

değildir²⁸. Zira böyle bir durumda avukatın ücret alacağı, Av. K. m. 164/4 hükmü kapsamında, asgari ücret tarifesine göre belirlenir. Avukat da bu kapsamda hapis hakkına sahip olur²⁹.

Avukatın, Av. K. 166/1 hükmü kapsamında paraya çevrilmeye elverişli eşya üzerindeki hapis hakkını alacağı ölçüsünde ve sonuçlandırdığı iş ile orantılı olarak kullanabileceği³⁰ hususu, TBB Meslek Kuralları m. 45 hükmünde³¹ açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, sözgelimi, 100.000 TL alacağın tahsil edilmesi amacıyla başlatılan bir icra takibinde avukat 10.000 TL avukatlık ücretine hak kazanacaktır. Bu örnekte avukat, alacağın 50.000 TL kısmını tahsil edebilmiş hapis hakkını da sadece bu oranda ve yalnızca 5.000 TL için kullanabilir.

Avukatlık ücretine ilişkin olarak taraflar arasındaki olası bir miktar uyuşmazlığı durumunda avukatın hapis hakkını kullanmadan önce ücret alacağının belirlenmesine yönelik olarak bir dava açmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte hapis hakkının makul ölçüyü aşan bir miktarda kullanılması, azli haklı kılan bir sebep olarak değerlendirilebilir³². Av. K. 39/2 hükmü kapsamında paraya çevrilmeye elverişli olmayan eşya üzerindeki (eksik) hapis hakkı bakımından ise böyle bir ölçü ve oran belirlenmesine imkân yoktur. Burada avukat, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacağının tamamını tahsil edene kadar eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

²⁸ Bkz. ve karşı. GÜNER: s. 698-699.

²⁹ ALDEMİR: s. 545; RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: Avukatlık Hukuku, Ankara, 2021: s. 84; ÇELİK: s. 44.

³⁰ ÖZEN: s. 508; RUHİ/RUHİ: s. 85; ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: Avukatlık ve Noterlik Hukuku, 3. bs., Ankara, 2020: s. 89-90; TBB Disiplin Kurulu T. 28.09.2018 E. 2018/650 K. 2018/902.

³¹ TBB Meslek Kuralları m. 45: "*Avukat hapis hakkını alacağı ile oranlı olarak kullanabilir.*"

³² ÖZEN: s. 507; YARG. 13. HD T. 23.09.2010 E. 2009/16245 K. 2010/11921 (Lexpera).

C. Hapsedilecek Eşyaya Müvekkilin Rızasıyla ve Avukatlık Sözleşmesi Kapsamında Zilyet Olunması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli üçüncü koşul, hapsedilecek eşyaya müvekkilin rızasıyla ve avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olunmasıdır.

1. Hapsedilecek Eşyaya Müvekkilin Rızasıyla Zilyet Olunması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi, hapsedilecek eşyaya müvekkilin rızasıyla zilyet olmasına bağlıdır³³. Bu durum, iki ayrı ihtimalde söz konusu olabilir:

(i) Avukata, müvekkil tarafından, doğrudan zilyetlik kazandırılmış olabilir. Sözgelimi, belgelerin, dava dosyasının veya delillerin yahut işin takip edilmesi veya davanın açılması için gerekli masrafların teslim edildiği avukat, müvekkil tarafından, doğrudan zilyet kılınmıştır. Bunun dışında avukatın, yine müvekkil tarafından, üçüncü kişilerdeki eşya üzerinde yalnızca dolaylı zilyetlik kazandırılması mümkündür. Avukata doğrudan veya dolaylı zilyetlik kazandırılan böyle durumlarda müvekkilin rızası bulunduğu hususunda tereddüt yoktur.

(ii) Müvekkilin eşya üzerinde doğrudan veya dolaylı dahi olsa bir zilyetliği bulunmayabilir. Burada eşya üzerindeki zilyetliğin elde edilebilmesi için yargı yoluna başvurulması ve avukatın da bu hususta yetkilendirilmesi gerektiği açıktır. Ayrıca müvekkil, üçüncü kişilerdeki alacaklarının tahsili için de avukatı yetkilendirmiş olabilir. Böyle durumlarda avukat -yine müvekkil rızası doğrultusunda- bu kez ahzu kabz yetkisi çerçevesinde eşya üzerinde zilyetlik kazanır.

Ahzu kabz yetkisi, avukatın, yargılama sonucunda müvekkil lehine hükmolunacak şeyi teslim alabilmesi için gerekli yetki olarak tanımlanır³⁴. Ahzu kabz yetkisi, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

³³ ÇETİNER: s. 182; SARI: s. 60-61; GÜNER: s. 699; ALDEMİR: s. 550; RUHİ/RUHİ: s. 84.

³⁴ ÖZBAY, İbrahim: Ahzu Kabz Yetkisi Üzerine, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C: 8, S: 23, 2012/3, İstanbul: s. 12-13.

(HUMK) döneminde davaya vekâlette özel olarak verilmesi gereken bir yetkiydi. Gerçekten, HUMK m. 63 hükmüne göre avukat, kendisine açıkça yetki verilmemişse "*mahkûmünbihi kabız*" edemezdi. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) döneminde ise bundan vazgeçilmiştir. Davaya vekâlette özel olarak verilmesi gerekli yetkiye ilişkin HMK m. 74 hükmünde ahzu kabz yetkisi sayılmamaktadır. Buna göre bir davayı takip etmesi için yetkilendirilen avukatın, kural olarak, ahzu kabza da yetkili olduğu sonucuna ulaşmak gerekir³⁵. Bu yetki kapsamında avukat, müvekkili lehine hükmolunan şeyi mahkemeden veya üçüncü kişiden teslim alabilir yahut müvekkilinin alacağını tahsil edebilir. Avukatın bu yetki kapsamında elde ettiği şeyleri veya parayı müvekkiline devri ise avukatlık sözleşmesi kapsamında gerçekleşir. Avukatlık ücretini veya yapılan giderlerini teminat altına almak isteyen avukat, müvekkile devretmesi gereken bu eşya üzerinde hapis hakkı kullanabilir.

Davaya vekâletin -kural olarak- bünyesinde yer alan ahzu kabz yetkisi, müvekkil tarafından başlangıçta verilmemiş veya sonradan geri alınmış olabilir. Diğer bir deyişle avukat, ahzu kabza yasaklanmış olabilir. Böyle durumlarda avukat, hükmolunan şeyi mahkemeden veya üçüncü kişiden teslim alamaz yahut müvekkilinin alacağını tahsil edemez. Buna bağlı olarak da haksız zilyet olacağı eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz.

Avukatlık sözleşmesinin azil veya istifa ile sona ermesini takip eden süreçte zilyet olunan eşya hakkında yine hapis hakkı kullanılamaz³⁶.

³⁵ Aynı yönde bkz. ÖZBAY: s. 26.

³⁶ ÇETİNER: s. 181-182; ÖZEN: s. 507; YARG. 4. CD T. 24.11.2014 E. 2014/37188 K. 2014/34037 "(...) *Sanığın, vekâlet ilişkisinin bulunduğu dönemlerde müvekkili tarafından verilen veya onun namına tahsil ettiği ve bu nedenle uhdesinde tuttuğu para, mal ve diğer kıymetleri, alacağı nispetinde elinde tutabilmesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 166/1. maddesinde düzenlenen "hapis hakkını" bu suretle kullanması mümkün ise de, vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra müvekkili nam ve hesabına para kabul ve tahsil etmeye yetkili bulunmaması karşısında, bu para üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. (...)*" (Legalbank).

2. Hapsedilen Eşyaya Avukatlık Sözleşmesi Kapsamında Zilyet Olunması

Hapsedilen eşyaya avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olunması, hapsedilecek eşya ile avukatlık ücreti veya yapılan gider arasında doğal veya hukuki (doğrudan) bir bağlantı bulunmasının gerekli olup olmadığı tartışması üzerinde incelenmelidir. Bu tartışma kapsamında ileri sürülen görüşleri de ikiye ayırabiliriz:

(i) Öğretide çoğunlukta olan görüş³⁷, TMK m. 950 vd. hükümlerinde düzenlenen genel hapis hakkına benzer biçimde, hapsedilen eşya ile teminat altına alınacak alacak arasında doğal veya hukuki (doğrudan) bir bağlantı olması gerektiği, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin de bu doğrultuda yorumlanması gerektiği yönündedir.

(ii) Buna karşın azınlıkta kalan diğer görüş³⁸, Avukatlık Kanunu'nda yer alan düzenlemelerin ücret alacağı bakımından avukata özel bir imkân tanıdığı, hapis hakkının kullanılabilmesi için avukatın ücret (ve yaptığı giderlere ilişkin) alacağının bulunmasının yeterli olduğu, genel hapis hakkında yer alan bağlantı koşulunun avukatın hapis hakkı bakımından da aranmasının bu hakkın uygulama alanını fazlasıyla sınırlandıracağı yönündedir.

Azınlıkta kalan görüşün ileri sürdüğü gerekçeler kanımızca da isabetlidir. Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümlerinde düzenlenen ve avukata tam veya eksik nitelikte hapis hakkı tanıyan düzenlemeler, esasen, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin alacağını teminat altına alan özel düzenlemelerdir. Belirtilen düzenlemelerde, hapsedilecek eşya ile alacak arasında doğrudan bir bağlantı aranmasına ilişkin TMK m. 950/1 hükmünde yer alan "*niteliği itibarıyla bu eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması*" biçiminde bir koşul yer almamaktadır. Gerçi bu koşulun, genel hapis hakkının bir benzeri olarak avukatın hapis hakkı bakımından da uygulanacağı düşünülebilir. Ne var ki böyle bir durumda Avukatlık

³⁷ CANSAL: s. 155; MÜDERRİSOĞLU: s. 144-145; GÜNER: s. 699; ALDEMİR: s. 524, 525. Bu yönde bkz. SARI: s. 60-61; RUHİ/RUHİ, s. 85; ÇETİN/ATES: s. 89-90.

³⁸ SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 277; ÖZEN: s. 509.

Kanunu'nda yer alan hükümler, avukatların da genel hapis hakkını kullanabileceği yönündeki bir tekrardan öteye geçmezler. Bunun da hükmün amacına aykırı olacağı söylenebilir. Buna göre Av. K. hükümlerin, tacirler arasındaki işlemlerde bağlantı koşulunu genişleten TMK m. 950/2 hükmünde olduğu gibi, eşya ve alacak arasındaki bağlantıyı avukatlık faaliyeti biçiminde genişlettiği sonucuna varmak isabetli olur.

Buraya kadar olan açıklamalardan anlaşıldığı üzere avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için avukatlık ücret ve yapılan giderlere ilişkin alacağı ile hapsedilecek eşya arasında doğrudan bir bağlantı olmasına gerek yoktur. Ancak bu durum, avukatın bir biçimde elinde bulundurduğu her türlü eşya için hapis hakkı kullanılabilmesi biçiminde yorumlanamaz. Burada yine Av. K. hükümlerinin amacın doğrultusunda hareket etmek gerekir. Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümleri, avukatlık faaliyetinden doğan alacağın teminat altına alınması için yapılır. Buna göre avukatın, hapsedilecek eşyaya avukatlık sözleşmesi kapsamında zilyet olması gerektiğini aramak isabetli olur. Avukatın, bu sıfatıyla değil, başka bir hukuki ilişki kapsamında zilyet olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanması hükmün amacına aykırıdır.

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için eşya ve alacak arasında doğrudan bir bağlantı bulunması gerektiği koşulu, dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmaya da elverişlidir. Özellikle müvekkilin bütün hukuki işlerinin takip edilmesi için avukatla genel bir vekalet ilişkisi kurulduğu, diğer bir deyişle avukatın "genel vekaletname" ile yetkili kılındığı³⁹ ve müvekkilin imza yetkilisi olduğu birden fazla tüzel kişinin bulunduğu durumlar bakımından bunu görebiliriz.

³⁹ Bkz. ve karşı. YARG. 4. CD 22.09.2014 E. 2014/6571 K. 2014/26577: "(...) Genel olarak düzenlenmiş bir vekaletnameye dayanılarak yapılan birden fazla dava takibi sırasında tek avukatlık sözleşmesine istinaden hukuki işlem yapıldığı için, bir davadan tahsil edilen alacağın, tüm davalardan kaynaklanan vekalet ücretine mahsuben hapis hakkının kullanılması mümkün ise de, her bir dava için ayrı ayrı verilmiş vekaletnamelerin her biri ayrı bir avukatlık sözleşmesi olacağından bu durumda hapis hakkının da her bir dava/sözleşme için ayrı ayrı mümkün olması gerekir. (...)" (Legalbank). Birden fazla vekaletname olması sebebiyle böyle bir ayırım yapılmasının

Tevkil ile yetkilendirilen avukatın müvekkilden herhangi bir ücret alacağı bulunmadığı Av. K. m. 171/4 hükmünde açıkça ifade edilmektedir. Bu hüküm karşısında tevkil ile yetkilendirilen avukatın, müvekkile karşı Av. K. hükümlerinde yer alan hapis hakkını kullanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. İkame vekil bakımından ise durum farklıdır. İkame vekil, zilyet olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

C. Hapis Hakkının Kullanılmasına Engel Bir Durumun Bulunmaması

Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için gerekli dördüncü ve olumsuz nitelikteki son koşul, hapis hakkının kullanılmasına engel bir durumun bulunmamasıdır. Bunun pek çok sebebi olabilir.

(i) Av. K. m. 166/1 ve m. 39/2 hükümleri emredici nitelikte değildir. Buna göre avukat ve müvekkil, aralarındaki hukuki ilişkide hapis hakkının kullanılmayacağını kararlaştırmış olabilirler⁴⁰. Yargıtay içtihadı da bu yöndedir⁴¹. Benzer biçimde, avukatın vekâletnamede ahzu kabza yasaklanması yine hapis hakkının kullanılmasına engel olur.

(ii) Avukatlık ücretinin ve yapılan giderlerin ödenmesi, avukatın alacağını sona erdirir ve buna bağlı olarak da hapis hakkının varlığına engel olur. Alacağın zamanaşımına uğraması bakımından durum farklıdır. Avukatın hapis hakkı, taşınır rehnine ilişkin genel ilkeler doğrultusunda alacak hakkına ilişkin zamanaşımının işlemesine engel olmaz. Buna göre

isabetli olmadığı kanısındayız. Zira birden fazla vekaletname olsa dahi teminat altına alınan yine avukatlık ücreti ve yapılan giderlere ilişkin olacaktır. Ayrıca Noterlik Kanunu m. 80 ve Noterlik Kanunu Yönetmeliği m. 93 hükümleri kapsamında vekaletnameye ilgilinin fotoğrafının yapılandırılması zorunlu olduğu durumlarda birbirini takip eden işler için dahi ayrı vekaletnameler düzenlenmesi gerekebilir.

⁴⁰ ÖZEN: s. 507.

⁴¹ YARG. 13. HD T. 01.12.2016 E. 2015/30394 K. 2016/22574: "(...) tarafların serbest iradeleri ile kararlaştırdıkları sözleşmenin takas, mahsup ve hapis hakkının kullanılmasını yasaklayan söz konusu hükmü, Avukatlık Kanununun 166/1 maddesinin emredici nitelikte olmaması karşısında geçerli ve tarafları bağlayıcı olup, bu nedenle mahkemece asıl davanın reddine, karşı davada ise sözleşmedeki takas ve mahsubu yasaklayan hükme rağmen davalı avukatın uhdesinde kalan miktarın mahsup edilmek suretiyle, bakiye alacak üzerinden kısmen kabul kararı verilmiş olması yerinde değildir. (...)" (Legalbank).

avukatın alacağı zamanaşımına uğrayabilir. Ancak alacaklı avukat yine de hapis hakkını kullanabilir⁴².

(iii) Avukat, kural olarak, müvekkile ait olmayan eşya üzerinde hapis hakkını kullanamaz. Müvekkilin mülkiyetinde bulunan veya üzerinde sınırlı ayni hak sahibi olduğu eşya hapsedilebilir⁴³. Eşyanın üçüncü kişiye ait olması durumunda, genel hapis hakkına ilişkin TMK m. 950/3 hükmünün uygulanması isabetli olur⁴⁴. Buna göre avukat, emin sıfatıyla zilyet olan müvekkilinin tasarruf yetkisinin de bulunduğu kanaatiyle zilyetliğini edinmiş olduğu eşya üzerinde hapis hakkını kullanabilir.

(iv) Avukatın hapis hakkının, bu hakkın zilyetlik temeline dayanması karşısında⁴⁵, taşınmaz üzerinde kullanılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir.

(v) İİK m. 82-83 hükümleri, borçtan kural olarak bütün malvarlığı ile sorumlu olan borçlunun (ve ailesinin) yaşamını ve ekonomik varlığını sürdürebilmesi için bazı mal ve haklarının haczini yasaklamaktadır. Belirtilen hükümlerin amacı dikkate alındığında, avukatın bu tür mal ve haklar üzerinde hapis hakkı kullanamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir⁴⁶. Yine 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu m. 5/5 hükmü kapsamında ticari amaç güdülmeyen bilhassa ev ve bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları üzerinde de avukatın hapis hakkını kullanabilmesi mümkün değildir.

(vi) HMK m. 216 vd. hükümleri kapsamında mahkeme tarafından ibrazı istenen belge üzerinde de hapis hakkı kullanılamayacaktır⁴⁷.

⁴² MÜDERRİSOĞLU: s. 149-150; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 279-280.

⁴³ SARI: s. 60.

⁴⁴ CANSEL: s. 152. Eşyanın mülkiyetinin üçüncü kişiye ait olması durumu hakkında bkz. ÇETİNER: s. 68 vd.

⁴⁵ ÇETİNER: s. 60.

⁴⁶ MÜDERRİSOĞLU: s. 147; SUNGURTEKİN ÖZKAN: s. 278-279.

⁴⁷ CANSEL: s. 156; SARI: s. 61. Bu yönde bkz. ÇETİNER: s. 182-183. Ayrıca bkz. CANSEL: s. 153-154.

Öğretide⁴⁸ ve yargı⁴⁹ ile TBB Disiplin Kurulu⁵⁰ kararlarında avukatın, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret yahut masraf alacağı olduğunu açıklamasının ardından, hapis hakkını kullanacağı/kullandığı hususunu müvekkile bildirmesi gerektiği kabul edilir. Bu yönde bir bildirim yapılmamış olması, kanımızca, hapis hakkının varlığına veya kullanılmasına bir engel olarak görülmemelidir. Gerçi TMK m. 953/1 hükmü kapsamında genel hapis hakkı kullanan alacaklının borçluya bildirimde bulunması gerektiğine işaret edilmektedir. Ne var ki bu bildirim, hapsedilen eşyanın paraya çevrilebilmesine ilişkin bir irade açıklamasıdır. Avukatın hesap verme yükümlülüğü kapsamında müvekkilini bilgilendirmesi, avukatlık sözleşmesinden doğan iş görme ediminin sadakat ve özenle yerine getirilmesiyle ilgilidir. Bu borç ise avukatın ücrete ve yapılan giderlere ilişkin alacağının karşılığı değildir. Hesap verme yükümlülüğünü yerine getirmeyen avukat, haklı biçimde azledilebilir. Bu durum aynı zamanda avukatın disiplin sorumluluğunu da doğurabilir. Ne var ki böyle bir durumda dahi avukatın kullanmış olduğu hapis hakkı, hâlihazırda muaccel olan alacağı ölçüsünde devam eder.

Sonuç

Avukatın hapis hakkı, avukata, avukatlık ücretine ve yaptığı giderlere ilişkin alacağını tahsil edene kadar, zilyetliğinde bulunan her türlü taşınır eşya üzerinde, bu eşyanın niteliğine göre paraya çevrilmesini isteme veya onu alıkoyma yetkisi tanıyan özel bir teminat imkânıdır. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi için teminat altına alabileceği bir alacağının bulunması ve bu alacağın da muaccel olması gerekir. Avukatın alacağı, avukatlık ücretine ve yapılan giderlere ilişkin olmalıdır. Ne var ki bağlı çalışan avukatların alacaklarının teminat altına alınabilmesi bakımından bu ücret kavramının geniş yorumlanması isabetli olur. Avukatın

⁴⁸ ÖZEN: s. 508; RUHİ/RUHİ: s. 85; ÇELİK: s. 45.

⁴⁹ YARG. 13. HD T. 24.05.2017 E. 2015/19231 K. 2017/6255

⁵⁰ TBB Disiplin Kurulu T. 28.09.2018, E. 2018/650 K. 2018/902; TBB Disiplin Kurulu T. 22.06.2018 E. 2018/352 K. 2018/609; TBB Disiplin Kurulu T. 06.06.2014, E. 2014/162 K. 2014/352; TBB Disiplin Kurulu T. 24.01.2014, E. 2013/632 K. 2014/42.

hapsedeceği eşya üzerinde müvekkilin rızasıyla zilyet olması gerektiği hususunda tereddüt yoktur. Burada, zilyetliğin avukatlık sözleşmesi kapsamında elde edilmiş olması gerekli ve yeterlidir. Avukatın hapis hakkını kullanabilmesi, buna yönelik bir engelin bulunmamasına bağlıdır. Bu engel, hakkın varlığına veya hapsedilecek eşyanın niteliğine ilişkin olabilir. Avukatın hapis hakkını kullandığı/kullanacağı hususunda müvekkile bildirimde bulunmaması, hakkın varlığına veya kullanılmasına engel bir durum olarak nitelendirilemez.

Kaynakça

- [1] ADAY, Nejat: *Avukatlık Hukukunun Genel Esasları*, 2. bs., İstanbul, 1997.
- [2] ALDEMİR, Hüsnü: *Uygulamada Avukatlık Hukuku*, Ankara, 2018.
- [3] CANSEL, Erol: *Türk Hususi Hukukunda Hapis Hakkı*, Ankara, 1961.
- [4] ÇELİK, M. Lamih: *TBB Disiplin Kuralı Kararları Işığında Avukatlık Meslek Kuralları*, 4. bs., Ankara, 2019.
- [5] ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 3. bs., Ankara, 2020.
- [6] ÇETİNER, Bilgehan: *Hapis Hakkı*, İstanbul, 2010.
- [7] GÜNER, Semih: *Avukatlık Hukuku*, 6. bs., Ankara, 2015.
- [8] İMRE, Zahit: "Hapis Hakkı Üzerinde Bir Tetkik", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. XVIII, S. 3-4, 1952, s. 742-781.
- [9] KRAMER, Ernst A.: *Juristische Methodenlehre*, 6. Auflage, München-Bern-Wien, 2019.
- [10] MÜDERRİSOĞLU, Feridun: *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar*, Ankara, 1974.
- [11] OFTINGER, Karl / BÄR, Rolf: Zürcher Kommentar Band/Nr. IV/2c, Das Fahrnispfand, Art. 884-918 ZGB, mit ergänzender Darstellung der im Gesetz nicht geordneten Arten dinglicher Sicherung mittels Fahrnis,

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 3. Auflage, 1981.

[12] ÖZBAY, İbrahim: Ahzu Kabz Yetkisi Üzerine, *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, C: 8, S: 23, 2012/3, İstanbul, s. 11-37.

[13] ÖZEN, Atilla: *Avukatlık Hukuku*, 3. bs., Ankara, 2019.

[14] PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul-Medeni Usul Hukuku*, 15. bs., İstanbul, 2017.

[15] RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal: *Avukatlık Hukuku*, Ankara, 2021.

[16] SARI, Suat: *Alıkoyma Hakkı*, İstanbul, 1997.

[17] SİRMEN, Lale: *Eşya Hukuku*, 5. bs., Ankara, 2017.

[18] SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: *Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri*, 4. bs., İzmir, 2003.

[19] TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. bs., İstanbul, 2010.

[20] ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. bs., Ankara, 2019.

[21] ZOBL, Dieter: Berner Kommentar Band/Nr. IV/2/5/2, Das Fahrnispfand, Art. 888-906 ZGB, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand (Art. 907-915 ZGB) Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, 1996.

[22] www.barobirlik.org.tr/DisiplinKararlari

[23] www.legalbank.net (Legalbank)

[24] www.lexpera.com (Lexpera)

Yazar Kılavuzu

Aşağıda belirtilen yayın ilkeleri ve yazım kurallarına uygun olarak hazırlanmış yazılar, “makale sunum formu” ile birlikte e-posta yoluyla aşağıdaki adreslere gönderilebilir.

Çevirisi yapılmış makalelerin değerlendirmeye alınabilmesi için özgün metinlerin ve makale sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan izin yazılarının da gönderilmesi zorunludur.

Ön inceleme ve hakem değerlendirmesi doğrultusunda geliştirilmek ve/veya düzeltilmek üzere yazarlarına geri gönderilen yazılar, gerekli düzeltmeler yapılarak en geç bir ay içinde tekrar dergiye ulaştırılır.

Yapılan ön incelemede işbu yazım kurallarına uygun olmadığı tespit edilen makaleler, düzeltilmesi için yazarına iade edilir ve yayım programına alınmaz.

Yayın İlkeleri

1. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hakemli bir dergi olup, yılda iki sayı olarak Haziran ve Aralık aylarında yayımlanır.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır; makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. Makaleler, Microsoft Word programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 1,5 satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 12 punto, dipnotlar tek satır aralığı ve Times New Roman karakterinde 9 punto olarak hazırlanmış olmalı, CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
4. İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yazı dili Türkçedir. Makaleler Türkçe yazılmış olsalar da, her makalede en az 100, en çok 200 kelimedenden oluşan Türkçe ve İngilizce öz ile her iki

dilde yazı başlığı ve beşer anahtar kelimenin makalenin başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.

5. Yazarlar unvanlarını, çalıştığı kuruluş bilgilerini, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini açık ve doğru bir şekilde bildirmelidirler.

6. Yazarların, dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın 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.

Yayın kurulu, yabancı dil özeti ve eser metninde gerekli görülen imla düzeltmelerini yapabilir.

7. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan yazılar, kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılır, iki hakeme gönderilir. Hakemlere gönderilen makalelere “Makale ID” numarası verilir ve bu numaralar yazarlara bildirilir. Yazarlar, makalenin durumunu makale takip sisteminden görebilir. 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 makalenin yayımlanmasına, editör görüşüne göre karar verilir. Yayımlanmayan makaleler, yazarına geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.

8. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara, yargı kararı

tahliline de yer verilebilir. Bu nitelikteki yazılar yayın kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.

9. Makaleler yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayım hakları İstanbul Aydın Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.

10. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu konuda Üniversite herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.

11. Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.

Yazım Kuralları

I. Ana Başlık

İçerikle uyumlu, onu en iyi ifade eden bir başlık olmalı ve koyu harflerle, sözcüklerin ilk harfi büyük olacak biçimde yazılmalıdır.

II. Yazar ad(lar)ı ve adres(ler)i

Yazar(lar)ın ad(lar)ı ve soyad(lar)ı koyu, adresler ise normal ve eğik karakterde harflerle yazılmalı; yazar(lar)ın varsa görev yaptığı kurum(lar), haberleşme ve e-posta adres(ler)i ilk sayfada dipnot olarak belirtilmelidir.

III. Özet

Makalenin başında, konuyu kısa ve öz biçimde ifade eden ve en az 100, en fazla 150 sözcükten oluşan Türkçe “özet” ve İngilizce “abstract” bulunmalıdır. Özet içinde, yararlanılan kaynaklara, şekil ve çizelge numaralarına değinilmemeli; dipnot kullanılmamalıdır. Türkçe ve İngilizce özetleri altında bir satır boşluk bırakılarak, en az 3, en çok 5 sözcükten oluşan anahtar sözcüklere (keywords) yer verilmelidir. Yazılan İngilizce

özetin (abstract) üzerinde yazının İngilizce başlığı da verilmelidir.

IV. Ana Metin

A4 sayfa boyutunda, MS Word programı, Times New Roman yazı karakteri ile 12 punto ve 1,5 satır aralığıyla yazılmalıdır. Sayfa kenarlarında üst 3 cm., alt 3 cm., sol 3 cm., sağ 3 cm. boşluk bırakılmalı ve sayfalar numaralandırılmalıdır. Yazılar Türkçe ve İngilizce özet, şekil ve tablo yazıları da dahil 6.000 (altıbin) sözcüğü geçmemelidir.

V. Bölüm Başlıkları

Yazıda, sistematik bir bilgi akışı sağlamak üzere ara ve alt başlıklar kullanılabilir. Yazıdaki tüm ara (normal) ve alt başlıklar (yatık) 12 punto ile sözcüklerin yalnız ilk harfleri büyük, koyu karakterde yazılmalı; alt başlıkların sonunda iki nokta üst üste konulmamalı ve bir satır sonra devam edilmelidir.

VI. Kaynakça

Yazının sonunda, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla yazılmalıdır.

Örnek

Kitaplar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Kitabın Adı, Baskı, Yer-Yıl. Örneğin: GÜVEN, Kudret: General Principles of Turkish Law, B.2, Ankara, 2007. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıf usulü: GÜVEN: s.135. Aynı yazarın birden fazla kitabına atıf usulü: GÜVEN (Enerji): s.80 ve GÜVEN (Kişilik Hakları): s.65

Makaleler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

Yazarın Soyadı, Adı, Makalenin Başlığı, Derginin İsmi, Cilt Numarası, Sayı Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları. Örneğin: GÜVEN, Kudret: Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Boşanma Sebepleri ve Esasları Hakkında Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Başkent Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Dergisi, 1(2): 35-56. Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır: GÜVEN: s.55.

İnternette alınmış dokümanlar kaynakçada aşağıdaki şekilde yer almalıdır:

GÜVEN, Kudret: Cinsel Kimlik Üzerinde Hak Kavramı ve Korunması: Transseksüellik ve İnterseksüellik, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1 Sa.1, s.133-176, (<http://hukuk.baskent.edu.tr/dergi/arsiv/sayi-1/3.kudretguven.pdf>, Erişim tarihi: 10 Şubat 2016), Yazarın eserine ilk atıf açık olarak, daha sonraki atıflarda şu şekilde yapılmalıdır. GÜVEN: s.135.

İLETİŞİM BİLGİLERİ:

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı
Beşyol Mah. İnönü Cad. No:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul
PK:34295

Tel: 444 1 428 / Dahili: 23410

Faks: 0212 425 57 59

E-Posta: hukukdergi@aydin.edu.tr

Author's Guide

Author's may send their articles which are prepared in accordance with the below stated publishing and editorial principles, together with the "article presentation form" via e-mail to the provided addresses.

Providing the permissions of the authors (the main author or the rightful publishing house) is obligatory for the translated texts and articles as well. The articles which are sent to their authors for further improvement and/or proofreading following the preliminary reviews and referee evaluations, must be edited accordingly and delivered back to the journal in one month at the latest.

On the other hand, the articles which are found to be conflicting with this guideline, will be returned to their authors for further proofreading and will not be issued.

Publishing Principles

1. Hukuk Fakültesi is a peer-reviewed journal which is prepared and printed by Istanbul Aydın University, the Faculty of Law twice a year (June and December).
2. The journal only accepts articles, reviews of judgement and translations, which are not published or accepted to be published previously. Articles which are created from the reports that are not published but presented in a scientific gathering can be accepted provided that the case is clearly stated in the footnote.
3. The manuscripts that are to be published in the June issue of the journal must be delivered till the 1st of April and till the 1st of October for the December issue. The manuscripts received after these dates will be evaluated for the next issue of the journal.

4. The preliminary evaluation of the manuscripts to be published are done by the Editorial Board. Those manuscripts that are evaluated by the Editorial Board and found to conform with publishing principles of the journal are sent to two different referees. Referees decide whether to publish, revise or reject the manuscripts and in each case the authors are informed.

5. In case the referee demands a revision in his report, the author is expected to change the text only within the limits given by the referee. The manuscripts that are expected to be revised must be completed and resend to the Editorial Board within 30 days. Manuscripts that are sent within the specified period will be queued to be published in the next issue. The referees who demanded the changes may also evaluate manuscript revision.

6. In case referee decides to reject the manuscript in his report, a second referee review is conducted. The manuscripts that are not returned from referee reviews within the specified period are evaluated for the next issue of the journal unless the authors demand otherwise.

7. Editorial Board reserves the right to publish manuscripts which have positive referee reports, in the upcoming issues of the journal depending on the intensity of the related issue.

8. The manuscripts must be delivered to Istanbul Aydin University, Law Faculty Deanship prepared as a CD in addition to three other hard copies in A4 paper size, on the two of which the name of the author is not specified. The authors are expected to specify their titles, the institutions they work in, their open address, contact number and e-mail addresses.

9. A copy of the journal will be sent to the authors free of charge.

Editorial Principles

I. Main Title

Written in bold letters, the main title must be congruent with the text content expressing the treated subject in the best way. The main title must not exceed 10-12 words of which initials must be capitalized.

II. Author's Name(s) and Address(es)

The name(s) and surname(s) of the authors must be typed in bold whereas the addresses must be typed in italic letters. If there are any, the title(s) and the workplace(s) of the authors as well as their contact information must be indicated on the first page with a footnote.

III. Abstract

The article must include an abstract in both English and Turkish (özet) languages, which briefly and clearly summarizes the subject of the text and consists of at least 100 and at most 150 words. The abstract must not refer to the cited sources, figures and graphic numbers used in the text or contain footnotes. Authors must provide keywords consisting of at least 3 and at most 5 words leaving an empty line under the English and Turkish abstracts. The Turkish abstract must also have its title in Turkish.

IV. Main Text

The text must be written with Times New Roman font-type, 12-point font size leaving 1,5 space between lines and 3 cm margins on top, bottom and both sides of an A4-sized MS Word page. The pages must be numbered. The text must not exceed 6000 (six thousand) words including its Turkish and English abstracts, figures and table contents.

V. Sub-titles

The section and sub-titles may be preferred for delivering the information

in an orderly way. All the section (regular) and sub (italics) titles must be written in 12- point size, bold characters, capitalizing only the initial letters of each word in the title. Sub-titles must not be followed by a colon (:) and the text must begin after an empty line.

VI. Bibliography

The bibliography must be given at the end of the text in an alphabetical order.

CONTACT INFORMATION:

Istanbul Aydın University, Faculty of Law

Beşyol Mah. İnönü Cad. Nu:38 Sefaköy-Küçükçekmece/İstanbul

Postal Code: 34295

Tel: 444 1 428 / 23410

Fax: 0212 425 57 59

E-mail: hukukdergi@aydin.edu.tr



Her türlü bilgiye ihtiyaç duyduğunuzda bilgi merkezi 7/24 kapıları sizlere açık!

"Aydınlık bir geleceğe"