



ANADOLU ÜNİVERSİTESİ  
Hukuk Fakültesi Dergisi

Cilt: 9 - Sayı: 2 - Temmuz 2023

**Anadolu Üniversitesi Adına İmtiyaz Sahibi**  
Prof. Dr. Fuat ERDAL

**Yayın Kurulu Başkanı**  
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ

**Baş Editör**  
Doç. Dr. Tolga AKKAYA

**Editör**  
Dr. Öğr. Üyesi Olcay IŞIK  
Arş. Gör. Dr. Neyzen Fehmi DOLAR

**Editör Yardımcısı**  
Arş. Gör. Burak IŞIK  
Arş. Gör. Gökçe VAROL KARAOSMANOĞLU

**Dil Editörleri**  
Doç. Dr. Reşit KARAASLAN (Almanca)  
Öğr. Gör. Dr. Halil DÜZENLİ (İngilizce)

**İletişim Adresi**  
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi,  
Yunusemre Kampüsü  
Tepebaşı / ESKİŞEHİR  
Tel: +90 (222) 335 05 80 - 2240  
İletişim: andhd@anadolu.edu.tr  
Elektronik Ağ: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd>

**Yayına Hazırlayan**  
Seçkin Yayıncılık A.Ş.  
Mustafa Kemal Mah. 2158. Sok. No: 13  
Çankaya / ANKARA  
Tel: 0312 435 30 30  
Faks: 0312 435 24 72

**Sayfa Tasarımı ve Mizanpaj**  
Emre KIZMAZ

**Yayın Yeri | Yılı**  
Ankara | Temmuz 2023

**e-ISSN**  
2687-394X

AndHD, elektronik ortamda, çevrimiçi (online) olarak yayımlanan  
hakemli bir hukuk dergisidir.

AndHD,      
veritabanlarında indekslenmektedir.

**Dergiye yapılan atıflarda “AndHD” kısaltması kullanılmalıdır.**  
**Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.**

## Danışma Kurulu<sup>(\*)</sup>

- Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU (*Atılım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ali Cem BUDAK (*Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ayhan DÖNER (*Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ayşe Nur TÜTÜNCÜ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Bülent KENT (*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Cihan OSMANAĞAOĞLU KARAHASANOĞLU (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ (*Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ender Ethem ATAY (*Özyeğin Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Enver Murat ENGİN (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Erdal ONAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hamide ZAFER (*Doğuş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan ERMAN (*Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan Hüseyin BAYRAKLI (*Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Hasan Nüvit GEREK (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. İsmail KAYAR (*Altınbaş Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Kadir ARICI (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Levent AKIN (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mahmut Tuğrul ARAT (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Ün., İktisadi ve İdari Bilimler F.*)  
Prof. Dr. Mehmet Akif AYDIN (*Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR (*Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Murat ATALI (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mustafa ÇEKER (*Çukurova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mustafa ERDOĞAN (*Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Naciye Günseli GELGEL (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Nevzat TOROSLU (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Oğuz SANCAKDAR (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Osman DOĞRU (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Osman Berat GÜRZÜMAR (*İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Rukiye AKKAYA KİA (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK (*Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Selin Esen ARNWINE (*Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Sema Taşpınar AYVAZ (*TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Sibel ÖZEL (*Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

<sup>(\*)</sup> Danışma Kurulunda yer alan akademisyenler alfabetik sırayla gösterilmektedir.

- Prof. Dr. Şafak Ertan ÇOMAKLI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)  
Prof. Dr. Tufan ÖĞÜZ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Vahit DOĞAN (*İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yasemin İŞIKTAÇ (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ (*Dokuz Eylül Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yücel OĞURLU (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Yüksel METİN (*Süleyman Demirel Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Zehreddin ASLAN (*İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ziya AKINCI (*Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

### **Yayın Kurulu<sup>(\*)</sup>**

- Prof. Dr. İbrahim KAYA (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Recai DÖNMEZ (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Mustafa AVCI (*Anadolu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL (*TED Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*)  
Prof. Dr. Enver BOZKURT (*Hasan Kalyoncu Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Ali Murat ÖZDEMİR (*Hacettepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. Uğur YİĞİT (*İstanbul Ticaret Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)  
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN (*Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi*)

---

<sup>(\*)</sup> Yayın Kurulunda yer alan akademisyenler akademik unvan ve alfabetik sıraya göre gösterilmektedir.

# Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ("AndHD")

## *Amaç*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi hukukun her alanında hazırlanan özgün ve bilimsel çalışmaların elektronik ortamda yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

## *Kapsam*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (AndHD), yılda iki sayı olarak (Ocak ve Temmuz aylarında) elektronik ortamda yayımlanan, iki hakemli bir hukuk dergisidir. Dergide hukukun her alanından hakemli makale, çeviri, kitap incelemesi ve karar incelemelerine yer verilmektedir. Yazı dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

## **Etik İlkeler ve Yayın Politikası**

Yayın etiğinde en iyi uygulamaları esas alan Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler.

Dergi editörünün, yazarların ve hakemlerin, görev ve sorumluluklarının bu çerçevede belirlendiği AndHD'de süreçler COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınarak yönetilir. Ayrıca, özellikle İngilizce yayımlanan bilimsel makaleler için, Avrupa Bilim Editörleri Birliği (*European Association of Science Editors - EASE*) tarafından belirlenen ilkelere uyulması tavsiye edilir.

## *Yazarlar*

- Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir.
- Çalışmalarda, birden fazla yazar olması halinde, yazarların tümünün yazarlık ölçütlerine uyması ve her bir yazarın ilgili çalışmaya *kayda değer ölçüde* katkı sunmuş olması beklenir. Çok yazarlı çalışmalar için **Katkı Oranı Beyan Formunun** her bir yazar tarafından imzalanarak sisteme yüklenmesi gerekir. Her bir yazar tüm çalışmadan sorumludur.
- Çalışmanın hazırlanmasına katkı sunmuş, ancak çalışmada yazar olarak belirtilmeyen kişilerin isimlerine de yer verilmesi gerekirken, bu kişiler ilgili çalışmadan sorumlu tutulmazlar. Bu kişilerin çalışmaya katkıları, çalışmanın ilk sayfasında başlığa eklenecek bir yıldızlı dipnotla belirtilir.
- Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.
- Editörler Kurulu'nun gerekli gördüğü hallerde, çalışmalara ilişkin ham verilerin teslim edilmesi gerektiğinden, yazarlar, yayımlanan çalışmaya ilişkin verileri 5 yıl süreyle saklamakla yükümlüdür.

## *Hakemler*

- Makaleleri tarafsız ve nesnel esaslara göre değerlendirmesi beklenen hakemlerin, yalnızca uzmanlık alanlarına ilişkin çalışmalarda hakemlik yapması beklenir. Hakemin ilgili çalışmanın değerlendirilmesi hususunda kendini yetkin görmemesi halinde hakemlik görevinden kaçınılmalıdır.
- Hakemlerin gizliliği esastır. Hakemlerin başka kişilerle ilgili çalışmaları tartışması yasaktır. Ancak gerekli görülmesi halinde, editörün kararıyla, hakemin ilgili çalışmaya ilişkin yorumları, aynı çalışmanın diğer hakemleri ile paylaşılabilir.

- Görevi kabul eden hakemin çalışmaya ilişkin değerlendirmesini belirtilen süreler içinde editöre göndermesi, hakemlik görevini verilen süre içerisinde yerine getiremeyeceği kanaatine varması halinde, zaman kaybetmeden editörü bilgilendirmesi beklenir.
- Hakemler çıkar çatışması halinde hakemlik görevini reddetmeli, çıkar çatışmasının sonradan fark edilmesi halinde ise editörü bilgilendirmelidir.

### *Editörler*

AndHD dergi editörleri OPE Dergi Editörleri için Etik Davranışlar ve En İyi Uygulamalar Kılavuzu ile COPE Dergi Editörleri için En İyi Uygulamalar Kılavuzu’nda yer alan ilkelerle bağlıdır. Bu çerçevede,

- AndHD’ye gönderilen çalışmalar, yazarların cinsiyetinden, etnik kökeninden, dini inancından ve benzeri şekilde ayrımcılığa sebebiyet verecek herhangi bir unsurdan bağımsız olarak değerlendirilir. Hakem değerlendirmeleri sonucunda yayıma uygun bulunan çalışmaların, en yakın sayıdaki eserlerin çeşitliği, önemi, güncelliği vb. gibi sebeplerle bir sonraki sayıda yayımlanmasına karar verilmesi mümkündür.
- Dergiye gönderilen çalışmanın; derginin amaç ve kapsamına ile yazım kurallarına ve yayın politikasına uyumu, özgünlüğü ve önemi yönünden yayıma uygun görülmemesi halinde hakeme gönderilmeden editör tarafından reddedilmesi mümkündür. Bu durumda, ret kararının sebebi açık şekilde yazar ile paylaşılır.
- Editörlerin, hakemleri bilgi ve uzmanlıklarına uygun çalışmalar için görevlendirmesi esastır. Atanan hakemle, değerlendirme sürecine ilişkin bilgi ve belgelerin paylaşılması editörün sorumluluğundadır.
- Derginin hakemleri için bir liste oluşturan editör, hakemlerin performansını da esas alarak bu listeyi güncellemekle yükümlüdür. Editör, görevini burada ve atıf yapılan metinlerde açıklanan ilke ve esaslara uygun olarak yerine getirmeyen hakemleri listeden çıkarır.
- Editör, çift taraflı hakemlik sisteminin gerekleri başta olmak üzere menfaat sahiplerinin, paylaşımı zorunlu olan bilgiler hariç olmak üzere, gizli bilgilerinin korunması için azami özeni gösterir.

## Yazım Kuralları

### **Yazım Dili**

Çalışmaların dili Türkçe, İngilizce veya Almanca olabilir.

### **Dosya Formatı**

Çalışmalar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır.

### **İletişim Bilgileri**

Çalışma dosyaları ile birlikte yazarın adına ve soyadına, unvanına, çalıştığı kuruma, ORCID numarasına, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler editöre ulaştırılmalıdır.

### **Ana başlık Öz ve Anahtar Kelimeler**

Dergiye gönderilen makaleler Türkçe ve yabancı dilde (İngilizce veya Almanca) başlık, en az 100 en çok 200 kelimedenden oluşan özet ile ilgili makaledeki konuyu tanımlayan en az beş anahtar kelimeyi içermelidir.

### **Sayfa Düzeni**

Yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmalıdır.

- Kâğıt boyutu: A4
- Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
- Metin: Times New Roman, 12 punto, 1,5 satır aralığı, iki yana yaslı

Yazının Türkçe ve altında yabancı dilde başlığı, ortaya hizalı biçimde en üstte kalın, 14 punto, tüm harfleri büyük şekilde yer almalıdır. Yazarın unvanı, adı ve soyadı yabancı dilde konu başlığının altında ve sağ tarafa yaslı biçimde yer almalıdır.

Yazarın (varsa) görev yaptığı kurum ve unvanı, e-posta adresi ve ORCID numarası ilk sayfada (yıldızlı) dipnot olarak belirtilmelidir.

### **Başlıklar**

Bölüm başlıkları, "I, II, III, ..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, tüm harfler büyük yazılmalıdır.

Alt başlıklar, "A, B, C..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

Bundan sonraki başlıklar "1, 2, 3, ..." ve ardından gelenler "a, b, c..." "aa, bb, cc...", "aaa, bbb, ccc..." olarak iki yana yaslı biçimde, kalın, 12 punto, kelimelerin ilk harfleri büyük yazılmalıdır.

(Örnek:

**I. İKİ YANA YASLI BİÇİMDE, KALIN, 12 PUNTO, TÜM HARFLER BÜYÜK**

**A. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**1. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**a. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**aa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük**

**aaa. İki Yana Yaslı Biçimde, Kalın, 12 Punto, Kelimelerin İlk Harfleri Büyük)**

### **Kısaltmalar**

Metin içerisindeki ilk kez kullanılan kelime, kısaltılmadan yazılmalı, parantez içinde kısaltması belirtilmelidir.

(Örnek: İlk kullanım için Türk Medeni Kanunu (TMK). İkinci kullanım için TMK)

### **Atıf Kuralları**

Hazırlanan çalışmalarda atıflar dipnot usulüne göre yapılmalıdır. Metin içinde dipnot numaraları noktalama işaretlerinden önce kullanılmalıdır.

Metin içinde yer verilen yazar soyadları ilk harfi büyük ve italik olarak yazılır.

(Örnek: Eren, ....)

### **Dipnotlar**

Dergiye gönderilen yazılarda kullanılan dipnotlar, sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı olmalıdır.

Bir yazarlı kitaplarda, yazarın soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır. Tek baskı olanlarda baskı sayısının belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

(Örnek: EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018, s. 10.)

Makalelerde, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde makalenin başlığı, italik olarak yayımlandığı derginin adı, yılı, cilt ve sayı numaraları, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ARSEBÜK, A. Esat: "Türkiye'de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 7.)

Birden fazla yazarlı kitap ve makalelerde, yazarların ad ve soyadlarının arasına "/" işareti koyulmalıdır.

(Örnek: AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 10)

Editörlü kitaplar ve sempozyum vb. yayınlarında, yazarın soyadı ve adı, tırnak içinde eser (bölüm) adı, (Ed.) kısaltması, editör veya çevirmenin soyadı ve adı, italik olarak kitabın başlığı, baskı sayısı, yayınevi, basım yeri, basım yılı, sayfa numaraları ("s.") şeklinde yer almalıdır.

(Örnek: ROHE, Mathias: "Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55.)

Yazarı belli olmayan resmi ya da özel yayınlar, raporlar vb. yayınlarda, yayımlayan, yayının adı, yayın tarihi, sayfa numarası ("s.") sırasıyla verilmelidir.

(Örnek: European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission): Guidelines on Political Party Regulation by OSCE/ODIHR and Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010), 2010, s. 13.)

Yüksek lisans ve doktora tezlerinde, yazarın soyadı ve adı, italik olarak tez başlığı, üniversite ve enstitü adı, şehir, yıl ve sayfa numarası belirtilmelidir.

(Örnek: MANAVGAT, ÇAĞLAR: *Sermaye Piyasasında Aracı Kurumlar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1988, 42.)

İlk kullanımdan sonraki dipnotlarda, sadece soyadları ile yazılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10.)

Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ve kaynakçada ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda; yazarın soyadı, italik olarak eserin kısaltması ve sayfa numarası usulü izlenmelidir.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, *Başlangıç Hükümleri*, s. 10.)

Dipnotta birden fazla eser bulunması halinde aralarında ";" işareti kullanılmalıdır.

(Örnek: AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 10; ARSEBÜK, s. 13.)



Yargı kararlarına yapılacak atıflarda; mahkeme adı, dairesi, karar tarihi, esas ve karar numarası belirtilmelidir.

(Örnek:

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararı:

AİHM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Anayasa Mahkemesi kararı:

AYM, T. 25.06.2020, E. 2020/16, K. 2020/33

Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararı:

AYM, Başvuran, B. No: ..., T. ..., (varsa paragraf numarası) §

Uyuşmazlık Mahkemesi kararı:

UYM, T. 15.11.1999, E. 1999/24, K. 1999/31

Yargıtay kararı:

Yargıtay, 2. HD., T. 02.01.2015, E. 2012/01, K. 2015/03

Danıştay kararı:

Danıştay, 13. D., T. 08.07.2020, E. 2020/1825, K. 2020/1848

Bölge Adliye Mahkemesi kararı:

Ankara BAM, 1. HD., T. 02.10.2017, E. 2017/696, K. 2017/976

Bölge İdare Mahkemesi kararı:

Ankara BİM, 2. İDD., T. 27.04.2018, E. 2017/13600, K. 2018/998

Elektronik kaynaklarda URL ve erişim tarihi belirtilmelidir.

(Örnek: <https://dergipark.org.tr/tr/pub/andhd> E.T.: 07.07.2019)

Mevzuata yapılacak atıflarda, ilgili mevzuatın yayımlandığı Resmî Gazete'nin tarih ve sayı bilgileri belirtilmelidir.

(Örnek: ... tarihli ve ... sayılı Resmî Gazete.)

### **Kaynakça**

Kaynakça, yazarların soyadına göre alfabetik sırayla belirtilmelidir.

Dipnotlarda bir esere yapılan ilk gönderme ile eserin kaynakçada yer verilmiş biçimi aynı olmalıdır.

Kaynakçada yer verilen çalışma bir makale, bildiri, editörlü kitap bölümü vb. ise eser içerisindeki başlangıç ve bitiş sayfa numaraları yer almalıdır.

Örnek:

EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2018.

AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Kişiler Hukuku Cilt 1 Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, 14. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2019.

ARSEBÜK, A. Esat, “Türkiye’de Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1943, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-20.

ROHE, Mathias: “Alman Hukukunda Hekimin Sorumluluğunun Özel Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, (Ed.) ŞENOCAK, Kemal / ROHE Mathias / YARAYAN, Ali: *Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İÜHF Yayınları, Malatya, 2014, s. 55-70.

## Değerlendirme Süreci

### *Yayın Etiği Bakımından Değerlendirme*

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (*AndHD*), Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde, ancak bu ilkelerle sınırlı olmamak üzere, bilimsel etik kurallarına uygun yayım yapmayı hedefler. Bu doğrultuda, *AndHD*'ye gönderilen çalışmaların değerlendirme süreci derginin Etik İlkeleri ve Yayın Politikası çerçevesinde yürütülür. İlgili ilke ve kuralların ihlal edildiğinden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları uygulanır.

### *Öninceleme ile Yazım ve Dil Denetimi*

Dergide yayımlanması istenen çalışmalar başka yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olmalıdır. Çalışmanın dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.

Dergiye gönderilen çalışmaların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak verildiği kabul edilir. Editör Kurulu tarafından yapılan ilk incelemede, bilimsel ölçütlere ve dergi yazım kurallarına uyulmadığı veya olağanın üzerinde yazım yanlışlarının bulunduğu saptanan yazılar hakeme gönderilmeksizin gerekli düzeltmelerin yapılması için yazara iade edilir.

Tüm çalışmalar yayımlanmadan önce, tekrar, ilgili Yazım ve Dil Editörünün denetiminden geçer.

### *Hakem Değerlendirme Süreci*

Değerlendirme süreci çift taraflı kör hakemlik yöntemiyle yürütülür. Editör Kurulu tarafından gerçekleştirilen ilk incelemeden geçen çalışmalar, yazar adı metinden çıkarılmış şekilde, iki hakemin incelemesine sunulur. Hakemler ilgili çalışmanın aynen yayımlanmasını, düzeltilmesini yahut yayımlanmamasını önerir.

Yazar, verilen karardan en kısa zamanda ve kural olarak, e-posta ile haberdar edilir. Şayet her iki hakem raporu yazının yayımlanamayacağı yönünde yazı reddedilir ve yazar üçüncü bir hakem incelemesini talep edemez. Buna karşılık hakem raporlarından biri olumlu diğeri olumsuz ise çalışma üçüncü hakeme gönderilerek gelen rapor doğrultusunda işlem yapılır.

Düzeltilmiş veya tamamlanmış olan çalışmalar, Editör Kurulu gerek gördüğü takdirde, bir kez daha hakeme gönderilebilir. Tüm hakem raporları beş yıl boyunca saklanır.

### *Diğer Çalışmaların Değerlendirilmesi*

Hakemli makaleler ve çeviriler dışındaki çalışmaların yayımlanması Editör Kurulunun kararına bağlıdır. Çevirilerin değerlendirmeye alınabilmesi için metin ile birlikte yazının kaynak dildeki özgün metni ve sahibinden (asıl yazar veya hak sahibi yayınevi) alınan çeviri izni de gönderilmelidir.

## İntihal Politikası ve Benzerlik Raporu

### İntihal Politikası

Hukuk alanında ve özgün olması beklenen çalışmaların, atıf yapılan bölümleri hariç olmak üzere, herhangi bir bölümünün daha önce yayımlanmamış olması gerekir. Çalışmada yararlanılan kaynakların tümüne, Yazım Kurallarında düzenlenen kurallara uygun ve doğru şekilde atıf yapılmalı ve kaynakçada yer verilmeli, çalışmada yararlanılmayan eserler Kaynakçada listelenmemelidir.

Dergiye gönderilen çalışmaların değerlendirilmesi sırasında intihalden şüphelenilmesi halinde COPE'nin ilişkili akış şemaları esas alınır.

### Benzerlik Raporu

Tüm araştırma makaleleri **iThenticate** veya **Turnitin** üzerinden alınan benzerlik raporu ile birlikte gönderilmelidir. Dergide yayımlanması istenen araştırma makalesi için benzerlik raporu alınması mümkün değil ise ilgili çalışma gönderilmeden önce Editörlük ile iletişime geçilmesi önerilir.

AndHD'nin intihal politikası bağlamında belirli bir benzerlik oranı belirlenmemiş olup çalışmanın değerlendirme sürecine alınıp alınmayacağına, çalışmanın niteliği ve benzerlik raporunda tespit edilen benzerliklerin durumuna göre Editör Kurulu tarafından karar verilir.

### Telif Politikası ve Yayın Lisansı

Yazarlar çalışmalarını AndHD'ye gönderirken Telif Hakkı Formunu imzalarlar. Bu form ile, AndHD'de yayımlanmak üzere gönderdikleri çalışmalarının,

- AndHD Etik İlkeler ve Yayın Politikası ile Yayın Etiği Komitesi (*Committee on Publication Ethics - COPE*), Açık Erişim Dergileri Dizini (*Directory of Open Access Journals - DOAJ*) ve Açık Erişim Akademik Yayımcılar Birliği (*Open Access Scholarly Publishers Association - OASPA*) tarafından belirlenen şeffaflık ve en iyi uygulamaları çerçevesinde hazırlandığını,
- Başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olduğunu,
- İlgili çalışma üzerindeki, işleme, çoğaltma, temsil, basım, yayım, dağıtım ve internet yoluyla iletim de dâhil olmak üzere her türlü umuma iletim ve mali haklarını Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisine devretmeyi kabul ve taahhüt ederler.

AndHD tarafından yayıma kabul edilen çalışmalar Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) lisansı ile yayımlanır. Bu lisansla kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verilir.

### Açık Erişim Politikası

AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü açık erişimlidir ve Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası (**CC BY-NC 4.0**) ile lisanslıdır. Bu lisans, kullanıcıların eser sahibine atıf vermek koşuluyla eseri sadece ticari olmayan amaçlar için kullanmalarına izin verir.

### Ücret Politikası

Dergide makale yayımı ve değerlendirme süreçlerinin yürütülmesi ücrete tabi değildir. Dergiye gönderilen ya da yayım için kabul edilen makaleler için gönderim ya da yayım ücreti alınmaz, hakemlik faaliyeti için ücret ödenmez. AndHD tarafından yayımlanan içeriklerin tümü okuyuculara ücretsiz olarak sunulur.



## Sunuş

Değerli Okuyucular,

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin (AndHD) Temmuz 2023 sayısı, 2020 yılından bu yana süreçlerimizin yürütüldüğü ve yayınların okuyuculara sunulduğu DergiPark sayfasında yayımlanmıştır. AndHD'nin 2021 yılı Ocak ayından itibaren TRDizin'de taranmaya başlanmış olmasının getirdiği yoğun ilgiyi teveccüh ile karşılamakla birlikte yine bu yoğun ilgi sebebiyle önceki sayılarımızda izlediğimiz “yayın çeşitliliği” odaklı yaklaşımdan ayrılmak durumunda kaldığımızı eklemek isteriz. Önceki sayılarımızda yer vermeye çalıştığımız karar incelemeleri, kitap ve makale incelemeleri ile çevirilere bu sayıda yer verilmesi mümkün olmamıştır.

Bu sayıda kamu hukuku ve özel hukuk alanında kaleme alınan on altı hakemli araştırma makalesine yer verilmiştir. Bunlar; “Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme”, “Tüketiciye Yönelik Haksız Uygulamaların Önlenmesi İçin Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'yle Getirilen Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi”, “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Reklamlara İlişkin Genel Bir Değerlendirme”, “Çocuk Hakları Bakımından Dijital Reklamcılık ve Uluslararası Ölçütler”, “İdari Eylemlerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bir Bozma Nedeni Olarak Husumet”, “Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi”, “Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi”, “Cinsel Özgürlük Bağlamında Hükümlülerin Eşleriyle Mahrem Görüşme Hakkı”, “Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar”, “İcra ve İflâs Hukukunda Elektronik Ortamda (Çevrimiçi) Satış Usûlü”, “TFF Hukuk Kurullarının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, “Kripto Varlık Dolandırıcılığı”, “Disiplin Hukuku Açısından ‘Yüz Kızartıcı ve Utanç Verici Hareketler’”, “İdari Vesayet Denetimi Kapsamında Görevlendirilmiş Belediye Başkanı” ve “Ataerkil Döngü İçerisindeki Türk Aile Hukuku Alanında Feminist Hukuk Düzenlemeleri” başlıklı çalışmalardır.

Muhtelif veri tabanı ve dizinlerde başvuru süreci devam eden AndHD'nin Editör Kurulu olarak daha önceki sayılarda olduğu gibi bundan sonra da Dergimize gönderilen çalışmaların kalitesinin ve niceliğinin artırılması, yayın süreçlerinin özenle yürütülmesi için azami çaba sarf edileceğini eklemek isteriz.

Dergimizin bu sayısının yayımlanmasında emeği geçen değerli yazarlara, hakemlere, yayın sürecine dizgi konusunda destek sağlayan Seçkin Yayınevine içten teşekkür eder, bu sayının hukuk öğretisi ve uygulaması için yararlı olmasını dileriz.

*AndHD Editör Kurulu*



## İçindekiler

### Araştırma Makaleleri

---

#### **Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme**

An Evaluation of The Authorization of Notaries to Conclude Immovable Sales Contracts

Şebnem AKİPEK ÖCAL - Hayriye ŞEN DOĞRAMACI - Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN..... 203

#### **Tüketiciye Yönelik Haksız Uygulamaların Önlenmesi İçin Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'yle Getirilen Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi**

Comparative Evaluation of The Norms of Regulation on Principles of Practice of Insurances Related to Consumer Loans for Prevention of Unfair Practices Against Consumers

Damla KÜÇÜK..... 243

#### **Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Reklamlara İlişkin Genel Bir Değerlendirme**

A Comprehensive Analysis on The Advertisement Patterns of Influencers

Pınar AKTAŞ AVCİ ..... 269

#### **Çocuk Hakları Bakımından Dijital Reklamcılık ve Uluslararası Ölçütler**

Digital Advertising and International Standards in Terms of Children's Rights

Bilge BİNGÖL SCHRİJER ..... 293

#### **İdari Eylemlerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bir Bozma Nedeni Olarak Husumet**

Hostility as a Reason for Reversal in Full Remedy Actions Resulting Arising from Administrative Actions

Zehra KARAKUŞ IŞIK ..... 333

#### **Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi**

Some Issues Related to Valuation and The Effect of Inflation on Valuation

Mehmet KODAKOĞLU..... 351

#### **Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi**

Evaluation of Article 60 of the Turkish Law of Obligations Number 6098 in Terms of Civil Procedure

Serpil IŞIK..... 385

#### **Cinsel Özgürlük Bağlamında Hükümlülerin Eşleriyle Mahrem Görüşme Hakkı**

The Right of Convicts to Conjugal Visits in The Context of Sexual Freedom

Nurullah KANTARCI ..... 417

#### **Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması**

Restriction of Freedom for Protection in terms of Civil Procedure Law

Fatih TAHİROĞLU ..... 437

#### **Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar**

Indirect Confession in Criminal Procedure Law

Emirhan AYDIN ..... 467

**İdari Vesayet Denetimi Kapsamında Görevlendirilmiş Belediye Başkanı**

Mayor Appointed for Administrative Tutelage within the Scope of Control

Levent ÇAĞLANCI - Emre EZİN ..... 487

**İcra ve İflâs Hukukunda Elektronik Ortamda (Çevrimiçi) Satış Usûlü**

Electronic (Online) Sales Procedure in Enforcement and Bankruptcy Law

Burcu ÇAVUŞ ERYENDİ ..... 503

**TFF Hukuk Kurullarının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı**

Independency and Impartiality of TFF Civil Chambers

Necip Fazıl ERBEYİN..... 539

**Kripto Varlık Dolandırıcılığı**

Crypto Asset Fraud

Samet SARIKAYA..... 555

**Disiplin Hukuku Açısından "Yüz Kızartıcı ve Utanç Verici Hareketler"**

"Disgraceful and Embarrassing Conducts" in Terms of Disciplinary Law

Bilginur MARAŞ ÇANKAYA - Zehra DURKUN ..... 583

**Ataerkil Döngü İçerisindeki Türk Aile Hukuku Alanında Feminist Hukuk Düzenlemeleri**

Feminist Law Regulations in the Field of Turkish Family Law in the Patriarchal Cycle

Güzide İrem CAN ..... 599



# Araştırma Makaleleri

---



## Noterlere Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapma Yetkisi Verilmesi Üzerine Bir Değerlendirme\*



*An Evaluation of The Authorization of Notaries to Conclude  
Immovable Sales Contracts*

**Şebnem AKİPEK ÖCAL**



Profesör Doktor

*TED Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü*

**Hayriye ŞEN DOĞRAMACI**



Doktor Öğretim Üyesi

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı*

**Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN(\*\*)**



Doktor Öğretim Üyesi

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Noter,  
Noterlik Kanunu,  
Taşınmaz Satış  
Sözleşmesi,  
Sorumluluk,  
Tapu Sicili.*

### Öz

Hukumumuzda taşınmaz satış sözleşmesinin geçerliliği resmî şekilde yapılmasına bağlıdır. Bu resmîyeti kazandıracak makam tapu sicil müdürlükleri ve 7413 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile yapılan değişiklik uyarınca noterlerdir. 1512 sayılı Noterlik Kanunu'na eklenen 61A maddesi ile noterler taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemeye yetkili kılınmıştır.

Noterlerin taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesi, bir borçlandırıcı işlem niteliğindedir ve sadece satış sözleşmesinin yapılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkının karşı tarafa devri ancak tasarruf işlemi olan tescil talebi ve tapuya tescil ile gerçekleşmektedir. Getirilen yeni düzenlemeyle taşınmaz satış sözleşmesi, noterlerce tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alınarak bu sisteme kaydedilecektir. Sözleşme, sisteme kaydedildikten sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu kütüğüne tescili öngörülmüştür. Noterlere tanınan satış sözleşmesi yapma yetkisinin ayrıntıları, Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

Noterlere verilen taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi, tapu sicil memurlarının bu hususta mevcut olan yetkisini ortadan kaldırmamaktadır. Öte yandan noterlerin sahip olduğu bu yetki sadece satış sözleşmesi yapmakla sınırlı olup taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan diğer işlemleri içermemektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesi bakımından her iki kurumun da yetkili kılınmış olması, resmî işlemlerde hedeflenen hukuki işlem güvenliğinin sağlanması bakımından uygulamada güçlükler yaratma riskini beraberinde getirmektedir.

Noterlerin yaptığı işlemler sebebiyle hukuki sorumlulukları bulunmaktadır. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan da sorumludur. Bu sorumluluğun niteliği, doktrinde tartışmalı da olsa, kusursuz sorumluluk olarak kabul edilmektedir. Noterlik Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca noter yaptığı hukuka aykırı işlemler nedeniyle vermiş olduğu maddi ve manevi zararlardan sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet'in, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu etme hakkı bulunmaktadır.

(\*) Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.05.2023, Kabul Tarihi: 03.07.2023.

(\*\*) Sorumlu Yazar.

**Keywords**

*Notary,  
Notary Law,  
Land Registry,  
Contract for the Sale of  
Immovable Property,  
Liability.*

**Abstract**

In Turkish law, contracts for the sale of real property are valid if executed in official form. The competent authorities to make the transaction official are land registry directorates and notaries, per the amendment made with Law No. 7413 Amending the Law on Judges and Prosecutors and Some Laws. With Article 61A added to Notary Law No. 1512, notaries are authorized to issue contracts for the sale of real property.

A contract for the sale of real property issued before a notary is an obligatory transaction and only refers to the execution of the sales contract. Therefore, the transfer of the right of ownership to the other party is realized only by request to register and registration in the land register, which is a dispositive transaction. With the new regulation, the contract for the sale of real property will be recorded in this system by obtaining the journal number from the land registry information system by the notaries. After the contract is registered in the system, it is foreseen that the immovable property will be registered in the land registry by the land registry directorate. This system's functioning is detailed in the provisions of the Regulation on the Procedures and Principles to be Applied to Real Estate Sales Contracts Issued by Notaries.

The authority given to the notaries to issue contracts for the sale of real property does not remove the authority of the land registry officers. It should be noted that this authority of notaries is limited to executing sales contracts and does not include other transactions aimed at the transfer of immovable property. The fact that both institutions are authorized to issue the contracts for the sale of real property poses the risk of creating difficulties in practice in ensuring the security of legal transactions targeted in official transactions.

Notaries are liable for their actions and therefore for the damage caused by drafting contracts for the sale of real property. Although the nature of this liability is controversial in the doctrine, it is accepted as strict liability. Pursuant to Article 162 of the Notary Law, the notary is liable for material and moral damages caused by unlawful transactions. In case this damage is compensated by the State, the State has the right to recourse to the notary who issued the contract.

**GİRİŞ**

Türk hukukunda kişilere ait malvarlığı değerleri arasında taşınmazlara verilen önem dikkat çekicidir. Anılan önemin göstergesi olarak taşınmaz mülkiyetinin devri, istisnaları bulunmakla birlikte, resmî şekle tabi tutulmuştur. Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran hukuki işlemlerin varlığı aynı hakkın geçişi bakımından tek başına yeterli değildir. Taşınmaz mülkiyetinin devri için tescil talebinde bulunulması ve tescil gereklidir. Söz konusu işlemler tapuda gerçekleştirilir. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, Devlet teşkilatına dâhildir. Taşınmazlar üzerindeki aynı hak değişimine neden olan tasarruf işlemlerinin Devlet aracılığıyla yerine getirilmesi hak ve işlem güvenliğini teminat altına alır. Devlet eliyle tutulan siciller aracılığıyla kamuya açıklık tesis edilir.

Taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran sözleşmelerden taşınmaz satışı sözleşmesi de resmî şekilde yapılması gereken sözleşmelerden biridir. Bu sözleşmenin tapu memuru huzurunda yapılması ve ardından tescil talebinde bulunularak hakkın tapuya tescil edilmesi gerekmektedir. Tapu siciline tescil ile mülkiyet devri gerçekleşmektedir.

Tapu sicilinin tutulmasında yetkili olanlar, tapu müdür veya memurlarıdır. Tapu sicilinin tutulması faaliyetleri dolayısıyla bir zararın ortaya çıkması hâlinde, zararın giderilmesi bakımından Devlet'in sorumluluğu doğmaktadır. Devlet, tapu sicilinin tutulması sonucunda ortaya çıkan zarardan aslen ve doğrudan doğruya sorumludur. Devlet zararı tazmin ettikten sonra, zarara yol açan işlemi yapan tapu memuruna, memur kusurlu ise rücu hakkına sahiptir. Devlet'in asli sorumluluğunun niteliği hakkında doktrinde görüş birliği bulunmamakla birlikte bu sorumluluğun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu genellikle kabul edilmektedir.

Hukukumuzda taşınmazlara ilişkin bazı işlemlerde yetkili kılınan makamlardan biri de noterlerdir. Noterlerin hangi işlemleri yapmaya yetkili oldukları 1512 Sayılı Noterlik Kanunu'nda<sup>1</sup> düzen-

<sup>1</sup> 05.02.1972 sayılı ve 14090 sayılı Resmî Gazete.

lenmektedir. Noterlerin görevli olduğu işlemler; genel işlemler, özel işlemler ve diğer işlemler olmak üzere üç kategoride düzenlenmiştir. Taşınmazlara ilişkin olarak taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak noterlerin yapacağı genel işlemler arasındadır. Bunun dışında yeni bir düzenleme<sup>2</sup> ile noterlerin de taşınmaz satış sözleşmesi düzenleyebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Anılan hükmün 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmesi kararlaştırılmıştı ancak (28.06.2022 tarihli ve 31880 sayılı Resmî Gazete); 28.12.2022 tarihli ve 32057 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 6616 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile “1512 sayılı Noterlik Kanununun 60’ncı maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendi ile 61/A maddesinde öngörülen bilişim sisteminin kurulmasına ilişkin olarak anılan Kanunun geçici 21’inci maddesinde yer alan sürenin 01.07.2023 tarihine kadar uzatılmasına” 1512 sayılı Kanun’un geçici 21’nci maddesinin ikinci fıkrası gereğince karar verilmiştir<sup>3</sup>. Bu işlem de noterlerin özel olarak yapacakları işlemler kategorisi altında düzenlenmektedir. Böylelikle borçlandırıcı işlem niteliğindeki taşınmaz satışı sözleşmesini taraflar noter huzurunda veya tapu sicil müdürlüklerinde yapabileceklerdir. Taşınmaz satışı sözleşmesinin hangi esaslar çerçevesinde noterler tarafından düzenleneceği Noterlik Kanunu’nda detaylı olarak hüküm altına alınmıştır. Noterlik Kanunu’na eklenen yeni hükümle birlikte hâlihazırda taşınmaz satış vaadi yapma yetkisine sahip olan noterler, artık taşınmaz satış sözleşmesi de yapabileceklerdir. Taşınmaz satış sözleşmesinin noterler tarafından ne şekilde hazırlanacağı ve noter aracılığıyla hazırlanan sözleşmenin tapuya ne şekilde aktarılacağına ilişkin esaslar, “Noterler Tarafından Düzenlenen Taşınmaz Satış Sözleşmelerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik<sup>4</sup>” ile hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, Yönetmelik’te noterlerin taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin başvuruları kabul etme, sözleşmeyi hazırlama, hazırlanan sözleşme bilgilerinin Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi<sup>5</sup> (TAKBİS) ve Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi<sup>6</sup> (TAKPAS) kullanılarak tapu sicili ile bağlantısının kurulması ve tescilin gerçekleştirilmesi tüm esasları ile yer almaktadır.

Noterlik Kanunu’nun 162. maddesi uyarınca noterler, yapılan noterlik işlemi dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumludur. Sözü edilen sorumluluğun niteliği doktrinde tartışmalıdır. Noterlik Kanunu’nun 162. maddesine eklenen bir fıkıyla, taşınmaz satışı sözleşmesinin hukuka aykırı biçimde tutulmasından doğan zararlar bakımından noterlerin sorumluluğu kabul edilmektedir. Noter tarafından düzenlenen sözleşmeden bir sözleşme tapu siciline sirayet etmemişse bu durumda Devlet’in sorumluluğunu gerektiren bir durumdan söz edilemez. Ancak noter tarafından düzenlenen taşınmaz satışı sözleşmesindeki aksaklık tapudaki kaydın hukuka aykırı olması sonucunu doğuruyorsa bu durumda doğan zarardan Devlet sorumludur. Devlet zararın doğmasına yol açan notere rücu edebilir. Görülüyor ki getirilen yeni hükümle, Devlet tapu sicil veya memurları gibi noterlerin vermiş olduğu zararlardan da asli ve kusursuz olarak sorumludur. Devlet’in sorumluluğu tapu sicil veya müdürünün tapu sicilinin tutulması kapsamında değerlendirilebilecek olumlu veya olumsuz bir davranışına ilişkindir. Bu nedenle Devlet’in noterlerin davranışlarından dolayı sorumluluğu da noter tarafından düzenlenen taşınmaz satışı sözleşmesindeki aksaklığın tapu kayıtlarında hukuka aykırılığa yol açması ile sınırlıdır.

<sup>2</sup> 23.06.2022 tarihinde kabul edilen 7413 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 12. maddesi ile 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 61. maddesine bir fıkra eklenerek noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi tanınmıştır.

<sup>3</sup> Adalet Bakanı, 22.06.2023 tarihinde yapmış olduğu basın açıklamasında yeni düzenlemenin 4 Temmuz 2023 tarihi itibarıyla uygulanabilir olacağını ifade etmiştir. Söz konusu basın açıklaması için bkz. “Bakan Tunç: 4 Temmuz’dan İtibaren Noterlerde ‘Taşınmaz Satış’ Uygulaması Başlayacak”, Adalet Bakanlığı: <https://www.adalet.gov.tr/bakan-tunc-4-temmuz-dan-itibaren-noterlerde-tasinmaz-satis-uygulamasi-baslayacak> (Erişim tarihi: 22.06.2023).

<sup>4</sup> 11.01.2023 tarihli ve 32070 sayılı Resmî Gazete.

<sup>5</sup> Yönetmelik’in 4. maddesinde “Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi” olarak tanımlanmaktadır.

<sup>6</sup> Yönetmelik’in 4. maddesinde “Tapu ve Kadastro Paylaşım Sistemi” olarak ifade edilmektedir.

## I. TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE TAŞINMAZ MÜLKİYETİNİN KAZANILMASI

### A. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'na<sup>7</sup> (TMK) göre taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından tescil esastır (TMK m. 705/I). Sicil dışı kazanım yolu istisnadır (nispi tescil ilkesi)<sup>8</sup>.

Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması, tescile temel teşkil eden geçerli bir kazanma sebebinin varlığına bağlıdır. Türk Medeni Kanunu'nda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından sebebe bağlılık ilke olarak benimsenmiştir (TMK m. 1024).

### B. Kazanma Sebebi (Borçlandırıcı İşlem)

Tescile dayanak teşkil eden kazanma sebebi, çoğunlukla mülkiyeti devir borcu doğuran bir hukuki ilişkidir. Sözü geçen hukuki ilişkilerin neler olduğu konusunda Türk Medeni Kanunu'nda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle kanunda düzenlenen sözleşmelerin yanı sıra kanunda düzenlenmeyen (isimsiz) sözleşmeler de taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılmasında kazanma sebebi teşkil eder<sup>9</sup>. Borç sözleşmelerinin yanı sıra yenilik doğuran bir hakkın kullanılması, tek taraflı hukuki işlemlerin bir kısmı, hatta idari işlemler de kazanma sebebi kabul edilir<sup>10</sup>.

Kazanma sebebi kabul edilen işlemler borçlandırıcı işlemler grubunda yer alır<sup>11</sup>. Borçlandırıcı nitelikteki işlemlerin yer aldığı bu evre, taahhüt aşaması olarak da isimlendirilir<sup>12</sup>. Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması taahhüt işleminin tasarruf işlemi ile tamamlanmasıyla mümkün olur.

Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır (TMK m. 706/I). Anılan hükümde resmî şekli verecek makam belirtilmemiştir. Konuya ilişkin olarak Tapu Kanunu'nun<sup>13</sup> 26. maddesinde resmî senet düzenleme yetkisi tapu sicil müdürü veya tapu sicil görevlilerine bırakılmıştır.

Türk Medeni Kanunu'nun 706. maddesi ile Tapu Kanunu'nun 26. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kazanma sebebi olduğu kabul edilen her türlü hukuki işlemin tapu memurları önünde resmî şekilde yapılması gerektiği söylenebilir. Ancak bu yorum, özellikle kanun tarafından başka bir geçerlilik koşuluna tabi tutulmuş işlemlerin varlığı hâlinde geçerliliğini yitirir. TMK m. 706/II'e göre "*ölüme bağlı tasarruflar ve mal rejimi sözleşmeleri, kendilerine özgü şekillere tâbidir*". Ölüncüye kadar bakma sözleşmesinde taşınmazı devir borcunun öngörülmesi hâlinde sözleşme, TBK m. 612 ve TMK m. 545'te yer alan atıf uyarınca, TMK m. 532'e göre sulh hâkimi, noter ve bu konuda kanunla yetkilendirilmiş bir görevli örneğin tapu memuru tarafından yapılır.

<sup>7</sup> 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

<sup>8</sup> AKÇAAL, Mehmet: *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 412; AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2018, s. 462; EREN, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Mülkiyet), s. 199; EREN, Fikret / BAŞPINAR, Veysel: *Toprak Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 243; HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 484; OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 467; SİRMEN, A. Lale: *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 124; ÜNAL, Mehmet / BAŞPINAR, Veysel: *Şekli Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 287.

<sup>9</sup> AKÇAAL, s. 388; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 463; EREN, *Mülkiyet*, s. 202-203; ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 214; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 409; SİRMEN, *Eşya*, s. 343.

<sup>10</sup> AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 169; AKÇAAL, s. 388; AKİPEK, s. 354; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 463; EREN, *Mülkiyet*, s. 203; ESENER / GÜVEN, s. 214; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 410.

<sup>11</sup> AKİPEK, s. 355; EREN, *Mülkiyet*, s. 200, 484; ESENER / GÜVEN, s. 213; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 488; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 409.

<sup>12</sup> AKİPEK, s. 355; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 463; ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat: *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 571; ESENER / GÜVEN, s. 213.

<sup>13</sup> 29.12.1934 tarih ve 2892 sayılı Resmî Gazete.

Taşınmaz malların paylaşımını konu alan miras paylaşma sözleşmesi TMK m. 676 gereğince adi yazılı şekilde yapılabilir<sup>14</sup>. Yine TMK m. 677/I'de hüküm altına alınan mirasçılar arasında yapılan miras payının devri sözleşmesi adi yazılı geçerlilik şekline tabidir.

### C. Tescil Talebi (Tasarruf İşlemi)

Taşınmaz mülkiyetinin tescil yoluyla geçerli bir şekilde kazanılabilmesi için taşınmazı devir borcu altında bulunan kişinin, bu anlamda taşınmazın malikinin tescil talebinde bulunması gerekir. Talep olmadan tapu memurunun tescil işlemini yapması mümkün değildir (TMK m. 1013, TST m. 16/I). Tescil talebinde, bulunacak kişinin tasarruf yetkisine sahip olması gerekir<sup>15</sup>. Bu bakımdan tescil talebi<sup>16</sup> taşınmazın maliki veya onun yetkili temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Tescil talebinde bulunan malikin tapuda da malik olarak görülmesi zorunludur<sup>17</sup>.

Tescil talebinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır<sup>18</sup>. Bu konudaki en eski görüşe göre tescil talebi bir aynı sözleşmedir<sup>19</sup>. Tescilin hukuki niteliğini açıklayan bir diğer görüşe göre talep, hakkı etkilemeyen usûli bir işlemdir<sup>20</sup>. Üçüncü bir görüşe göre ise tescil talebinin iki yönü vardır. Talep bir yönü ile tapu memuruna yöneltilen usûli bir işlem, diğer taraftan da tek taraflı bir tasarruf işlemidir<sup>21</sup>. Sözü edilen son görüş doktrindeki hâkim fikri oluşturmaktadır.

Türk hukukunda borçlandırıcı işlemlerle tasarruf işlemleri arasında “ayrılık<sup>22</sup> ilkesi<sup>23</sup>” geçerlidir. Bu nedenle borçlandırıcı işlemin ardından bu işlemin ifası amacıyla tasarruf işlemi yapılmalıdır<sup>24</sup>.

### D. Tescil (Tamamlayıcı Olgı)

Geçerli bir kazanma sebebinin ardından taşınmaza ilişkin tescilin yapılması için talep ve belgeleme koşullarının gerçekleşmesi gerekir. Tescil talebinde bulunan taşınmaz maliki, talep yetkisini ve

<sup>14</sup> NK m. 89'da noterde düzenleme şeklinde yapılması gereken işlemler içerisinde miras taksim sözleşmesine de yer verilmiştir. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi Noter Kanunu'nda yer alan hükmün şekli bir hüküm niteliğinde olduğundan, maddi bir kanun olan Türk Medeni Kanunu hükümlerini değiştirme kabiliyetini haiz değildir.

<sup>15</sup> AKİPEK, s. 358; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 292; SİRMEN, *Eşya*, s. 188.

<sup>16</sup> Tescil talebi, taşınmazın kayıtlı bulunduğu bölgenin tapu sicil müdürlüğüne yapılır (TMK m. 1004, TST m. 6). Tapu memuruna hitaben yapılan talep yazılı olur (TMK m. 1013/I). Yazılı şekil koşulunun nasıl sağlanacağı Tapu Sicili Yönetmeliği m. 22'de hüküm altına alınmıştır: “Başvurular, tapu memuru tarafından başvuru belgesi doldurulmak, tarih atılmak ve memur ve başvuruda bulunan tarafından imzalanmak suretiyle yazılı hale getirilir”. Talep, yevmiye numarası, saat ve dakikası belirtilerek yevmiye defterine yazılır (TST m. 22). TST m. 16/II gereğince talep, tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz. Doktrinde, hükmün ifadesine rağmen talebin ayırım yapılmaksızın herhangi bir kayıt ve şarta bağlanamayacağına işaret edilmiştir. Bkz. AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 296; SİRMEN, *Eşya*, s. 194.

<sup>17</sup> AKÇAAL, s. 266; ÜNAL / BAŞPINAR, s. 338; SİRMEN, *Eşya*, s. 189.

<sup>18</sup> Tescil talebinin hukuki niteliği ve taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından borçlandırıcı işlem-tasarruf işlemi etrafında yapılan tartışmalı bilgi hakkında bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959, s. 3-35.

<sup>19</sup> AYBAY / HATEMİ, s. 81; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 489 vd.

<sup>20</sup> KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 17 vd.

<sup>21</sup> AKİPEK, s. 359; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 293; ANTALYA / TOPUZ, s. 576; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 231; SİRMEN, *Eşya*, s. 192.

<sup>22</sup> Kaynağını Fransız hukukunda bulan işlemlerde birlik ilkesine göre devreden ve devralanın irade uyumu borçlandırıcı etkinin yanı sıra tasarrufi etkiyi haizdir. Bu nedenle, tek bir hukuki işlemle hem borçlandırıcı işlem hem tasarruf işlemiyle arzu edilen hukuki sonuca ulaşmak mümkündür.

<sup>23</sup> Borçlandırıcı işlemlerle tasarruf işlemleri arasındaki ilişkinin belirlenmesinde iki farklı sistemden söz edilir. Bunlardan ilki, “birlik ilkesi (*Einheitsprinzip*)”, diğeri ise “ayrılık ilkesi (*Trennungsprinzip*)” adıyla anılır. İşlemlerde birlik ilkesine göre, devreden ve devralanın irade uyumu borçlandırıcı etkinin yanı sıra tasarrufi etkiyi haizdir. Ayrılık ilkesine göre, borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrı ayrı değerlendirilir. Her iki işlemin geçerlilik koşulları, fonksiyonu ve hukuki sonucu birbirinden farklıdır. Anılan sistemde çoğunlukla borçlandırıcı işlemin ifası amacıyla tasarruf işlemi yapılır. Birlik ilkesi Fransız hukukuna hâkim olan sistemdir. Alman hukuk sisteminde ve Türk-İsviçre hukuk sisteminde ayrılık ilkesi geçerlidir. Bu nedenle Türk-İsviçre hukuk sisteminde sözleşme ile mülkiyet nakledilmez, yalnızca mülkiyeti devri borcu doğar. Ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA / TOPUZ, s. 167; ESENER / GÜVEN, s. 213; GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 109; LARENZ, Karl / WOLF, Manfred: *Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts*, 9. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2004, s. 421; VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 56 vd.

<sup>24</sup> ANTALYA / TOPUZ, s. 167; ESENER / GÜVEN, s. 213; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 57.

hukuki sebebi belgelendirmek zorundadır (TMK m. 1015/I). Tasarruf yetkisinin ne şekilde belgelendirilmiş sayılacağı TMK m. 1015/II'de hüküm altına alınmıştır. Anılan hükme göre “istemde bulunan kimse, kendisinin, sicilde hak sahibi görünen kişi veya bu kişinin temsilcisi olduğunu ispat etmek suretiyle tasarruf yetkisini belgelemiş olur”. Temsilci aracılığıyla tescil talebinde bulunulduğu durumlarda, temsilcinin temsil yetkisini noter tarafından düzenlenmiş bir vekaletname ile belgelendirmesi gerekir (TST m. 18/IV).

Tescil talebinin belgelenmesi kadar tescile sebep teşkil eden hukuki sebebin belirlenmesi ve belgelenmesi de önem taşır. TMK m. 1015/III'te, “Hukukî sebebin belgelenmesi, bu sebebin geçerliliği için gerekli şekle uyulduğunun ispatı suretiyle olur.” denilerek hukuki sebebin ne şekilde belgelendirileceğine işaret edilmiştir.

Tasarruf yetkisine ve hukuki sebebe ilişkin belgeler tam değilse istem reddedilir (TMK m. 1016/I). Anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca hukuki sebebe ilişkin belgeler tamam olmasına rağmen tasarruf yetkisine ilişkin belgelerin tamamlanması gereken hâllerde malikin rızası veya malikin rızasıyla geçici tescilin şerhinin verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Taşınmazlara ilişkin aynı hakların yazımını ifade eden tescil konusunda tapu memuru veya müdürleri yetkilidir. Kütüğe tesciller, istem tarihine ve sırasına göre yapılır (TMK m. 1017). Kadaströ görmüş yerlerde tescil talepleri ile olarak yevmiye defterine kaydedilir. Tapu memuru talepleri kaydederken araştırma yükümlülüğüne uygun davranmış olmalıdır. Tapu memuru veya müdürlerinin sözü geçen yükümlülüğe aykırı davranışları TMK m. 1007 uyarınca Devlet'in sorumluluğuna yol açar<sup>25</sup>. Tapu müdürü yevmiye defterine yapılan kaydı aynı tarih ve yevmiye numarası ile ana sicillere geçirir (TST m. 27/I).

Tescil talebiyle başlayan aynı hakkın kazanılması süreci tapu memuru tarafından tescil işleminin yapılmasıyla tamamlanır. Bu bakımdan bir yönüyle aynı hakların tapuya yazılmasını ifade eden tescil işlemi, diğer yandan aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tescil talebinin, diğer bir ifadeyle tasarruf işleminin tamamlayıcı olgusunu oluşturur<sup>26</sup>. Tamamlayıcı olgular varlık kazanmış bir hukuki işlemin sonuç doğurmasını sağlayan unsurlardır<sup>27</sup>.

## II. TAPU SİCİLLERİNİN TUTULMASINDAN DEVLETİN SORUMLULUĞU

### A. Genel Olarak

Türk hukukunda tapu sicilini tutma görevi tapu müdür ve memurlarına bırakılmıştır. Tapu müdür ve memurlarının tapu sicilini tutma faaliyeti nedeniyle bir zarar meydana gelirse bu zarardan Devlet sorumludur (TMK m. 1007/I).

Devlet'in tapu sicilinin hukuka aykırı biçimde tutulmasından doğan sorumluluğu asli bir sorumluluktur<sup>28</sup> (TMK m. 1007/II). Diğer taraftan Devlet'in bu konudaki sorumluluğu objektif nitelikte bir sorumluluktur<sup>29</sup>. Tapu sicilinin tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğu yoluna başvurabilmek için

<sup>25</sup> AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 303.

<sup>26</sup> SİRMEN, Eşya, s. 193; AKİPEK, Şebnem: “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 44, Sayı 1, s. 278; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 93. Yazar tescilin, tescil talebini tamamlayan resmî bir fiil olduğu görüşünü savunduktan sonra, Alman hukukunda savunulan bir görüşün İsviçre-Türk hukukunda da uygulanabileceğini ve bu durumda irade beyanı olgusu (tescil talebi) ile resmî fiilin (tescil) olgusunun (çifte olgu) birlikte tasarruf işlemini kurduklarının da savunulabileceğini ifade etmiştir. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 93, dp. 17.

<sup>27</sup> AKİPEK, s. 278; GÜMÜŞ, s. 98; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 92.

<sup>28</sup> DEILLON-SCHEGG, Bettina (Hrg. BREITSCHMID, Jungo, ALEXANDRA, Peter *Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, CHK - Handkommentar zum Schweizer Art. 955 N. 4*; EREN / BAŞPINAR, s. 252; PEKMEZ, Cüneyt: *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 29; SİRMEN, A. Lale: *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976 (Sorumluluk), s. 29; SİRMEN, Eşya, s. 136.

<sup>29</sup> AKÇAAL, s. 198; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 281; ANTALYA / TOPUZ, s. 589; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 164; SİRMEN, Eşya, s. 136.



sicili tutmakla görevli memurun kusurunu ispat etmeye gerek yoktur<sup>30</sup>. TMK m. 1007’de Devlet’in sorumluluğu düzenlenirken kurtuluş kanıtı getirilmesine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir<sup>31</sup>.

## B. Sorumluluğun Dayandığı Hukuki Esas

TMK m. 1007’de hüküm altına alınan objektif sorumluluk hâlinin hangi esasa dayandığı konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bu hususta doktrin ve Yargıtay tarafından ileri sürülen başlıca görüşleri şu şekilde sıralamak mümkündür: dikkat ve özen yükümlülüğü, tehlike ilkesi, risk ilkesi, toplumsal hasar ilkesi<sup>32</sup>.

Kanımızca Devlet’in tapu sicilinin tutulmasından doğan kusursuz sorumluluğunu hâkimiyet esasına dayanan objektif sorumluluk şeklinde nitelendirmek mümkündür. Kanun’da Devlet’in sorumluluğu düzenlenirken kurtuluş kanıtı getirilmesi yükümlülüğünden söz edilmediği için burada öngörülen sorumluluk hâlinin ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu<sup>33</sup> olduğunu söylemek isabetsiz kabul edilmemelidir.

## C. Sorumluluğun Koşulları

Devlet’in tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumluluğuna başvurabilmek için sorumluluğa ilişkin koşulların kümülatif biçimde gerçekleşmesi gerekir.

### 1. Tapu Sicilinin Tutulmasına İlişkin Bir Fiil veya Kaçınma

Devlet’in tapu sicilinin tutulmasından dolayı sorumluluğundan söz edebilmek için sorumluluğun memurun bir fiil veya kaçınmasından kaynaklanmış olması gerekir<sup>34</sup>. Bu hususta önemli olan memurun olumlu veya olumsuz davranışının sicil tutma kavramına dâhil olmasıdır<sup>35</sup>.

Tapu sicilinin tutulmasından sicilin kamuya açıklık fonksiyonunu yerine getirmiş sayılabilmesi için tapu memurları tarafından yapılması gereken zorunlu faaliyetlerin tümü anlaşılır<sup>36</sup>. Tapu sicilinin kuruluş aşamasını teşkil eden işlemlerden dolayı Devlet’in sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Kanımızca kadastro sırasında memurun faaliyetleri nedeniyle tapu sicilinin yanlış tutulduğu sonucuna varılırsa bu hususta Devlet’in sorumluluğu yoluna başvurulabilir<sup>37</sup>. Devlet’in tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğu kadastro sonrası tutulan defterler kadar henüz kadastro görmemiş yerlerde tutulan defterleri de kapsar. Tapu memuru tarafından düzenlenen kazanma

<sup>30</sup> AKİPEK, s. 344; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 282; ESENER / GÜVEN, s. 131; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 33; SİRMEN, *Eşya*, s. 136.

<sup>31</sup> AKİPEK, s. 344; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 282; ANTALYA / TOPUZ, s. 593; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 35; SİRMEN, *Eşya*, s. 136.

<sup>32</sup> Devlet’in objektif sorumluluğunun dayanağını açıklayan görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PEKMEZ, s. 20-29; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 33-37.

<sup>33</sup> Devlet’in söz konusu sorumluluğunun ağırlaştırılmış sebep sorumluluğu olduğu yönünde bkz. EREN / BAŞPINAR, s. 251.

<sup>34</sup> AKÇAAL, s. 200; AKİPEK, s. 340; ANTALYA / TOPUZ, s. 590; EREN / BAŞPINAR, s. 255; ESENER / GÜVEN, s. 128; NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Serkan: *Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 100; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 170; PEKMEZ, s. 38; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 41; SİRMEN, *Eşya*, s. 136; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 100; TANDOĞAN, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk), s. 17.

<sup>35</sup> AKİPEK, s. 340; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 279; ANTALYA / TOPUZ, s. 591; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 167; SİRMEN, *Eşya*, s. 136; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 42; TANDOĞAN, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk*, s. 17.

<sup>36</sup> Tapu kütüğüne yapılan her çeşit kayıt, tescil, tadil, terkinler, şerh ve beyanlar ile yevmiye defterine tescil taleplerini işlemek, kütüğün dayanağını teşkil eden belgeleri saklamak, kadastro planlarını hazırlamak, ana sicillerin ilgililer tarafından incelenmesini sağlamak, sicilden örnekler vermek, ipotekli borç senedi ve irat senedi düzenlemek. Bkz. s. 138; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 42; EREN / BAŞPINAR, s. 252; ÜNAL / BAŞPINAR, s. 386.

<sup>37</sup> Aynı yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 18.11.2009, E. 2009/4-383, K. 2009/517; Yargıtay, HGK, T. 16.06.2010, E. 2010/4-349, K. 2010/318, (kararamayargitay.gov.tr, ET: 05.08.2022). Kararlarda vurgulandığı gibi, tapu işlemleri kadastro tespit işlemlerinden başlayarak birbirini takip eden işlemler olduğundan ve tapu kütüğünün oluşumu aşamasındaki kadastro işlemleri ile tapu işlemleri bir bütün oluşturduğundan, bu kayıtlarda yapılan hatalardan TMK m. 1007 anlamında Devlet’in sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

sebeplerinde yer alan bir aksaklık, tapu sicilinin tutulması kapsamında değerlendirilemez<sup>38</sup>. Ancak borçlandırıcı işlemdeki aksaklığın tapu sicilinde bir yanlışlığa sebebiyet vermesi hâlinde de Devlet'in sorumluluğuna gidilebilir<sup>39</sup>.

## 2. Fiil veya Kaçınmanın Hukuka Aykırı Olması

Tapu memurunun bir davranışı nedeniyle Devlet'in sorumluluğu yoluna gidilebilmesi için aranan ikinci şart, memurun sicilin tutulması kapsamında değerlendirilebilecek davranışının hukuka aykırı olmasıdır<sup>40</sup>. Hukuka aykırılık, genel olarak kişilerin malvarlığı veya kişi varlığı menfaatlerini koruyan kurallara aykırılık şeklinde tanımlanır<sup>41</sup>. Devlet'in sorumluluğu söz konusu olduğunda hukuka aykırılık yalnızca kişilerin malvarlığı menfaatlerini korumayı amaçlayan kurallara aykırılık şeklinde anlaşılır<sup>42</sup>.

Tapu sicilinin hukuka aykırı olarak tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğu konusunda doktrinde en tartışmalı hususlardan biri sahte bir vekaletname veya mirasçılık belgesine dayanılarak yapılan sicil işlemlerinden dolayı Devlet'in sorumluluğuna başvurulabilecek olup olmamasıdır<sup>43</sup>.

## 3. Zarar

Tapu sicilinin hukuka aykırı biçimde tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğuna başvurulabilmesi için memurun sorumluluğa yol açan davranışından bir zararın doğması gerekir. Sözü edilen zarar maddi zarardır<sup>44</sup>. Uğranılan zararın fiili zarar veya yoksun kalınan kâr görünümünde ortaya çıkması mümkündür. Zararı ve miktarını ispat yükümlülüğü davacıya aittir.

## 4. İlliyet Bağı

Tapu sicilinin tutulmasından doğan Devlet'in sorumluluğu hukuka aykırı davranışla zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir<sup>45</sup>. Mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusuru illiyet bağının kesilmesi sonucunu doğurur<sup>46</sup>. İlliyet bağını kesen sebeplerin varlığı, Devlet'in sorumluluğunun sona ermesine yol açar<sup>47</sup>. Zarar görenin veya üçüncü kişinin kusuru nedeniyle illiyet bağının kesildiğinden söz edilebilmesi için üçüncü kişinin veya zarar göreninin kusurunun illiyet bağını kesecek ağırlıkta olması gerekir<sup>48</sup>.

<sup>38</sup> AKİPEK, s. 342; SİRMEN, *Eşya*, s. 37; ÜNAL / BAŞPINAR, s. 387.

<sup>39</sup> SİRMEN, *Eşya*, s. 138; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 75.

<sup>40</sup> ANTALYA / TOPUZ, s. 590; DEILLON-SCHEGG, Art. 955, N. 4; EREN / BAŞPINAR, s. 255; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 170; SİRMEN, *Eşya*, s. 138; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 61; PEKMEZ, s. 102; TANDOĞAN, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk*, s. 17.

<sup>41</sup> EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar), s. 660; GÜMÜŞ, s. 435; OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (Cilt II), s. 16; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 12.

<sup>42</sup> SİRMEN, *Eşya*, s. 139. Tapu sicilinin tutulmasından dolayı Devlet'in sorumluluğundan söz edilebilmesi için aranan hukuka aykırılık unsurunu objektif hukuka aykırılık şeklinde değerlendirenlere göre TMK m. 1007'deki sorumluluk için memurun davranışının kişilerin malvarlığı değerlerini korumayı amaçlayan herhangi bir kurala aykırı olması yeterlidir. Anılan görüşün karşısında yer alan sübjektif hukuka aykırılık görüşüne göre ise tapu sicilinin hukuka aykırı şekilde tutulmuş olması için memurun sicilin tutulmasıyla ilgili görevlerine aykırı davranılmış olması yeterlidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 62-66.

<sup>43</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK, s. 344; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 281; ESENER / GÜVEN, s. 130; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 473; SİRMEN, *Eşya*, s. 139; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 64; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 100; TANDOĞAN, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk*, s. 17-18; ÜNAL / BAŞPINAR, s. 388.

<sup>44</sup> AKÇAAL, s. 203; ANTALYA / TOPUZ, s. 591; DEILLON-SCHEGG, Art. 955 N. 7; EREN / BAŞPINAR, s. 255; ESENER / GÜVEN, s. 129; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 472; OĞUZMAN / SELİÇİ / OKTAY-ÖZDEMİR, s. 170; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 100; TANDOĞAN, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk*, s. 17.

<sup>45</sup> AKİPEK, s. 344; AKİPEK / AKINTÜRK / ATEŞ, s. 282; ANTALYA / TOPUZ, s. 592; DEILLON-SCHEGG, Art. 955, N. 8; HATEMİ / SEROZAN / ARPACI, s. 472; NÖMER / ERGÜNE, s. 101; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 94; SİRMEN, *Eşya*, s. 142; TANDOĞAN, *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk*, s. 17. İlliyet teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975 (İlliyet Bağı), s. 21 vd.

<sup>46</sup> EREN, *Borçlar*, s. 627 vd.; EREN, *İlliyet Bağı*, s. 175 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, *Cilt II*, s. 51-52; PEKMEZ, s. 140 vd.

<sup>47</sup> PEKMEZ, s. 140; SİRMEN, *Eşya*, s. 142; SİRMEN, *Sorumluluk*, s. 94.

<sup>48</sup> EREN, *Borçlar*, s. 634; EREN, *İlliyet Bağı*, s. 187 vd.; PEKMEZ, s. 140; OĞUZMAN / ÖZ, *Cilt II*, s. 51.

### III. NOTERLERE TAŞINMAZ SATIŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YETKİSİ VERİLMESİ

#### A. Noter Kavramı ve Noterin Hukuki Statüsü

Noter kelimesinin kökenini Latince *notarius* oluşturmakta ve kelime, “*hızlı bir şekilde kayıt altına alan yazıcı*” anlamına gelmektedir<sup>49</sup>. Dolayısıyla noterlik, eski dönemlerde de vücut bulan ve işlerliği olan bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>50</sup>. Noterler, hem kişilerin hem de toplumun yaptıkları işlemler ve giriştikleri ilişkiler bakımından hukuki güvenliğini sağlamaya yönelik faaliyette bulunmaktadır<sup>51</sup>. Türk hukukunda noter ve noterlik kurumu, 1972 tarih ve 1512 Sayılı Noterlik Kanunu<sup>52</sup> ile düzenlenmektedir<sup>53</sup>. Noterlik Kanunu’nun 82. maddesi de noter senetlerinin kamunun doğruluğuna güvendiği belgeler olduğunu düzenlemekle, aslında, noterlerin yürüttükleri faaliyetler açısından noterliğin hukuki güvenliği sağlayan bir meslek olduğunu kabul etmektedir. Noterlik işlemleri gerek maddi hukuk gerekse usûl hukuku bakımından önem taşımaktadır çünkü özel hukuk ilişkilerinin şeklen geçerli olması ve ispatı bakımından noter senetleri büyük rol oynamaktadır<sup>54</sup>.

Noterlik Kanunu’nun 1. maddesi noter ve noterliği şu şekilde tanımlamaktadır: “*Noterlik bir kamu hizmetidir. Noterler, hukuki güvenliği sağlamak ve anlaşmazlıkları önlemek için işlemleri belgelendirir ve kanunlarla verilen başka görevleri yaparlar*”. Yapılan bu tanımla, noterlerin memur statüsünde olup olmadığına ilişkin bir açıklık bulunmasa da kamu hizmeti görmeleri bakımından bir tereddüt bulunmamaktadır<sup>55</sup>. Dolayısıyla Kanun noterleri açıkça memur statüsüne dâhil etmeksizin, sadece memurlara uygulanacak hükümlerin noterler hakkında da uygulanabileceğini düzenlemektedir<sup>56</sup>. Doktrinde ise kimi yazarlar noterlerin serbest meslek mensubu sayıldığını ileri sürmektedir<sup>57</sup>. Bu görüşü ileri sürenlerin argümanlarından biri de Gelir Vergisi Kanunu<sup>58</sup> (GVK) düzenlemedir. Bu düzenlemeye göre noterliğin serbest meslek sayılacağı hüküm altına alınmaktadır<sup>59</sup>. Ancak bu görüşe karşı çıkanlar ise GVK’da yapılan serbest meslek erbabı tanımının noterler ile bağdaşmadığını, dolayısıyla noterler açısından bu Kanun hükümlerinin sadece verginin tahsil edilmesi yönünden uygulanabileceğini ileri sürmektedirler<sup>60</sup>. Noterler, Devlet’in idari yapılanması içinde Adalet Bakanlığı’na bağlı olarak görev yapmaktadırlar<sup>61</sup>. Nitekim NK m. 2, 3 ve 4 uyarınca noterliklerin açılması, sınıflandırılması, yine 57.

<sup>49</sup> BAŞOL, Gülten: *Noterlik Hukuku & Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 20; ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 175; ATAR, Fahrettin: “Noter”, TDV İslâm Ansiklopedisi, 2007 (<https://islamansiklopedisi.org.tr/noter>, ET: 25.07.2022); TEK BEN, Tuğçe: “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu’nun 162. maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 86, Sayı 3, s. 70.

<sup>50</sup> Noterlik kurumunun kökeninin Esi Mısır’a dayandığı hususunda detaylı bilgi için bkz. BATMAZ, Mehmet Orhan: *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 4 vd.

<sup>51</sup> TEK BEN, s. 70 vd.

<sup>52</sup> Bundan sonra NK olarak kısaltılmış şekilde kullanılacaktır.

<sup>53</sup> UZ, Asaf: “Noterlik Müessesesinin Kuruluş ve Gelişimi”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 2, s. 31; TEK BEN, s. 72; BAŞOL, s. 20; ÇETİN / ATEŞ, s. 175; BATMAZ, s. 8.

<sup>54</sup> TANRIVER, Süha: *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 161, 178.

<sup>55</sup> TOYGAR, Kemal: “Serbest Meslek Mi, Kamu Hizmeti Mi?”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 9 vd.; MEMİŞ, Yusuf: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 106, s. 93; TEK BEN, s. 74; BATMAZ, s. 12 vd.

<sup>56</sup> Noterlerin memur statüsünde olmadıklarına, serbest meslek sayılacağına ilişkin olarak 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 66. maddesinde bir hüküm bulunmaktadır.

<sup>57</sup> TANRIVER, s. 54; DOĞU, Engin: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, *Yargıtay Dergisi*, 1979, Cilt 5, Sayı 3, s. 583; BATMAZ, s. 35.

<sup>58</sup> 06.01.1961 tarih ve 10700 tarihli Resmî Gazete.

<sup>59</sup> 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (06.01.1961 tarihli ve 10700 sayılı Resmî Gazete) 66. maddesiyle noterleri, noterlik görevini ifa ile mükellef olanları serbest meslek erbabı olarak kabul etmektedir. GVK m. 65/2’de serbest meslek erbabı şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Serbest meslek, bir kimsenin faaliyeti, bağımsız olarak bir işverene tabi olmaksızın şahsi sorumluluk altında kendi nam ve hesabına yapmasıdır.*”.

<sup>60</sup> ULUKAPI, Ömer / ATALI, Murat: *Noterlik Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 9, 10; BATMAZ, s. 27-28; TEK BEN, s. 75.

<sup>61</sup> Noterlik Kanunu’nun 121. maddesi uyarınca noterler, öncelikle bağlı buldukları ilin noter odalarına, daha sonra merkezi Ankara’da bulunan Türkiye Noterler Birliğine ve en üst sırada ise Adalet Bakanlığına bağlı olarak çalışmaktadır.

madde hükmü gereği noterlerin tayinleri, izinleri vb. hususlar Adalet Bakanlığının bilgisi dâhilinde gerçekleşmekte ve denetlenmektedir<sup>62</sup>.

Noterlerin kamu hizmeti yerine getirseler de memur sayılmayacakları ancak görevlerini yaparken her yönüyle bağımsız olmadıkları için de serbest meslek erbabı olamayacakları olgusundan hareketle noterleri, kamu hizmeti gören kendine özgü hukuki statüsü bulunan bir kamu görevlisi olarak kabul etmek mümkündür<sup>63</sup>.

## B. Noterlerin Görevleri (Noter İşlemleri)

### 1. Genel Olarak

Noterlerin yapacağı işlemler hem NK'da hem de Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nde<sup>64</sup> açıkça düzenlenmektedir. Noterlerin yapacakları işlemler gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te genel, özel ve diğer işlemler olmak üzere bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur<sup>65</sup>.

Noterlik, kanunla başka makamlara verilmeyen her türlü hukuki işlemi yapmaya yetkili olan tek mercidir<sup>66</sup>.

### 2. Noterlerin Yapacakları Genel İşlemler

NK m. 60 uyarınca noterlerin genel olarak yapacakları işlem şunlardır:

- Yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmemiş olan her nevi hukuki işlemleri düzenlemek,
- Kanunlarda resmî olarak yapılmaları emredilen ve mercileri belirtilmemiş olan bütün hukuki işlemleri bu Kanun hükümlerine göre yapmak,
- Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmak ve bu sözleşmeyi taraflardan birinin talep etmesi, harç ve giderleri ödemesi hâlinde tapu bilişim sistemi vasıtasıyla tapu siciline şerh vermek, taşınmaz satış sözleşmesi yapmak,
- Bu Kanun'a uygun olarak dışarıda yazılıp getirilen kağıtların üzerindeki imza, mühür veya herhangi bir işareti veya tarihi onaylamak,
- Bu Kanun hükümlerine göre yapılan işlemlerin dairede kalan asıl veya örneklerinden veya getirilen kağıtlardan örnek çıkarıp vermek,
- Belgeleri bir dilden diğer dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevirmek,
- Protesto, ihbarname ve ihtarname göndermek,
- Kanunen tescili gereken işlemleri tescil etmek,
- Bu ve diğer kanunlarla verilmiş sair işleri yapmak.

<sup>62</sup> ULUKAPI / ATALI, s. 10; TANRIVER, s. 54; TEKBEN, s. 76.

<sup>63</sup> ULUKAPI, Ömer: "Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 21, Sayı 21 (Yargıtay), s. 211; ASLAN DÜZGÜN, Ülgen: "Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 492; TOPÇUOĞLU, Metin: "Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt 20, Sayı 4, s. 196; KURT, Leyla Müjde: "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 86; GÖKÇE, Ziya: "Noterlik Hizmetinin Hukuki Mahiyeti ve Sonuçları Üzerine Bir Araştırma", *Adalet Dergisi*, 1982, Cilt 73, Sayı 2, s. 278; TEKBEN, s. 76; BAŞOL, s. 21; ÇETİN / ATEŞ, s. 176; ULUKAPI / ATALI, s. 5.

<sup>64</sup> 13.07.1976 tarihli ve 15645 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

<sup>65</sup> ULUĞ, Ali Sedat: *Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 32; BAŞOL, s. 117.

<sup>66</sup> BAŞOL, s. 117; TEKBEN, s. 73; KURT, s. 86.

Yönetmelik 7. maddesiyle, Kanun'da sayılan bu işlemleri daha da somutlaştırarak noterlerin hem genel hem de özel olarak yapacağı işlemleri saymıştır<sup>67</sup>. Bu işlemlerden uygulamada en çok karşılaşılanlar; örnek çıkarma, çeviri (tercüme) işleri, protesto işlemleri ve tescil işlemleridir.

#### a. Örnek Çıkarma

Gerek Kanun'un 94. maddesi gerek Yönetmelik'in 94. maddesi uyarınca noterler tarafından yapılan işlemlerin örnekleri, ancak ilgililerine, kanuni mümessil veya vekillerine yahut mirasçılara verilir. Örnek çıkarma işlemi genelde işlemin fotokopisinin çekilerek veya benzeri usullerle çoğaltılarak aslının aynısı olduğuna dair bir şerh içerir şekilde yapılmaktadır<sup>68</sup>. Verilecek örneklerin ilgisinin kim olduğunun tespiti ise Kanun'un "Hukuki işlemler ve ilgilileri" başlıklı 72. maddesine göre yapılmaktadır. Buna göre ilgili, belgelendirme talebinde bulunan kişidir<sup>69</sup>. Kanun'un 94. maddesi uyarınca eğer üçüncü bir kişi istemde bulunmuş ise noterliğin bağlı olduğu asliye hukuk mahkemesinden bu yönde bir karar alınması gerekmektedir<sup>70</sup>.

Örnek verilmesi işlemi, ilgililerin belge ibrazı üzerine yapılabileceği gibi başvuru noterlikçe yapılan işlemin ilgilinin istemiyle ona teslim edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir.

#### b. Çeviri İşlemleri

NK m. 103 ve Yönetmelik'in 96. maddesi uyarınca belgelerin bir dilden diğer bir dile veya bir yazıdan başka bir yazıya çevrilmesine ve noterlik tarafından onaylanması işlemi, çevirme olarak düzenlenmektedir. Çeviri işlemi yeminli tercüman tarafından yapılabileceği gibi noter tarafından da yapılabilir<sup>71</sup>.

#### c. Protesto İşlemleri

Protesto işlemleri Kanun'un 105 ve 60. maddeleri ile Yönetmelik'in 97. maddesinde düzenlenmektedir. Kabul etmeme ve ödememe protestosu, Türk Ticaret Kanunu'nun<sup>72</sup> (TTK) hükümlerine göre yapılır. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere hüküm altına alınan ticari protestodur<sup>73</sup>. Buna göre TTK m. 715 uyarınca protesto noterler tarafından hazırlanır<sup>74</sup>.

#### d. Tescil İşlemleri

Kanun'un 108. maddesi uyarınca kanunen tescili gereken işlemler; sicil defterine, sıra numarası altında, işlemin tarih ve numarası, ilgililerin ad ve soyadları ve işlemin niteliği yazılmak suretiyle tes-

<sup>67</sup> GÜRLER, Cemalettin: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015, s. 101; ÇETİN / ATEŞ, s. 256; BAŞOL, s. 118. Bu işlemler şu şekildedir: evlenme sözleşmesi, gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, zilyetlik devri sözleşmesi, miras taksimi, gayrimenkul hibe vaadi sözleşmesi, şirket sözleşmesi, irtfak hakkı vaadi ve ortak mülkün idaresi sözleşmesi, Medeni Kanun'un 748. maddesine müstenit sükna hakkı sözleşmesi, kaydı hayat ile irat bağlanması sözleşmesi (Borçlar Kanunu m. 507), ölüncüye kadar bakma sözleşmesi (Borçlar Kanunu m. 511), mülkiyeti muhafaza kaydı ile satış sözleşmesi, kira sözleşmesi, menkul mallarda hibe sözleşmesi, taksim ve ifraz sözleşmesi, evlat edinme sözleşmesi, temlik, taahhütname, kefaletname, vasiyetname, vakıf senedi, aile vakfı senedi, tanıma senedi, muvafakatname, sulhname, yediemin senedi, rehin senedi, borç senedi, fesihname, ibraname, beyanname, şahadetname, piyango, kura ve toplantı tutanağı, emanetleri saklama tutanağı, ifade tutanağı, tespit tutanağı, vekaletname, defter onaylanması, çevirme, örnek çıkarma, imza sirküleri, protesto işleri, ihbar, ihtarname işleri ve tebliği, tescil, kanunlarında noterler tarafından düzenlenmesi veya onaylanması öngörülen diğer işler. Özel olarak yapılacak işler ise tespit işleri, emanet işleri (emanet kabul ve saklama), vasiyetname ve ölüme bağlı tasarruflarla ilgili işler, tebligat işleridir.

<sup>68</sup> GÜRLER, s. 102; BAŞOL, s. 118; ÇETİN / ATEŞ, s. 257.

<sup>69</sup> ÇETİN / ATEŞ, s. 257; GÜRLER, s. 102; BAŞOL, s. 118.

<sup>70</sup> ÇETİN / ATEŞ, s. 257; GÜRLER, s. 103; BAŞOL, s. 118.

<sup>71</sup> Çeviri yapılacak dili noter biliyor ise çeviri bizzat noter tarafından yapılabilir; kâtip eğer o dili biliyorsa kâtip tarafından da çeviri yapılmasının bir sakıncası bulunmamaktadır. Ancak noter ve kâtip o dili bilmiyorsa artık zorunlu olarak o dili bilen noterliğin yeminli tercümanının çeviri işlemini yapması gerekir. Yeminli tercüman tarafından yapılan çevirinin noter tarafından onaylanır. Detaylı bilgi için bkz. BAŞOL, s. 119; ÇETİN / ATEŞ, s. 258; GÜRLER, s. 102.

<sup>72</sup> 14.02.2011 tarih ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

<sup>73</sup> BAŞOL, s. 102; ÇETİN / ATEŞ, s. 259.

<sup>74</sup> TTK m. 716 uyarınca, protestonun bazı hususları içermesi gerekir. Bunlar; protestoyu çeken ve kendisine protesto çekilen kişilerin adlarını veya ticaret unvanlarını, kendisine protesto çekilen kişinin, poliçeden doğan taahhüdünü yerine getirmeye davet edildiği hâlde, taahhüdünü ifa etmemiş, kendisi bulunamamış veya ticaret yerinin ya da konutunun belirlenememiş olduğuna ilişkin bir şerh, sözü geçen davetin yapıldığı veya davet teşebbüsünün sonuçsuz kaldığı yer ve güne ait bir şerh ve protestoyu düzenleyen noterin imzasıdır.

cil edilir. Bu hükümden noterlerce tutulan bazı sicillerin bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Bu siciller; Taşınır Rehin Sicili<sup>75</sup> (TARES), Araç Tescil Sicili<sup>76</sup> (ARTES) ve Mülkiyeti Saklı Tutma Sicili<sup>77</sup>.

### e. İhtarname ve İhbarnameler

Kanun'un 106. maddesi uyarınca noterler, her türlü hukuki işleme ait ihbarname ve ihtarnameleri düzenlemeye ve ilgisine tebliğ etmeye yetkilidir. Bunlar bizzat notere yazdırılabileceği gibi ilgili tarafından yazılıp tebliğ için notere getirilebilir. Bu ihtarname ve ihbarnamelerin, istemde bulunan ve diğer tarafın ad ve soyadları ile açık adreslerini, ihtar ve ihbar konusunu, istemde bulunanın imzasını, tebliğ şerhini, noterin imza ve mührünü ve tarihi (yazı ve rakam ile) kapsamı gerekmektedir. Uygulamada banka hesap özetlerinin borçluya tebliğ edilmesi, kira bedelinin ödenmesi için ihtar çekilmesi, sözleşmelerin feshine dair ihbarlar en çok karşılaşılan noter işlemleri arasında yer almaktadır<sup>78</sup>.

## 3. Noterlerin Yapacakları Özel İşlemler

### a. Tespit İşleri

Tespit işlemleri, Kanun'un 61. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre noterler bir şeyin veya bir yerin hâl ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit eder ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kura, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler. Bu belgelendirme işleminin ise Kanun'un 102. maddesi uyarınca tutanak şeklinde gerçekleştirilmesi gerekir<sup>79</sup>.

Noterlikçe yapılacak tespit işleminin sınırları bulunmaktadır. Noterler ceza ve idare hukuku işlemleriyle adli makamlara intikal eden hususlarda tespit işlemi yapamazlar<sup>80</sup>. Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu'nun ilgili maddeleri uyarınca kanuna, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı şekilde NK m. 53 uyarınca noterlerin tespit işlemi yapması mümkün değildir.

Kanun'un 75. maddesinin üçüncü fıkrasıyla noterlerin, tespit işlemi yaparken tanık dinleme ve birlikişkiye başvurma yetkisi bulunmaktadır<sup>81</sup>.

### b. Emanet İşleri

Kanun'un 62. maddesi ve Yönetmelik'in 106. maddesiyle noterlere, saklanmak veya bir şahsa verilmek üzere getirilen emanetleri, aşağıdaki hükümlere göre muhafaza etme hususunda yetki verilmiştir. Dolayısıyla noterler kendilerine emanet edilen şeyleri teslim alıp saklama işlemini yüklenmektedir<sup>82</sup>.

Yönetmelik'te saklanacak emanetin para, her türlü taşınır mal, hisse senedi, tahvil, ziynet eşyası, evrak, defter, beyanname ve kapalı vasiyetname gibi şeyler olduğu hüküm altına alınmıştır.

<sup>75</sup> Taşınır Rehin Sicili (TARES), ticari işletmelerin finansmanlara erişimlerini kolaylaştırmak amacıyla 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehin Kanunu kapsamında Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından oluşturulmuş bir sicildir. Taşınır Rehin Sicili oluşturulması ve yürütülmesi Gümrük ve Ticaret Bakanlığının denetiminde olmak üzere Türkiye Noterler Birliğine ve noterliklere devredilmiştir. Türkiye Noterler Birliği tarafından hızlı bir şekilde teknik çalışmalara başlanılmış, 01.01.2017 tarihinde Taşınır Rehin Sicili sistemi hizmete açılmıştır. Bilgi için bkz. <https://portal.tnb.org.tr/Sayfalar/TARESHiz.aspx> (ET: 26.07.2022).

<sup>76</sup> 01.05.2010 tarihinde uygulamaya alınan "Tescili Yapılmış Araçların (2. El) Noterliklerde Satış ve Devri Projesi" ile başlayan araç satış işlemleri sonrasında, 06.01.2017 tarih ve 29940 (mükerrer) sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 61'inci maddesiyle 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'na Ek-18'inci madde ile Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından yürütülen araç tescil hizmetlerine ilişkin iş ve işlemlerin Türkiye Noterler Birliği koordinesinde noterlikler tarafından yapılmasına olanak sağlanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. <https://portal.tnb.org.tr/Artes/Sayfalar/Hakkimizda.aspx> (ET: 26.07.2022).

<sup>77</sup> ÇETİN / ATEŞ, s. 260; BAŞOL, s. 120-121.

<sup>78</sup> BAŞOL, s. 122.

<sup>79</sup> BAŞOL, s. 123; GÜRLER, s. 103; ÇETİN / ATEŞ, s. 260. NK m. 84'e göre noterce tutulan tutanakta, noterin adı ve soyadı ile noterliğin adı; işlemin hangi yerde yapıldığı, kimlik numaraları, ilgilinin gerçek irade ve arzusu, işleme katılan kişilerin imzaları ile noterin imza ve mührünün yer alması gerekmektedir. İşlemin aslı noterlikçe saklanır, bir örneği de ilgiliye verilir.

<sup>80</sup> Noterlerin görülmekte olan bir davada delil tespiti yapamayacağı hususu için bkz. BAŞOL, s. 124; GÜRLER, s. 103.

<sup>81</sup> Hatta noterler tanık ve bilirkişilere HMK'daki üsule göre yemin de verdirebilmektedir. Bu konuda bkz. BAŞOL, s. 124.

<sup>82</sup> ÇETİN / ATEŞ, s. 261; BAŞOL, s. 125; GÜRLER, s. 103.

Emanetin bir tutanak ile tespit edilmesi gerekir<sup>83</sup>. Ayrıca tutanağın bir örneğini emaneti veren alır; bir örneği de emanet kimin için yatırılmışsa ona tebliğ olunur<sup>84</sup>.

Emanetler, noter tarafından uygun şekilde saklanır. İlgili isterse emanet bir muhafazaya koyulup kendisi ile noter tarafından mühürlenerek milli bir bankada, banka bulunmayan yerlerde demir kasa veya sağlam bir dolapta saklanır<sup>85</sup>. Emanetin saklanma süresinin sonunu takip eden bir yıl içinde alınmaması veya harç ve giderlerin ödenmemesi hâlinde noter, emanetin alınmasını veya harç ve giderlerin ödenmesini tevdi edene, ona tebligat mümkün değilse kanuni haleflerine yahut varsa emanet lehine yatırılmış olan kimseye tebliğ eder.

### c. Vasiyetname ve Ölüme Bağlı Tasarruflarla İlgili İşlemler

Bu işlemlerin yapılması Kanun'un 69. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre noterler, açık veya kapalı olarak verilen vasiyetnameleri saklar ve buna dair bir tutanak düzenlerler. Gerek bu suretle saklanan vasiyetnameleri gerek noterler tarafından düzenlenen sair ölüme bağlı tasarrufları<sup>86</sup> yapanların ölümü hâlinde bilgi verilmesi için, durumu bunların kayıtlı oldukları nüfus dairelerine yazı ile bildirirler<sup>87</sup>.

Noterler, NK m. 69/2 hükmü gereği, nüfus idaresi tarafından ölümün ihbarı veya resmî bir belge ile ispatı hâlinde, yetkili sulh hakimine verilmek üzere, dairelerinde saklı bulunan vasiyetnamelerin ve noterlikçe düzenlenmiş ölüme bağlı tasarruf senetlerinin onaylı örneklerini Cumhuriyet savcılığına tevdi ederler.

Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nin 134. maddesinde vasiyetnamelerin uluslararası tescil usûlü düzenlenmiştir. Buna göre Türkiye Noterler Birliği milli tescil merkezi olarak görev yürütmektedir. Birliğin üstlendiği görev, yabancı uyrukluların veya vasiyetçinin vasiyetnamenin yabancı ülkede tescilini istemesi hâlinde, milli tescil merkezi sıfatıyla bu vasiyetnameleri tescil etmektir<sup>88</sup>.

### 4. Noterlerin Yapacakları Diğer İşlemler

Noterlik Kanunu'na 2011 yılında eklenen iki madde ile terk eden eşin ortak konuta davet edilmesi ve mirasçılık belgesi verilmesi hususlarında noterlere yeki tanınmıştır<sup>89</sup>. Bu işlemlerin yapılması bakımından ise "Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik"<sup>90</sup> çıkartılarak noterlerin yetkisi ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

NK m. 71/B uyarınca noterler, ilgilinin yazılı veya sözlü başvurusu üzerine, talep edilen işlemle ilgili bir tutanak düzenler. İşlemler yapılırken o işlemlerle ilgili özel kanunlarındaki usûller de gözetilir. Talebin konusu bir belge düzenlenmesini gerektiriyorsa noter, ilgisine bu belgeyi de düzenleyerek verir.

<sup>83</sup> Yönetmelik'in 107. maddesi tutanağa ilişkin bir düzenleme içermektedir. Buna göre her türlü emanet, Noterlik Kanunu'nun 101'inci maddesine göre düzenlenecek bir tutanak ile kabul edilir. Bu tutanakta ayrıca, emanetin nitelikleri, biliniyorsa gerçek değeri, değeri tam olarak bilinmiyorsa tahmini değeri, ne süre saklanacağı, kime ve ne zaman iade olunacağı ve iade şartları da gösterilir.

<sup>84</sup> ÇETİN / ATEŞ, s. 261; BAŞOL, s. 125; GÜRLER, s. 103.

<sup>85</sup> Kanun'un 64. maddesine göre emanet para olduğu takdirde, noter bu parayı en geç ertesi gün bankadaki noterlik emanet cari hesabına hak sahibinin adı, soyadı ve adresini de göstermek suretiyle yatırır. Emanet paranın tahsil ve ödenmesinde makbuz kullanılır. Tahsilat makbuzu iki, ödeme makbuzu bir nüsha olarak düzenlenir. Tahsilat makbuzunun ilk nüshası emaneti yatırına verilir.

<sup>86</sup> Uygulamada bu tasarruflar mirastan feragat sözleşmesi, mirasçı atanması ve mirasçılıktan çıkarma olarak karşımıza sıklıkla çıkmaktadır.

<sup>87</sup> Noterler kendileri de resmî vasiyetname düzenleme yetkisine sahiptir. Bu husus gerek Noterlik Kanunu gerekse Türk Medeni Kanunu'nun 532. maddesinde açıkça ifade edilmektedir. TMK m. 532 uyarınca resmî vasiyetname, iki tanığın katılımıyla, noterde, sulh hakiminde veya bu yönde kanunla kendisine yetki verilmiş memur önünde düzenlenen vasiyetnamelerdir.

<sup>88</sup> BAŞOL, s. 127; ÇETİN / ATEŞ, s. 262.

<sup>89</sup> 6217 sayılı ve 31.03.2011 tarihli Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 14. maddesiyle getirilen bir düzenleme olup yargı yükünün hafifletilmesi esas alınmıştır.

<sup>90</sup> 04.10.2011 tarih ve 28074 sayılı Resmî Gazete.

Noterler, Kanun'un 71/A maddesinde belirtilen işlemleri bizzat yapar. Ancak noterlik dairesinde imza yetkisi verilmiş hukuk fakültesi mezunu görevli veya noter stajyeri mevcut ise bu işlemler onun tarafından da yapılabilir. Mirasçılık belgesi verilmesinin yargılamayı gerektirmesi, nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması veya mirasçılık belgesinin yabancılar tarafından talep edilmesi durumunda, mirasçılık belgesi noterler tarafından verilemez.

### C. Yeni Düzenlemeyle Getirilen Yetkinin Kapsamı ve Sınırları

Noterlerin özel olarak yapacakları işlemler arasına Noterlik Kanunu'na getirilen 61A maddesiyle yeni bir işlem eklenmiştir<sup>91</sup>. Buna göre noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi verilmektedir. Taşınmaz satış sözleşmesinin resmî şekilde yapılması hususu bu düzenlemeye kadar sadece tapu sicil müdürlüklerinde gerçekleşmekteydi. Kaldı ki şu anki sistem kapsamında "Web Tapu" aracılığıyla başvuruda bulunularak tapu dairesinin yoğunluğuna göre randevu tarihinin alınması gerekmektedir. Alınan randevu gün ve saatinde de tapu harcı ödenmekte ve alım satım işlemi tapu memuru huzurunda tapu siciline geçirilmektedir. Ancak bu madde hükmünün uygulanmaya başlanmasıyla artık sözleşme yapma yetkisi noterlerce de kullanılabilir. Elbette noterlerin bu yetkisinin sınırını sadece sözleşme yapmak oluşturmaktadır; aynı hakkın geçişi yani taşınmazın devrinin gerçekleşmesi yine tapuda yapılacak tescil işlemi ile mümkün olmaktadır. Noterlerin satış sözleşmesi yapma yetkisi, borçlandırıcı bir işlem olup kesinlikle bir tasarruf işlemi değildir.

Kanun gereğince noterler, taşınmaz satış sözleşmesiyle ilgili işlemleri bizzat yaparlar. Noterler, taşınmaz satış başvurusu üzerine başvuru belgesi düzenler. Yönetmelik'in 5. maddesinde sözleşmenin düzenlenmesi için başvurunun nasıl yapılacağı ve sözleşmenin düzenlenme şekli yer almaktadır. Buna göre sözleşmenin düzenlenmesine ilişkin başvurular sadece çevrimiçi olarak e-Devlet üzerinden yapılabilmektedir. Burada devreye Türkiye Noterler Birliği Bilgi Sistemi (TNBBS) girmektedir. Dolayısıyla başvuruların TNBBS'ye düşmesi, noterlerin de bu sistem üzerinden başvuru belgesi düzenlenmesi söz konusudur. Noterler, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlerken taşınmaz üzerindeki her türlü kısıtlamaları dikkate almak ve taşınmaz satışıyla ilgili diğer kanunlarda yer alan sınırlamalar ile usul ve esasları gözetmekle yükümlüdür. Bunun bir sonucu olarak da tapu kayıt örneği ve diğer belgelerden hak sahibinin belirlenememesi veya satışa engel hukuki bir durumun varlığı hâlinde noterlerce satış işlemi gerçekleştirilmez. Dolayısıyla tapu memurlarının şu anki sistemde yapmış olduğu işlemleri ve gözetmesi gereken hususların hepsini, sözleşme yapılması öncesi ve esnasında noterler de yapacak ve gözetecektir. Bu bakımdan tapudaki işlerin yoğunluğunun azalabileceğini söylemek mümkün olabilecektir.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünce tapu kayıt örneği ve diğer belgeler tapu bilişim sistemi vasıtasıyla noterlerle paylaşılır. Taşınmaza ilişkin kayıt ve belgelerin eksik olması hâlinde ilgili tapu müdürlüğünden eksik olan hususlar bu sistem üzerinden talep edilir ve eksiklikler tapu müdürlüğünce giderilerek sisteme aktarılır. Noterlerce hak sahibi belirlendikten ve taşınmazın satışına engel hukuki bir durumun bulunmadığı tespit edildikten sonra taşınmaz satış sözleşmesi hazırlanır.

Sözleşmenin şekli ve içeriği Yönetmelik'in 6. maddesinde şu şekilde hüküm altına alınmıştır: "Sözleşme düzenlerken noter, TAKBİS'teki sözleşme şekli ve içeriği gözetilerek Birlik tarafından hazırlanıp TNBBS'ye kaydedilen sözleşme örneğini kullanır". Sözleşmenin hazırlanması aşamasında ise noter yine hem TAKBİS hem de TAKPAS'ı kullanacak, sonrasında sözleşme taraflarına sözleşmenin imzalanması için randevu tarih ve saati bildirilecektir. Bildirilen tarih ve saatte tarafların gelmesiyle sözleşmeye ilişkin işlemler noter tarafından bizzat yapılacaktır. Noter, taşınmaz üzerinde taşınmazın satışını kısıtlayan veya satışa engel bir hukuki durumun olmadığını tespit edecek, bu tespitten sonra sözleşmeyi taraflara imzalatılarak TAKBİS üzerinden bir yevmiye numarası alıp hem sözleşmeyi hem de gerekli olan diğer belgeleri TAKBİS'e kaydedecektir. Bu aşamadan sonra artık tapu müdürlüğünün taşınmazı tapu siciline tescil etmesi işlemi gerçekleşecektir.

<sup>91</sup> 28.06.2022 tarihli ve 31880 sayılı Resmî Gazete.



Satış sözleşmesi taraflarca imzalandığı anda noter, tapu bilişim sisteminden<sup>92</sup> yevmiye numarası olarak sözleşmeyi bu sisteme kaydeder. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Satış sözleşmesi ile diğer belgeler, noter tarafından sisteme aktarılır ve fiziki olarak arşivlenir. Burada tasarruf işlemi olan tescil talebini noterler almamaktadır; tapu bilişim sisteminden alınan yevmiye numarası ile tasarruf yetkisine sahip kişi tarafından tescil talebinde bulunulması gerekmektedir. Dolayısıyla tescil talebini alacak olan tapu sicil memurudur.

Noterler tarafından yapılacak taşınmaz satış sözleşmelerinden yalnızca 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu'na ekli (4) sayılı Tarife'nin "I-Tapu işlemleri" başlıklı bölümünün (20) numaralı fıkrasının (a) bendi uyarınca tapu harcı alınır. Bu işlemler için 492 sayılı Kanun'un tapu harçlarına ilişkin hükümleri ve gerekli harcı tamamen almadan işlem yapan noterler hakkında aynı Kanun'un 128'inci maddesi hükmü uygulanır.

Bu madde kapsamında yapılan işlemler karşılığında noter ücreti dışında herhangi bir ücret alınmaz. Noter ücreti taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz ve ücret tarifesinde gösterilir. Bu miktarlar, her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun<sup>93</sup> mükerrer 298'inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında takvim yılı başından geçerli olmak üzere artırılarak uygulanır.

Taşınmaz satış işlemleri için Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü döner sermaye işletmesine gelir kaydedilmek üzere hizmet bedeli alınır ve bu işlemler sebebiyle noterlere herhangi bir pay veya aidat ödenmez.

Noterlik Kanunu'nun anılan maddesinde noterlerin noter ücreti dışında bir ücret alamayacakları hüküm altına alındıktan sonra hükmün devamında alınacak noter ücretinin alt ve üst sınırlarına yer verilmiştir. Türkiye Noterler Birliği tarafından 2023 yılı Ücret Tarifesi<sup>94</sup> yayınlanmıştır. Tarife'nin 16. maddesi "*Bu Tarife, 1512 sayılı Noterlik Kanununun değişik 61/A ve 112 nci maddesi uyarınca hazırlanmış olup, yayımlanma tarihinden itibaren uygulanır.*" ibaresine yer vermektedir. Tarife'nin 1. maddesinin 4. fıkrasında "*Noterler, taşınmaz satış sözleşmesi düzenlediklerinde ise taşınmazın satış değerinin binde 1'i oranında noter ücreti alırlar. Ancak bu ücret taşınmazın değerine göre beş yüz Türk lirasından az ve dört bin Türk lirasından fazla olamaz. Noterler, yaptıkları taşınmaz satış sözleşmelerinden bu fıkra da belirlenen noter ücreti dışında herhangi bir ücret alamaz.*" hükmü yer almaktadır. Bu hükümle hem nispi bir ücret oranı belirlenmiş, ardından da Kanun'da anılan alt ve üst sınırlara riayet edilmesi gerekliliği tekrar edilmiştir. Noterlik Kanunu'nun 61/A maddesinin 9. fıkrasında yer verilmeyen taşınmazın satış değerinin binde biri oranında noter ücreti alınacağı yönündeki ifade yanıltıcıdır. Neticede noter ücreti her ne kadar binde bir üzerinden hesaplanırsa bile Kanun'daki üst sınırı aşamayacak ve bu sınırlar içinde talep edilebilecektir. Kanaatimizce Kanun'da yer almayan böyle bir ücret belirlenmesinin Tarife'de yer alması yerinde olmayıp ücret konusunun Kanun ile daha açık bir şekilde düzenlenmesi gerekir.

## D. Noterlerin Taşınmaz Satış Sözleşmesi Yapması Nedeniyle Doğan Zarardan Sorumluluğu

### 1. Genel Olarak Noterlerin Hukuki Sorumluluğu

Noterlerin hukuki sorumluluğu NK m. 162'de düzenlenmektedir. Buna göre "*Stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar*". Bu hüküm dolayısıyla gerek işlem yaptıran gerekse işlem tarafı olmayan üçüncü kişilerin uğramış oldukları zararlardan noterler sorumlu

<sup>92</sup> Ancak belirtilen bu tapu bilişim sistemi henüz kurulmamıştır. Sistemin 01.01.2023'e kadar kurulması gerekmektedir.

<sup>93</sup> 12.01.1961 tarih ve 10705 sayılı Resmî Gazete.

<sup>94</sup> <https://portal.tnb.org.tr/Tebliğler/Noterlik%20%C3%9Ccret%20Tarifesi.pdf> (ET: 01.05.2023).

olmaktadır<sup>95</sup>. Ayrıca noterlerin sadece kendi işlemlerinden değil noterlik çalışanının zarara yol açan işlemlerinden de sorumluluğu bulunmaktadır<sup>96</sup>.

İlgili hükümde geçen “... bir işin ...” ibaresinden sorumluluğa yol açan iş veya işlemlerin sınırlı sayıda olmadığı kabulü; dolayısıyla noterlik faaliyeti kapsamında yürütülen pek çok işin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>97</sup>.

Noterlerin hukuki sorumluluğunun doğması için aranan genel şartlar, noterin veya kanunda sayılan noter personelinin bir işi eksik ya da hatalı yapmak ya da yapmamak şeklinde ortaya çıkan hukuka aykırı bir fiilin bulunması, bu işlemde maddi ya da manevi olarak zarara<sup>98</sup> uğranmış olması, yapılan hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında uygun nedensellik bağının bulunmasıdır<sup>99</sup>.

Hukukumuzda yapılan yeni düzenlemeye göre NK m. 162/3 uyarınca taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder.

Konuyu ayrıntılı olarak değerlendirebilmek için düzenlemeyi iki yönden ele almak gerekmektedir. Öncelikle bu hükümle noterin sorumluluğu Devlet’in tapu sicilinden tutulmasından kaynaklanan sorumluluğu ile birlikte değerlendirilmelidir. Tapu memurlarına tanınan iki yetki bulunmaktadır: Bunlardan ilki taşınmaz satış sözleşmesi yapmak, diğeri ise tescil işlemini gerçekleştirmektir. Tapu memurlarının taşınmaz satış sözleşmesi yapmasından dolayı ortaya bir zarar çıkmış ve bu zarar sicile etki etmemişse sorumluluk için başvurulacak kişi işlemi yapan tapu memuru olmaktadır. NK m. 162/3’le getirilen hükümde de tıpkı tapu memurunun sorumluluğuna benzer bir sorumluluk düzenlenmiştir. Her iki memurun da yani noterin ve tapu sicil memurunun taşınmaz satış sözleşmesinden doğan zarardan sorumluluğu kabul edilmektedir. Bu yönüyle arada bir paralellik sağlanmaya çalışıldığı söylenebilir. Ancak gözden kaçan önemli nokta tapu memurlarının sorumluluğu kusur sorumluluğu olduğu hâlde, noterlerin sorumluluğu NK gereğince kusursuz sorumluluktur. Yapılan işlem aynı olduğu hâlde farklı sorumluluk hükümlerine tabi tutulmanın yerinde olmadığı açıktır.

Diğer bir açıdan bakıldığında ise, her ne kadar noter ve tapu memuru borçlandırıcı nitelikte olan taşınmaz satış sözleşmesini yapmaya yetkili olsalar da, içinde buldukları idari teşkilatlanma bakımından aralarında önemli bir farklılık vardır. Tapu memuru Devlet teşkilatlanmasına dâhil olduğu için sorumluluk bakımından Devlet’in sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak noter, her ne kadar Adalet Bakanlığı ve Türkiye Noterler Birliği denetiminde olsa da Devlet’in idari teşkilatlanması içinde yer almamaktadır. Bu bakımdan noterin hukuki sorumluluğunu düzenleyen madde uyarınca, zarara uğrayan Devlet’e karşı değil, doğrudan notere karşı dava açmaktadır<sup>100</sup>. Dolayısıyla getirilen bu sorumluluk birebir tapu sicilinin tutulmasından Devlet’in sorumluluğu hükümleri ile bağdaşmamaktadır<sup>101</sup>. Kaldı ki NK m. 162’de, noterlik işlemleri sonucunda ortaya çıkan zarardan TMK m. 1007’de olduğu gibi, Devlet’in sorumlu olduğuna dair bir hüküm yer almamaktadır.

<sup>95</sup> TEKBEN, s. 94; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 213; BAŞOL, s. 167; GÜRLER, s. 132; ÇETİN / ATEŞ, s. 279.

<sup>96</sup> KURT, s. 87; TEKBEN, s. 94-95.

<sup>97</sup> ULUKAPI / ATALI, s. 224; TEKBEN, s. 95; DOĞU, s. 592.

<sup>98</sup> Yargıtay vermiş olduğu kararlarda, sadece maddi olarak uğranılan zararın değil manevi anlamda ortaya çıkan zararın da yapılan işlem ile arasında nedensellik bağı bulunduğu sürece noterlerin sorumluluğunun kapsamında bulunduğunu vurgulamaktadır. Kararlar için bkz. Yargıtay, 4. HD, T. 10.11.2008, E. 2008/1699, K. 2008/13767. Tapu sicilinin tutulmasında Devlet’in sorumluluğunda manevi zararın kapsam dışı bırakılmış olması için gerek doktrinde ileri sürülen görüşler gerekse Yargıtay tarafından verilen kararlarda noterlerin sorumluluğunun kapsamına manevi zararlar da alınarak tapu sicilinin tutulmasından Devlet’in sorumluluğuna nazaran daha geniş bir zarardan sorumluluk hâli benimsenmiştir.

<sup>99</sup> DOĞU, s. 587, 588; KURT, s. 97 vd.; ULUKAPI / ATALI, s. 222 vd.; MEMİŞ, s. 126; ÇETİN / ATEŞ, s. 280, 281; TEKBEN, s. 95; ASLAN DÜZGÜN, s. 495, 496.

<sup>100</sup> KICALIOĞLU, Mustafa: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, Cilt 2, Sayı 11, s. 131; ATABEK, Reşat: “Noter; Mali Sorumluluk Sigortası”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 19; DOĞU, s. 600; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 132; ULUKAPI / ATALI, s. 227; MEMİŞ, s. 93; BATMAZ, s. 30; TEKBEN, s. 131. *Çetin / Ateş*’e göre de ortaya çıkan sorumluluk ne Adalet Bakanlığına ne de Türkiye Noterler Birliğine aittir, sorumluluk doğrudan notere aittir. Bkz. ÇETİN / ATEŞ, s. 281.

<sup>101</sup> TMK m. 1007 uyarınca tapu sicilinin eksik ya da yanlış tutulması sonucu ortaya çıkan zararlardan sorumlu tutulan, işlemi yapan tapu memuru değil, kusursuz sorumlu olan Devlet’tir. Bu düzenlemenin dışında kalan hâller bakımından ise Devlet’in sorumluluğu hizmet

Bu noktada dikkat edilmesi gereken önemli bir husus da TMK m. 1007'nin, başka bir ifade ile Devlet'in kusursuz sorumluluğunun, tapu sicilinin tutulmasına yönelik fiil veya kaçınımlar sebebiyle ortaya çıkmasıdır. Devlet, tapu sicilin tutulmasına etki etmediği sürece, tapu memur ve müdürünün taahhüt aşamasında gerçekleştirdiği sözleşmeler bakımından kusursuz sorumlu değildir. Oysa noterlere, NK hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, Devlet'in sorumluluğundan çok daha geniş bir sorumluluk yüklenmektedir.

## 2. Sorumluluğun Dayandığı Esas

### a. Noter ile Noterlik İşleminde Zarar Gören Kişiler Arasındaki İlişki Bakımından

Noterlerin noterlikte işlem yaptırmayan üçüncü kişiler ile arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta, dolayısıyla bu kişilere karşı noterlerin sorumluluğunun kaynağını haksız fiil oluşturmaktadır<sup>102</sup>.

Noterde işlem yaptıran ilgili kişilerin zarar görmesi durumunda noterlerin sorumluluğunun dayandığı esas ise doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışma ile ulaşılabilecek sonuç, noterin hukuki sorumluluğunun tabii olacağı zamanaşımı süresinin tespiti, yetkili mahkemenin belirlenmesi ve tazminat miktarının tayin edilmesinde önemli bir rol oynamaktadır<sup>103</sup>.

İsviçre hukukunda noterle noterliğe gelen kişi arasında yapılan işlemin resmî senede dayalı olup olmaması açısından yapılan bir sınıflandırma bulunmaktadır. Buna göre aradaki işlem resmî senede dayanıyorsa ortada bir kamu hukuku ilişkisi vardır ve sorumluluğun kaynağı, haksız fiildir; diğer taraftan resmî senede dayanmayan bir işlem yapılmışsa artık aralarındaki ilişki bir özel hukuk ilişkisidir ve dolayısıyla sözleşme hükümleri uygulanacaktır<sup>104</sup>. Türk hukukunda da bu görüşe katılan yazarlar bulunmaktadır ve noter ile noterlikte işlem yaptıran kişiler arasında bir sözleşme ilişkisinin, özellikle de vekalet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>105</sup>. Bu ilişkinin varlığı kabul edildiğinde, noterlerin sorumluluğu da sözleşmeye dayanan bir sorumluluk olarak karşımıza çıkacaktır. Bunun bir sonucu olarak da noterle kamu hizmeti yerine getiren kişiler olarak, mesleklerinin gereği olarak bir bilgi düzeyine ve yeteneğe sahip olmaları aranacağından, sorumlulukları da “ağırlaştırılmış özen borcu” olarak kabul edilecektir<sup>106</sup>. Bu görüş benimsendiğinde, noterin noter işlemi yaptırmaya gelen tarafın değil de işlem nedeniyle zarara uğrayan üçüncü bir kişinin zararından sorumluluğunun kaynağını üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme oluşturacaktır<sup>107</sup>. Noter tarafından yapılan işleme güvenerek noterde işlem yaptıran kişi ile bir hukuki ilişki içinde giren üçüncü kişinin bu sözleşmenin koruyucu etkisinden yararlanması gerekmektedir.

Doktrindeki hâkim görüşe göre noter ile işlem yaptırmaya gelen kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır; dolayısıyla hukuki sorumluluğun kaynağı haksız fiil hükümleridir<sup>108</sup>. Noterin yap-

kusuru olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla artık bu kusur bakımından TBK'nın 66. veya 116. maddelerinin uygulanması söz konusu olmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. DENİZ, Buket: “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Cilt 33, Sayı 153, s. 231; TEKBEN, s. 129.

<sup>102</sup> KURT, s. 88; TEKBEN, s. 96; DOĞU, s. 584; ULUKAPI, Ömer: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Noterlik Hukuku Sempozyumu: I-II, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları*, NOTEV Yayınları, Ankara, 1997 (Noter), s. 69; BAŞOL, s. 168.

<sup>103</sup> ULUKAPI, *Noter*, s. 87; ULUKAPI / ATALI, s. 219; KURT, s. 88; ÇETİN / ATEŞ, s. 279; BATMAZ, s. 45; TEKBEN, s. 96. Noter ile noterlikte işlem yaptıran kişi arasında bir sözleşme ilişkisinin olduğu kabul edilirse TBK m. 112 hükümleri devreye girecektir. Bu hükümle borca aykırılıkta kusur karinesi kabul edilmiştir; dolayısıyla borçlu kusursuzluğunu ispatlamak zorundadır. Aradaki ilişkinin sözleşmeye dayanmadığı kabul edilirse haksız fiil hükümleri (TBK m. 49) devreye girecektir.

<sup>104</sup> FELLMANN, Walter: *Berner Kommentar - Band IV/2/2: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 1992, Art. 394, N. 156; TEKBEN, s. 97; KURT, 88.

<sup>105</sup> ATABEK, s. 17; KARTAL, Bilal: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk”, *Yargıtay Dergisi*, 1998, Cilt 24, Sayı 3, s. 349; ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 75.

<sup>106</sup> OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 695.

<sup>107</sup> Detaylı bilgi için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 695 vd.

<sup>108</sup> NART, Serdar: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, s. 430; ULUKAPI, *Noter*, s. 69; TEKBEN, s. 97; KURT, s. 90; DOĞU, s. 601; ASLAN DÜZGÜN, s. 494; BATMAZ, s. 44; ÇETİN / ATEŞ, s. 281; OKTAY ÖZDEMİR, s. 696.

tığı işlemlerin türüne göre sorumluluğunun tespit edilmesi isabetli değildir. Bunun nedeni ise noterlerin çeşitli içeriklerde ve türde işlemler yapmasıdır. Dolayısıyla yaptığı her işlem bakımından ayrı ayrı sözleşme türünü tespit etmek gerekecektir. Bu tespit açısından da doktrinde ileri sürülen aradaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğu görüşü de etkisini yitirmektedir. Noterler gerek Kanun gerekse Yönetmelik uyarınca emanet işleri de üstlenmektedir. Böyle bir işlem bakımından saklama sözleşmesi hükümleri devreye girecektir. Kanaatimizce de noterlerin hukuki sorumluluğunun kaynağını haksız fiil hükümleri oluşturmaktadır. Kaldı ki NK m. 162'deki düzenleme de noterlerin yapacağı işlemlere göre sorumluluk kaynağının değişeceğine ilişkin bir ayrıma gitmemektedir. Bununla birlikte Yargıtay da NK m. 162 ile düzenlenen sorumluluğun haksız fiil hükümlerine dayandığını kabul etmektedir<sup>109</sup>.

### **b. Sorumluluğun Kusura Dayanıp Dayanmaması Bakımından**

Noterin hukuki sorumluluğunun kusur sorumluluğu olup olmadığı NK m. 162'den tam olarak anlaşılammamaktadır; bu yüzden de doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin ortaya çıkmasında noterlerin bizzat yapacağı işlemlerden sorumluluğu ile noter personelinin yapacağı işlemlerden sorumluluğu bakımından ayırım yapılması gerektiği fikri yer almaktadır.

#### **aa. Noterlik İşleminin Bizzat Noter Tarafından Yapıldığı Durumlarda Sorumluluk**

Noterlik işleminin bizzat noter tarafından yapıldığı hâllerde ortaya çıkan sorumluluk hâlinin bir kusursuz sorumluluk olmadığını, dolayısıyla ancak kusuru hâlinde noterin sorumlu tutulabileceği yönünde ileri sürülen bir görüş bulunmaktadır<sup>110</sup>. Bu görüş, Kanun'un 162. maddesinde sorumluluğa ilişkin ayrıntılı bir düzenleme bulunduğu ve kısıtlayıcı nitelikteki “yapmama”, “hatalı yapma” veya “eksik yapma” gibi ifadelerin yer aldığından hareket ederek TBK'da hüküm altına alınan kusursuz sorumluluk hâllerine bu düzenlemenin uymadığını savunmaktadır<sup>111</sup>. Yine bu görüş sahiplerine göre noterin kusursuz sorumluluğu için TMK m. 1007'deki gibi sade ve kısa bir hüküm düzenlemesi gerekmektedir<sup>112</sup>. Ünal ve Meriç'e göre Noterlik Kanunu'nun tasarısına bakıldığında, aslında noterlerin sorumluluklarını düzenleyen hükümde “kusur” ibaresinin kullanıldığı ancak maddenin devamında “hata” ifadesinin de bulunması sebebiyle, sırf yinelemeden kaçınmak gayesiyle kusur kelimesinin çıkarılması söz konusudur<sup>113</sup>. Bu görüşü savunanlar uyarınca hata ifadesini kusur şeklinde anlamak gerekmektedir. Eğer ortaya çıkan zarar, noterin kusurlu bir eyleminin sonucu ise ancak noterin sorumluluğundan bahsedilebilecektir.

Doktrindeki baskın görüş ise noterin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olmadığı yönündedir<sup>114</sup>. Dolayısıyla işlem gerek noter tarafından bizzat gerek noter personeli tarafından yapılsın, işlem sonucu ortaya bir zarar çıkmışsa, bu işlemde zarar gören ister işlem yaptırmaya gelen kişiler isterse bir üçüncü kişi olsun, kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın noterin sorumluluğuna gidilebilmektedir. Bu görüşü savunanlar ilgili hükümde “kusur” ifadesinin hiç kullanılmadığını ve dolayısıyla sorumluluk hukuku bakımından yeni bir hâlin ortaya çıktığını ileri sürmektedir<sup>115</sup>. Düzgün'e göre noterler bilgilendirilmiş kişilerdir ve kendilerine verilen ödev ve yükümlülükleri kusursuz bir şekilde yerine getirmek

<sup>109</sup> Yargıtay, HGK, T. 13.02.2020, E. 2017/1518, K. 2020/139 için bkz. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml> (ET: 04.11.2022).

<sup>110</sup> ÜNAL, Mehmet: “1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 1999, Sayı 101, s. 49, 51, 52; MERİÇ, Nihat: “1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1994, Sayı 83, s. 41; BATMAZ, s. 46, 50 ve 104; NART, s. 429-430; MEMİŞ, s. 94.

<sup>111</sup> ÜNAL, s. 50; BATMAZ, s. 74; MERİÇ, s. 40, 41. Noter yaptığı işlem dolayısıyla zarara yol açmışsa ancak kusurlu fiili varsa bu zarardan sorumlu tutulabilecek, aksi takdirde sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

<sup>112</sup> MERİÇ, s. 40, 41.

<sup>113</sup> MERİÇ, s. 40; ÜNAL, s. 49.

<sup>114</sup> KICALIOĞLU, s. 136; DOĞU, s. 586, 589; OKTAY ÖZDEMİR, s. 699; ÇETİN / ATEŞ, s. 280, 282; ULUKAPI / ATALI, s. 220; KURT, s. 92, 105; ASLAN DÜZGÜN, s. 495, 498; KARTAL, s. 347, 349; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 132.

<sup>115</sup> DOĞU, s. 586; OKTAY ÖZDEMİR, s. 699; ÇETİN / ATEŞ, s. 280, 282; ASLAN DÜZGÜN, s. 495.

zorundadır<sup>116</sup>. Dolayısıyla noterler her daim dikkatli olmalı ve işlemler hata yapmadan gerçekleştirmelidir; aksi hâlde kişilerin hukuki güvenli zedelenir ve bundan büyük zararlar doğar. Böylesi bir durum ise bazı yazarlara göre noterlerin sorumluluğunun ağırlaşmasını gerekli ve haklı kılmaktadır<sup>117</sup>.

Yargıtay da noterin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmektedir<sup>118</sup>. Kanaatimizce de burada düzenlenen sorumluluk kusursuz sorumluluk hâlidir; noterin kendi fiilinden dolayı ilgililerin yahut bir üçüncü kişinin zarara uğramasında kusur bulunup bulunmadığına bakılmaksızın noter sorumlu olmaktadır<sup>119</sup>.

#### bb. Noterlik İşleminin Noter Personeli Tarafından Yapıldığı Durumlarda Sorumluluk

NK m. 162/I'e göre işlemin stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından da eksik ya da hatalı yapılması veyahut hiç yapılmaması hâlinde, uğranılan zarardan noter sorumlu olmaktadır. Hükmün devamında ise noterin zararı karşılamak üzere ödeyeceği miktar için işin yapılmaması, hatalı yahut eksik yapılmasına sebep olan stajyer veya noterlik personeline rücu edebileceği ifade edilmektedir. Bu hüküm değerlendirildiğinde, noterin kendi kusuru olmasa bile, noterlik personelinin eksik yahut hatalı işlem yapmasından ya da hiç işlem yapmamasından doğan zarardan sorumlu olduğu; bu zarara yol açan noterlik personelinin kusuru var ise onlara rücu edebileceğini söylemek mümkündür. Doktrinde de noterin, noterlik personelinin davranışları sonrası ortaya çıkan zarardan kusursuz olarak sorumlu olduğu kabul edilmektedir<sup>120</sup>.

NK m. 162'de düzenlenen noterin kusursuz sorumluluğunun dayanağının ne olduğu hususunda da doktrinde görüş farklılıkları bulunmaktadır. Kusursuz sorumluluk; tehlike sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu ve olağan sebep sorumluluğu olmak üzere üç ayrı kategoride incelenmektedir<sup>121</sup>. Noter için öngörülen sorumluluğun hangi kategori içinde değerlendirileceği önem taşımaktadır. Bu sorumluluğun tehlike sorumluluğu esasına dayandığını ileri süren görüşe göre noterler faaliyetlerini yürütürken işlemleri yanlış yaparsa toplumsal düzen bakımından büyük zararlar doğma tehlikesi bulunmakta; bu sebeple de noterlerin noterlik işlemi için gelen kişilere hukuki anlamda teminat sağlaması gerekmektedir<sup>122</sup>. Böyle bir teminat üstlenen noterin de noter personelinin davranışları sonrası ortaya çıkan zarar dolayısıyla asıl sorumluluktan kurtulamayacağı ileri sürülmektedir<sup>123</sup>. Bu görüş Noterlik Kanunu'nun 162. maddesinde noterlerin için kurtuluş kanıtı imkânının bulunmamasını tehlike esasına dayalı bir sorumluluk hâli olmakla açıklamaktadır. Kanımızca bu görüş yerinde değildir. TBK m. 71'de düzenlenen tehlike sorumluluğunda işletme, faaliyetin kendisi ya da o faaliyette kullanılan araç ve gereçlerin zarara yol açması söz konusudur<sup>124</sup>. Oysa noterlik işlemlerinde toplum için başlı başına tehlike oluşturan bir faaliyette bulunulmamaktadır<sup>125</sup>.

<sup>116</sup> ASLAN DÜZGÜN, s. 499.

<sup>117</sup> KICALIOĞLU, s. 137; DOĞU, s. 586; ATABEK, s. 20.

<sup>118</sup> Yargıtay, 2. HD, T. 07.10.2020, E. 2020/2002, K. 2020/5494; Yargıtay, HGK, T. 13.02.2020, E. 2017/1518, K. 2020/139 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>, ET: 01.08.2022).

<sup>119</sup> Her ne kadar yasadaki düzenleme kusursuz sorumluluğu getiriyor olsa da noterlere bu kadar ağır bir sorumluluk öngörmüş olmanın tartışılabilir olduğu ve Noterlik Kanunu yeniden düzenlendiğinde bu hususun tekrar değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

<sup>120</sup> ULUKAPI, s. 89; KURT, s. 92; ULUKAPI / ATALI, s. 220; MEMİŞ, s. 94; OKTAY ÖZDEMİR, s. 699; ÇETİN / ATEŞ, s. 280, 282; ASLAN DÜZGÜN, s. 499; BATMAZ, s. 196; KICALIOĞLU, s. 136; NART, s. 430; KARTAL, s. 340 vd.; DOĞU, s. 586.

<sup>121</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit: *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981, s. 300, 305; KOÇHISARLIOĞLU, Cengiz: "Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1984, Cilt 2, Sayı 2, s. 200 vd.; TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 498-499; EREN, Genel, s. 559; ANTALYA, s. 310. Bu üç kategori haricinde farklı kusursuz sorumluluk hâllerinin bulunabileceğini ileri süren görüşler için bkz. TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 498; KARAHASAN, s. 305 vd.

<sup>122</sup> TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 84; NART, s. 431; KICALIOĞLU, s. 137.

<sup>123</sup> KURT, s. 95, 106; TEKBEN, s. 123.

<sup>124</sup> EREN, Genel, s. 582, 586.

<sup>125</sup> TEKBEN, s. 123; KURT, s. 95.

Bazı yazarlar noterin sorumluluğunu, Devlet'in tapu sicilinin tutulmasından doğan sorumluluğuna benzetmektedir<sup>126</sup>. Bu görüş uyarınca tapu sicillerinin hukuka uygun olarak tutulduğu yönünde toplumun Devlet'e güven duyması ve duyulan güvenin devam etmesi amaçlanmakta; aynı amaç aslında noter senetlerinin güvenilirliği bakımından da NK m. 162 ile desteklenmektedir. Bu bakımdan da her iki sorumluluk türünde de kusur şartının aranmaması, kurtuluş kanıtı getirme imkânının bulunmaması ve amaçların ortak olması, noterin sorumluluğunu tapu sicilinin tutulmasından Devlet'in sorumluluğuna yaklaştırmaktadır<sup>127</sup>. Her ne kadar noterin sorumluluğu TMK m. 1007 hükmü nedeniyle Devlet'in tapu sicilinin tutulmasından sorumluluğuna benzetilmiş olsa da bu görüşe katılmak da kanımızca mümkün değildir. İki düzenlemeyle amaçlanan olgunun toplumsal güven duygusu olduğu bakımından bir benzerlik bulunsa da Devlet'in sorumluluğunda işlemde zarar gören kişilerin tapu memuruna değil de doğrudan Devlet'e başvurarak zararın giderilmesini talep hakkı bulunmaktadır. Oysa noterler bakımından, noterlik işleminden zarar gören ilgili ya da üçüncü kişi Devlet'e başvuramamakta, zararın giderilmesi için doğrudan notere karşı dava açmaktadır<sup>128</sup>. Kaldı ki, Devlet'in sorumluluğundan farklı olarak, noterin sorumlu olduğu durumlarda doğrudan o işlemi yapan kişiye karşı da haksız fiil hükümlerine dayanarak talepte bulunmak mümkündür.

Doktrinde noterin hukuki sorumluluğunun TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğu ile benzer nitelikte olduğunu ileri süren görüşler vardır<sup>129</sup>. Hatta bazı yazarlar, noterler için getirilen bu sorumluluk hâlinin adam çalıştırmanın sorumluluğunun özel bir hâli olduğunu ileri sürmektedir<sup>130</sup>. Biz de bu görüşe katılmakla birlikte, adam çalıştırmanın sorumluluğundan farklı olarak noterin sorumluluğunu düzenleyen hüküm kurtuluş kanıtı getirerek sorumluluktan kurtulmaya izin vermemektedir. Elbette noter, genel hükümler çerçevesinde nedensellik bağının ortadan kalktığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilecektir.

### 3. Hukuki Sorumluluğun Şartları

NK m. 162 uyarınca noterin sorumluluğunun doğması için haksız fiilin "kusur" şartı hariç diğer şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir.

#### a. Fiil

Sorumluluğun doğması için öncelikle zarara yol açan bir fiilin bulunması gerekmektedir. Bu husus Kanun'un 162. maddesinin birinci fıkrasında "*Stajyer, kâtip ve kâtip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmamasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar.*" şeklinde hüküm altına alınmaktadır. Dolayısıyla noterlerin sorumluluğuna yol açan fiiller yapma ya da yapmama şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>131</sup>. Bu fiiller bizzat noter tarafından yapılmış olabileceği gibi stajyer, kâtip veya kâtip adaylarınca da yapılmış olabilir<sup>132</sup>.

#### b. Hukuka Aykırılık

Noterin ortaya çıkan zarardan sorumlu tutulabilmesi için gerçekleştirilen fiilin hukuka aykırı olması gerekmektedir. Buradaki hukuka aykırılığın objektif olarak gerçekleşmesi aranmaktadır<sup>133</sup>.

<sup>126</sup> ULUKAPI, s. 87; ULUKAPI / ATALI, s. 219, 220; BATMAZ, s. 45, 161.

<sup>127</sup> TEKBEN, s. 124 vd.; ULUKAPI, s. 126.

<sup>128</sup> KICALIOĞLU, s. 137; DOĞU, s. 600; TEKBEN, s. 131; BATMAZ, s. 30; MEMİŞ, s. 93.

<sup>129</sup> PULAŞLI, Hasan: "Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1983, Sayı 39, s. 11, 12; NART, s. 431.

<sup>130</sup> BATMAZ, s. 57; ÜNAL, s. 53; KICALIOĞLU, s. 136, 137; DOĞU, s. 586; ANTALYA, s. 442.

<sup>131</sup> Kanunen uyulması gereken şekle uymamak, gecikmesinde sakınca bulunan işlemi yapmamak vb. örnekler için bkz. OKTAY ÖZDEMİR, s. 707-708; ULUKAPI, *Noter*, s. 73; KURT, s. 97; BAŞOL, s. 169; KARTAL, s. 347-348; ULUKAPI / ATALI, s. 161.

<sup>132</sup> Burada noterin sorumlu olduğu işlemler noterlik faaliyeti ile ilgili olan işlemlerdir. Noterlik çalışanlarının hepsinin verdiği zarardan noter, TBK m. 66 uyarınca sorumlu olacaktır. Detaylı bilgi için bkz. KARTAL, s. 347; ULUKAPI, *Noter*, s. 70-71; KURT, s. 98; DOĞU, s. 586-587.

<sup>133</sup> TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 18; BAŞOL, s. 169; KURT, s. 98; EREN, *Genel*, s. 658-659.

Bu bağlamda hukuka aykırılık, kişilerin şahıs ve malvarlıklarını koruma amacı güden emredici hukuk kurallarına aykırılık olarak kabul edilmektedir<sup>134</sup>. O hâlde noterin sorumluluğu sadece Noterlik Kanunu hükümlerinin ihlal edilmesi ile sınırlı olmayıp emredici bir hukuk kuralına aykırı davranılması ile ortaya çıkmaktadır<sup>135</sup>. Hatta aykırı davranılan emredici kuralın genel bir kural olması yahut noter çalışanına verilmiş özel bir talimat şeklinde olması sorumluluk açısından önem taşımamaktadır<sup>136</sup>.

### c. Zarar

Noterin sorumluluğundan söz edebilmek için emredici kuralların ihlal edilmesi sonucunda ortaya bir zarar çıkması gerekmektedir. Bu zarar maddi veya manevi olabileceği gibi doğrudan ya da dolaylı zarar da olabilir<sup>137</sup>.

Sorumluluğun doğması için kişilerin zarara uğrama tehlikesinin bulunması yeterli değildir; Kanun mutlaka ilgililerin ya da üçüncü kişilerin zarar görmüş olmasını aramaktadır<sup>138</sup>. Ortaya bir zarar çıkmadıkça sadece noterlikte noter ya da noter personeli tarafından hukuka aykırı bir işlem yapılmış olması, noterin sorumluluğuna yol açmamaktadır<sup>139</sup>.

Noterde yapılan işlem dolayısıyla ortaya çıkacak zararın başka bir yoldan, örneğin dava açılarak, önlenmesinin mümkün olduğu hâllerde, noterin sorumluluğuna gidilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>140</sup>.

### d. İlliyet bağı

Noterin hukuki sorumluluğunun doğması için gerçekleştirilen hukuka aykırı fiil ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Hayatın normal akışına göre yapılan fiil gerçekleşen sonucu meydana getirmeye elverişli olmalı, dolayısıyla ortaya çıkan zarar açısından uygun sebep oluşturmaktadır<sup>141</sup>.

Sorumluluğun doğması için aranan illiyet bağının mevcut olup olmadığının tespitinde, günlük yaşam tecrübeleri ve hayatın olağan akışı ile mantık kuralları birlikte göz önünde bulundurulmalıdır<sup>142</sup>.

İlliyet bağının kesilmesi sonucu sorumluluğun ortadan kalkması, noterlerin sorumluluğu bakımından da geçerli olmaktadır. O hâlde üçüncü bir kişi veya zarar görenin fiilinin yahut mücbir sebebin illiyet bağını kestiği durumlarda noterin sorumluluğu söz konusu olmamaktadır<sup>143</sup>.

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve Yargıtay içtihatlarına da yansıyan hususlardan biri de noterlikte işlem yaptıran kişinin sahte kimlik veya belgeler kullanarak işlemden başkasının zarar görmesine yol açtığı durumlardır. Bu konuda Yargıtay, aradaki illiyet bağının üçüncü kişinin fiili ile kesilip kesilmediğini değerlendirmekte ve “aldatma kabiliyeti bulunan” belge kıstasını önemsemekte iken yeni tarihli bir kararında, aldatma kabiliyeti bulunsa bile, noterin tek bu belgeyi incelemekle yetinmesini

<sup>134</sup> EREN, *Borçlar*, s. 658; KURT, s. 98; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 476; KARAHASAN, s. 95-96.

<sup>135</sup> ULUKAPI, *Noter*, s. 74; BAŞOL, s. 169. Kurt'a göre, noter ya da noterlik çalışanı gerçeğe aykırı vekaletname düzenleyerek bir hukuk kuralını ihlal ettikleri için yaptıkları fiil hukuka aykırı olacaktır. Burada belgenin sahte olduğunun anlaşılacak durumda olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Detaylı bilgi için bkz. KURT, s. 99.

<sup>136</sup> ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 224; DOĞU, s. 588.

<sup>137</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 705; ULUKAPI, *Noter*, s. 74; NART, s. 446; KURT, s. 99; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 224; BAŞOL, s. 169; ÇETİN / ATEŞ, s. 280.

<sup>138</sup> ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 224; ÇETİN / ATEŞ, s. 281; BAŞOL, s. 169.

<sup>139</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 697; KARTAL, s. 348; KURT, s. 99.

<sup>140</sup> ULUKAPI, *Noter*, s. 75; KURT, s. 99; OKTAY ÖZDEMİR, s. 703-704. Noterin dava yoluyla zararın ortadan kaldırılması sonucunda sadece dava masraflarından sorumlu tutulabileceği yönündeki görüş için bkz. ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 224.

<sup>141</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 698; ULUKAPI, *Noter*, s. 75; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 225; NART, s. 440 vd.; KARTAL, s. 349; KURT, s. 100; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 76 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 573; BAŞOL, s. 170; ÇETİN / ATEŞ, s. 281.

<sup>142</sup> NART, s. 441.

<sup>143</sup> KURT, s. 101; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 228; ULUKAPI / ATALI, s. 163; BAŞOL, s. 170; ÇETİN / ATEŞ, s. 281.

aradaki illiyet bağının kesilmesi bakımından yeterli görmemiştir<sup>144</sup>. Bu kararda da belirtildiği üzere, noterler için uzmanı olarak davranmak ve NK m. 72/3 uyarınca kimlik tespitine ilişkin yüksek özen göstermek zorundadır. Dolayısıyla noter kendisine ibraz edilen belgelerin doğruluğunu başka belgelerle de desteklemek zorundadır<sup>145</sup>.

O hâlde noterin hukuka aykırı fiili ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağı kesilmemekte; üçüncü kişinin kusurlu fiili ile ortak illiyet söz konusu olmaktadır<sup>146</sup>.

#### 4. Hüküm ve Sonuçları

##### a. Zararın ve Tazminatın Hesaplanması

NK m. 162 uyarınca sorumluluğa ilişkin tüm şartların gerçekleşmesiyle noterin zarar gören kişiye karşı tazminat ödemesi gerekmektedir. Zarar miktarının tespiti, buna bağlı olarak tazminatın hesaplanması bakımından TBK m. 50 ve devamındaki hükümler uygulanacaktır<sup>147</sup>.

Zararın giderilebilmesi için öncelikle zarar miktarının belirlenmesi gerekmektedir. Zarar ise zara yol açan fiilden önceki durum ile zarar veren fiil sonrasındaki durumdur<sup>148</sup>. Zarar miktarının tespit edilmesiyle ödenecek tazminat da belirlenecektir. Tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacak zaman, kararın verildiği tarihtir<sup>149</sup>.

Tazminat hesaplanırken göz önünde tutulması gereken hususlar da bulunmaktadır. Bunlar; zarar görenin kusuru, zarar görenin rızası, hakkaniyet ölçüleri gibi kıstaslardır<sup>150</sup>.

##### b. Zamanaşımı

Noterlik işleminden zarara uğrayanların notere karşı açacakları davalar bakımından zamanaşımı süresi, TBK m. 72 uyarınca, zarar görenin zararı ve faili (tazminat yükümlüsünü) öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıldır<sup>151</sup>.

##### c. Noterin Rücu Hakkı

Noterler, NK m. 162/3 uyarınca, kendilerine karşı açılan dava sonucunda davacıya (işlemden zarar görene) ödemiş oldukları tazminat için işlemi yapan noterlik personeline rücu hakkına sahiptir. Ancak rücu hakkının doğabilmesi için işlemi yapan kişinin kusurlu olması gerekmektedir<sup>152</sup>. Rücu edebileceği miktar da ödemiş olduğu tazminat miktarıyla sınırlıdır.

<sup>144</sup> Yargıtay, 3. HD, T. 07.10.2020, E. 2020/2002, K. 2020/5494: “Somut olayda; dava dışı üçüncü kişinin kimlik bilgileri kullanılarak sahte kimlik düzenlendiği, bahse konu sahte kimlik esas alınarak davaya konu araç satışının gerçekleştirildiği, noter işlemi sırasında kullanılan sahte nüfus cüzdanı suretinin aslı temin edilemediğinden, sahte nüfus cüzdanının iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı yönünde bilirkişi incelemesi yapılmadığı anlaşılmaktadır. Davalı noterin sorumluluğu, Noterlik Kanunu'nun 162. maddesine dayalı kusursuz sorumluluk olup, oluşan zarar ile davalı noter işlemi arasında uygun illiyet bağının kurulduğunun kabulü gerekir. Davalı noterin kusursuz sorumluluğunu ortadan kaldıracak şekilde nedensellik bağının kesildiğini ispat külfeti ise, davalı notere düşmektedir.

Davacının kaporta ustası olduğu dikkate alındığında; satıcı ve araç hakkında yeterli araştırma yapmaması ve satışa esas olan belgeler ile satıma konu aracın şase numarasını satış işlemi öncesinde incelememesi, noterde satış işlemi yapılmadan önce kendisinden beklenen özeni gösterip olaya uygun bir araştırma yapmaması -bu tür kontrolleri mesleği gereği rutin olarak yapması gereken- davacının bölüşük (müterafik) kusurunun varlığını göstermektedir. Dava konusu olayda, davacıya yüklenen kusur müterafik kusur seviyesinde olduğundan ağır kusuru olduğu belirtilerek illiyet bağının kesildiğinin kabul edilmesi doğru görülmüştür.” (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/pf/sorgula.xhtml>, ET: 06.12.2022).

<sup>145</sup> Aynı yönde bkz. KURT, s. 104.

<sup>146</sup> Ortak illiyette zararlı sonucun sebeplerini meydan getiren sorumlular arasında teselsül vardır. Bkz. EREN, *Borçlar*, s. 618; KURT, s. 104. Kanımızca bu karar tartışmaya açık olup, notere sınırsız bir sorumluluk getirmektedir.

<sup>147</sup> KURT, s. 107; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 230; ÇETİN / ATEŞ, s. 281. Bu zararlar maddi zarar olabileceği gibi manevi zarar da olabilir.

<sup>148</sup> ANTALYA, s. 135; EREN, *Genel*, s. 587 vd.; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 230.

<sup>149</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. EREN, *Borçlar*, s. 822 vd.; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 602; TANDOĞAN, *Mesuliyet*, s. 264-265. Aksi görüş için bkz. ÇETİN / ATEŞ, s. 281; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 230.

<sup>150</sup> EREN, *Genel*, s. 863 vd.; ÇETİN / ATEŞ, s. 281.

<sup>151</sup> EREN, *Genel*, s. 937 vd.; KURT, s. 108; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 230; ANTALYA, s. 611; ÇETİN / ATEŞ, s. 281.

<sup>152</sup> KURT, s. 109; DOĞU, s. 590; ULUKAPI, *Noter*, s. 78; KARTAL, s. 351; NART, s. 446; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 232; ANTALYA, s. 448.



Noter ile personeli arasında hizmet sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, rücu hakkının tabi olacağı zamanaşımı süresi on yıldır<sup>153</sup>. Noterle stajyer arasında hizmet sözleşmesi bulunmadığı için zamanaşımı süresi iki ve on yıllık süreye tabidir.

## 5. Sorumluluk Teminatı

NK m. 162'deki düzenleme uyarınca noterlerin hukuki sorumluluğu kusura dayanmadığı için onlar aleyhine ağır sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Noterler, kendilerine karşı açılan dava sonucunda ödeyecekleri tazminat miktarının çok yüksek olması tehlikesiyle karşı karşıya bulunmaktadır. Tüm bu hususlar göz önüne alınarak noterler için çeşitli güvenceler oluşturulmuştur. Bu güvenceler ise teminat hesabı, hukuki sorumluluk fonu ve mali sorumluluk sigortasıdır.

### a. Teminat Hesabı

NK m. 38 hükmüyle noterlere milli bir bankada teminat hesabı açtırma zorunluluğu getirilerek noterlik işlemlerinden dolayı zarar gören ilgili ya da üçüncü kişilere güvence sağlanması amaçlanmaktadır<sup>154</sup>. Aynı maddenin beşinci fıkrasında ise “*Teminat parası noterlerin görevleri dolayısıyla sebep olabilecekleri zararlara ve bu yüzden haklarında verilebilecek para cezasına karşılık teşkil eder*” ibaresi yer almaktadır. Buna göre Kanun’un 162. maddesinde düzenlenen hukuki sorumluluk sonucu ortaya çıkan zararlar da bu kapsamda kabul edilmektedir<sup>155</sup>.

Yönetmelik’in 76. maddesinin üçüncü fıkrasında “*Bu hesap noter tarafından açılır ve (Adalet Bakanlığı veya Cumhuriyet Savcılığından talimat verilmedikçe bu hesaptan para çekilemez) şerhinin konulması da noterce bankaya bildirilir.*” şeklinde hüküm yer almaktadır. Bu hüküm uyarınca noter aleyhine açtığı davayı kazanan ve tazminata hak kazanan kişi ilgili makamlara başvurarak noterin teminat hesabının bulunduğu bankaya talimat yazmalarını talep ederek bu talimat sonucu bankanın kendilerine ödeme yapmasını sağlayabileceklerdir<sup>156</sup>. Dolayısıyla NK m. 38’le getirilen bu hüküm aslında zarar gören tazminat hakkı sahibinin alacak hakkını güvence altına almakta; noter lehine bir koruma sağlamamaktadır<sup>157</sup>.

### b. Hukuki Sorumluluk Fonu

Noterlerin hukuki sorumluluklarının kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmesi sebebiyle Türkiye Noterler Birliği tarafından noterler lehine “Noterlerin Hukuki Sorumlulukları Fonu” adında bir fon kurulması yoluna gidilmiştir. Bu fon için Türkiye Noterler Birliği Hukuki Sorumluluk Fonu Yönetmeliği çıkarılmıştır<sup>158</sup>. Yönetmelik’in birinci maddesinde “*Noterlerin, Noterlik Kanununun 162. maddesinde yer alan hukukî sorumluluklarını karşılamak üzere (Noterlerin hukukî sorumlulukları fonu) adı altında bir fon kurulmuştur.*” hükmü yer almaktadır. Ayrıca ikinci maddede bu fonun kapsamı düzenlenmektedir<sup>159</sup>. Şöyle ki noterlerin zarar görenlere karşı doğacak hukuki sorumlulukları fondan karşılanacaktır<sup>160</sup>. Fonun sağladığı güvenceden yararlanma, daha açık bir ifadeyle fondan talepte bulunma hakkı sadece noterlere tanınmakta; zarar görene bu fondan yararlanma hakkı verilmemektedir<sup>161</sup>.

<sup>153</sup> ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 232; BAŞOL, s. 171; ÇETİN / ATEŞ, s. 282.

<sup>154</sup> Noterlik mesleğine girenler, göreve başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, noterliğin bir yıllık gayrisafi gelirinin %5’i nispetinde teminat verirler (NK m. 38/1). Teminat parası, sermayesinin yarısından fazlası Devlet’e ait bulunan milli bir bankaya yatırılır. Bu bankalar yönetmelikte gösterilir (NK m. 38/IV).

<sup>155</sup> KURT, s. 110; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 234; ULUKAPI, *Noter*, s. 80; ÇETİN / ATEŞ, s. 282.

<sup>156</sup> KURT, s. 110; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 235.

<sup>157</sup> DOĞU, s. 603; KURT, s. 110; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 235; ULUKAPI, *Noter*, s. 81.

<sup>158</sup> 20.08.1976 tarihli ve 15683 sayılı Resmî Gazete.

<sup>159</sup> Noterlerin kusursuz ve kovuşturmayla konu olmayan eylemlerinden, kovuşturma yapılmış olsa dahi takipsizlik, men’i muhakeme ve beraatla sonuçlanmış bulunan kasıtlı eylemlerinden dolayı mahkeme kararı ile tazminata mahkûm olmaları hâlinde tazmin edecekleri bu yönetmelik hükümleri dairesinde hukukî sorumluluk fonundan karşılanır. Noterin ihmâl suçundan mahkûmiyeti hâlinde dahi hükmedilecek tazminat ile stajyer ve istihdam ettiği personelinin her türlü fiillerinden dolayı maruz kalacakları, kesinleşmiş hükme bağlanmış hukukî sorumlulukları bu fondan ödenir (Yönetmelik m. 2).

<sup>160</sup> Burada vurgulanması gereken husus, fondan karşılanacak olan hukuki sorumlulukların, Yönetmelik’te öngörülen şartlar ve tespit edilen üst sınır çerçevesinde olduğudur. Detaylı bilgi için bkz. KURT, s. 110.

<sup>161</sup> ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 236; KURT, s. 110. *Doğu*’ya göre, zarar görenlere de fona başvuru hakkının verilmesi gerekir. Detaylı bilgi için bkz. DOĞU, s. 606.

### c. Mali Sorumluluk Sigortası

Noterin hukuki sorumluluğunun teminat altına alınması bakımından gerek NK m. 38 gerekse fon yeterli güvenceyi sağlayamamaktadır<sup>162</sup>. Bu bakımdan hem zarar gören hem de noter açısından en iyi güvenceyi sağlayan mesleki mali sorumluluk sigortasıdır<sup>163</sup>.

Türkiye Noterler Birliği de 1981 ve 1982 yıllarında iki ayrı sigorta şirketi ile mali sorumluluk sigortası yapmıştır<sup>164</sup>. Elbette noterlerin bireysel olarak da mali sorumluluk sigortası yapması mümkündür<sup>165</sup>.

Mesleki mali sorumluluk sigortasıyla sigorta şirketi, sigortalıya sözleşme kapsamında ödeme yapmayı üstlenmekte; aslında zarar görenlere karşı sigortalının ödeyeceği tazminat yükünden kurtarmaktadır<sup>166</sup>.

Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte sigortacının sorumluluğu doğmaktadır<sup>167</sup>. Bu rizikonun ne zaman gerçekleştiğine ilişkin düzenleme ise Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartnamesi'nin B.1. maddesinde hüküm altına alınmıştır<sup>168</sup>. Bu madde uyarınca rizikonun gerçekleştiği anın belirlenmesi bakımından üç durum tespit edilmiştir. Bu durumlardan ilki, sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakati dâhilinde olmak koşuluyla, sigortalı tarafından ödeme yapılmasıdır ki bu ödemeyle riziko gerçekleşmiş kabul edilir. İkinci durum ise sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle riziko da gerçekleşecektir. Son durum, zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hâllerinde riziko gerçekleşmiş olur. Bu üç durumdan herhangi birinin gerçekleşmesiyle artık rizikodan ve buna bağlı olarak da sigortacının sorumluluğundan söz edilecektir.

Belirtmek gerekir ki sigortacının sorumluluğu için her ne kadar riskin gerçekleşmesi gerekse de zararın noterin veya noter çalışanının kasıtlı fiillerinde doğması hâlinde, bu zarar sigorta kapsamında kabul edilmemektedir<sup>169</sup>. Bu husus noterlerin hukuki sorumluluğuna karşı güvence durumunda olan mali sorumluluk sigortasına ve özellikle teminat amacıyla bağdaşmayan bir durumdur. Kanımızca noterlerin sorumluluğunun güvence altına alınabilmesi bakımından mali sorumluluk sigortasının zorunlu hâle getirilerek sorumluluk teminat miktarının artırılması gerekmektedir.

## 6. Noterin Sorumluluğunu Ortadan Kaldıran Hâller

Noterin sorumluluğu kusursuz sorumluluğa dayandığı için noterlik faaliyetinin yani fiilin hukuka aykırı olmaması, bir zararın ortaya çıkmamış olması ya da illiyet bağının bulunmaması, noterlerin sorumluluğunu ortadan kaldıran hâller olarak karşımıza çıkacaktır.

<sup>162</sup> ATABEK, s. 44-45; KURT, s. 111; ULUKAPI, *Noter*, s. 82; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 236; ASLAN DÜZGÜN, s. 506-507; DOĞU, s. 606.

<sup>163</sup> ASLAN DÜZGÜN, s. 501; ULUKAPI, *Noter*, s. 82; ULUKAPI, *Yargıtay*, s. 236; KURT, s. 111; DOĞU, s. 603-604; NART, s. 448; ATABEK, s. 44-45.

<sup>164</sup> Türkiye Noterler Birliği 1981 yılında Şark Sigorta T.A.Ş. ile mali sorumluluk sigortası sözleşmesi yapmıştır. 1992 yılında ise *American Home Sigorta A.Ş.* ile bütün birinci, ikinci ve üçüncü sınıf noterlerin işlemlerinden zarar gören üçüncü şahısların zararlarını genel hükümler ve sigorta sözleşmesindeki şartlar çerçevesinde karşılamak üzere, bir, iki ve üç kademe mali sorumluluk sigortası yaptırılmıştır. Detaylı bilgi için bkz. ASLAN DÜZGÜN, s. 502.

<sup>165</sup> KURT, s. 111; ASLAN DÜZGÜN, s. 501.

<sup>166</sup> ŞENOCAK, Kemal: *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000, s. 201; ASLAN DÜZGÜN, s. 502-503; KURT, s. 111.

<sup>167</sup> ASLAN DÜZGÜN, s. 506-507; KURT, s. 111.

<sup>168</sup> 26.05.2013 tarihli ve 28658 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmıştır.

<sup>169</sup> TTK m. 1429/2'ye göre "Sigorta ettiren, sigortalı ve tazminat ödenmesini sağlamak amacıyla bunların hukukten fiillerinden sorumlu oldukları kişiler; rizikonun gerçekleşmesine kasten sebep oldukları takdirde, sigortacı tazminat borcundan kurtulur". Bu hüküm uyarınca hem noter hem de noter çalışanlarının kasıtlı fiillerinden dolayı bir zarar meydana gelmiş ve notere tazminat talebi yöneltilmişse bu talepler sigorta kapsamında kabul edilmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. ASLAN DÜZGÜN, s. 504.

### a. Noterlik İşleminin Hukuka Aykırı Olmaması

NK m. 162’de noterlerin sorumluluğunun doğması için eksik yahut hatalı işlem yapılması ya da hiç işlem yapılmaması sonucu bir zararın ortaya çıkması aranmaktadır. O hâlde işlemin eksik ya da hatalı yapılması veyahut hiç yapılmaması fiilin hukuka aykırı yapıldığını ifade etmektedir<sup>170</sup>.

Gerek noter tarafından bizzat gerekse noter personeli tarafından yapılan işlemin hukuka uygun olması durumunda, sorumluluktan bahsetmek de mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla noterlerin noterlik mevzuatına ve diğer yasal düzenlemelere uygun şekilde yaptığı işlemler, bu mevzuatın notere yetki vermediği durumlarda talep edilen işlemin yapılmaması hâli, hukuka uygunluk teşkil edecek ve noterin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir.

### b. Zarar Bulunmaması

Noter veya noterlik personeli tarafından yapılan eksik ya da hatalı işlem yahut yapılması reddedilen işlem sonucunda ortaya bir zarar çıkmışsa noterin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla yapılan işlemler hukuka aykırı olsa bile eğer işlemin ilgilisi ya da üçüncü bir kişi aleyhine bir zarar doğmamışsa sorumluluktan söz etmek mümkün olmamaktadır<sup>171</sup>.

*Oktay Özdemir*’e göre zararın doğmuş olmasından ziyade asıl sorun, zararlar noterin gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının oluşma anıdır<sup>172</sup>. Dolayısıyla istenebilecek zarar, aslında, noterin hukuka aykırı eylemi ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zarardır.

### c. İlliyet Bağının Bulunmaması

Noterin sorumluluğuna gidilebilmesi için gerçekleştirilen fiil (işlemin hatalı ya da eksik yapılması yahut hiç yapılmaması) ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Bilindiği üzere “uygun illiyet bağı”, hayatın olağan akışı ve genel yaşam tecrübelerine göre, gerçekleştirilen fiilin bir zararı doğurmaya elverişli olmasını ifade etmektedir<sup>173</sup>.

İlliyet bağının bulunmaması bakımından değinilmesi gereken ilk olarak arada uygun bir illiyet bağının bulunmaması hâlidir. Buna göre noterin eksik ya da hatalı olarak yaptığı işlem veyahut gerçekleştirmediği işlem olağan hayat akışı içinde, ortaya çıkan zararı doğurmaya elverişli değilse noterin sorumluluğunun bulunmadığını söylemek mümkündür<sup>174</sup>.

Yapılan fiil ile ortaya çıkan zarar arasındaki illiyet bağının kesildiği durumlarda, noterin hukuki sorumluluğu söz konusu olmamaktadır. İlliyet bağını kesen sebepler ise karşımıza üçüncü kişinin fiili, zarar gören kişinin davranışı ya da mücbir sebep olarak çıkmaktadır<sup>175</sup>.

Üçüncü kişinin fiilinin noterin sorumluluğunu kesebilmesi için, her ne kadar noterin hukuka aykırı davranışı bulunsa bile, bu davranış zararın doğmasına herhangi bir katkıda bulunmamışsa, aksine zarara sadece üçüncü kişinin hukuka aykırı davranışı sebep olmuşsa üçüncü kişinin fiilinin illiyet bağı kestirildiğini söylemek gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak da noterin sorumluluğu gündeme gelmemektedir. Ancak belirtmek gerekir ki zararın ortaya çıkmasına hem üçüncü kişinin hem de noterin hukuka aykırı davranışı birlikte sebebiyet vermişse noterin sorumlu olmadığı söylenemez; ortak illiyet söz konusu olacağından müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>176</sup>.

<sup>170</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 702.

<sup>171</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 703.

<sup>172</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 705.

<sup>173</sup> EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II, m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 1103, 1104; FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 353.

<sup>174</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 707.

<sup>175</sup> EREN / DÖNMEZ, s. 1132.

<sup>176</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 711.

Noterin hukuka aykırı davranışına rağmen zarar ile noterin davranışı arasındaki illiyet bağının kesilmesi, zarar gören kişinin davranışının bir sonucu ise noterin sorumluluğundan söz etmek mümkün olmamaktadır. Noter tarafından gerçekleştirilen davranışın hukuka aykırı olduğu işlemin ilgilisi veya işlem kendi aleyhine sonuç doğuracak üçüncü bir kişi tarafından öğrenilmiş ve buna rağmen bu işleme karşı hiçbir girişimde bulunulmamışsa, dolayısıyla aleyhine zarar doğacak kişilerce bir önlem alınmaması zarar görenin davranışı ile illiyet bağının kesildiği ileri sürülebilecektir<sup>177</sup>.

Noterin hukuka aykırı davranışına rağmen zararın doğmasına bir mücbir sebep neden olmuşsa illiyet bağının kesildiğini ve noterin sorumlu olmayacağını söylemek mümkündür. Doktrinde verilen bir örneğe göre noterce resmî vasiyetname şekline uyulmadığı için bu vasiyetname ile lehine kazandırmada bulunan kişi, ortada şekle aykırılık dolayısıyla kendisine vasiyet edilen bir malı alamayacak olması nedeniyle bir zarara uğramış olsa bile, noterin bu hukuka aykırı işlemi sonrasında vasiyet edilen malın bir yangında zayi olduğunun anlaşılması hâlinde, artık mücbir sebep ile illiyet bağının kesildiği kabul edilmekte; dolayısıyla noterin sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>178</sup>.

### III. ALMAN VE İSVİÇRE HUKUKUNDA KONUYA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

#### A. Alman Hukukundaki Durum

Alman hukukunda noterlere ilişkin genel yasal düzenleme Federal Noterler Kanunu<sup>179</sup> (*Bundesnotarordnung-BNotO*)'dur. BNotO'nun 1. paragrafında noterlerin hangi alanda yetkili oldukları hüküm altına alınmaktadır. Bu hükümde aslında noterlerin hem nitelikleri hem de görevleri belirlenmektedir<sup>180</sup>. Buna göre noterler, kamu hizmeti gören, resmî memur konumunda bulunan, Devlet otoritesinden bağımsız olan ve hukukun düzgün işleyebilmesi için tedbir alan makamlardır<sup>181</sup>. İlgili hüküm noterlere ilişkin genel bir hüküm niteliğindedir; noterin sorumlulukları ayrıntılı olarak Kanun'un 20 ile 24. paragrafları arasında düzenlenmektedir<sup>182</sup>.

Noterlerin asli görevi aslında belgelendirmek olmakla birlikte noterler, taşınmazlara ilişkin tüm işlemleri yapma, evlat edinme işlemlerini gerçekleştirme vb. işlemlerde tek yetkili makamdır<sup>183</sup>.

Taşınmazların devrine ilişkin hususlar Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 873. paragrafında düzenlenmektedir<sup>184</sup>. BGB 925. paragrafı ve devamında ise taşınmaz satışına ilişkin usûlün ne şekilde işleyeceğine dair hükümler yer almaktadır. "Aynı sözleşme" başlıklı 925. paragrafta, Kanun'un 873. paragrafına yapılan atıf uyarınca bir arazinin mülkiyetinin devri için devreden ve devralanın anlaşması, bu anlaşmanın yapıldığı sırada her iki tarafın da aynı anda hazır bulunması ve, iradelerini yetkili bir makam önünde beyan etmeleri aranır. Buradaki yetkili makam, noterlerdir. Kaldı ki maddenin devamı hükümlerinde herhangi bir noterin, diğer makamların yetkisine hâle getirmeksizin, devir işlemi kabul etmeye yetkili olduğu açıkça ifade edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki 925. paragraftaki aynı uyuşma, taşınmaz satış sözleşmesinden ayrıdır. Devreden ve devralan beraberce yetkili bir makam -kural olarak noter- önünde bulunmalı ve § 873'e göre anlaşmalarını beyan etmelidir. Yani bura-

<sup>177</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 713.

<sup>178</sup> OKTAY ÖZDEMİR, s. 713-714.

<sup>179</sup> 24.02.1961'de yürürlüğe giren yasa, 10.08.2021 tarihli *Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz* (MoPeG)'in 31. paragrafı ile değişikliğe uğramıştır.

<sup>180</sup> ESCHWEY, Claudius (Hrsg.): *BeckOK BNotO mit DONot, NotAktVV und RLEmBNotK*, 6. Edition (Stand: 01.08.2022), C.H. Beck Verlag, München, 2022, Rn. 2.

<sup>181</sup> GOTTWALD, Peter: "Almanya'da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler", (Çev.) YAZAR, Özlem, *Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII: Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 409; ESCWEY, Rn. 2.

<sup>182</sup> ESCWEY, Rn. 5.

<sup>183</sup> GOTTWALD, s. 409.

<sup>184</sup> ECKERT, H.-W., BeckOK BGB, Buch 3: Sachenrecht, Hau/Poseck 62. Edition, 2002, Rn. 1; Münchener Kommentar Rn. 1, 2 zum BGB, 8. Auflage, München 2020, Rn. 2-3.

da, şekle bağlı aynı bir anlaşmanın varlığından söz edilmektedir. Dolayısıyla bu aynı anlaşma etkisini, (ardından yapılacak) devralanın tapu siciline malik olarak tescil edilmesiyle gösterir<sup>185</sup>.

BGB 925'teki devri amaçlayan ve taraflar arasındaki uzlaşmayı ifade eden aynı uyuşma, tasarruf işleminin bir parçasıdır, dolayısıyla borçlandırıcı işlem olan satış sözleşmesinden farkı bulunmamaktadır. Alman hukukunda borçlandırıcı işlem, yani sebep (temel) işlem ile tasarruf işlemi birbirinden ayrılmaktadır; ayrıca tasarruf işleminin sebepten soyut olduğu kabul edilmektedir<sup>186</sup>. *Prütting*'e göre soyutluk ilkesi aynı sözleşmenin geçerliliğinin hukukî sebepten tamamen ayrılmış olması, sebebe bağlı işlem geçersiz olsa, hiç var olmasa veya iptal edilmiş olsa da aynı sözleşmenin geçerliliğini korumasıdır<sup>187</sup>. Benimsenen soyutluk ilkesi (*Abstraktionsprinzip*) başka bir ilke olan ayrılık ilkesini (*Trennungsprinzip*) eşya hukuku bakımından zorunlu kılmaktadır<sup>188</sup>. Ayrılık ilkesi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin birbirinden bağımsız ve ayrı olmasını ifade etmektedir<sup>189</sup>. *Maurer*'e göre ayrılık ilkesinin dayanağını oluşturan düzenleme BGB'nin 137. paragrafıdır<sup>190</sup>. Anılan hüküm uyarınca devri mümkün bir hak bakımından kişiler tasarruf yetkisini yapacakları bir hukuki işlemle sınırlandıramaz veya ortadan kaldıramazlar ancak bu yönde borçlandırıcı işlem yapmaları mümkündür.

BGB'nin 311b paragrafında taşınmaz devrinin resmî şekilde ve noter huzurunda düzenlenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. O hâlde noterler hem borçlandırıcı nitelikteki taşınmaz satış sözleşmesinin yapılmasında hem de aynı uyuşmanın gerçekleştirilmesinde yetkili makam olarak karşımıza çıkmaktadır. Noterler bu işlevi yerine getirirken taşınmazın gerçek değerinin ortaya koyulması bakımından her türlü araştırma ve incelemeyi yapmak yükümü altındadır. Bunun bir sonucu olarak da işlem güvenliğinin sağlanması ve taşınmazın değeri bakımından muvazaa iddiasının ortaya çıkmasının engellenmesi için değerlendirme faaliyetine başvurmaktadır. Bu faaliyetler genellikle değerlendirme alanında çalışan özel firmalar tarafından yapılmaktadır. Değerleme faaliyetleri yapılırken dikkate alınan yasal düzenleme ise "*Die Immobilienwertermittlungsverordnung (ImmoWertW)*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Taşınmaz üzerindeki aynı hakkın diğer tarafa geçmesi için noterlerde taşınmaz satış sözleşmesi düzenlenmesi ve taraflar arasında gerçekleştirilen aynı uyuşmanın tapu siciline tescil edilmesi gerekmektedir. Alman hukukunda tapu sicil sistemi bakımından "kamuya açıklığa güvenin korunması (*Prinzip des öffentlichen Glaubens*)" ilkesi kabul edilmiştir; dolayısıyla tapu sicilinde kayıtlı bulunan hem haklar hem de sınırlamalarda aksi ispat edilebilen karine benimsenmiştir<sup>191</sup>.

Tapu siciline ilişkin olarak Alman hukukunda Tapu Sicil Tüzüğü (*Grundbuchordnung-GBO*) bulunmaktadır<sup>192</sup>. GBO'nun 3. paragrafı uyarınca her taşınmazın ayrı sayfaya kaydedilmesi esas alınmıştır.

<sup>185</sup> Aynı uyuşmanın, tek başına aynı sözleşmeyi ifade ettiği baskın olarak savunulmaktadır. Bunun için bkz. PRÜTTING, Hanns: *Sachenrecht*, 34. Baskı, Verlag C.H. Beck Verlag, München, 2010, § 16, N. 150; WESTERMANN, Harry / WESTERMANN, Harm Peter / GURSKY, Karl-Heinz / EICKMANN, Dieter: *Sachenrecht*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2011, § 74, N. 4; BAUR, Fritx / BAUR, Jüerner / STÜRNER, Rolf: *Sachenrecht*, 18. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2009, § 19, N. 9.

<sup>186</sup> VON TUHR, Andreas: *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, (§ 69-96)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957, § 72, s. 82; MAURER, Jörg: *Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2003, s. 52; FLUME, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - II. Band: Das Rechtsgeschäft*, 4. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1992, § 12-I-4; MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller Verlag, München, 2010, § 19, N. 214; SELIGSOHN, Franz: *Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden*, von Franz Seligsohn Verlag, Berlin, 1904, s. 36; HELBIG, Paul: *Der Begriff der Verfügung*, Buchdruckerei Heinrich Pöppinghaus, Bochum, 1935, s. 23; BREMKAMP, Till: *Causa*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2008, s. 231; LARENZ / WOLF, § 23, N. 72.

<sup>187</sup> Detaylı bilgi için bkz. PRÜTTING, N. 30.

<sup>188</sup> LARENZ / WOLF, § 23, N. 65.

<sup>189</sup> JAUERNIG, Othmar: "Trennungsprinzip und Abstraktionsprinzip", *JuS*, 1994, Sayı 9, s. 721; PRÜTTING, N. 28.

<sup>190</sup> MAURER, s. 54.

<sup>191</sup> BGB § 892 Öffentlicher Glaube des Grundbuchs", (Hrsg.): SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERS, Bettina *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 8: Sachenrecht*, 8. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020, Rn. 1-2.

<sup>192</sup> 24.03.1897 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelik, en son 05.10.2021'de değişikliğe uğramıştır.

tır<sup>193</sup>. Sözü edilen tüzüğün yanı sıra uygulamaya açıklık getirmek amacıyla Tapu Sicili Uygulama Yönetmeliği<sup>194</sup> (*Grundbuchverfügung-GBV*) de düzenlenmiştir.

GBO'nun 13. paragrafının ikinci cümlesi ve yine 15. paragrafı uyarınca, tapu sicilinde aynı hak kazanımın gerçekleşmesi için gereken tescil talebinin hem bu devirden yararlanacak kişi hem de noterler tarafından yapılması mümkündür.

Tapu sicilindeki işleyişin daha hızlı olması bakımından tapuda da elektronik yazışma sistemine geçilmiştir; tapuya çevrimiçi erişimin sağlanması ile işlem hızılığının gerçekleştirilmesi mümkün hâle gelmiştir<sup>195</sup>. Bu bakımdan 09.10.2013 tarihinde Tapu Sicili Veri Bankası Kurulması Hakkında Kanun (*Gesetz zur Einführung eines Datenbankgrundbuchs-DaBaGG*) yürürlüğe girmiştir<sup>196</sup>. Bu Kanun ile veri bankası tapu sicili kavramının tanımı getirilerek tapu sicilinin, içeriklerin mantıksal bağlantı ile yapılandırılmış formda oluşturulması hâlinde, veri bankası tapu sicili olarak da yürütülebileceği belirtilmiştir<sup>197</sup>.

Gerek GBO gerekse GBV'de elektronik tapu sicilinin yönetilmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. GBO'nun 126. paragrafıyla eyaletlere elektronik tapu sicilinin oluşturma yetkisi verilmiş<sup>198</sup>; eyaletler açısından kavramların net olarak açıklanması ve doğru anlaşılması GBV'nin 62. paragrafında belirtilmiştir<sup>199</sup>.

GBO'nun 135. ve devamında yer alan paragraflarda noterlerin evrakları elektronik ortama aktaracakları zaman diliminin belirlenmesine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır<sup>200</sup>. GBV'nin 85. paragrafı uyarınca da noterlerin tapu verilerine ilişkin belge çıktılarını ilgililerine vermesi mümkündür. Bu verilere ilişkin çıktılarda eğer bir yanlışlık varsa, noterin bunlardan sorumlu olmayacağı, sorumluluğun tapu memurlarına ait olduğu hükmü yer almaktadır<sup>201</sup>. Ayrıca GBO'nun 133a maddesi uyarınca noterlerin tapu sicilini inceleme yetkisi bulunmakla birlikte bu yetki, sadece kişisel olarak ilgisi bulunan kişiler bakımından geçerlidir. Dolayısıyla noter; gerek ekonomik, gerek araştırma gerekse kamu yararı amacına dayalı olarak tapu sicili verilerini inceleyemeyecektir<sup>202</sup>.

Noterlerin hukuki sorumluluğu, yani yapacakları işlemler sonucunda bir zarar ortaya çıkarsa bundan nasıl sorumlu olacaklarına ilişkin düzenleme BNotO'nun 19. paragrafında düzenlenmektedir. Buna göre noter başkalarına karşı resmî/kamu görevini kasten veya ihmalle ihlal eder ve bir zarar ortaya çıkarsa bu kişilerin uğradığı zararı tazminle yükümlüdür<sup>203</sup>. Bu hükümle düzenlenen sorumluluk hâlinin bir haksız fiil sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir<sup>204</sup>. Noterlerin sorumluluğu hem kendisi ile işlem yapanları hem de üçüncü kişileri kapsamaktadır<sup>205</sup>.

<sup>193</sup> Bu sistem "Realfoliensystem" olarak ifade edilmektedir. Bkz. HÜGEL, Stefan: *BeckOK GBO*, C.H. Beck Verlag, München, 2022, GBO § 3, Rn. 1.

<sup>194</sup> Verordnung zur Durchführung der Grundbuchordnung BGBl. S. 1114.

<sup>195</sup> GOTTWALD, s. 425.

<sup>196</sup> BGBl. I 3719.

<sup>197</sup> SCHNEIDER, Wolfgang: "Verwalter und Grundbuch", ZWE, 2014, s. 350.

<sup>198</sup> Eyaletler gerektiğinde noterlerin sadece elektronik ortamda hukuki işlemleri yürütmesi gerektiğine karar verebilmektedir. Ayrıca taşınmaz satış işlemlerinin noterlerde gerçekleştirilmesi ve noterlerin gerekli tescil işlemlerini elektronik belgeler aracılığı ile tapu müdürlüklerine resmî olarak iletme imkanları mevcuttur.

<sup>199</sup> "Bu yönetmelik uyarınca elektronik tapu sicili, yani mekanik olarak tutulan tapu sicilinden çıkması gereken anlam, bunun için belirlenmiş olan veri deposuna kaydedilen ve sürekli olarak değiştirilmeden okunabilir biçimde, tapu kütüğü sayfası içeriğinin görüntülenebilir olması durumudur.". Tanım için bkz. ÇEVİK, İpek: "Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 2, s. 1088 vd.; ANTALYA / TOPUZ, s. 480.

<sup>200</sup> HÜGEL, GBO § 135, Rn. 3.

<sup>201</sup> Madde metni için bkz. <https://beckonline.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fges%2Fgrundbv%2Fcont%2Fgrundbv.p85.htm&anchor=Y-100-G-GRUNDBV-P-85> (ET: 06.08.2022).

<sup>202</sup> HÜGEL, GBO § 133a, Rn. 1-2.

<sup>203</sup> Burada noterin şahsen sorumluluğu bulunmaktadır. Bu yönde bkz. HOGL, Peter, Notarhaftung, WOLFRAM, Waldner, Beck'sches Notar-Handbuch, München 2015, Rn. 13.

<sup>204</sup> BOHRER, Michael: *Das Berufsrecht der Notare*, C.H. Beck Verlag, München, 1991, s. 151; RINSCHKE, Franz-Josef: *Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1998, s. 243 vd.

<sup>205</sup> Alman Federal Mahkemesinin de görüşü bu yöndedir. Karar için bkz. BGH, 26.6.1997, IX ZR 163/96, *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1998, Sayı 8, s. 621-626.

Doktrinde noterlerin kişi bakımından sorumluluğuna dair ileri sürülen üç teori bulunmaktadır. Bunlar; noterin sorumluluğunun, noterce hazırlanan belgelere güvenen kişileri kapsadığı yönündeki güven teorisi, noterin yapmış olduğu işlemde etkilenenleri kapsadığını ifade eden tanıklık teorisi ve noterin somut yükümlülüğünün ihlali ile onunla olan ilişkisine göre üçüncü kişiye karşı sorumluluğunu belirleyen işlevsel teoridir<sup>206</sup>. Hangi teori ileri sürülürse sürülsün bu sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla noterin özellikle taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemesinden kaynaklanan sorumluluğu kusur sorumluluğudur<sup>207</sup>.

Aynı Kanun'un 19a paragrafı, noterlerin hukuki sorumluluğunu güvence altına almak amacıyla onlara mali sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü getirmektedir<sup>208</sup>.

## B. İsviçre Hukukundaki Durum

İsviçre hukukunda, Alman hukukunda olduğu gibi, bir federal noterlik kanunu bulunmamaktadır. İsviçre'de noterlik hukukuna ilişkin düzenlemeler kantonal<sup>209</sup> düzeydedir<sup>210</sup>. Her kantonun kendi noterlik mevzuatı olup buna bağlı olarak noterin statüsü kantonlara göre değişiklik göstermektedir<sup>211</sup>.

Noterliğe ilişkin kantonal düzeydeki düzenlemelerin bir sonucu olarak noterlerin hukuki statüsü de kantonlar düzeyinde farklı şekilde belirlenmiştir. İsviçre'de noterler bazı kantonlarda serbest meslek çalışanı olarak nitelendirilirken diğerlerinde memur olarak kabul edilmektedir. Örneğin Bern kantonunda noterler serbest meslek erbabı kabul edilirken Zürih'te memur statüsüne sahiptir<sup>212</sup>. Noterlerin serbest meslek erbabı sıfatıyla yürüttüğü işlemler bakımından resmî işler ve resmî olmayan işler şeklinde ikili bir ayrıma gidilmektedir. Sözü edilen ayrıma göre Noterlik Kanunu'ndan kaynağını alan ve resmî senet düzenleme şeklinde sadece noterlere ait olan işlemler, resmî iş olarak nitelendirilir. Noterler dışında başkaları tarafından da yapılabilen, noterin tekelinde olmayan işlemler resmî olmayan iş şeklinde adlandırılır<sup>213</sup>. Resmî ve resmî olmayan iş ayrımı noterin yapmış olduğu iş nedeniyle doğan zarardan sorumluluğunun belirlenmesi bakımından da önem taşır<sup>214</sup>. Buna göre zarar noterin resmî işleminden kaynaklanmışsa noterin sorumluluğu haksız fiil esasına dayanır. Zarar, noterin resmî olmayan bir işinden doğmuşsa bu durumda noterin sorumluluğunun vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu kabul edilir<sup>215</sup>.

Noterlerin sıfatının ne şekilde nitelendirildiğinden bağımsız olarak- ister resmî memur ister serbest meslek mensubu-İsviçre hukukunda noterlerin genel anlamda sahip olduğu üç işlem yetkisi bulunmaktadır<sup>216</sup>. Bunlardan ilki, hukuki işlemlerin ve irade açıklamalarının resmî olarak belgelendiril-

<sup>206</sup> Detaylı bilgi için bkz. SCHRAMM, Sabine, *Amtspflichtverletzung*, BRACKER, Ulrich, *Bundesnotarordnung*, München 2011, Rn. 15 vd.

<sup>207</sup> BeckOK BNotO, Eschwey (auf der Grundlage von Schippel/Bracker, Bundesnotarordnung) 6. Edition BNotO § 19 Amtspflichtverletzung, Rn. 56, (ET: 29.08.2022); SPICKHOFF, Andreas: "Die Haftung des Notars Zwischen Öffentlicher Amtshaftung und Privater Berufshaftung Eintarg aus Deutschland", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 387 vd.

<sup>208</sup> HEINEMANN, Jörn / TRAUTRIMS, Christoph: *Notarrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022, BNotO § 19a.

<sup>209</sup> Bu başlık altında tüm kantonlara ilişkin bilgi verilmeyecek olup sadece Zürih ve Bern kantonlarındaki düzenlemelere değinilerek genel bilgiler sunulacaktır.

<sup>210</sup> MEIER, Isaak: "İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı", (Çev.) BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, *Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII: Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 472; KURT, s. 88.

<sup>211</sup> KURT, s. 88.

<sup>212</sup> İsviçre'de Bern'in yanı sıra Freiburg, Neuchatel, Geneve'de de noterler serbest meslek erbabı, Schaffhausen'da ise Zürih'te olduğu gibi memur statüsünde kabul edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KURT, s. 88.

<sup>213</sup> FELLMANN, Art. 394, Rn. 152, 154.

<sup>214</sup> FELLMAN, Art. 394, Rn. 153-156.

<sup>215</sup> FELLMAN, Art. 394, Rn. 153-156. İsviçre Federal Mahkemesinin de görüşü bu yöndedir. Karar örnekleri için bkz. KURT, s. 89.

<sup>216</sup> Detaylı bilgi için bkz. MEIER, s. 472.

mesi; ikincisi vakıaların, işlemlerin veya hukuki ilişkilerin tespiti için gerekli olan evrakların hazırlanması; sonuncusu ise imza, belge, suret ve benzerlerinin düzenlenmesidir. Taşınmazlara ilişkin satış sözleşmesinin hazırlanması da noterlere tanınan bu genel yetkilerden üçüncüsünün kapsamında yer alır. İsviçre hukukunda taşınmaz satış sözleşmesi noter huzurunda düzenlenmektedir.

Bern Kantonu Noterlik Kanunu'nun (*Notariatsgesetz des Kantons Bern-NG*<sup>217</sup>) 21. paragrafında taşınmazlar üzerinde aynı hak tesis etmeye veya değiştirmeye yönelik her türlü işlemin noter tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin devamında noterce yapılan taşınmaz satışına ilişkin belgelerin de tapu siciline kaydettirilmesi gerektiğine işaret edilmiştir. Aynı usûl Zürih Kantonunda da benimsenmiş, taşınmazlara ilişkin işlemlerin noter tarafından yapılacağı ve işlemlerin sicillere işlenmesi gerektiği hususu hem Zürih Noterlik Kanunu'nda (*Notariatsgesetz-NotG*) hem de Noterlik Kanunu Yönetmeliği'nde (*Notariatsverordnung*) açıkça ifade edilmektedir.

Noter tarafından resmî şekilde yapılacak taşınmazın devrine yönelik satış sözleşmesi tek başına aynı hakkın diğer tarafa geçmesini sağlamaya yeterli değildir. Mülkiyet hakkının sözleşmenin karşı tarafına nakli için tescil işlemine ihtiyaç duyulmaktadır. Tescil işleminin yapılmasında ülkemizde noterler değil tapu daireleri yetkilidir. Alman hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da elektronik tapu siciline geçilerek bu yolla verilerin işlenmesi yoluna gidilmektedir<sup>218</sup>. İsviçre'de ZGB Art. 949a, ZGB Art. 942/II ve ZGB Art. 970 ve Art 970a hükmü elektronik tapu sicili ile bilgisayar destekli tapu sicilinin yasal dayanağını oluşturmaktadır<sup>219</sup>. Elektronik tapu sicilinin tutulmasına ilişkin düzenlemeler *Grundbuchverordnung*<sup>220</sup> (GBV)'da yer almaktadır. ZGB Art. 949a/I'e göre kantonların GBV hükümünce elektronik tapu sicili tutabilmesi için yetkilendirilmesi gerekir. Söz konusu yetki Bakanlık tarafından verilir (EPDJ). Bakanlık tarafından kantonların taleplerinin ön incelemeye tabi tutulması, sistemin tapu sicilinin fonksiyonlarını yerine getirip getirmediği ve güvenilir veri saklamanın sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesi amacını taşır<sup>221</sup>. Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş kantonlar GBV'de yer alan hükümler çerçevesinde elektronik tapu siciline geçişi gerçekleştirebilir. GBV Art. 39/I uyarınca elektronik işlemin tapu sicilinde ne şekilde kullanılacağı konusunda yetki kantonlara bırakılmıştır. Anılan hüküm gereğince kantonlar elektronik tapu siciline geçişte genel ve soyut yürütme hükümlerini belirleyebilir<sup>222</sup>. Yine kantonlar, tapu işlemleri sonrasında belgelerin yalnızca elektronik olarak mı yoksa karma şekilde mi saklanacağına kendileri karar verir. Bu son olasılıkta tapu kayıtları hem elektronik ortamda hem de kâğıt biçiminde saklanır.

GBV'de tapu sicilinin tutulması bakımından defter usûlünden yararlanıldığı hüküm altına alınmıştır. Kanunun ikinci maddesinde tapu sicilini oluşturan defterlere yer verilmiştir. GBV'de geleneksel anlamda tapu sicilinin yanı sıra elektronik tapu siciline ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Anılan düzenlemede, elektronik tapu sicilinin temel defterinin yine tapu kütüğü olduğu görülür<sup>223</sup>. Dolayısıyla her taşınmaz için ayrı bir sayfa açılmakta ve taşınmaz üzerindeki haklar veri olarak elektronik ortamda tutulmaktadır GBV Art. 31. Tapu kütüğüyle olan irtibatın kesilmemesi için elektronik ortamda yapılan tescil ve diğer kayıt işlemleri tapu kütüğüne işlenmektedir<sup>224</sup>.

<sup>217</sup> BSG 169.11 vom 22.11.2005, in Kraft seit: 01.07.2006.

<sup>218</sup> BREITSCHMID, Peter / RUMOJUNGO, Alexandra: *Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016, Rn. 6-7.

<sup>219</sup> ZGB'nin yukarıda sözü edilen maddelerinde zaman içerisinde meydana gelen değişiklikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ANTALYA, Gökhan: *Elektronik Tapu Sicili*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Elektronik), s. 107-110.

<sup>220</sup> 1 Ocak 2012'de yürürlüğe girmiştir. Bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2011/667/de> (ET: 11.08.2022).

<sup>221</sup> ANTALYA, *Elektronik*, s. 114.

<sup>222</sup> ANTALYA, *Elektronik*, s. 182.

<sup>223</sup> SCHMIDT, J.: "Art. 949a", (Hrsg.) HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas: *Basler Kommentar - Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB*, 5. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015, Rn. 9.

<sup>224</sup> ANTALYA / TOPUZ, s. 545.



İsviçre’de Bern ve Zürih kantonlarında taahhüt ve tasarruf aşamasının ayrıldığı ve sadece borçlandırıcı işlemin noter tarafından gerçekleştirildiği görülmektedir. Tescil talebi malik tarafından GBV’nin ilgili maddeleri uyarınca Art. 46 vd. tapu müdürlüğüne yapılmaktadır.

Noterlerin hukuki sorumluluğu Bern Kantonu Noterlik Kanunu’nda (*Notariatsgesetz des Kantons Bern-NG*) Art. 57 ve devamı paragraflarda düzenlenmektedir. Buna göre noter, tam zamanlı faaliyetlerin icrasında NG Art. 57/I uyarınca hukuka aykırı olarak sebep olduğu zararlardan dolayı ilgili taraflara karşı sorumludur. Yine noter, aynı maddenin ikinci fıkrasına göre çalışanların eylemlerinden kendi eylemlerinden olduğu gibi sorumludur. Noter, tasdik işlemini doğru yapmışsa yalnızca özen yükümlülüğünün ihlali durumunda zarar verici sonuçlardan sorumludur. İmzaların, suretlerin ve suretlerin tasdik edilmesi durumunda, NG Art. 57/5 uyarınca noter belgelerin içeriğinden sorumlu değildir. İsviçre Borçlar Kanunu’nun haksız fiillere ilişkin hükümleri tazminat talepleri ve tazminatın hesaplanmasında kanton hukukuna ek olarak uygulama alanı bulmaktadır (NG Art. 57/VI).

Noterin yarı zamanlı bir faaliyetten kaynaklanan mali sorumluluğu NG Art. 58’de düzenlenmekte ve bu sorumluluğun özel hukuk hükümlerine dayandığı ifade edilmektedir. Kantonun sorumluluğu ise ikincil nitelikte ve sınırlı olarak kabul edilmekte ancak denetim görevinin ihlali nedeniyle zararın doğmasına yol açmışsa sorumlu tutulmaktadır<sup>225</sup>. Alman hukukunda olduğu gibi noterlerin mali sorumluluk sigortası yaptırımları gerektiği Kanun’un 59. paragrafıyla hüküm altına alınmaktadır.

Zürih Kantonunda noter, memur statüsünde kabul edilir. Noterin sorumluluğunun belirlenmesi açısından Kantonun kendi içinde çıkarmış olduğu Sorumluluk Kanunu (*Haftungsgesetz*)<sup>226</sup> bulunmaktadır. Kanun’un uygulama alanı HG Art. 1’de ifade edilmiştir. Buna göre Kanun, Kantona bağlı mahkemeler ile mahkemelerin üyelerine, yedek üyelerine ve onların yanında çalışan personele uygulanacaktır. HG Art. 2’de bu Kanun’un aynı şekilde belediyeler ve özel amaçlı dernekler ile bunların yetkililerinin üye ve yedek üyeleri ile bunlar için çalışanlar hakkında da uygulanacağı ifade edilmektedir. Aynı şekilde kurumlar ve organlarının üyeleri ve bunlar için çalışan kişiler için de geçerlidir denilerek Kanun’un kapsamı genişletilmiştir.

*Haftungsgesetz* ile getiren sorumluluk kusur esasına dayanan bir haksız fiil sorumluluğudur. Bu nedenle *Haftungsgesetz* uyarınca noterlerin sorumluluğundan söz edilebilmesi için kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun unsurlarının gerçekleşmesi gerekir. O hâlde noterin davranışı nedeniyle sorumluluğundan söz edebilmek için noterin hukuka aykırı bir davranışı bulunmalı, söz konusu hukuka aykırı davranıştan bir zarar doğmalı, zarara yol açan davranış noterin kusurundan kaynaklanmalı ve noterin hukuka aykırı ve kusurlu davranışı ile zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.

Anılan kanun uyarınca kantonun sorumluluğu aslidir: “*Kanton, bir çalışanın resmî görevlerini yerine getirirken üçüncü bir şahsa hukuka aykırı olarak verdiği zararlardan sorumludur.*” HG/Art 6. Zararın tazmininden birinci derecede sorumlu olan kanton kusurlu davranışları ile zarara sebep olan çalışana rücu edebilir. “*Kanton üçüncü kişinin zararını ödemek zorunda kalmışsa kasten veya kusurlu bir fiili ile zararın doğmasına neden olan çalışana rücu edebilir.*” (HG Art. 16).

#### IV. TÜRK HUKUKUNDA GETİRİLEN YENİ DÜZENLEMENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukuk kurallarının zaman içerisinde sosyal ve ekonomik ihtiyaçlara paralel olarak değişiklik gösterdiği bilinen bir gerçektir. Söz konusu değişiklikler kimi zaman mevcut düzen içerisinde yapılan yenileştirme çalışmaları ile kimi zaman da mevcut düzene alternatif bir yapının eklenmesi suretiyle sağlanır. Yukarıda ifade edilenleri taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması çerçevesinde değerlendirilecek olursak, taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılması bakımından kural, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılmasıdır. Sebebe bağlılık ilkesi gereği, taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması bakı-

<sup>225</sup> [https://www.belex.sites.be.ch/app/de/texts\\_of\\_law/169.11](https://www.belex.sites.be.ch/app/de/texts_of_law/169.11) (ET: 21.08.2022).

<sup>226</sup> 01.08.2008’de yürürlüğe girmiştir.

mından geçerli bir kazanma sebebinin varlığı aranır. Geçerli bir kazanma sebebi, tescil talebi ve tescil şeklinde sıralayabileceğimiz işlem aşamalarının büyük bir çoğunluğu tapu müdürlüklerinde tapu müdür veya memurları tarafından gerçekleştirilir.

Türk hukukunda getirilen bu yeni düzenleme ile taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran birtakım işlemlerin tapu müdür veya memurları önünde yapılması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması sırasında tapu müdür veya memurlarına tanınan mutlak yetkinin istisnalarına tasarruf aşamasında rastlamak mümkün değildir. Taşınmazlara ilişkin aynı hak değişikliklerini sağlamak bakımından birincil yetkili tapu sicil ve memurlarıdır.

Noterlik Kanunu'na eklenen 61/A maddesiyle noterlere taşınmaz satış sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmiştir. Söz konusu değişiklikle taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından ne tür bir yenilik getirilmek istendiğinin ve bu getirilen yeniliğin amacının değerlendirilmesi gerekir. Noterlere taşınmaz satışı sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmesi esasen Türk hukukuna özgü değildir. Anılan düzenlemenin benzerlerine yukarıda da açıklandığı gibi Alman ve İsviçre hukukunda da rastlamak mümkündür. İsviçre hukukunda noterlere taşınmaz satışı konusunda yetki verilirken bir yandan da noterlerin taşınmazlara ilişkin değerlendirme faaliyetinde bulunacakları kabul edilmiştir. Taşınmazın noter tarafından değerlendirme faaliyetine tabi tutulması iki bakımdan önem taşır. İlk olarak bu sayede bedelde muvazaa iddialarının önüne geçilmiş olur. İkinci olarak taşınmazdan alınacak vergi miktarı doğru bir şekilde belirlenebilir. İsviçre'de taşınmaz satışı sırasında noterlere tanınan ikinci yetki, bankalar aracılığıyla para akışını yönetebilmektir. O hâlde İsviçre hukukunda noterlere tanınan taşınmaz satışı sözleşmesi düzenleme yetkisi yukarıda sözü edilen yetkilerle birlikte hem işlem güvenliğinin sağlanmasına hizmet etmekte hem de ödemeler için bankaya gitme zorunluluğunu ortadan kaldırdığı için işlemlerin hızlı bir biçimde tamamlanması amacını gerçekleştirmektedir. Benzer bir durum Alman hukuku bakımından da geçerlidir.

Türk hukuku bakımından NK m. 61/A'da yer alan düzenleme ile noterlere taşınmaz satışı sözleşmesi yapma yetkisi verilmesinin yanında taşınmazlarla ilgili başka bir görev verilmemiştir. Anılan hükmün lafzına bakıldığında noterlerin taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan her türlü işlem için değil, taşınmaz satışı sözleşmesi yapmakla görevlendirildiği dikkat çekmektedir. Oysa yukarıda da vurgulandığı gibi taşınmaz mülkiyetini devir borcu doğuran işlemler taşınmaz satışı sözleşmesi ile sınırlı değildir. Taşınmaz satışı sözleşmesi ile aynı amacı güden diğer sözleşmelerin hazırlanması bakımından noterlerin yetkilendirilmemiş olması, getirilen düzenleme ile eğer amaçlanan tapu müdür ve memurlarının iş yükünün azaltılması ise söz konusu amacın gerçekleşmesini zorlaştırır.

Noterlerin yetkisi taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından, satış sözleşmesi niteliği taşıyan borçlandırıcı işlemin yapılmasıyla sınırlıdır. Noter aracılığıyla taşınmaz satışı sözleşmesi yapılmış olsa bile aynı hakta değişiklik tasarruf yetkisine sahip kişinin tescil talebinde bulunması ve taşınmazın tapuya tescili ile mümkün olur. Türk hukukunda taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından işlemde birlik esası geçerli değildir. Bu bakımdan taşınmaz satışı sözleşmesi yapılması yetkisinin tapu müdür veya memurlarının yanı sıra noterlere de verilmiş olmasının anılan ilke ile uyumlu olmayan bir düzenleme yapıldığı anlamına gelir.

Noterler, taşınmaz satışı sözleşmesinin düzenlenmesinin dışında taşınmazın tescili konusunda yetkili değildir. Noterler tarafından satış sözleşmesinin tamamlanmasının ardından, noterlerce tapu bilişim sisteminden yevmiye numarası alınarak sisteme kaydedilir. Sözleşmenin sisteme kaydından sonra tapu müdürlüğüne taşınmazın tapu siciline tescili sağlanır. Noterlik Kanunu m. 61/A'da taşınmaz mülkiyetinin devri süreci bu şekilde düzenlenmiş olmakla birlikte kanımızca sözleşmenin tamamlanmasının ardından tescil talebinde bulunulmadan taşınmazın tapuya tescili mümkün olmamalıdır. Taşınmazın tapuya tescili için tasarruf yetkisi sahibinin tescil talebinde bulunması gerekir. Noterlik Kanunu'na eklenen yeni hükümlerle, malikin noter önünde tescil talebinde bulunup bulunmayacağı yönünde bir açıklığa yer verilmemiştir. Tescil talebinin hukuki niteliği dikkate alındığında; noterlerin kanunla açıkça yetkilendirilmedikleri sürece tasarruf işlemi niteliğindeki bu işlemi yapmaya yetkili olmadıklarını kabul etmek gerekir. Mevcut durum esas alındığında taşınmaz mülkiyetinin devrini konu

alan iki ayrı işlem için iki ayrı kurumun görevlendirilmiş olması, İsviçre hukukunda olduğu gibi, noterlere başkaca yetkiler de verilmediği sürece arzu edilen işlem güvenliği, hukuki işlemlerde sürat hedeflerinin gerçekleştirilmesini güçleştirir.

Noterlik Kanunu'na eklenen hükümde tescil talebinin nasıl ve kime karşı yapılacağı düzenlenmemiş olması kanımızca büyük bir eksiklik. Yapılan düzenlemeden anlaşılan noter ayrıca bir tescil talebi almadan işlemi kendisi doğrudan yevmiye defterine kaydedip tescil sürecini başlatacaktır. Satış sözleşmesinin düzenlenmesi taahhüt aşaması olup aynı hakkın, yani mülkiyet hakkının alıcıya geçmesi için satıcı konumundaki malikin tasarruf işlemi olan tescil talebini yapması ve bu talep üzerine tapu memurunun tescili gerçekleştirmesi gerekir. Oysa noterlerin satış sözleşmesini düzenlemesi hâlinde tescil talebinin yapılışına ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Aynı hakkın geçmesi için elzem olan bu aşamanın daha sonra çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenmesi de kanımızca yerinde olmayıp mutlaka kanunla düzenleme getirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Kaldı ki getirilen Yönetmelik hükümlerinde de bu yönde bir açıklık bulunmamaktadır.

Noterler yaptıkları iş ve işlemlerden ötürü hukuki sorumluluğa tabidir. Noterin hukuki sorumluluğunun niteliği konusunda gerek yargı kararlarında gerek doktrinde birbirinden farklı görüşler yer alır. Noterin sorumluluğunun kapsamı da noterin sorumluluğunun hukuki niteliği kadar tartışmalıdır. NK m. 162/T'e göre, *“stajyer, katip ve katip adayları tarafından yapılmış olsa bile noterler, bir işin yapılmasından veya hatalı yahut eksik yapılmasından dolayı zarar görmüş olanlara karşı sorumludurlar”*. Noterler hukuka aykırı işlemlerinin sonucu olan maddi ve manevi zarardan sorumludur. NK m. 162'ye eklenen ikinci fıkra hükmü şu şekildedir: *“Taşınmaz satış sözleşmesinin düzenlenmesinden dolayı oluşan zarardan noterler de sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Notere karşı açılacak davalar, tapu sicilinin bulunduğu yer mahkemesinde görülür”*. O hâlde noter düzenlediği taşınmaz satışı sözleşmesi nedeniyle meydana gelen maddi ve manevi her türlü zararı gidermekle yükümlüdür.

Tapu sicillerinin hukuka aykırı biçimde tutulmasından dolayı Devlet sorumludur. Devlet'in sorumluluğu asli sorumluluktur. Devlet'in sorumluluğu aynı zamanda bir kusursuz sorumluluk hâlidir. Kurtuluş kanıtı getirilmesine olanak tanınmayan kusursuz sorumluluk hâlinin dayandığı hukuki esasın ne olduğu doktrinde ve Yargıtay kararlarında tartışmalıdır. Devlet'in sorumluluğu, tapu memurunun tapu sicilini tutma faaliyeti kapsamında değerlendirilecek olumlu veya olumsuz bir davranışından kaynaklanmış olmalıdır. Tapu sicilini tutma faaliyeti kapsamında yer alan davranışları tapuda yer alan kayıtları açıklığa kavuşturma amacına hizmet eden her tür işlem olarak nitelendirmek mümkündür. Söz konusu işlemler aynı hakkın kazanılmasını sağlayan tasarruf işlemi ile ilgilidir. Taşınmaz mülkiyetini konu alan borçlandırıcı işlemdeki bir hukuka aykırılık veya eksiklik nedeniyle Devlet'in sorumluluğuna başvurulamaz. Borçlandırıcı işlemdeki yanlışlık tapu kayıtlarının hatalı olması sonucunu doğurmuşsa ancak bu ihtimalde Devlet'in sorumluluğuna başvurulabilir. Devlet'in tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlardan sorumluluğu söz konusu olduğunda Devlet'in zarar görenin maddi nitelikteki her türlü zararını gidermekle yükümlü olduğu kabul edilir.

Noterlere taşınmaz satışı sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmesi, noterlerin bu konudaki hukuki sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği yönündeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu konuda taşınmaz mülkiyetinin devren kazanılmasını konu alan işlem aşamaları arasındaki ayrımı dikkate alarak bir değerlendirme yapmak gerekir. Tapu müdür veya memurları taşınmaz mülkiyetinin devri sırasında çoğu zaman hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin yapılması bakımından yetkilidir. Devlet'in bu konudaki sorumluluğu da asıl olarak tapu sicilinin tutulması kapsamında değerlendirilecek olumlu veya olumsuz bir davranışın sonuçlarına ilişkindir. Oysa daha önce de ifade edildiği gibi noterler taşınmaz mülkiyetinin devri bakımından yalnızca borçlandırıcı işlemin yapılması konusunda yetkilendirilmiştir. Noterlerin hukuki sorumluluğu borçlandırıcı işlemdeki hukuka aykırılıktan kaynaklanır. Ancak noter tarafından düzenlenen sözleşmeye dayanılarak tapuda bir işlem yapılmışsa; tapu kaydındaki hukuka aykırılıktan dolayı Devlet sorumludur. Devlet sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder.

Bu noktada unutulmaması gereken, noterin NK hükümleri gereğince de sorumluluğunun olduğu ve bu sorumluluğun kusursuz sorumluluk niteliği taşıdığıdır. Tapu memuru, yapacağı satış sözleşmesinde sadece kusuru ile sorumlu olup kendisine rücu edilebilecekken noterin kusursuz sorumlu olması, kuşkusuz aynı işlem bakımından iki farklı sorumluluk esasının uygulanması anlamına gelecektir ve kanımızca yerinde değildir.

Önemli bir diğer farklılık da Devlet'in tapu sicilinin tutulması sebebiyle sorumluluğu, salt maddi zararları kapsadığı hâlde, noterin sorumluluğunun maddi ve manevi zararı kapsamıdır.

Son olarak Türk hukukunda yapılan bu düzenlemenin sebebini anlamak da zordur. İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi taşınmazın değerinin belirlenmesi ve satış bedelinin transferi gibi konularda noterlerin yetkili kılınması, ülkemiz için de büyük önem taşıyan bu konulara ilişkin sorunların giderilmesini ve birçok davanın açılmasını engelleyecek, taşınmaz satışındaki harç ve vergilerin gerçek değer üzerinden tahsilini mümkün kılacaktır. Oysa getirilen düzenleme ile notere bu işlemler bakımından bir yetki ve görev verilmemiştir. Bu durumda sadece taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisinin noterlere neden verildiğini açıklamak, ne yazık ki, mümkün değildir.

Tapu sistemi, özellikle elektronik ortamın da getirdiği kolaylıkla son derece hızlı ve düzgün işlemektedir. Tapu memurlarının işlerini azaltma gibi bir gerekçenin de bu hâlde yerinde olduğunu savunmak zordur.

Taşınmazların taşıdığı önem düşünüldüğünde, iki farklı birim arasında gerekli irtibatın tam sağlanamaması hâlinde yaşanabilecek sorunlar da oldukça düşündürücüdür.

Kaldı ki getirilen düzenleme ile satış sözleşmesini noter düzenlediği takdirde, hem tapu müdürlüğünde ödenen harçların ve bedellerin tamamı ödenecek hem de yapılan işlemin miktarına göre ayrıca 500 Türk lirası ile 4000 Türk lirası arasında bir bedel notere ödenecektir. Katlanacağı sorumluluğa göre noter için çok cüzi bir bedel olsa da vatandaş bakımından artı yük getireceği tartışmasız bir ödeme söz konusudur.

## SONUÇ

Noterlik Kanunu'nun 62. maddesine eklenen bir hükümle tapu müdür veya memurlarının yanı sıra noterlere taşınmaz satışı sözleşmesi düzenleme yetkisi verilmiştir. Ülkemizden farklı olarak Alman ve İsviçre hukukunda noterler taşınmaz satışı sözleşmesi düzenleme yetkisine daha erken tarihlerde sahip olmuşlardır. Bu yönüyle bakıldığında ülkemizdeki düzenlemenin Kara Avrupası hukuk sistemi ile uyumlu bir yenilik olduğu savunulabilir. Hukuk alanında yaşanan her değişiklikte olduğu gibi taşınmaz satışı sözleşmesinin düzenlenmesi konusunda getirilen yenilikle belirli bir sosyoekonomik ihtiyacın karşılanması esastır. Taşınmaz mülkiyetinin devri, taşınır mülkiyetinin devrinden farklı olarak, resmî şekil zorunluluğuna tabi kılınmış, mülkiyetin geçişinin Devlet eliyle tutulan sicile tescille olacağı hüküm altına alınmıştır. Taşınmaz üzerindeki mülkiyet değişikliklerinin tapu sicili aracılığıyla sağlanması hak ve işlem güvenliğinin teminatı olarak kabul edilmiş, yine Devlet eliyle tutulan siciller sayesinde kamuya açıklığın sağlanacağı ifade edilmiştir. Ülkemizde tapu sicillerini tutma görevi Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğüne bırakılmıştır. Söz konusu teşkilat ilçeler esas alınarak örgütlenmiştir. Tapu sicilinin hukuka aykırı şekilde tutulmasından doğan zarardan Devlet kusursuz olarak sorumludur. Devlet için öngörülen kusursuz ve asli sorumluluk kayıtlar yapıldıktan sonra da hak ve işlem güvenliğinin Devlet tarafından teminat altına alındığını gösterir.

Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması bakımından tapuda yapılacak işlemler hem taahhüt hem tasarruf işlemleridir. Taşınmaz mülkiyetinin devrini konu alan birtakım işlemlerin geçerliliği kanunlarla, resmî şekle tabi olmaktan çıkarılmış birtakım işlemler bakımından ise resmî şekli verecek makamın tapu sicil müdür veya memurları dışında bir makam olduğu kabul edilmiştir. Ancak taşınmaz mülkiyeti üzerindeki hak değişikliklerinin hiçbir istisna tanınmaksızın tapu müdür veya memurları önünde yapılacağı hüküm altına alınmıştır.

NK m. 62’de noterlere yalnızca taşınmaz satışı sözleşmesi yapma yetkisi verilmiştir. Bu nedenle noter önünde taşınmaz satışı sözleşmesi yapılmasının ardından tapu müdürleri tarafından taşınmazın tapu siciline tescili sağlanacaktır. Kanun’da yer alan düzenlemeden tescil talebinin nereye yapılacağı anlaşılmamaktadır. Satış sözleşmesinin tamamlanmasının ardından noter, satışın tamamlandığını bildirerek yevmiye numarası alır. Noter tarafından satış sözleşmesinin tamamlandığı yönündeki bildirim tapu memurunu tescili yapma konusunda harekete geçiremez. Bu nedenle tasarruf yetkisi sahibinin tapu müdürlüğüne giderek tescil talebinde bulunması ve bu talep üzerine taşınmaz mülkiyetinin alıcı adına tescil edilmesi gerekir. Dikkat edilirse bu hâliyle taahhüt işlemi ve tasarruf işlemlerinin iki ayrı makam önünde yapılmak zorunda olması işlem hızını arttırmaz ve iş yükünü beklenildiği şekilde azaltmaz. Ancak getirilen düzenleme ile noter tarafından yevmiye numarası alınması adeta tescil talebi yerine geçmiş ve ilgilinin tapu müdürlüğüne gitme zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu durumda da asıl tasarruf işlemi olan tescil talebinin akıbeti tartışmalı hâle gelmiştir.

Noterler taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin olarak yalnızca taahhüt işlemi yapma konusunda yetkilendirilmiştir. Bu durum bile tapu müdürlüklerinin iş yükünün azaltılması bakımından yeterli görülmezken diğer yandan noterlerin yetki alanının taşınmaz satışı sözleşmesi ile sınırlandırılmış olması, düzenlemeyi daha da eleştirilebilir kılmıştır. Bu hususun anlaşılmasının da zor olduğu ve kişilerin hangi sözleşmeler için kime gideceklerini bilmeleri hususunda karışıklığa düşeceği açıktır.

NK m. 162’de noterlerin hukuki sorumluluğu düzenlenmiştir. Noterlerin hukuki sorumluluğu konusunda doktrin ve yargı kararlarında farklı görüşlere rastlanmakla birlikte hâkim olan görüş, noterlerin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğu yönündedir. Noterler, m. 162 kapsamında vermiş olduğu maddi ve manevi zararlardan sorumludur. Noterlerin hukuki sorumluluğunun kapsamı belirlenirken noter tarafından yapılacak işlemler bakımından bir ayırım gözetilmemiştir. Bu bakımdan noterin taşınmaz satışı sözleşmesi düzenlemesinden doğan zararlar da aynı kapsamda değerlendirilecek; noterler, zarara uğrayanın hem maddi hem manevi zararını tazmin edecektir. Noterler tarafından düzenlenen sözleşmeye dayanılarak tapuda bir hukuka aykırılık meydana gelmişse tapu kaydının tutulmasından doğan zarardan Devlet sorumludur. Bu zararın Devlet tarafından ödenmesi hâlinde Devlet, sözleşmeyi düzenleyen notere rücu eder. Bu noktada tapu memuruna rücu hâlinde memur ancak kusuru ile sorumlu iken aynı işlemi yapan noter kusursuz sorumludur.

Noterlerin taahhüt işlemini gerçekleştirmesinin Almanya ve İsviçre örneklerinde de görüldüğü gibi iki temel işlevi vardır: ilki, taşınmazın gerçek değeri tespit edilerek bu değer üzerinden satışın yapılması, böylece vergi ve harç kayıplarının önüne geçilmesi; ikincisi taraflar arasında güvenli para transferinin sağlanması. Türk hukukunda getirilen düzenleme ile bu amaçlara da ulaşılamadığı, hatta böyle bir amacın bile olmadığı görülmektedir.

Noterlik Kanunu’na eklenen ve noterlere taşınmaz satış sözleşmesi yapma yetkisi veren bu düzenlemenin kanımızca uygulanmaya başlanmadan önce acilen gözden geçirilmesi gerekmektedir. Mevcut durumda nasıl bir fayda sağlayacağı ve amacı tartışmalı olan bu düzenleme yerine, Almanya ve İsviçre örnekleri de dikkatli incelenerek, kendi hukukumuzda uygun ve var olan sorunları gidermeye yönelik bir düzenleme çıkarılması yerinde olacaktır.

Ülke için taşınmazların taşıdığı önem ve değer de dikkate alındığında, Türk Medeni Kanunu hükümleri de gözden kaçırılmayarak ve aynı haklar korunarak topluma genel olarak fayda sağlayacak bir düzenleme yapılmalıdır.

---

### **Katkı Oranı Beyanı:**

Çalışmaya Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL, Dr. Öğr. Üyesi Hayriye ŞEN DOĞRAMACI ve Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN eşit oranda katkı sağlamıştır.

---

**KAYNAKÇA**

- AKÇAAL, Mehmet: *Eşya Hukuku*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2018.
- AKİPEK, Jale G.: *Türk Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.
- AKİPEK, Şebnem: “Tamamlayıcı Olgunun Hukuki İşleme Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1995, Cilt 44, Sayı 1, s. 269-291.
- ANTALYA, Gökhan / TOPUZ, Murat: *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ANTALYA, Gökhan: *Elektronik Tapu Sicili*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019 (Elektronik).
- ASLAN DÜZGÜN, Ülgen: “Noterlerin Mesleki Sorumluluk Sigortası”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 17, Sayı 1-2, s. 491-512.
- ATABEK, Reşat: “Noter; Mali Sorumluluk Sigortası”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 45-50.
- ATAR, Fahrettin: “Noter”, TDV İslâm Ansiklopedisi, 2007.
- AYBAY, Aydın / HATEMİ, Hüseyin: *Eşya Hukuku*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BAŞOL, Gülten: *Noterlik Hukuku & Tebligat Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BATMAZ, Mehmet Orhan: *Noterlerin Hukuki Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- BAUR, Fritx / BAUR, Jüerner / STÜRNER, Rolf: *Sachenrecht*, 18. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2009.
- BOHRER, Michael: *Das Berufsrecht der Notare*, C.H. Beck Verlag, München, 1991.
- BREITSCHMID, Peter / RUMOJUNGO, Alexandra: *Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- BREMKAMP, Till: *Causa*, Duncker & Humblot Verlag, Berlin, 2008.
- ÇETİN, Süleyman / ATEŞ, Derya: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÇEVİK, İpek: “Alman Hukukunda Elektronik Tapu Sicilinin Gelişimi ve Oluşumu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2018, Cilt 24, Sayı 2, s. 1086-1110.
- DENİZ, Buket: “İdarenin Sorumluluğunu Doğuran Hizmet Kusuru ve Hizmet Kusuru-Kişisel Kusur Ayırımı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Cilt 33, Sayı 153, s. 187-234.
- DOĞU, Engin: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Güvence”, *Yargıtay Dergisi*, 1979, Cilt 5, Sayı 3, s. 579-610.
- EREN, Fikret / BAŞPINAR, Veysel: *Toprak Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II, m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar).
- EREN, Fikret: *Mülkiyet Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011 (Mülkiyet).
- EREN, Fikret: *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975 (İlliyet Bağı).
- ESCHWEY, Claudius (Hrsg.): *BeckOK BNotO mit DONot, NotAktVV und RLEmbNotK*, 6. Edition (Stand: 01.08.2022), C.H. Beck Verlag, München, 2022.
- ESENER, Turhan / GÜVEN, Kudret: *Eşya Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- FELLMANN, Walter: *Berner Kommentar - Band IV/2/2: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR*, Stämpfli Verlag, Bern, 1992.
- FLUME, Werner: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts - II. Band: Das Rechtsgeschäft*, 4. Baskı, Springer Verlag, Berlin, 1992.

- FURRER, Andreas / MULLER-CHEN, Markus / ÇETİNER, Bilgehan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- GOTTWALD, Peter: “Almanya’da Noterlik Alanında Güncel Gelişmeler”, (Çev.) YAZAR, Özlem, *Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII: Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 409-428.
- GÖKÇE, Ziya: “Noterlik Hizmetinin Hukuki Mahiyeti ve Sonuçları Üzerine Bir Araştırma”, *Adalet Dergisi*, 1982, Cilt 73, Sayı 2, s. 271-282.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜRLER, Cemalettin: *Avukatlık ve Noterlik Hukuku*, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2015.
- HÜGEL, Stefan: *BeckOK GBO*, C.H. Beck Verlag, München, 2022.
- HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdülkadir: *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.
- HAU, Wolfgang / POSECK, Roman (Hrsg.): *BeckOK BGB, Buch 3: Sachenrecht*, 62. Edition (Stand: 01.05.2022), C.H. Beck Verlag, München, 2022.
- HEINEMANN, Jörn / TRAUTRIMS, Christoph: *Notarrecht*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2022.
- HELBIG, Paul: *Der Begriff der Verfügung*, Buchdruckerei Heinrich Pöppinghaus, Bochum, 1935.
- HOGL, Peter: *Notarhaftung*, Waldner, Wolfram, Beck’sches Notar-Handbuch, 6. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2015.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar - Zivilgesetzbuch II: Art. 457-977 ZGB*, 5. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2015.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit: *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1981.
- KARTAL, Bilal: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk”, *Yargıtay Dergisi*, 1998, Cilt 24, Sayı 3, s. 340-355.
- KICALIOĞLU, Mustafa: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2007, Cilt 2, Sayı 11, s. 131-145.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: *Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1959.
- KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz: “Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1984, Cilt 2, Sayı 2, s. 175-305.
- KURT, Leyla Müjde: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 18, Sayı 2, s. 85-118.
- LARENZ, Karl / WOLF, Manfred: *Allgemeiner Teil Des Bürgerlichen Rechts*, 9. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2004.
- MAURER, Jörg: *Die Prinzipien der Abstraktion, Kausalität und Trennung, insbesondere bei Verfügungen*, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main, 2003.
- MEDICUS, Dieter: *Allgemeiner Teil des BGB*, C.F. Müller Verlag, München, 2010.
- MEIER, Isaak: “İsviçre Noterlik Hukuku: Birleştirilmiş Özel Hukuk, Usul Hukuku ve Avukatlık Hukuku İçinde Kantonal Çeşitlilikten Bir Kalıntı”, (Çev.) BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, *Türkiye Barolar Birliği Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-VII: Türk, Alman ve İsviçre Hukuklarında İflas, Konkordato ve Noterlik Alanındaki Gelişmeler*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009, s. 471-488.
- MEMİŞ, Yusuf: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2015, Cilt 10, Sayı 106, s. 92-127.
- MERİÇ, Nihat: “1512 Sayılı Noterlik Yasasının 162. Maddesi ile İlgili Düşünceler”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1994, Sayı 83, s. 39-42.
- NART, Serdar: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2010, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, s. 425-452.

- NOMER, Haluk Nami / ERGÜNE, Serkan: *Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- OĞUZMAN, Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 23. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 13. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015 (Cilt I).
- OĞUZMAN, Kemal M. / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016 (Cilt II).
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: “Yargıtay Uygulaması Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluklarının Dayandığı Esas ve Sorumluluğun Koşulları”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2007, s. 693-714.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Noter Senetlerinde Sahtelik*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- PEKMEZ, Cüneyt: *Tapu Sicilinin Tutulmasından Devletin Sorumluluğu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- PRÜTTING, Hanns: *Sachenrecht*, 34. Baskı, Verlag C.H. Beck Verlag, München, 2010.
- PULAŞLI, Hasan: “Türk ve Alman Hukuklarında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1983, Sayı 39, s. 10-16.
- RINSCHKE, Franz-Josef: *Die Haftung des Rechtsanwalts und Notars*, Carl Heymanns Verlag, Berlin, 1998.
- SÄCKER, Franz Jürgen / RIXECKER, Roland / OETKER, Hartmut / LIMPERG, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 8: Sachenrecht*, 8. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2020.
- SCHNEIDER, Wolfgang: “Verwalter und Grundbuch”, *ZWE*, 2014, s. 349-353.
- SCHRAMM, Sabine: *Amtspflichtverletzung*, Ulrich Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- SELIGSOHN, Franz: *Der Begriff der privatrechtlichen Verfügung unter Lebenden*, von Franz Seligsohn Verlag, Berlin, 1904.
- SİRMEN, A. Lale: *Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Eşya).
- SİRMEN, A. Lale: *Tapu Sicilinin Tutulmasından Doğan Zararlardan Devletin Sorumluluğu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1976 (Sorumluluk).
- SPICKHOFF, Andreas: “Die Haftung des Notars Zwischen Öffentlicher Amtshaftung und Privater Berufshaftung Eintarg aus Deutschland”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 381-397.
- ŞENOCAK, Kemal: *Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2000.
- TANDOĞAN, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981 (Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk).
- TANDOĞAN, Haluk: *Türk Mes’uliyet Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Mesuliyet).
- TANRIVER, Süha: *Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- TEKBEN, Tuğçe: “Noterin Hukuki Statüsü ve Noterlik Kanunu’nun 162. Maddesi Uyarınca Sorumluluğu Üzerine Bir İnceleme”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 86, Sayı 3, s. 69-150.
- TEKİNAY, S. Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TOPÇUOĞLU, Metin: “Noter ile İş Sahibi (İlgili) Arasındaki İlişkinin Niteliği”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2000, Cilt 20, Sayı 4, s. 191-213.
- TOYGAR, Kemal: “Serbest Meslek Mi, Kamu Hizmeti Mi?”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 3, s. 9-12.



- ULUĞ, Ali Sedat: *Noterin Noterlik Hizmetinden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- ULUKAPI, Ömer / ATALI, Murat: *Noterlik Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.
- ULUKAPI, Ömer: “Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Noterlik Hukuku Sempozyumu: I-II, Noterlerin Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve Noterlerin Sorumlulukları*, NOTEV Yayınları, Ankara, 1997, s. 65-85 (Noter).
- ULUKAPI, Ömer: “Yargıtay Kararları Işığında Noterlerin Hukuki Sorumluluğu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 21, Sayı 21, s. 209-241 (Yargıtay).
- UZ, Asaf: “Noterlik Müessesesinin Kuruluş ve Gelişimi”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 1974, Sayı 2, s. 30-31.
- ÜNAL, Mehmet / BAŞPINAR, Veysel: *Şekli Eşya Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- ÜNAL, Mehmet: “1512 Sayılı Noterlik Yasasınının 162. Maddesi (Noterin Hukuki Sorumluluğu)”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi* 1999, Sayı 101, s. 48-53.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah: *Medeni Hukuk'ta Tasarruf İşlemi Kavramı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- VON TUHR, Andreas: *Der Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Zweite Hälfte, (§ 69-96)*, Duncker & Humblot, Berlin, 1957.
- WESTERMANN, Harry / WESTERMANN, Harm Peter / GURSKY, Karl-Heinz / EICKMANN, Dieter: *Sachenrecht*, 8. Baskı, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2011.



## Tüketiciye Yönelik Haksız Uygulamaların Önlenmesi İçin Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'yle Getirilen Düzenlemelerin Karşılaştırmalı Bir Değerlendirmesi<sup>(\*)</sup>



*Comparative Evaluation of The Norms of Regulation on Principles of  
Practice of Insurances Related to Consumer Loans for Prevention of  
Unfair Practices Against Consumers*

**Damla KÜÇÜK**



Doçent Doktor

Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

### Anahtar Kelimeler

*Tüketici Kredi  
Sigortaları,  
Teminat İşlevi,  
Tüketicinin Korunması,  
Haksız Uygulamalar,  
Bireysel Kredilerle  
Bağlantılı Sigortalar  
Uygulama Esasları  
Yönetmeliği.*

### Öz

Aslen tüketici kredilerinin geri ödenmesini temin için yapılan tüketici kredi sigortaları, diğer yandan bu kredileri alan tüketicilerin zarar görmesine neden olan haksız uygulamaların da kaynağını teşkil etmektedir. Bu tür uygulamalar; tüketicinin sigortayı kredi verenle bağlantılı bir sigortacıdan yaptırmaya zorlanması, gereğinden çok sigorta priminin alınması, gereksiz sigortaların yaptırılması, kredinin vadesinden uzun sigorta yaptırılması, kredi miktarından yüksek bedelle sigorta yaptırılması gibi farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi tüketici hukuku mevzuatında yer alan genel düzenlemelerin dışında, bu tür haksız uygulamaların engellenmesine yönelik spesifik düzenlemeler Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'nde yer almaktadır. Çalışmada Yönetmelik'te yer alan bu düzenlemelerin yeterlilik ve yerindeliği, Amerikan hukukundaki düzenleme ve uygulamalarla karşılaştırılarak irdelenmeye çalışılmıştır.

### Keywords

*Consumer Credit  
Insurances,  
Security Function,  
Protection of  
Consumers,  
Unfair Practices,  
Regulation on  
Principles of Practice  
of Insurances Related  
to Consumer Loans.*

### Abstract

Consumer credit insurance, which is originally made for the repayment of consumer loans, constitutes a source of unfair practices that cause harm to consumers who take these loans. Such practices may occur in different ways such as forcing the consumer to obtain insurance from an insurer affiliated with the lender, charging excessive insurance premiums, obtaining unnecessary insurance, obtaining insurance longer than the maturity of the loan, obtaining insurance at a higher price than the loan amount. Apart from the general norms in the consumer law legislation such as the Law on the Protection of the Consumer, specific regulations for the prevention of such unfair practices are included in the Regulation on the Principles of Practice of Insurances Related to Personal Loans. In the study, the adequacy and appropriateness of the norms in the Regulation have been tried to be examined by comparing them with the practices and regulations in American law.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 04.05.2023, Kabul Tarihi: 27.06.2023.

## GİRİŞ

Günümüzde, verilecek tüketici kredisinin türü ne olursa olsun, kredi sözleşmesine eklenen hükümlerle bir, hatta birden çok sigortanın yapılmasının şart koşulduğu görülmektedir. Bu uygulamanın temel nedeni ise sigortayı, kredi alacağının teminatı olarak kullanmaktır. Ancak tüketici kredisi bağlamında yapılan bu sigortalar nedeniyle, tüketicilerin bazı haksız uygulamalara maruz kaldığı da görülmektedir. Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği<sup>1</sup> (Yönetmelik) getirilen düzenlemelerle bu tür haksız uygulamaların önüne geçilmeye çalışılmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmada ilk olarak kredi ve sigorta arasındaki ilişkiden bahsedilecektir. Ardından tüketici kredi sigortaları hakkında kısaca bilgi verilecektir. Son olarak tüketicilerin, almak istedikleri kredi bağlamında yapılması istenen sigortalar nedeniyle karşılaştığı belli başlı haksız uygulamalara karşı Yönetmelik ile getirilen düzenlemelerin yerindeliği ve yeterliliği, Amerikan hukukundaki düzenlemeler ve uygulama ile karşılaştırmalı olarak değerlendirilmeye çalışılacaktır<sup>2</sup>.

## I. KREDİ VE SİGORTA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Kredi, geri ödemenin ileri bir tarihte yapılması koşuluyla, para başta olmak üzere ekonomik değeri haiz her türlü değer, bazen sadece güven çerçevesinde, bazen bir teminat karşılığında, faizli/faizsiz veya misli ile karşı tarafa belirli bir süre ile devridir. Yani tarafların edimlerinin ifası arasında zaman farkı olan her hukuki işlemde, edimini önce ifa eden tarafça diğer tarafa sağlanmış bir kredi var demektir.

Esasen kredinin doğasında var olan tarafların edimleri arasındaki zaman farklılığı, pek çok yararın ortaya çıkmasına neden olur. Örneğin kredi, hem tüketicilere hem işletmelere, ancak ileriki bir zamanda gerçekleştirilebilecekleri parasal birikimlerden derhâl yararlanabilme olanağını sunarak zamandan tasarruf etmelerini sağlar<sup>3</sup>. Yine kredili işlemler sayesinde işletmeler, daha fazla mal satma, hizmet/iş görme olanağı elde ederek diğer işletmelerle rekabet edebilme fırsatı yakalar<sup>4</sup>. Kredinin varlığı, sermayeyi ekonomik dolaşıma sokarak yeni yatırımların yapılmasına, bu da ticarî faaliyetlerin artmasına ve gelişmesine yol açar<sup>5</sup>. Nihayet, kredi olanağının varlığı hem tüketicilerin hem işletmelerin daha fazla harcama yapmasına yani talep artışına yol açarak ülkenin genel üretim kapasitesinin artmasını, verimliliğin yükselmesini, bunlar da mal ve hizmetlerin maliyetinin düşmesini sağlar<sup>6</sup>.

Ancak tarafların edimleri arasındaki bu zaman farkı diğer yandan -kredi veren borcunu ifa etmiş olmasına rağmen- kredi alanın borcunu ifa etmemesi (aldığı krediyi geri ödememesi) riskini de beraberinde getirir ki bu risk “kredi riski” olarak anılır<sup>7</sup>. Tabi kredinin az önce bahsedilen faydalarını görebilmek için kredi riskinin önlenmesi gerekir. Bunu sağlayan yöntemlerden birisi de sigortadır. Bu sayede kredi alan taraf, borcunu gereği gibi ifa etmediğinde, yani kredi riski gerçekleştiğinde, sigorta bedeli veya sigorta tazminatı kredi verene ödenerek kredi verenin alacağına kavuşması sağlanır.

<sup>1</sup> 13.03.2015 tarihli ve 29294 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> Bu karşılaştırmada Sigorta Temsilcileri Ulusal Birliği (*National Association of Insurance Commissioners-NAIC*) tarafından hazırlanan Tüketici Kredi Sigortası Model Kanunu (*Consumer Credit Insurance Model Act 2001*), Tüketici Kredi Sigortası Model Yönetmeliği (*Consumer Credit Insurance Model Regulation 1994*) ve Delaware Eyaleti'nin Tüketici Kredi Sigortası Model Kanunu (*Consumer Credit Insurance Model Act*) esas alınmıştır.

Sigorta Temsilcileri Ulusal Birliği, Amerika Birleşik Devletleri'nde elli eyaletin sigortayla ilgili düzenlemelerini yapmak ve sigorta sektörünü denetlemekle yetkili kişiler (*commissioners*) tarafından yönetilen ve eyaletler arasında sigortayla ilgili düzenlemelerde yeknesaklık ve standart oluşturmak konusunda faaliyet gösteren bir kuruluştur. Bu konuda bkz. NAIC, *Our Story* (<https://content.naic.org/about>, ET: 03.07.2022).

<sup>3</sup> Bkz. BAUDIN, Louis: *Kredi Nedir?*, (Çev.) SOYER, İsmail Hakkı, Şirketi Mürettebiye Matbaası, İstanbul, 1939, s. 7.

<sup>4</sup> Bkz. EVRİM, Pınar: *Kredili Satışların İşletmelerde Finansal Yapıya Etkileri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1996, s. 14; ALBEZ, Abdulkadir / KORKULU, Ayhan: “Ticaret Kredisinin İşletmelerin Satışlarına ve Kârlılıklarına Etkisi: Bir Analiz”, *The International New Issues in Social Sciences*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 19.

<sup>5</sup> Bkz. AKBULUT, Arif: *Tüketici Kredileri ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996, s. 75.

<sup>6</sup> Bkz. ATABEK, Reşat: *Kredi Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1956, s. 9.

<sup>7</sup> Bkz. ATABEK, s. 10; TEKAY, Said: *Kredi Riski Yönetiminin Bankacılık Kârlılığına ve Verimliliğine Etkisi 9 Ticari Banka Üzerinde Bir Uygulama (2004-2017)*, İstanbul Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 6.

## II. TÜKETİCİ KREDİ SİGORTALARI

Tüketici kredisi, basit bir şekilde ticari bir amaç dışında kullanılmak üzere alınan krediler olarak tanımlanabilir<sup>8</sup>. Dolayısıyla tüketici kredisi sigortaları da tüketici kredileri bağlamında ortaya çıkan kredi riskini temin için yapılan sigortalar şeklinde tanımlanabilecektir<sup>9</sup>.

Tüketici kredileri; kredinin şekli, kullanıldığı alan, vadesi vb. kriterlere göre kendi içinde farklılaşır<sup>10</sup>. Dolayısıyla alınan kredinin türüne göre yapılan tüketici kredi sigortasının özellikleri de değişir. Örneğin kredi alanın, aldığı krediyi her türlü tüketim amaçlı ihtiyacı için kullanabileceği serbest tüketici kredilerinde<sup>11</sup>, kredi riski meblağ sigortaları vasıtasıyla önlenmeye çalışılır. Nitekim sigorta, kredi alanın bu borcunu ödemediği evvel ölmesi, malul veya işsiz kalması gibi şahıs varlığında gerçekleşecek risklere karşı yapılır<sup>12</sup>. Bu da temin edilen riske göre hayat, ferdi kaza veya borç ödeme sigortası olabilir.

Buna karşılık tüketicinin aldığı krediyi, kredi verenin belirlediği mal veya hizmet için kullanmak zorunda olduğu tedarik kredilerinde<sup>13</sup>, kredi riskini teminen hayat veya ferdi kaza gibi meblağ sigortalarının yanı sıra krediyle alınacak olan malın hasar görmesi/zayi olması riskine karşı yangın veya deprem sigortası gibi zarar sigortası niteliğindeki sigortaların da yapıldığı görülmektedir. Örneğin verilen kredinin konut alımı için kullanılmak zorunda olduğu konut kredisinde, zarar sigortası niteliğindeki konut paket sigortasının, taşıt kredisinde ise kasko sigortasının yapılması talep edilmektedir<sup>14</sup>.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere “tüketici kredi sigortası” kavramı, hukuki nitelikleri farklı birden çok sigorta sözleşmesini barındıran üst bir kavramdır. Peki bu sigortalarla kredi riski ne şekilde önlenmektedir?

Tüketici kredisi bağlamında bir meblağ sigortasının yapıldığı durumlarda, kredi sözleşmesindeki hükme bağlı olarak sigorta ettiren, kredi alan veya veren olabilmektedir. Uygulamadaysa bu tür meblağ sigortalarının çoğunlukla kredi verenin (örneğin bankanın) sigorta ettiren olduğu grup sigortaları şeklinde akdedildiği görülmektedir<sup>15</sup>. Ancak kredi alan tüketici, mutlaka riskin üzerinde gerçekleşeceği kişi, yani sigortalı olarak gösterilir. Benzer olarak kredi veren de mutlaka lehtar ve/veya dain-i mürtehin<sup>16</sup> olarak gösterilmekte böylece risk gerçekleştiğinde sigorta bedelinin kredi verene ödenmesi sağlanarak kredi borcu kapatılmaktadır<sup>17</sup>.

<sup>8</sup> Daha kapsamlı bir tanım için bkz. AKİPEK, Şebnem: *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 144.

Yönetmelik'te tüketici kredisi kavramı yerine bireysel kredi kavramı kullanılır. Bu tür sigortaların tüketiciler dışında, işletenin kişiliğinin ön planda olduğu işletmeler bağlamında da yapılması mümkün olduğundan, Yönetmelik'teki ifade yerindedir. Bununla birlikte tüketiciler hedef alındığı için çalışmada “tüketici kredisi” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>9</sup> Bkz. MINICK, John B.: “Consumer Credit Insurance in Nebraska”, *The Journal of Finance*, 1960, Cilt 15, Sayı 1, s. 84.

<sup>10</sup> Bu konuda bkz. AKİPEK, s. 10 vd.; AKBULUT, s. 30 vd..

<sup>11</sup> Bkz. ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, 2008, Sayı 67, s. 8.

<sup>12</sup> Bu yönde bkz. AMASYA, Serap: “Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Hukuki Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 205, s. 1418.

<sup>13</sup> Kavram için bkz. AKİPEK, s. 180 vd.

<sup>14</sup> Bkz. Konut Kredisi Çektim, Dask ve Konut Sigortası Zorunlu mu? (<https://www.polatsigortacilik.com/konut-kredisi-aldiginiz-bankadan-konut-sigortasi-almak-zorunda-degilsiniz/>, ET: 12.08.2022); Taşıt Kredisi Kullandım, Kasko ve Trafik Sigortası Zorunlu mu? (<https://www.polatsigortacilik.com/tasit-kredisi-aldiginiz-bankadan-kasko-yaptirmak-zorunda-degilsiniz/>, ET: 12.08.2022).

<sup>15</sup> ABD için bkz. DAVIS, Frederick G. / ETTER, Wayne E. / BLYTHE, Harry / FREUND, Peter F.: “The Regulation of Consumer Credit Insurance”, *Law and Contemporary Problems*, 1968, Cilt 33, Sayı 4, s. 730, 731-719.

<sup>16</sup> Esasen “rehin sahibi alacaklı” anlamına gelen bu kavram, Yönetmelik'te “kredinin geri ödenmeme riskini ortadan kaldırmak amacıyla yaptırılan sigortalarda, riskin gerçekleşmesi üzerine ödenecek olan tazminat tutarı üzerinde öncelikli hak sahibi olan gerçek veya tüzel kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 4/1-a). Yargıtayın gerek meblağ gerek zarar sigortalarında hukuki sonuç bağladığı bu kayıtlar, doktrinde eleştirilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. AMASYA, s. 1415-1451; ÜNAN, Samim: “Sigorta Alacağının Güvence İşleviyle Bağlantılı Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu'na Armağan, Cilt II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1809-1850. Yargıtay kararlarına örnek olarak bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 16.04.2018, E. 2017/4440, K. 2018/4116; Yargıtay, 17. HD, T. 30.05.2017, E. 2014/22194, K. 2017/6124 (Çalışmadaki kararlar “Lexpera”dan alınmıştır).

<sup>17</sup> Bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 16.04.2018, E. 2017/4440, K. 2018/4116.

Zarar sigortası niteliğindeki tüketici kredi sigortalarında ise kredi sözleşmesine koyulan hükümlerle kredi alana, krediyle alınacak mal (ev, araba vb.) için yangın, deprem, sel gibi bir nedenle hasar görmesi riskine karşı sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmekte, kredi veren ise sözleşmede dain-i mürtehin olarak gösterilmek suretiyle, sigorta tazminatının ona ödenmesi sağlanmaktadır<sup>18</sup>.

### III. TÜKETİCİ KREDİ SİGORTALARI BAĞLAMINDA TÜKETİCİLERİN KARŞILAŞTIĞI HAKSIZ UYGULAMALAR VE BU UYGULAMALARA KARŞI YÖNETMELİK'TE YAPILAN DÜZENLEMELERİN AMERİKAN HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Tüketici Kredisi Alabilmek İçin Sigorta Yaptırılması Koşulunun Getirilmesi

##### 1. Temel İlkenin Belirlenmesi

Öncelikle hem Türkiye hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD), tüketici kredi sigortalarının, akdi yasal olarak zorunlu tutulan sigortalardan olmadığına altı çizilmelidir<sup>19</sup>. Ancak kredi verenin, kredinin verilmesinin ön şartı olarak tüketiciden bir tüketici kredi sigortası yaptırmasını talep edemeyeceği başka bir meseledir. Üstelik bu konuda Türk hukukunda yer alan düzenlemeler arasında bir çelişkinin olduğu da söylenebilir. Nitekim Sigortacılık Kanunu'nun<sup>20</sup> (SK) 32/5. maddesinde, bir sözleşmenin unsurları içinde taraflardan birinin bu sözleşmede yer alan herhangi bir hususta sigorta yapmaya zorunlu tutulduğu hâllerde, sadece söz konusu sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye konulmuş her türlü şartın hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Anlaşılabileceği üzere, kredi verenin, kredi vermek için getireceği sigorta yaptırılması koşulu SK'ya göre geçerli olacaktır.

Oysa Yönetmelik'in 13/1. maddesinde yakın zamanda yapılan bir değişiklikle, kredi kullananın (tüketicinin) yazılı veya kalıcı veri saklayıcısı aracılığıyla açık talebi olmaksızın, kredi ile ilgili sigorta yaptırılmayacağı düzenlenmiştir<sup>21</sup>. Üstelik bu düzenleme Tüketici Kredisi Sözleşmeleri Yönetmeliği'nin 26. maddesinde yer alan düzenlemenin bir tekrarıdır ve aynı düzenlemeye 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>22</sup> (TKHK) 29 ve 38. maddelerinde de yer verilmiştir<sup>23</sup>.

Öncelikle bu düzenlemenin bir sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun iradelerin bulunması şartı bağlamında, "kredi bağlantılı bir sigortanın yapılmasının, kredi alan borçlunun kabulüne bağlanması" şeklinde yorumlanmasının mümkün olmadığı düşüncesindeyim<sup>24</sup>. Her şeyden önce düzenlemede "sigortanın yaptırılması kredi alanın kabulüne bağlıdır" gibi bir ifade kullanılmamıştır ki genel hükümler (TBK m. 1) karşısında böyle bir düzenlemenin yapılmasına gerek olmadığı da açıktır. Nitekim maddede de "tüketicinin ... açık talebi olmaksızın ... sigorta yaptırılmayacağından" bahsedilmektedir.

Böylece Türk hukukunda tüketici kredileri bağlamında kredi verenlerin sigorta teminatını isteme hakları dolaylı olarak ellerinden alınmış, bu hakkın kullanımı krediyi geri ödemekle yükümlü borçlunun iradesine bağlanmıştır. Gerçi düzenlemede "kredi veren, tüketici kredisinin verilmesini sigorta

<sup>18</sup> Bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 30.05.2017, E. 2014/22194, K. 2017/6124.

<sup>19</sup> Bkz. AMASYA, s. 1437; Am I Required to Purchase Credit Insurance From a Lender or Dealer to Get an Auto Loan?, (<https://www.consumerfinance.gov/ask-cfpb/am-i-required-to-purchase-credit-insurance-from-a-lender-or-dealer-to-get-an-auto-loan-en-805/#:~:text=No%2C%20generally%20you%20cannot%20be,a%20different%20dealer%20or%20lender,ET:12.08.2022>).

<sup>20</sup> 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete.

<sup>21</sup> Bu değişiklik 01.01.2022 itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

<sup>22</sup> 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

<sup>23</sup> Bu düzenleme hakkında doktrinde yapılan tartışmalar için bkz. AMASYA, s. 1438 vd.; ÜNAN, Samim: *Sigorta Tüketici Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Tüketici Hukuku), s. 62 vd.; TAŞKIN, Melda: *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 107 vd.; SÜZEL, Cüneyt: "Bireysel Kredilerle Bağlantılı Kurulan Sigorta Sözleşmeleri Mevzuatının Değerlendirilmesi", (Ed.) ÜNAN, Samim: *Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 100 vd.

<sup>24</sup> Aynı yönde ÜNAN, *Tüketici Hukuku*, s. 65.

yapılması koşuluna bağlayamaz” şeklinde açık bir yasak yoktur. Ama kredi bağlamında bir sigortanın yapılması, kredi alan borçlunun “talebine” bağlanmıştır. Bu, kredi alan tüketici açık bir şekilde talep etmedikçe kredi veren sigorta yapılmasını talep edemeyecek demektir.

Oysa kredi verenin, tüketici kredi sigortası yapılması şartını getirmesi, hukuki yönden, kredi vermek için tüketiciden teminat göstermesini şart koşması anlamına gelir. Zira daha önce belirtildiği üzere bu sigortalarla, verilen kredi geri ödenmediğinde yani kredi riski gerçekleştiğinde, sigorta bedeli/tazminatı kredi verene ödenerek alacağına kavuşması sağlanır. Yani tüketici kredi sigortaları, kredi alacağına geri ödenmesini teminen kullanılan kefalet veya rehin gibi diğer geleneksel teminatlarla aynı işi görür.

Bu bakımdan, diğer tüm kredi alacaklıları gibi, tüketici kredisi verenlerin de teminat isteme hakkının olduğu açıktır. Teminat isteme hakkı, kredi alacaklısının alacağını geri alma hakkının doğal bir uzantısıdır. Nitekim TKHK’da bu yönde açık bir hak tanımı yapılmış olmasa da doktrinde tüketici kredisi verenlerin, kredi sözleşmesi bağlamında teminat isteme haklarının olduğu açık şekilde kabul edilmektedir<sup>25</sup>.

Tabii bu tür bir düzenlemeyle tüketicilerin korunmaya çalışıldığı açıktır. Ancak amaca uygunluğu tartışmalıdır. Öncelikle uygulamada kredi verenlerin “teminat olarak kredi hayat sigortası yaptırmak istiyorum” vb. bir ifade içeren formları, tüketiciye imzalatmak suretiyle Yönetmelik ile getirilen “kredi alanın talep etmesi” koşulunu aşmaları muhtemeldir. Bu tür yollara tevessül edilmese bile sigorta teminatı talep edemeyen kredi veren, kefalet veya rehin gibi diğer tür teminatlara yönelecektir. Oysa tüketicilerin, kefalet ve rehin gibi teminatlara ulaşması, çoğu zaman sigorta teminatına ulaşmasından zordur. Dolayısıyla sigorta yaptırmamakta direnen tüketicilerin krediyi ulaşımı kısıtlanacaktır<sup>26</sup>.

ABD’de ise kredi verenlerin tüketicilerden, verilecek kredi ile birlikte tüketici kredi sigortasının yapılmasını talep etmelerini yasaklayan federal bir düzenleme yoktur<sup>27</sup>. Tersine, kredi verenin -kredinin güvencesi olarak başka bir sigorta sunul(a)madığı durumlarda- krediyi vermek için tüketici kredi sigortasının yapılmasını şart koşabileceği açıkça kabul edilmektedir<sup>28</sup>.

Sonuç olarak, diğer teminatlarda olduğu gibi, sigorta teminatının da kötüye kullanılması mümkündür. Ancak bu durumda yapılması gereken -diğer teminatlarda olduğu gibi- bu kötüye kullanımın önüne geçecek düzenlemelerin getirilmesidir. Yoksa sigorta teminatının kullanımının kredi alan borçlunun iradesine bağlanarak kredi veren alacaklının elinden alınması, alacaklı-borçlu ilişkisinde menfaatler dengesini alacaklı aleyhine bozan haksız bir müdahale olacaktır.

<sup>25</sup> Bkz. AKİPEK, s. 309, 310; AMASYA, s. 1439; AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Madde 29 - Sigorta Yaptırılması”, (Ed.) TOKBAŞ, Hakan / TÜRÜNER, Özlem: *Milli Şerh, (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 528; ATAMER, Yeşim M.: *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 181, 182; KILIÇ, Umut: *Tüketici Kredilerinde Aynı Teminat Sorunu*, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2019, s. 46. Hatta bankalar bakımından verilecek kredi için teminat istemenin sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük olduğu da söylenebilir. Zira bankalar, tabi oldukları mevzuat yönünden, maruz kaldıkları kredi riski için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bankacılık Kanunu’nun 53. maddesine göre bankalar, krediler ile ilgili olarak doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması için yeterli düzeyde karşılık ayrılmasına, kredilerin kalitesine ve sınıflandırılmasına, garantilerin ve teminatların alınmasına ilişkin politikaları oluşturmak ve uygulamak, bunları düzenli olarak gözden geçirmek, tüm bu hususları icra edebilecek gerekli yapıları tesis etmek ve işletmek zorundadır.

<sup>26</sup> Bu yönde bkz. GOUDZWAARD, Maurice B.: “The Economic Impact of Credit Insurance Charges”, *The Journal of Risk and Insurance*, 1969, Cilt 36, s. 523. Ayrıca krş. ATAMER, s. 181-183.

<sup>27</sup> Bkz. Prepared Statement of The Federal Trade Commission Before The House Committee on Banking and Financial Services: Predatory Lending Practices in the Subprime Industry, 2000, s. 4 (sayfa numaraları çıktı üzerinden verilmiştir) ([https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public\\_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-predatory-lending/predatorytestimony.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/prepared-statement-federal-trade-commission-predatory-lending/predatorytestimony.pdf), ET: 20.07.2022). Ayrıca bkz. RUBIN, Harvey W.: “Credit Life Insurance and Its Alternatives”, *The Journal of Consumer Affairs*, 1978, Cilt 12, Sayı 1, s. 151.

<sup>28</sup> Bkz. RUBIN, s. 151. Ayrıca bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A/4, 5 (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022). Aynı yönde bkz. Delaware Consumer Credit Insurance Model Act, § 3706 (4) (<https://law.justia.com/codes/delaware/2021/title-18/chapter-37/section-3706/>, ET: 04.07.2022).

## 2. Kredi Alan İstenilen Koşulları Sağlayan Başka Teminat Göstermesine Rağmen Tüketici Kredi Sigortasının Yapılması Koşulu Getirilebilir mi?

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere sigorta dâhil herhangi bir teminatı isteme hakkı, kredi alan borçluya değil, kredi veren alacaklıya ait olabilir. Ancak hiçbir hak kötüye de kullanılamaz. Dolayısıyla tüketici kredi verenin istediği şartları sağlayan başka bir teminat getirdiği sürece kredinin verilmesi, ayrıca bir tüketici kredi sigortası yapılması koşuluna bağlanamamalıdır.

O hâlde, örneğin almak istediği kredi miktarı ve vadesi dâhil, kredi verence talep edilen koşulları sağlayan geleneksel (krediye bağlı olarak yapılmamış) bir hayat sigortasına sahip ve kredi vereni de bu sözleşmede borç miktarı kadar birinci dereceden lehtar olarak göstermeyi kabul etmiş bir tüketiciden, ayrıca bir kredi hayat sigortasının yaptırmasının talep edilmesi, dürüstlük kuralının ihlali olacaktır.

Ancak Yönetmelik'te doğrudan bu hususa değinen bir düzenleme yoktur. Gerçi 11/1. ve 13/1. maddelerinde kredi alanın ihtiyacı, kredi tutarı, vadesiyle uyumlu ve kredi verenin dain-i mürtehin olarak gösterildiği bir başka sigorta sözleşmesinin teminat olarak sunulabileceğinden bahsedilmektedir. Ancak her iki madde de bir sonraki başlıkta üzerinde durulacak olan; tüketicinin, kredi verene bağlantısı olmayan herhangi bir sigortacıyla akdettiği tüketici kredi sigortasını teminat olarak sunup sunamayacağı hususu ile ilgilidir.

ABD'de ise ilgili yasal metinlerde bu husus sigortayla sınırlı olsa da ayrıca anılmaktadır. Örneğin Sigorta Temsilcileri Ulusal Birliğinin (NAIC) Model Kanunu'nda kredi alana, eğer kredi riskini temin edecek başka bir sigortası varsa yeni ve ayrı bir tüketici kredi sigortasına ihtiyacı olmayabileceği hususunun bildirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir<sup>29</sup>. Yine Delaware Eyaleti'nin Tüketici Kredi Sigortası Model Kanunu'nda da verilecek kredi için tüketici kredi sigortasının teminat olarak talep edildiği durumlarda kredi alanın, kredinin teminatı olarak talep edilen sigorta bedeline sahip, hâlihazırda var olan bir başka sigortayı da kredi verene teminat olarak sunabileceği belirtilmektedir<sup>30</sup>.

Bu başlık altında üzerinde özellikle durulması gereken bir başka husus daha vardır. Uygulamada sıklıkla kredi alacak tüketicilerden, birden çok tüketici kredi sigortası yaptırmasının talep edildiği görülmektedir. Örneğin kredi hayat sigortasıyla birlikte sıklıkla kaza ve hastalık sonucu maluliyet riskleri<sup>31</sup> de teminat kapsamına dâhil edilerek kredi alana paket sigorta<sup>32</sup> yaptırılmaktadır.

Paket sigortalar, sigortacı ve kredi alanın daha fazla prim/komisyon geliri elde etmesini sağladığı gibi, kapsamında tüketicinin hiç veya daha az ihtiyaç duyacağı, dolayısıyla gerçekleşse bile sigorta bedeli/tazminatı ödenmesinin söz konusu olmayacağı riskleri barındırdığından, sigortacının prim-hasar oranı-

<sup>29</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A/4 (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>30</sup> Bkz. Delaware Consumer Credit Insurance Model Act, § 3706 (4) (<https://law.justia.com/codes/delaware/2021/title-18/chapter-37/section-3706/>, ET: 04.07.2022). Aynı yönde bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 11 (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022). Ayrıca bkz. RUBIN, s. 151.

<sup>31</sup> Örnek olarak bkz. Krediye Bağlı Ferdi Kaza Sigortası (<https://www.kuveytturk.com.tr/bireysel/sigorta-ve-emeklilik/hayat-sigortalari/krediye-bagli-ferdi-kaza-sigortasi>, ET: 29.08.2022); Kredi Ödeme Güvencesi Sigortası (<https://www.yapikredi.com.tr/bireysel-bankacilik/sigorta-ve-emeklilik/kredi-odeme-guvenesi-sigortasi>, ET: 29.08.2022). Uygulamada krediyle bağlantılı olarak kaza sonucu ölüm veya maluliyet riskine karşı yapılan sigortalar, Ferdi Kaza Sigortası Genel Şartları'na tabi olarak yapılmaktadır. Oysa kredi hayat sigortasında olduğu gibi bu sigorta türü için de özel şartların hazırlanması gerekir. Öte yandan TTK'nın 1507. maddesinde kaza sonucu geçici ve sürekli engellilik veya iş göremezlik hâllerinde sigorta bedelinin ancak sigortalıya ödeneceği düzenlenerek lehtar tayini yasaklanmıştır. Gerekçe'de bu hükmün, "sakatlık (ve iş göremezlik) güvencesinin sigortalıdan başkasına ödenmesinin amaca uygun düşmeyeceği" gerekçesi ile getirildiği belirtilse de kredi bağlantılı kaza sigortaları bakımından bir istisnanın getirilmesi uygun olacaktır. Bu konuda krş. ÜNAN, *Tüketici Hukuku*, s. 63. Zira şu anda kredi alanın maluliyeti durumunda sigorta bedelinin kredi verene ödenebilmesi için sigorta bedeli üzerinde rehinli alacaklı olarak tayin edilmesi veya sigorta bedelinin kredi verene temlikli gerekecektir. Gerekçe için bkz. TTK Madde Gerekçeleri (m. 1507), s. 430 (<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Madde%20Gerek%C3%A7%20eler.pdf>, ET: 12.07.2022).

<sup>32</sup> Her biri farklı teminat içeren birden çok sigorta sözleşmesinin tek bir poliçeye dercedilmesi hâli, uygulamada "paket sigorta" veya "paket poliçe" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Sigorta Sözleşmesi Konusu Teminatların Veriliş Şekline İlişkin Genelge (2007/9). Bu durum Türk sigorta hukuku doktrininde ise "birleştirilmiş sigorta sözleşmeleri" olarak anılır. Bkz. OMAĞ, Merih Kemal: *Türk Sigorta Hukuku'nda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu (TTK m. 1291)*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, İstanbul, 1985, s. 121.



nı da düşürür<sup>33</sup>. Öte yandan tüketicinin de birden çok sigortayı paket olarak yaptırdığında, primde indirim alması muhtemeldir. Ancak pakette tüketicinin ihtiyaç duymadığı, koşullarını taşımadığı için hiçbir zaman ödeme yapılmayacak sigortaların olması durumunda, mutlaka zarara uğrayacağı da açıktır.

Dolayısıyla tüketiciden paket sigorta yaptırması talep edildiğinde, öncelikle talep edilen sigortanın kredinin teminat altına alınması için gerekli olup olmadığı ardından tüketicinin de sigortalanabilme koşullarını taşıyıp taşımadığına bakılmadır. Örneğin sadece kredi hayat sigortasının yapıldığı ancak kredi alanın malul kalması nedeniyle krediyi geri ödeme yeteneğini kaybettiği durumlarda, kredi hayat sigortasının varlığı kredi riskini önlemeyecektir. Dolayısıyla her iki sigortanın da talep edilmesi makuldür. Ancak, mesela deniz kenarında olmayan bir bölgede, krediyle alınan ev için deniz kabarması riskinin de teminat kapsamına alınmasının haklı bir tarafı olamaz. Yine sigorta teminatının verilmesi için aranan haftalık çalışma saatini doldurmayan kişiye bu sigortanın yaptırılması da haksız bir uygulama olacaktır<sup>34</sup>. Nitekim Yönetmelik'in 6. maddesinde kredi bağlamında yapılacak ihtiyari sigortalarda, sigorta sözleşmesiyle sunulan teminatların kredi konusu ve kredi kullananın ihtiyaçları ile uyumlu olmasının esas olduğu düzenlenmiştir.

Ancak bu düzenlemenin ötesinde bu tür haksız uygulamaların önüne geçmek için mutlaka tüketiciye talep edilen sigortaları paket veya ayrı ayrı yaptırabilme seçeneği verilmelidir<sup>35</sup>. Böylece tüketiciler, ihtiyaçları olmayan ve/veya sigortalanabilme koşullarını taşımadıkları için hiçbir zaman sigorta bedelinin/tazminatının ödenmesinin söz konusu olmayacağı teminatlar için prim ödemekten kurtulabileceklerdir. Oysa Yönetmelik'te tüketicilerin talep edilen sigortaları paket veya ayrı ayrı yaptırma haklarının olduğuna dair bir düzenleme yer almamaktadır. Amerikan hukukunda, NAIC'nin Model Kanunu'nda ise birden çok tüketici kredi sigortasının yapılmasının mümkün olduğu hâllerde, kredi alanın bu sigortaları ayrı ayrı veya paket sigorta şeklinde yaptırabileceği hususunda bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>36</sup>.

### 3. Tüketici Kredisi Alabilmek İçin Tüketici Kredi Sigortasının Belli Bir Sigortacıdan Yaptırılması Koşulu Getirilebilir mi?

Tüketici kredi sigortaları bağlamında tüketicilerin en çok karşılaştığı haksız uygulamaların başında, tüketicide bunun zorunlu olduğuna dair bir inanç oluşturularak talep edilen sigortanın belli bir sigortacıdan -ki bu kural olarak kredi verene, yapılan sigortalar için komisyon ödeyen bir şirkettir- yaptırılması gelir<sup>37</sup>. Bu sayede kredi veren hem verdiği kredi hem yapılan sigorta nedeniyle komisyon geliri elde ederken, sigortacı da daha fazla prim geliri elde edebilmektedir. Ancak gerek Türk gerek Amerikan hukukunda bu konuya ilişkin açık düzenlemelerin yapıldığı söylenmelidir.

Nitekim SK'nın 32/5. maddesinde açıkça kişilerin sigorta şirketini seçme hakkının sınırlandırılmayacağı, sigortanın belli bir şirkete yaptırılmasına ilişkin sözleşmeye koyulmuş her şartın hükümsüz olacağı ifade edilmiştir. Benzer olarak Yönetmelik'te de kredi kullananın sigorta şirketini seçme hakkının sınırlanamayacağı, istediği sigorta şirketinden sağladığı, kredi tutarı ve süresiyle uyumlu ve dain-i mürtehinini kredi veren olan sigortanın kredi veren tarafından kabul edilmek zorunda olduğu belirtilmiştir (m. 13/1). Ayrıca sigorta veya kredi sözleşmesine, sigortanın belirli bir sigorta şirketine yaptırılmasına ilişkin olarak konan her türlü şartın hükümsüz olduğu da ifade edilmiştir (m. 13/1).

Amerikan hukukunda da benzer şekilde hem NAIC hem Delaware Eyaleti'nin model kanunlarında kredi alan borçlunun, kendisinden teminat olarak talep edilen tüketici kredi sigortasını bu tür sigortaları

<sup>33</sup> Bkz. Australian Securities & Investments Commission; Consumer Credit Insurance: Poor Value Products and Harmful Sales Practices, Report 622, 2019, s. 11 (<https://download.asic.gov.au/media/5201456/rep622-published-11-july-2019-1.pdf>, ET: 29.07.2022).

<sup>34</sup> Benzer örnekler ve bu husus hakkındaki eleştiriler için bkz. Australian Securities & Investments Commission; Consumer Credit Insurance: Poor Value Products and Harmful Sales Practices, Report 622, 2019, s. 13 (<https://download.asic.gov.au/media/5201456/rep622-published-11-july-2019-1.pdf>, ET: 29.07.2022).

<sup>35</sup> Bkz. Australian Securities & Investments Commission; Consumer Credit Insurance: Poor Value Products and Harmful Sales Practices, Report 622, 2019, s. 13 (<https://download.asic.gov.au/media/5201456/rep622-published-11-july-2019-1.pdf>, ET: 29.07.2022).

<sup>36</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A/2 (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>37</sup> Bu yönde bkz. ATAMER, s. 180.

yapmaya yetkili herhangi bir sigortacıdan yaptırabileceği hükme bağlanmıştır<sup>38</sup>. Buna göre kredi veren, krediyi temin için sigorta yaptırılmasını şart koşabilse dahi tüketiciyi bu sigortayı kendi istediği sigortacıdan yaptırmaya zorlayamaz. Bu konuda tüketiciyi sınırlandıran tek husus, tıpkı 'Yönetmelik'te de işaret edildiği üzere, yapılacak sigortanın kredi verenin talep ettiği makul ve haklı koşulları taşımasıdır<sup>39</sup>.

Aslında tüketici kredi sigortaları bağlamında ortaya çıkan haksız uygulamalarda, kredi veren ve sigortacının daha yüksek gelir elde etmek için tüketiciye karşı birlikte hareket etmelerinin önemli bir payı vardır. Hatta kredinin verilmesinin, kredi verenin işaret ettiği sigortacıdan yaptırılmasına bağlanması suretiyle ikisi arasında ortaya çıkan bu iş birliğinin rekabeti ihlal etmesi de muhtemeldir<sup>40</sup>. Bununla birlikte tüketici kredi sigortalarının, kredi verenle bağlantısı olan sigortacıdan yaptırılmasının doğrudan yasal/ıdari bir düzenlemeyle yasaklanmasının da doğru bir yaklaşım olmayacağı düşüncesindeyim. Öncelikle aralarında bağlantı olan tüm kredi veren ve sigorta şirketlerinin bu tür uygulamalar yaptıkları söylenemez. Dahası talep edilen sigortanın kredi verenin bağlantısı olan sigortacıdan yaptırılması, tüketicinin de lehine olabilir. Zira bu durum tüketicinin daha düşük prim ödemesine de yol açabilir. Ayrıca iki şirket arasındaki koordinasyon, tüketicinin kredi veya sigortayla ilgili daha az sorun yaşamasını da sağlayabilir. Ayrıca bu tür bir yasak, rekabet özgürlüğüyle ilgili problemler de çıkarabilecektir.

Bu yönden Türk hukukunda, 'Yönetmelik'te tüketiciye kredinin teminatı olarak talep edilen sigortayı, kredi verenin bağlantılı olduğu sigortacı dâhil, istediği sigortacıdan yaptırma (m. 13); böylece kredi verenin bağlantılı olduğu sigortacıdan yapılan sigortayı istediği anda sonlandırma hakkının verilmesi (m. 11) yerindedir ki bu düzenlemelerle alınan tedbirler, Amerikan hukuku ile de uyumludur<sup>41</sup>. Zira tüketici, kredi verenin sunduğu sigortanın maliyet ve koşullarıyla, kendi seçtiği sigortacının sunduğu sigortanın maliyet ve koşullarını karşılaştırmak suretiyle seçim yaptığında, zaten pek çok haksız uygulamayla karşılaşmaktan kurtulmuş olacaktır. Tabii bunun için tüketicinin de bilinçli olması şarttır.

## B. Sigorta Primiyle İlgili Haksız Uygulamalar ve İlgili Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Sigorta sözleşmesi sigortacı ile sigorta ettiren arasında akdedilir. Dolayısıyla sigorta primini ödeme borcu da sigorta ettirene aittir. Oysa tüketici kredi sigortalarında, sigorta ettiren kredi veren de olsa, genellikle kredi sözleşmesine koyulan ve borcun iç üstlenilmesi niteliğindeki hükümler nedeniyle, prim her zaman krediyi alan tüketici tarafından ödenir<sup>42</sup>. Dolayısıyla bu başlık altında üzerinde durulması gereken temel mesele, tüketicilerden alınan primlerin yüksekliğidir.

<sup>38</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 11 (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022); Delaware Consumer Credit Insurance Model Act, § 3711 (<https://law.justia.com/codes/delaware/2021/title-18/chapter-37/section-3711/>, ET: 04.07.2022).

<sup>39</sup> Bu yönde bkz. AMASYA, s. 1440; ÜNAN, *Tüketici Hukuku*, s. 67.

<sup>40</sup> Bağlama uygulamaları (*tying practices*) veya bağlama anlaşmaları (*tying agreements*), bir malın satımının veya hizmetin temininin, bir başka malın alımı veya hizmetin temini koşuluna bağlanması şeklinde tanımlanabilir. Bkz. KARAKILIÇ, Hasan: *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 9 vd.; O'NEILL, Bruce C.: "Trademarks in Tying and Exclusive Dealing Agreements", *Marquette Law Review*, 1966, Cilt 49, Sayı 3, s. 617. Bu anlaşmalar, tüketicilerin sözleşme özgürlüğünün kısıtlanması, sömürülmesi, rakiplerin dışlanması, tekelleşmeye yol açması gibi gerekçelerle eleştirilmektedir. Bu nedenle hem tüketici hem rekabet hukukunun konusunu oluşturur. Örneğin Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 4/1(f) maddesinde, anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınmasının veya aracı teşebbüs durumundaki alıcıların talep ettiği bir malın ya da hizmetin diğer bir mal veya hizmetin de alıcı tarafından teşhiri şartına bağlanmasının ya da arz edilen bir mal veya hizmetin tekrar arzına ilişkin şartların ileri sürülmesinin hukuka aykırı ve yasak olduğu; TKHK'nın 6/3. maddesindeyse ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin, aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamayacağı düzenlenmiştir. Bununla birlikte bu anlaşmaların hukuk tarafından tamamen yasaklandığı da söylenemez.

<sup>41</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 11 ve 5/B(5) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>42</sup> Bkz. YONGALIK, Aynur: *Hukuki Açıldan Kredi Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2002, s. 93; TAŞKIN, s. 250 vd.; AMASYA, s. 1441; KEDZIE, Daniel P.: "Consumer Credit Insurance", *The Journal of Insurance*, 1958, Cilt 25, Sayı 2, s. 78. Sigorta primi, kredi almanın maliyetinin bir parçasıdır. Bu nedenle makul seviyede olmak koşuluyla kredi alana yüklenmesinin haksız olduğu söylenemez. Nitekim sigorta priminin kredi verene yüklenmesi Yargıtay tarafından da hukuka aykırı bulunmamıştır. "Davalı bankanın kredi borçlusunun hayat sigortası yapılmasındaki asıl amacının kredi borcunun teminat altına alınması olduğu, ancak belli bir prim ödeme borcu getirmekle birlikte, hayat sigortası kapsamına alınmasında davacı sigortalının da bir menfaatinin olduğu açıktır. Hâl böyle olunca, sözleşme kapsamında davalıdan tahsil edilen sigorta primlerine ilişkin kayıtların haksız

ABD’de bunun engellenmesi için birtakım ilke ve sınırlamaların getirildiği görülmektedir. Bu kapsamda kredi verene, tüketici kredi sigortasının yürürlüğe girmesinden önceki herhangi bir zaman için herhangi bir ücret yüklenmesi yasaklandığı gibi<sup>43</sup>, sigortacılara da tüketici kredi sigortaları için özel prim oranları tarifelerini oluşturma yükümlülüğü getirilmiştir<sup>44</sup>. Buna uygun olarak sigortacıların bu tarifelerde belirlenen oranlardan yüksek bir primle sigorta yapması da yasaktır<sup>45</sup>.

Ayrıca Amerikan hukukunda temel bir ilke olarak belirlenen prim oranlarının, yapılan sigorta ile sağlanacak menfaate (sigorta bedeli/tazminatı) uygun olması beklenmektedir<sup>46</sup>. Bunun sağlanıp sağlanmadığı ise temel olarak hasar-prim oranına (*loss ratio*)<sup>47</sup> bakılarak tespit edilmektedir. Nitekim NAIC tarafından hazırlanmış olan Tüketici Kredi Sigortası Model Yönetmeliği’nde (*Consumer Credit Insurance Model Regulation*) alınacak primin, sağlanacak menfaate uygun olduğunu söyleyebilmek için hasar-prim oranının kural olarak %60’tan daha az olmaması gerektiği düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Böyle bir ilke getirilerek tüketici kredi sigortalarında alınabilecek azami prim miktarı da dolaylı olarak sınırlandırılmış olmaktadır<sup>49</sup>.

Bu bağlamda primin sağlanan menfaate uygun olup olmadığının tespitinde, genel olarak kabul görmüş aktüeryal standartlara uygun olması koşuluyla, gerçekleşen ve gerçekleşmesi beklenen zararların, genel ve idari masrafların, sigorta bedeli/tazminatının ödenmesine ilişkin talepleri araştırmak ve sonuca bağlamak için yapılan masrafların, makul bir seviyede olmak koşuluyla, kredi verenlere ödenen komisyon vb. ücretlerin, yatırım gelirlerinin (*investment income*), primlerin ödeme şeklinin (top-tan veya taksitle), diğer edinme masraflarının (*acquisition costs*)<sup>50</sup>, rezervlerin, vergilerin, ruhsat ücretlerinin, fon değerlemelerinin<sup>51</sup>, sigortacı için makul seviyedeki bir kâr miktarının ve diğer ilgili verilerin dikkate alınacağı da düzenlenmiştir<sup>52</sup>.

*şart niteliğinde olduğu gerekçesiyle ödenen primlerin davalıdan tahsiline karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır*”. Bkz. Yargıtay, HGK, T. 04.03.2015, E. 2014/13-111, K. 2015/886 (<http://kazanci.com.tr/gunluk/hgk-2014-13-111.htm>, ET: 04.08.2022). Karşı görüş için bkz. ÜNAN, *Tüketici Hukuku*, s. 64.

<sup>43</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/A (4) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>44</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section Alternative 8/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>45</sup> “Hiçbir sigortacı sigorta temsilcisi tarafından onaylanan oranları aşan primleri içeren tüketici kredi sigortası yapamaz”. Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Alternative Section 8A/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>46</sup> “Sigorta temsilcisinin, kredi verenin yapılan tüketici kredi sigortası nedeniyle elde ettiği maddi menfaatlerin primlere eklenecek kısmı dahil, primin tespitinde kullanılan oranların sigorta teminatı ile sağlanan menfaate göre makul bir seviyede olmasını teminen, gerekli düzenlemeleri yapma yetkisi vardır”. Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Alternative Section 8A/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>47</sup> “Loss ratio” kavramı sigorta sektöründe genel olarak, sigortacının elde ettiği prim gelirinin, ödenen tazminat (ve sigorta bedeli) ile sigorta tazminatının (ve bedelinin) ödenmesi için yapılan talebin yerindeliğini araştırmak ve sonuca bağlamak için yaptığı masrafların (*adjustment expenses*) toplamının oluşturduğu zarara oranını ifade eden bir kavramdır. Tanım için bkz. Loss Ratio (<https://www.investopedia.com/terms/l/loss-ratio.asp#:~:text=The%20loss%20ratio%20formula%20is,loss%20ratio%20would%20be%2050%25,ET:20.07.2022>). Krş. Hasar Prim Oranı (<https://www.evrimsigorta.com.tr/tr/sigortacilik-bilgileri>, ET: 20.07.2022). Örneğin bir sigortacı elde ettiği her bir 100 birim prim geliri (toplamda) 60 birim ödeme/masraf yapıyorsa zarar oranı %60 olacaktır. Bkz. What is a loss ratio (<https://www.michigan.gov/difs/news-and-outreach/faq/insurance/health-coverage-rate/questions/what-is-a-loss-ratio>, ET: 20.07.2022). Ayrıca “adjustment expense” kavramı için bkz. What is Loss Adjustment Expense (LAE)? (<https://www.investopedia.com/terms/l/loss-adjustment-expense-lae.asp>, ET: 20.07.2022). Bununla birlikte bu kavram, NAIC tarafından hazırlanmış Tüketici Kredi Sigortası Model Yönetmeliği’nde (bir değerlendirme döneminde) yapılan sigorta bedeli/tazminatı ödemelerinin, elde edilen prim geliri ve elde edilemeyen primler nedeniyle hak edilen faiz kazancı toplamına bölünmesiyle bulunacak (oran) olarak, daha farklı bir şekilde tanımlanmıştır. Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation 1994, Alternative Section 2/E (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

<sup>48</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation 1994, Alternative Section 4/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

<sup>49</sup> ABD’de fahiş primlerin alınmasını engellemek için iki yaklaşım geliştirildiği görülmektedir. Bunlardan ilki, bu sigortalar bağlamında alınacak primin doğrudan azami bir oranla sınırlandırılmasıdır. İkinci yaklaşım ise hasar prim oranının belli bir aralıkta olmasını zorunluluğu getirmektedir ki bu durumda sigortacı bu kurala uymak zorunda kalacağı için prim oranları da dolaylı olarak sınırlandırılmış olmaktadır. Bu konuda daha fazla bilgi için bkz. DAVIS / ETTER / BLYTHE / FREUND, s. 732 vd.

<sup>50</sup> Bu kavram, ödenen komisyonlar gibi sigorta prim geliri elde etmek için yapılan masrafları anlatmak için kullanılmaktadır. Bkz. Acquisition Costs (<https://actuarialtoolkit.soa.org/tool/glossary/acquisition-costs>, ET: 30.07.2022).

<sup>51</sup> Bahsedilen, eyalet sigorta departmanı tarafından oluşturulan fona, sigorta şirketleri tarafından sağlanan katkılardır. Bkz. Connecticut’s Insurance Fund Assessment Methodology ([https://www.ct.gov/pri/archives/fcid/20121220FINAL\\_Full.pdf](https://www.ct.gov/pri/archives/fcid/20121220FINAL_Full.pdf), ET: 30.07.2022).

<sup>52</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Alternative Section 8A/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

Bu noktada sigortacının, kredi veren başta olmak üzere tüketici kredi sigortasının yapılması nedeniyle üçüncü kişilere ödediği komisyon vb. ücretlerin üzerinde özellikle durulduğu da belirtilmelidir. Nitekim kredi verenlere ödenen komisyonlar, bu sigortalarda alınan primin yükselmesinin ana nedeni olarak görülmektedir<sup>53</sup>. Zira kredi verenlere ödenecek komisyonları sınırlandıran bir düzenleme olmadıkça sigortacıların rekabet etmek ve daha çok “sigorta satmak” için kredi verenlere cazip görünecek daha yüksek komisyonlar ödemek zorunda kalacağı ifade edilmektedir<sup>54</sup>. Tabii bu durum tüketicilerin daha yüksek primler ödemesine yol açacaktır. Bu nedenle örneğin NAIC’nin Model Yönetmeliği’nde sigortacının ödeyeceği ücretlerin, en çok %25’i kredi verene olmak üzere, kredi verenden tahsil edilecek primin %30’undan daha fazla olamayacağı belirtilmiştir<sup>55</sup>.

Ülkemizde ise, tüketici kredi sigortaları dâhil, sözleşmenin akdinden evvel sigorta yaptırmak isteyen kişiden ücret alınması yasak değildir. Ancak Türk Ticaret Kanunu’nun<sup>56</sup> (TTK) 1405/2. maddesine göre teklifnamenin verilmesi sırasında yapılmış ödemeler, sözleşmenin yapılmasından sonra prim olarak kabul edilecek veya ilk prime sayılacaktır. Ancak sigorta sözleşmesi akdedilmezse sigortacının bu ödemeleri kesinti yapmadan faiziyle iade etmesi zorunludur.

Öte yandan ülkemizde sigorta şirketlerinin kredi tüketici sigortalarına özgü prim tarifesi hazırlama yükümlülüğü olsa da sigorta sözleşmesi ile sağlanacak menfaate uygun prim oranlarının tespit edilmesi, bu bağlamda hasar-prim oranının belli bir aralıkta olması gerekliliğine ilişkin açık bir düzenleme yoktur. Dahası tüketici kredi sigortası nedeniyle kredi veren ve diğer araçlara ödenecek ücretlere ilişkin de bir düzenleme yapılmamıştır ki bu büyük bir eksikliklerdir. Yönetmelik’te sadece kredi hayat sigortalarında risk primi hesabında gerçek yaş veya ortalama yaşın kullanılabilmesi belirtilmekle yetinilmiştir (m. 11/3)<sup>57</sup>.

Sigorta primleriyle ilgili haksız uygulamaların görüldüğü ikinci durum, sigortanın herhangi bir nedenle vaktinden önce sona ermesi hâlinde, yapılacak prim iadesine ilişkindir.

ABD’de, ister bireysel ister grup şeklinde yapılmış olsun, herhangi bir tüketici kredi sigortasının - sigorta bedelinin/tazminatının ödenmesi nedeniyle sona ermesi hariç<sup>58</sup>- süresinden önce sona ermesi hâlinde, işlemeyen sigorta süresine ilişkin olup önceden belirlenen asgari bir tutarın üstündeki her primin iadesi yükümlülüğünün getirildiği ve primin iadesinin hesaplanmasında kullanılacak yöntemlerin de doğrudan yasalarla belirlenip yetkili makamların onayına tabi tutulduğu görülmektedir<sup>59</sup>. Ancak asıl dikkati çeken nokta, temel ilke olarak, iade miktarının, sigortanın sonlandırılan kısmı için (sonlandırılmış olmasaydı) sağlanacak menfaate -yani ödenmesi icap edecek sigorta bedeli/tazminatı ve benzerine- karşılık alınması icap eden ve sözleşmenin yapıldığı sırada yürürlükte olan tarifeye göre hesaplanmış prim miktarına eşit olacak şekilde kredi alan lehine olması, dolayısıyla sigortacıların iadelerde kullanacakları formüllerin de bu ilkeye göre hazırlanmasının şart koşulmuş olmasıdır<sup>60</sup>.

<sup>53</sup> Bkz. KEDZIE, s. 79.

<sup>54</sup> Bu durum “ters rekabet” (*reverse competition*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. RUBIN, s. 145.

<sup>55</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation 1994, Section 5/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

<sup>56</sup> 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

<sup>57</sup> Geleneksel olarak prim oranlarının tespitinde sigortalının yaşı bir kriter olarak kullanılır. Oysa tüketici kredi sigortalarında farklı olarak sigortacıların, 18 yaş altı ve 65 yaş üzeri bireyler hariç, prim oranlarını sigortalı olacak kişinin yaşını dikkate almadan belirlemeleri söz konusudur. Yönetmelik’teki bu hükümlerle, bu hususa işaret edilmektedir. Bkz. KEDZIE, s. 78.

<sup>58</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/B(4), Section 6/A (5), Alternative Section 8A/B (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>59</sup> Örneğin, NAIC’nin Model Kanunu’nda prim iadelerinin hesabında, “beklenti kuralı (*rule of anticipation*)” veya “aktüeryal yöntem (*actuarial method*)” olarak bilinen yöntemin veya sigorta temsilcisi tarafından belirlenecek başka bir yöntemin kullanılabilmesi belirtilmektedir. Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Alternative Section 8A/B Drafting Note (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>60</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Alternative Section 8A/B (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

Türk hukuku bakımından Yönetmelik'te ise sigorta sözleşmesinin poliçedeki vadesinden evvel sona erdirilmesi durumunda, yapılacak prim iadesine ilişkin düzenleme 11. maddede yapılmıştır. Buna göre kredi alan, sigortanın başlangıç tarihinden itibaren kredi verenin istediği şartlarda bir başka sigorta sözleşmesi yaptırırsa kredi veren vasıtasıyla yapılmış sigorta, başlangıç tarihinden itibaren iptal edilecek ve ödenen primler kesintisiz bir şekilde iade edilecektir. Ancak bir aydan sonraki iptallerde ya gün esaslı üzerinden prim iadesi yapılacak veya ayrılma değeri ödenecektir. Aslında Amerikan hukukunda da sigorta poliçesinin veya sertifikasının kredi alana ulaştığı tarihten bir ay geçtikten sonra yapılacak fesihlerde ancak hak edilmeyen prim kısmının iade edileceği düzenlenmiştir<sup>61</sup>. Ancak aynı zamanda bu iade miktarının, sigortanın sonlandırılan kısmı için (sonlandırılmasaydı) sağlanacak menfaate karşılık, alınması icap eden prim miktarına eşit olacak şekilde, kredi alan lehine olması gibi bir şart da getirilmiştir. Yönetmelik'te ise bir aydan sonraki fesihlerde primden yapılacak kesintiler için böyle bir temel ilkenin benimsendiği söylenemez.

### C. Tüketici Kredi Sigortasının Süresiyle İlgili Ortaya Çıkabilecek Haksız Uygulamalar ve İlgili Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Tüketici kredi sigortasının süresi bağlamında ortaya çıkan haksız uygulamaların başında, kredinin vadesi ile uyumlu olmayan sigortaların yapılması gelmektedir. Böylece tüketici daha çok prim ödemek zorunda kalır.

Bu durumun engellenmesi için Yönetmelik'in 10/2. maddesinde kredi bağlantılı meblağ sigortalarında, sigorta süresinin kredi vadesine uyumlu olacak biçimde uzun süreli veya yenilemeli şekilde akdedilebileceği ifade edilmektedir. Buna göre örneğin beş yıl vadeyle alınan bir kredi için doğrudan beş yıl süreli bir sigorta yaptırılabilir gibi, yenilenmek üzere birer yıllık sigorta da yaptırılabilir. Bu şekilde yenilemeli yapılan sigortalarda son yenileme döneminde, sigorta süresinin kredinin vadesine denk düşmesi için bir yıldan kısa süreli sigorta da yapılabilir.

Öncelikle Yönetmelik'te, sigorta süresinin kredinin vadesiyle bağlantısı hususunda, niye sadece meblağ sigortalarıyla sınırlı olarak düzenleme yapıldığının anlaşılacağı belirtilmelidir. Zira sigortanın kredinin vadesiyle uyumlu yapılması koşulunun gerekçesi prim miktarının artışının önlenmesidir. Aynı gerekçe kredi bağlamında yapılacak zarar sigortaları için de geçerlidir. Örneğin ABD'de, yine NAIC tarafından hazırlanmış ve krediyle alınmış veya bir kredinin teminatı olan eşyanın temini için yapılan kredi eşya sigortalarını düzenleyen Kredi Şahsi Eşya Sigortası Model Kanunu'nda (*Credit Personal Property Insurance Model Act*) belirli süreli kredi bağlamında yapılan sigortaların süresinin, kredinin vadesini aşamayacağı açıkça düzenlenmiştir<sup>62</sup>. Benzer olarak tutulu satış yöntemi ile bir taşınmaz alan kişinin, aldığı krediyi geri ödememesi ihtimaline karşı ödünç vereni temin için yapılan tutulu satış sigortasında (*private mortgage insurance*) da süre esas olarak kredinin vadesine göre belirlenmektedir<sup>63</sup>.

Öte yandan NAIC'nin Model Kanunu'nda, Yönetmelik'ten farklı olarak, tüketici kredi sigortasının en başta kredi borcunun vadesine eş bir süre için yapılacağı varsayımıyla hareket edildiği de görülmektedir. Nitekim bu varsayımına uygun olarak sadece sigortanın başlangıç ve bitiş tarihleri düzenlenmiştir. Buna göre kredi alanın sigortanın yapılmasını kredi işleminin yapıldığı anda veya öncesinde kabul ettiği durumlarda, sigorta süresi sigortacının da kabulüne bağlı olarak, kredi verenin borç altına girdiği anda başlayacaktır. Ancak kredi verenden sigortalanabilme koşullarını karşıladığına ilişkin kanıt talep edilmişse ve bu kanıt, kredi verenin borç altına girdiği tarih itibarıyla 30 günden sonra sunulmuşsa sigorta süresi ancak sigortacının bu kanıtın tatmin edici olduğuna karar verdiği tarihte başla-

<sup>61</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A(5) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>62</sup> Bkz. NAIC Credit Personal Property Insurance Model Act 2009, Section 4/C (<https://content.naic.org/sites/default/files/MO365.pdf>, ET: 05.08.2022).

<sup>63</sup> Bkz. JOHNSTONE, Quintin: "Private Mortgage Insurance", *Wake Forest Law Review*, 2004, Cilt 39, s. 794.

tılabilir<sup>64</sup>. Buna karşılık kredi alanın sigorta yapılmasını kredi işleminden sonraki bir tarihte kabul ettiği durumlarda, sigortacının da kabulüne bağlı olarak sigorta süresinin borçlunun verdiği karardan sonraki ancak sigortacının da riski kabul etmesinden itibaren 30 gün içinde, “geri ödeme planındaki belirli bir tarih” gibi objektif bir metoda göre tespit edilmiş bir tarihte başlatılması gerekmektedir<sup>65</sup>. Sigortanın yürürlüğe girdiği tarihte var olan borçlarla ilgili teminat sağlayan grup sigortalarında ise belli bir kredi borcu için yapılacak sigortanın grup sigortasının yürürlüğe girdiği tarihten önce başlatılmayacağı kabul edilmiştir<sup>66</sup>. Ayrıca NAIC’nin Model Yönetmeliği’nde grup sigortasının sona ermesinin, sigortalı kredi verenler üzerindeki etkisi de düzenlenmiştir. Buna göre grup tüketici kredi sigortasının yapıldığı ve primin de toptan veya bir aydan daha uzun bir süre için peşin olarak ödendiği durumlarda, sigorta herhangi bir nedenle sona erdiğinde, gruptaki herhangi bir borçluya ilgili teminat, primin ödendiği sigorta dönemi boyunca devam edecektir<sup>67</sup>. Buna karşılık primin aylık bazda ödendiği durumlarda, aynı veya farklı bir sigortacı tarafından aynı veya daha büyük bir sigorta bedeliyle ve teminatın sürekliliğinde bir kesinti olmadan yeni bir sigorta sözleşmesiyle yeni bir teminat sağlanmadığı sürece, gruptaki sigortaların da sona ereceği bunun sona erme tarihinden en az 30 gün öncesinden borçluya bildirilmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>68</sup>.

Tüketici kredi sigortalarının sona erme tarihine gelince, Model Kanun’da tüketici kredi sigortasının bitiş tarihinin bağlantılı olduğu kredinin vadesinden önceki bir tarihe, aynı tarihe veya sonraki bir tarihe denk getirilebileceği ifade edilmektedir. Bununla birlikte değişken faizli bir krediyle veya borcun ertelenmesi (*deferral*)<sup>69</sup>, yenilenmesi (*renewal*)<sup>70</sup>, yeniden yapılandırılması (*refinance*)<sup>71</sup> veya borcun konsolidasyonu (*consolidation*)<sup>72</sup> bağlantılı olarak borçlu tarafından imzalanmış yazılı bir anlaşmaya binaen veya borçluya ek bir ücret yüklenmeden uzatıldığı hâller hariç, bir tüketici kredi sigortasının süresinin borcun vadesinin bitiminden en çok 15 gün sonraya kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir<sup>73</sup>.

Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere ülkemiz bakımından meselenin düzenlendiği Yönetmelik’te kredi vadesine eş süreli tek bir sigorta sözleşmesinin yanı sıra yenilemeli şekilde sigorta yapılmasına da izin verilmiştir. Bu yönden kredi vadesine eş tek bir sigorta sözleşmesinde, alınacak primin daha düşük olacağı, Yönetmelik’in 13/2. maddesinde yer alan ve sigortacının risk kabul yönetmeliğinde belirlenen yenileme kriterlerinin kredi vadesince kredi alan aleyhine değiştirilemeyeceğine dair düzenlemeye rağmen, yenilemeli olarak akdedilecek sigorta sözleşmelerinde yenilemeye bağlı primin de yükseleceği söylenebilir.

<sup>64</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/A (1) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>65</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/A (2) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>66</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/A (3) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>67</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation, Section 3/C (1) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

<sup>68</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation, Section 3/C (2) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

<sup>69</sup> Bu kavram, belli şartların gerçekleşmesi hâlinde, borçlunun faiz dâhil borcunu belli bir süre için ödemek zorunda olmamasını ifade eder. Bkz. Deferment Period, (<https://www.investopedia.com/terms/d/defermentperiod.asp#:~:text=A%20deferment%20period%20is%20an,end%20of%20the%20deferment%20period>, ET: 03.09.2022).

<sup>70</sup> Bu kavramla borcun, sadece vadesinin uzatılması ifade edilmektedir. Bkz. Difference Between Refinance & Renewal, (<https://www.sapling.com/12069751/difference-between-refinance-renewal>, ET 03.09.2022).

<sup>71</sup> Yenileme kavramıyla var olan bir borcun tamamen yenisiyle değiştirilmesi ifade edilmektedir. Bkz. Difference Between Refinance & Renewal (<https://www.sapling.com/12069751/difference-between-refinance-renewal>, ET: 03.09.2022). Ayrıca krş. ÖNAY, Işık: *Yenileme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 1.

<sup>72</sup> Bu kavram, birden çok borcun, daha düşük faiz oranı gibi genellikle daha iyi geri ödeme şartlarıyla birlikte tek bir borç hâline getirilmesini ifade etmektedir. Bkz. Debt Consolidation (<https://www.investopedia.com/terms/d/debtconsolidation.asp>, ET: 03.09.2022).

<sup>73</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/B (2) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

Bu başlık üzerinde durulması gereken ikinci mesele kredi borcunun ertelenmesi, yeniden yapılandırılması veya konsolide edilmesi gibi durumlarda kredi ile bağlantılı olarak yapılmış sigortanın akıbetidir. Nitekim hâlihazırda akdedilmiş sigorta sonlandırılmadan ve sonlandırılan süreye ilişkin prim iadesi yapılmadan yeniden bir sigortanın yapılması, kredi alanın yeni bir komisyon, sigortacının yeniden prim almasını sağlar ama tüketicinin fazladan ödeme yapmasına da yol açar<sup>74</sup>. Ülkemizde bunu önlemek için Yönetmelik'te krediyle bağlantılı yapılan meblağ sigortalarının, kredi borç yapısında değişiklik olması durumunda kredi alanın onayının alınması koşuluyla, mevcut koşullarıyla devam ettirilebileceği, sonlandırılabilirliği veya borç yapısında gerçekleşen değişikliğe göre mevcut sigorta teminat tutarı ve süresinde değişiklik yapılabilirliği düzenlenmiştir (m. 10/3).

Buna karşılık Amerikan hukukunda ise tek seçenek olarak ilgili borç için yapılmış sigortanın konsolide edilen, yenilenen veya yeniden yapılandırılan bu borçla bağlantılı olarak herhangi yeni bir sigorta yapılmadan önce sona erdirilmek zorunda olduğu düzenlenmiştir<sup>75</sup>.

Öncelikle Yönetmelik'teki düzenlemeye göre kredi borç yapısındaki değişikliğe rağmen sigortacının verdiği teminatın aynı koşullarda devam ettirilmesi düşük bir ihtimaldir. Bu durumda ya var olan poliçe koşullarında değişikliğe gidilecek veya bu sigorta sonlandırılarak yenisi yapılacaktır. Özellikle ikinci ihtimalde, kredi alandan yeniden prim alınması gündeme gelecektir. Gerçi bu durumda TTK'nın 1419. maddesi uyarınca sonlandırılan sigortaya ilişkin işlemeyen günlere ait ödenmiş primlerin iadesi istenebilir. Ancak kredi alan bu olanağı ancak sigorta ettiren ise kullanabilecektir. Dolayısıyla Yönetmelik'te kredi borç yapısındaki değişikliğin kredi alana yüklenen prim üzerindeki etkisinin ne olacağı hususunun da düzenlenmesi gerektirdi.

Bu mesele altında, kredi borcunun vadesinden önce ödenmesinin, sigorta sözleşmesine olan etkisi üzerinde de durulmalıdır. Türk hukuku bakımından Yönetmelik'te kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarında kredi borcunun belirlenen vadeden önce geri ödenmesi hâlinde kredi kullananın kredi kuruluşu tarafından bilgilendirilmesi ve onayının alınması koşuluyla, sigortanın mevcut koşullarıyla devam ettirilebileceği, sonlandırılabilirliği düzenlenmiştir (m. 10/3). Bu düzenlemeye getirilecek temel eleştiri kredinin vadeden önce geri ödenmesi durumunda sigortanın devamına niye izin verildiğidir. Kredi borcu yoksa kredi bağlantılı bir sigorta da olamaz. İstenirse, örneğin kredi hayat sigortası sonlandırılarak geleneksel bir hayat sigortası yapılabilir.

Nitekim NAIC'nin Model Yönetmeliği'nde kredinin tamamının erken ödenmesi durumunda, bununla bağlantılı olarak yapılan tüm sigortaların sona ereceği ve uygun bir prim iadesinin yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Model Yönetmelik'e göre kredi iş göremezlik (*credit disability insurance*), kredi işsizlik (*credit unemployment insurance*) ve kredi sağlık sigortası (*credit health insurance*) kapsamında, yapılan sigorta bedelinin ödenmesi talebinin sigortacı tarafından incelendiği bir dönemde erken ödeme yapılmışsa iade edilmesi gereken primin miktarı sanki erken ödeme, dönemsel olarak ödenecek sigorta bedellerinin ödenip biteceği ana kadar yapılmamış gibi kabul edilmek suretiyle belirlenecektir. Ayrıca sigorta bedelinin ödendiği iş göremezlik veya işsizlik dönemlerinde de prim iadesi yapılmayacak, iade edilecek primin miktarı erken ödeme bu işsizlik veya iş göremezlik döneminin sonunda gerçekleşmiş gibi hesaplanacaktır<sup>76</sup>. Böylece sigorta bedelinin kısım kısım ödendiği sigortalarda, sigortacının sigorta bedelini ödeme borcunu yerine getirmek suretiyle hak edeceği prim kısmının, yapılan erken ödeme sayesinde iadesinin önüne geçilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda sigorta ile temin edilen riskin gerçekleşmesi nedeniyle sigorta bedelinin tamamının tek bir defada ödendiği (kredi borcunun bu surette kapatıldığı) durumlarda bir iade doğal olarak söz konusu olmayacaktır.

<sup>74</sup> Bkz. DAVIS / ETTER / BLYTHE / FREUND, s. 730, 731; KEDZIE, s. 78.

<sup>75</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/B (3) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>76</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Regulation, Section 3/G (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-370.pdf>, ET: 01.08.2022).

Bu başlık altında anılması gereken dördüncü mesele ise krediyle bağlantılı olarak yapılan sigortanın vaktinden önce sona erdirilmesidir. Bu meselenin gerek Amerikan gerek Türk hukukunda kredi alanı korumak amacıyla, kredi verenle bağlantılı olan sigortacıdan yaptırılan sigorta sözleşmeleri bağlamında ve sonlandırılan sigortaya ilişkin primin akıbeti üzerinden düzenlendiği söylenebilir:

Bu meseleye ilişkin olarak NAIC tarafından hazırlanan Model Kanun'da, kredi alanın sigortacıya önceden yapacağı ihbarla tüketici kredi sigortasını herhangi bir zamanda sonlandırabileceği, poliçe veya sertifikaya bu ihbarın yazılı olma ve/veya poliçe veya sertifikanın teslim edilmesi koşulunun konulabileceği ve kredi alanın sigortayı sonlandırma hakkının aynı zamanda kredi sözleşmesi hükümlerine de tabi tutulabileceği düzenlenmiştir. Yine aynı Kanun'da kredi alanın sigortayı, sertifika veya poliçeyi aldıktan ilk otuz gün içinde sonlandırması durumunda primin tamamının, bu tarihten sonra yapılacak fesihlerde ise<sup>77</sup> hak edilmemiş primin iadesinin gerekeceği de düzenlenmiştir<sup>78</sup>.

Türk hukuku bakımından Yönetmelik'te de benzer şekilde kredi kullananın ilgili koşulları taşıyan başka bir sigorta poliçesini, mevcut poliçenin veya katılım sertifikasının başlangıç tarihinden itibaren bir ay içinde kredi kuruluşuna ibraz etmesi durumunda, mevcut poliçe veya katılım sertifikasının başlangıç tarihinden itibaren iptal edileceği, aynı koşulların sağlanması kaydıyla sonraki tarihlerde yapılacak iptal taleplerinde ise ancak gün esaslı olarak prim iadesi yapılarak veya ayrılma değeri ödenecek poliçe sonlandırılacağı düzenlenmiştir (m. 11).

Öncelikle Yönetmelik'teki bu düzenlemenin kredi alanına, talep edilen sigortayı kredi verenle bağlantısı olan sigortacıdan yaptırması için yapılacak dayatmaları önlemek amacıyla getirildiği açıktır. Bu nedenle düzenlemenin uygulama alanının, kredi verenle bağlantılı olan sigorta şirketinden yaptırılan tüketici kredi sigortası sözleşmeleriyle sınırlı olduğu kabul edilmesi gerektiği düşüncesindeyim. İkinci olarak meselenin kredi alanın sigorta ettiren olduğu sigortalılarla, sigortalı olduğu grup sigortalıları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerektiği, Yönetmelik'in 11. maddesinde yer alan bu düzenlemenin her iki ihtimali kapsadığı kanaatindeyim. Zira maddede mevcut poliçe veya katılım sertifikasının iptalinden bahsedilmektedir.

Buna göre kredi alanın sigorta ettiren olduğu durumlarda, öncelikle düzenlemede ilk bir ayda yapılacak iptalin, sözleşmenin baştan itibaren sonlandırılması söz konusu olduğu için cayma, bir aydan sonra yapılacak iptalin ise sözleşmenin ileriye dönük sonlandırılması söz konusu olduğu için fesih anlamında kullanıldığını kabul etmek yerinde olacaktır<sup>79</sup>. Oysa fesih ve cayma hakları ancak kanunla verilebilir. TTK veya Yönetmelik'in dayanak kanunlarından birisi olan SK'da ise Yönetmelik'te tanımlanan şekilde sigorta sözleşmesinin feshini veya sözleşmeden cayılmasını destekleyecek bir düzenleme yoktur<sup>80</sup>. Bu durumda hayat sigortasında ancak sigorta ettiren tarafından, sigortacının kendisine cayma hakkını kullanabileceğini bildirmesinden itibaren on beş gün, bu konuda bir bilgilendirme yapılmamışsa ilk primin ödenmesinden itibaren bir ay içinde cayma hakkını kullanabileceğini belirten TTK'nın 1489/1. maddesine başvurulabilir. Bu hüküm, 1510/2 madde hükmü uyarınca kaza ve 1519. madde hükmü uyarınca hastalık sigortalılarına da uygulanabilecektir. Zarar sigortalılarında ise sigorta ettirenin sigortacının sorumluluğu başlamadan önce, kararlaştırılmış primin yarısını ödeyerek sözleşmeden cayabileceğini söyleyen 1530/3. maddesine dayanılabilir<sup>81</sup>. Kredi alanın sigortalı olarak yer aldığı grup sigortalılarında ise grupta yer alan kişilerin her zaman için gruptan ayrılma hakkının olduğu

<sup>77</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A(5) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>78</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 5/B(5) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>79</sup> Bu kavramlar hakkında bkz. ÖZTAN, Fırat: *Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965, s. 123; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 697.

<sup>80</sup> Bu yönde bkz. Kredi Bağlantılı Sigortalarda Cayma, Fesih ve Ayrılma - 1 (<https://sigortacigazetesi.com.tr/kredi-baglantili-sigortalarda-cayma-fesih-ve-ayrilma-1/>, ET: 01.09.2022).

<sup>81</sup> Ancak uygulamada, kredi veren veya sigortacıların Yönetmelik'in bu hükmüne herhangi bir itirazda bulunmadıkları da söylenmelidir.



zaten kabul edilmektedir<sup>82</sup>. Yani kredi ile bağlantılı da olsa grup içinde yer alan kredi alan her zaman için gruptan ayrılabilir.

Yönetmelik'in bu düzenlemesiyle ilgili eleştirilecek bir diğer husus da sigorta sözleşmesinin ancak yenisinin yaptırılması koşuluyla sonlandırılacağına ilişkin düzenlemesidir ki böylece dolaylı yoldan sigorta yaptırma yükümlülüğü getirilmektedir. Ancak bu hususun da kanun seviyesinde düzenlenmesi gerekir. Bu nedenle yapılan düzenleme yerinde bir düzenleme olsa da meselenin kanun düzeyinde ve tüm bu ihtimaller gözetilerek düzenlenmesi en doğru yol olacaktır.

#### D. Tüketici Kredi Sigortasında Sigorta Bedeliyle İlgili Ortaya Çıkabilecek Haksız Uygulamalar ve İlgili Düzenlemelerin Karşılaştırılması

Tüketici kredi sigortalarında, sigorta bedeliyle ilgili olarak ortaya çıkacak haksız uygulamaların engellenmesi için, açıktır ki, sigorta bedelinin kredi bedeline uygunluğunun sağlanması gerekir. Nitekim sigorta bedeli yükseldikçe ödenecek prim de artacaktır. Bunun için Yönetmelik'in 10./1. maddesinde kredi bağlantılı yapılan meblağ sigortalarında kredinin kalan tutarıyla uyumlu olmasını teminen - sigorta bedelinin kredi anaparası, faizi ve benzeri ferî yükümlülükler de dikkate alınarak- yıllık, aylık, üç aylık gibi azalan tutarlı şekilde belirlenmesinin gerektiği düzenlenmiştir.

Öncelikle Yönetmelik'te sigorta bedelinin krediyle bağlantısı hususunun da niye sadece meblağ sigortalarıyla sınırlı olarak düzenlendiği anlaşılmamaktadır. Nitekim aynı maddenin 4. fıkrasında konut finansmanı<sup>83</sup> kapsamında kullanılan kredilerle ilgili olarak kredi konusu konut için yapılan sigortanın bedelinin kredi tutarından bağımsız olduğu, bu sigortalarda sigorta bedelinin konutun yeniden yapım maliyeti esas alınarak belirleneceği ancak bu maliyetin tespitinde arsa değerinin dikkate alınmayacağı ifade edilmektedir. Buna göre tüketici, yeniden yapım maliyetine göre 1.000.000 TL değerindeki bir ev için konut finansmanı kapsamında 500.000 TL kredi aldığı anda, sigorta bedeli konutun yeni değerine göre tespit edilecektir ki bu durumda sigorta primi de doğal olarak artacaktır. Ayrıca maddede deprem sigortası gibi zorunlu sigortalarda sınırlı bir düzenleme de yapılmamıştır. Kaldı ki zorunlu deprem sigortasında dahi sigorta bedeli, binanın yeniden yapım değeri esas alınarak hesaplanmamaktadır<sup>84</sup>. Gerçi risk gerçekleştiğinde kredi verene ancak kredi borcu oranında ödeme yapılacaktır, üstü kredi alana verilecektir. Yine de zorunlu sigortalarda getirilen limit sınırlandırmaları hariç, zarar sigortalarındaki sigorta bedeli de kredi miktarıyla sınırlandırılmalı, en azından kredi borcunun üstünde bir bedelle sigortanın yapılması, olması gerekenden daha çok prim yükü altında kalacak olan kredi alanın iradesine bırakılmalıydı.

Nitekim Amerikan hukukunda, NAIC tarafından hazırlanmış olan Kredi Şahsi Eşya Sigortası Model Kanunu'nda belirli süreli kredi bağlamında yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin kural olarak kredi miktarını aşmayacağı düzenlenmiştir<sup>85</sup>. Benzer olarak, gerek devlet destekli gerek özel, tutulu satış sigortasının da yurt dışı uygulamasında sigorta bedeli en çok kredi miktarı kadar belirlenmektedir.

<sup>82</sup> Bkz. ÇİFTÇİ, Tuğba: *Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 254 vd.

<sup>83</sup> TKHK'nın 31/1. maddesinde konut finansmanı sözleşmesi, "konut edinmeleri amacıyla tüketicilere kredi kullanılması, konutların finansal kiralama yoluyla tüketicilere kiralanması, sahip oldukları konutların teminatı altında tüketicilere kredi kullanılması ve bu kredilerin yeniden finansmanı amacıyla kredi kullanılmasına yönelik sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır.

<sup>84</sup> Nitekim Zorunlu Deprem Sigortası Tarife ve Talimatı'nın 9. maddesinde, zorunlu deprem sigortası yapılan bağımsız bölüm veya binanın yeniden yapım değerinin bu Tarife ve Talimat'ın 4. maddesine göre hesaplanan sigorta bedelinden yüksek olması durumunda, söz konusu sigorta bedelini aşan kısım için zorunlu deprem sigortasının yapılmış olması kaydıyla, özel sigorta şirketleri tarafından ihtiyari deprem sigortasının yapılabileceği ifade edilmiştir. Bu düzenlemede yer verilen "sigorta bedelini aşan kısım için zorunlu deprem sigortasının yapılmış olması kaydıyla" ifadesinin sehven yazıldığı düşüncesindeyim. Zira zorunlu sigorta, Tarife ve Talimat'ın 4. maddesi uyarınca belirlenen sigorta bedeline kadar söz konusu olabilir. Bunun üstünde kalan ve konutun yeni değerine kadar olan kısım için ihtiyari sigorta yapılabilecektir. Benzer bir hükme Zorunlu Deprem Sigortası Genel Şartları'nın C. 3. maddesinde de yer verilmiştir.

<sup>85</sup> Bkz. NAIC Credit Personal Property Insurance Model Act 2009, Section 4/B (<https://content.naic.org/sites/default/files/MO365.pdf>, ET: 05.08.2022).

Öte yandan, Yönetmelik'te kredi bağlantılı zarar sigortaları hariç bırakılarak, sadece meblağ sigortaları için genel bir düzenleme yapılmışken NAIC'nin Model Kanunu'nda her bir tüketici kredi sigortası için ayrıca düzenleme yapılarak risk gerçekleştiğinde kredi borcuna göre aşırı bir sigorta bedelinin ödenmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu da sigorta bedeli, verilen kredi borcunun fiili net miktarı veya tarifedeki [geri ödeme planındaki (*scheduled net debt*)] net miktarıyla bir karşılaştırma yapılarak sağlanmaya çalışılmıştır. Buna göre kredi hayat sigortası için genel kural, sigorta bedelinin, fiili net borç miktarı (*actual net debt*)<sup>86</sup> veya tarifedeki net borç miktarından hangisi büyükse, o miktarı hiçbir zaman aşamayacağı şeklindedir. Ancak belli durumlarda bu miktardan daha az sigorta bedelinin tespitine de izin verilmiştir<sup>87</sup>. Kredi iş göremezlik, kredi işsizlik ve kredi sağlık sigortalarında ise sigorta bedeli dönemsel olarak -kural olarak aylık- bazda ödenir<sup>88</sup>. Bu kapsamda Model Kanun'da risk gerçekleştiğinde aylık bazda ödenecek sigorta bedelinin toplamının tarifede yer alan brüt borç miktarının ödenmeyen taksit toplamını aşamayacağı düzenlenmiştir. Aylık olarak ödenecek sigorta bedeli miktarı da brüt borç miktarının (kredi vadesine göre) aylık bazda bölünmüş taksit miktarlarını aşamayacaktır. Öte yandan belirsiz süreli kredi bağlamında yapılmış sigortalarda ise sigorta bedeli, dönemsel olarak ödenecek sigorta bedeli miktarı üzerinden belirlenen (o ay) tahakkuk eden brüt borç miktarını aşamayacaktır ki Model Kanun'da dönemsel olarak ödenecek sigorta bedelinin miktarının da poliçede belirlenmiş azami miktara tabi olarak kredi verenin asgari ödeme miktarından az olamayacağı ifade edilmiştir<sup>89</sup>.

### E. Kredi Borcu İçin Sigortalının Varislerinin Takip Edilmesi Meselesi

Daha önce de ifade edildiği üzere ülkemizde kredi verenler, sigorta poliçesinde veya sertifikasında dain-i mürtehin olarak gösterilerek, risk gerçekleştiğinde, sigortacının sigorta bedelinin veya tazminatının, kredi borcunun kapanmasını sağlayacak miktarının öncelikli olarak kredi verene ödenmesi sağlanmaktadır. Ancak sigortacının, ihbar yükümlülüğünün ihlali vb. bir nedenle ödemeyi reddettiği durumlarda, bankalar sigortacının ret kararına karşı dava açmak yerine, alacakları için sigortalının varisleri aleyhine takip başlatmayı tercih edebilmektedirler. Sigortacının verdiği ret kararına karşı, varisler tarafından açılan davalarda ise işin esasına girilmesi için dain-i mürtehin sıfatını taşıyan bankadan sigorta bedelinin veya tazminatın varislere ödenmesine dair onay vermesi veya kredi borcunun kapatılmış olması aranmaktadır<sup>90</sup>. İşte bu gibi durumlarda Yargıtayın takındığı tutum ise irdelenmeye değerdir. Nitekim, sigortalının varisleri aleyhine başlatılan icra takipleri bağlamında açılan itirazın iptali ve menfi tespit davalarında, yüksek mahkemenin bankaların alacaklarının tahsili hususunda dürüstlük kuralına dayanarak, sigortalının varisleri ve sigortacı arasında sıra belirleyerek, ilk önce sigortacıya başvurması veya dava açması gerektiğini içtihat ettiği görülmektedir.

Mesela kredi veren banka tarafından aleyhlerinde icra takibi başlatıldığı anlaşılan sigortalının varislerinin, hem sigorta bedelinin ödenmesi talebiyle sigortacı hem borçlu olmadıklarının tespiti amacıyla banka aleyhine açtıkları ve birleştirildiği anlaşılan davaların söz konusu olduğu bir olayda, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi kredi veren bankanın onay vermemesini sigortacı ile aynı sermaye grubuna ait

<sup>86</sup> Model Kanun'da net borç (*net debt*) kavramı, hak edilmemiş faizler ve diğer finansman ücretleri hariç olmak üzere, kalan borcun tek bir toplu ödemede tasfiyesi için gerekli olan miktar; brüt borç (*gross debt*) kavramı ise borçlunun alacaklıya borçlu olduğu kalan ödemelerin toplamı olarak tanımlanmıştır. Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 2/B (10-13) (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>87</sup> Model Kanun'da özellikle kredi hayat sigortası için yapılan düzenlemeler çok ayrıntılıdır. Ancak çalışmanın kapsamı buna izin vermediği için temel hususlar alıntılanmıştır. Bu düzenlemeler için bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 4/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>88</sup> Bkz. MINICK, s. 84; DAVIS / ETTER / BLYTHE / FREUND, s. 720.

<sup>89</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 4/B (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>90</sup> "Dain-i mürtehin olarak sigorta şirketinden tazminat talep etmek hakkının da öncelikle Halk Bankası A.Ş.'ye ait olması gerekir ve sigortalı ancak dain-i mürtehinin açık muvafakatini almak suretiyle tazminat istemek hakkına sahip olur. ... Banka tarafından kredi borcunun kapatıldığı bildirildiğine göre, menfaati kalmayan bankanın davaya muvafakatinin aranmasına gerek yoktur". Bkz. Yargıtay, 17. HD, T. 29.06.2020, E. 2018/5486, K. 2020/4067.

olması hasebiyle dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelemiştir<sup>91</sup>. Olayda, ilk derece mahkemesinin, sigorta bedelini talep hakkının öncelikle rehin hakkı sahibi kredi veren bankaya ait olduğu, dolayısıyla varislerin aktif dava açma hakkının bulunmadığı gerekçesiyle verdiği ret kararı, Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtayın bozma kararının gerekçesi ise şu şekildedir:

*“Davalı ... hayat sigortası poliçesinde daini mürtehin olarak yer almaktadır... Davalı banka davaya muvafakat etmediği yönünde cevap vermiştir. Ancak, davacılar murisinin kredi borcunun poliçe kapsamında sigorta şirketinden tahsili konusunda davalı/alacaklı Vakıflar Bankasının hareketsiz kalması ve açılan davaya da muvafakat etmemesi, Vakıflar Bankası ile davalı sigorta şirketi olan ...nin aynı sermaye grubuna dahil olduğu gözetildiğinde TMK'nın 2. maddesine aykırıdır. Bu durumda, davacının talebinin sigorta tazminatının tahsiline ilişkin olmayıp menfi tespit istemine ilişkin olduğu, banka aleyhine açılan menfi tespit davasında sigorta şirketinin de zorunlu dava arkadaşı bulunduğu, birleştirilen dava ile bu usuli eksikliğin giderildiği de dikkate alınarak davacının işbu davayı açabileceğinin ve davalı ... Bankasının iş bu davaya muvafakat etmemesinin sonuca etkili olmadığı kabulü gerekir.”*

Gerçekten de uygulamada, kredi bağlantılı sigortalar, çoğunlukla bir yandan kredi veren alacaklı bir yandan ise sigortacının acentesi sıfatı ile hareket eden banka şubeleri aracılığıyla düzenlenmekte ve daha önce de ifade edildiği üzere banka, alacaklı olması hasebiyle ilgili sigorta sertifikası veya poliçesinde aynı zamanda dain-i mürtehin sıfatıyla yer almaktadır. Üstelik bankanın Yargıtay kararında işaretilendiği üzere aynı toplulukta yer alan bir şirket olması da söz konusu olabilmektedir.

Karar'da dayanak yapılan ve Türk Medeni Kanunu'nun<sup>92</sup> 2/1. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı uyarınca herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise dürüstlük kuralının tamamlayıcısı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş olup hukuk düzeninin bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumayacağı ifade edilmiştir. Doktrinde bir hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için hakkın sosyal ve ekonomik amacına aykırı kullanılması ve hakkın kullanımında sahibinin çıkarının olmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>93</sup>. Bununla birlikte her iki ilkenin de uygulanmasında aşırıya kaçılmaması, bu kuralların ikinci derecede uygulanması gereken kurallar olduğu, aksi hâlde hukuki emniyetin ortadan kalkacağı da ifade edilmektedir<sup>94</sup>.

Bu bağlamda banka ve sigorta şirketi aynı toplulukta yer alsada dahi bunların farklı tüzel kişiliklere sahip şirketler olduğu, bu kapsamda her bir şirketin ayrı bir işletme politikası, hesap ve çıkarlarının olduğu hatırlanmalıdır. Nitekim banka eldeki verilere göre sigortacı aleyhine açılan davada sonuç alınamayacağı, gereksiz bir masraf, emek ve zaman kaybına yol açacağı kanaatine varmış da olabilir. Dolayısıyla aynı toplulukta yer almak tek başına bankanın onay vermemek suretiyle sigorta tazminatı veya bedeli üzerindeki rehne ilişkin teminat hakkını kötüye kullandığını göstermeye yeterli bir husus değildir. Bu yönden bankanın kötü niyetinin somut durumun özelliklerine bakılarak ek bulgularla ispatlanması gerekir. Dahası kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz (Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>95</sup> m. 24/2). Ayrıca kredi alan kişinin kendisinden talep edilen sigortayı kredi veren bankanın işaret ettiği sigorta şirketinden yaptırma mecburiyeti de yoktur (SK. m. 32/5 ve Yönetmelik m. 11-13).

<sup>91</sup> Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 27.09.2017, E. 2016/2466, K. 2017/4797. Benzer bir karar için bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 12.04.2017, E. 2015/14557, K. 2017/2081.

<sup>92</sup> 22.11.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

<sup>93</sup> Bkz. ARSLAN, Ramazan: *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 34; AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 21.

<sup>94</sup> Bkz. OĞUZMAN, Kemal: “Dürüstlük Kuralına (MK. M. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 408.

<sup>95</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

İlgili kararda ayrıca davacının sigorta tazminatının tahsilini değil borçlu olmadığına ilişkin menfi tespit isteminde bulunmasına bağlı olarak bankanın onayına gerek olmadığına da işaret edilmiştir. Gerçekten de menfi tespit davasında sigorta tazminatının veya bedelinin ödenmesine karar verilmesi söz konusu olmadığından, dain-i mürtehin bankanın onayına gerek yoktur. Zira dain-i mürtehin bankanın onayı, sigortalının veya varislerinin borçlu olup olmadıklarının tespitiyle ilgili bir husus değildir. Bu onay bankanın rehin sahibi alacaklı sıfatı gereği, sigortacının sigorta tazminatı veya bedelini, varislere ödemesine izin vermesine ilişkindir. Ancak menfi tespit davasıyla borçlunun maddi hukuk yönünden borçlu olmadığı tespit edilerek kesin hüküm elde edilir<sup>96</sup>. Bu bakımdan, verilen kredi için teminat olarak bir sigortanın yapılmış olmasının, asıl borçlunun borcunu ortadan kaldırmayacağı ise açıktır. Dolayısıyla menfi tespit davasında bankanın onayının olmaması bir dava şartı olmasa da asıl borçlu hâline gelmiş olan varislerin borcunu ortadan kaldıran bir neden de değildir.

Son olarak, kararda banka aleyhine açılan menfi tespit davasında sigorta şirketinin de zorunlu dava arkadaşı olduğundan bahsedilmiştir. Bu durumda banka alacaklı olduğuna göre dava arkadaşlığının varisler ile sigortacı arasında olacağı kabul edildiği anlaşılmaktadır. Ancak tespit edebildiğim aynı minvaldeki kararlarda ayrıntı verilmediği için bu dava arkadaşlığının dayanağının ne olduğu anlaşılmamaktadır. Kaldı ki Yargıtayın böyle bir dava arkadaşlığı şartını aramadan, varisler tarafından sigortacı aleyhine açılan davalarda, banka onay vermediği sürece esasa girilemeyeceğini belirttiği pek çok kararı vardır<sup>97</sup>.

Bu kapsamda, çoğunlukla Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından verildiği ve birden çok davada<sup>98</sup> tekrarlandığı anlaşılan bir başka karar üzerinde daha durmak gerekir. Örnek olarak alıntılacağımız kararda sigortalının varisleri tarafından açılan itirazın iptali davası söz konusudur. Yargıtay, sigortacının, lehtar ve dain-i mürtehin konumunda olan bankaya karşı, tüketicinin kalp hastası veya kanser hastalığını gizlediği ve benzeri savunmalarda bulunamayacağını çünkü sigortayı düzenleyen, sigortacının kendisi veya yetkili acentesi olduğunu belirlemiştir. Yine yüksek mahkemeye göre bankanın elinde hayat sigortası poliçesi gibi kolayca alacağını tahsil etme imkânı varken, sigortacının ödeme talebini geri çevirdiği şeklindeki bir gerekçeyle, poliçe limiti kapsamında kalan alacağı için, icra takibi başlatması veya dava açması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu nedenle bankanın alacağını öncelikle sigortacıdan tahsil etmesi zorunludur ve bu banka tarafından sigortalının mirasçıları (halefleri) hakkında dava açılabilmesinin ön şartıdır. Yoksa bankanın alacağı için varisleri takip etmesi sigorta hukukunun temel ilkelerine ve sigorta yapılmasının amacına aykırılık oluşturacağı gibi, sigorta yapılmasına duyulan güven ve itimadı da zedeler. Banka sadece poliçe limitinin yeterli olmadığı bakiye alacak için tüketicinin mirasçılarından talepte bulunabilir<sup>99</sup>.

Tabii bu kararda üzerinde durulması gereken ilk husus sigortacının, sigortayı düzenleyen sigortacının kendisi veya yetkili acentesi olması hasebiyle, bankaya, sigortalının normalde sigorta teminatı verilmesini engelleyecek hastalıklarını gizlemek suretiyle ihbar yükümlülüğünü ihlal ettiği hususunun ileri süremeyeceğine ilişkin görüştür. Belirtmek gerekir ki sağlık beyanının hiç alınmamış olması veya soru formunda yer alan sorulara cevap verilmediği hâlde sigorta teminatının verilmiş olması gibi sigortacının ihbar yükümlülüğünün ihlalden doğan haklarından zımnen feragat ettiğini gösteren durumlar hariç (TTK m 1442), sırf sigorta sözleşmesinin sigortacı veya yetkili acentesi -ki bu acente kredi veren banka da olabilir- tarafından düzenlenmiş olması hâli, sigortacının, sigortalının yükümlülüklerini ihlalden doğan cayma veya fesih gibi haklarını kullanmasını engellemez. Dolayısıyla sigorta-

<sup>96</sup> Bkz. AŞIK, İbrahim / DEMİR, Ömer Faruk: “Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 26, Sayı 45, s. 345.

<sup>97</sup> Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 02.03.2015, E. 2014/17622, K. 2015/2800; YHGK., T. 15.09.2020, E. 2018/27, K. 2020/589; Yargıtay, 4. HD, T. 13.01.2022, E. 2021/19150, K. 2022/319.

<sup>98</sup> Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 24.10.2019, E. 2016/14694, K. 2019/10458; Yargıtay, 13. HD, T. 18.03.2019, E. 2016/26289, K. 2019/3448; Yargıtay, 3. HD, T. 11.05.2022, E. 2022/3223, K. 2022/4460.

<sup>99</sup> Bkz. Yargıtay, 13. HD, T. 10.02.2020, E. 2017/639, K. 2020/1772.

linin yükümlülüklerini ihlali, örneğin gerçekleşen riskle illiyet bağı olan hastalığını gizlemiş olması, sigortacının gerek bankaya gerek varislere karşı sigorta bedelini ödeme borcundan kurtulmasına neden olacaktır. Kaldı ki bankanın lehtar olarak gösterilmesi -kredi borcu ile sınırlı da olsa (TTK m. 1491/2)- menfaati sigortalanan kişinin banka olduğunu gösterir ki bu durumda varislerin sigorta bedelinin kredi borcundan artan bir miktarı olmadıkça, sigortacıya karşı bir talep hakkı zaten söz konusu olamaz.

İkinci olarak, bankanın sigortacının ret kararı karşısında dava açmayarak asıl borçlu hâline gelen varisleri takip etmesinin, başkaca somut gerekçelerle desteklenmediği sürece, tek başına kötü niyetini göstermeyeceği düşüncesindeyim. Mesela verilen tüketici lehine verilen teminat kefalet ve kefil de tacir bir kişi olsaydı, TKHK'nın 4/6. maddesi uyarınca adi kefalet hükümlerinin uygulanmasıyla öncelikle asıl borçlu tüketicinin takip edilmesi söz konusu olacaktır<sup>100</sup>.

Özetle problemin özü sigorta tazminatının veya bedelinin ödenmesi talebine ilişkin ret kararlarında haksız olma ihtimaline karşın, bankaların doğrudan dava açmaması, ayrıca dain-i mürtehin olarak onay vermemesi nedeniyle, sigortacı aleyhine dava açılmamasından kaynaklanmaktadır. Ancak bunun çözümü kredi alan veya varislerinin alınan kredi borcuna ilişkin sorumluluklarını ortadan kaldırarak kredi veren bankayı, sırf aynı şirketler topluluğuna dâhil olduğu veya sigortacı aleyhine dava açmadığı için dürüstlük kuralını ihlal ettiği gerekçesiyle dava açmaya veya onay vermeye zorlamak ya hut alacak veya rehinden doğan haklarını kullanmasını engellemek değildir. Ayrıca sigortacının sigorta bedeli veya tazminatı ödeme borcunun, sigorta ettiren ve/veya sigortalının sözleşmeden doğan yükümlülüklerine riayet etmesine bağlı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Var olan düzenlemeler ve hukuk ilkeleri altında bankanın onayı olmadan varislerce açılan davalarda esasa girilmesi, sigorta bedeli veya tazminatının varislere veya bankaya ödenmesine karar verilmesi mümkün görülmemektedir. Bu hususta dürüstlük kuralına dayanılarak bir sonuca ulaşılması için ise bankanın hakkını kötüye kullandığına dair daha somut gerekçeler ortaya koyulmalıdır.

Öte yandan Türkiye'de dain-i mürtehin kayıtlarıyla elde edilmek istenen amaca benzer şekilde, temin edilen risk gerçekleştiğinde ödenecek sigorta tazminatının öncelikli olarak kredi veren alacaklıya ödenmesini sağlamak için sigorta sözleşmesine eklenen kayıtlara Amerika Birleşik Devletleri'nde de rastlanmaktadır. Ancak farklı olarak bu kayıtların iki türü söz konusudur. Bunlardan ilki, Türkçe'ye basit kloz ("*open loss payable clause*" veya "*open mortgage clause*") olarak çevrilebilecek kayıtlardır. Bu klozlar kredi vereni, alacağı oranında sigortalı borçluya göre öncelikli olarak sigorta tazminatını talep edebilir hâle getirir<sup>101</sup>. Ancak bu kloz, temin edilen kredi verene sigortacıya karşı bağımsız, ayrı bir şekilde kullanılabileceği bir hak bahşetmez<sup>102</sup>. Bu bağlamda sigortacı, tazminatın ödenmesini engelleyecek hareketlerinden dolayı borçluya karşı sahip olduğu her türlü savunmayı, kredi veren alacaklıya karşı da ileri sürebilir<sup>103</sup>. Anlaşılacağı üzere ülkemizdeki dain-i mürtehin kayıtları daha çok bu klozlara benzemektedir.

Oysa standart klozda (*standart mortgage clause*), sigortacı ve kredi alan arasında yapılan asıl sigorta sözleşmesinin dışında, sigortacı ile kredi veren arasında, kredi verenin yararına ayrı, bağımsız bir sözleşmenin meydana geldiği kabul edilmektedir<sup>104</sup>. Bu durum, kredi alan borçlunun fiilleriyle, kredi veren alacaklının bu kloz altında elde ettiği hakları etkileyememesine yol açarak sigortacının da kredi alana karşı ileri sürebileceği savunmaları kredi verene karşı ileri sürmesine engel olur<sup>105</sup>.

<sup>100</sup> Bkz. TÜRKÖĞLU, Sumru Özlem, *Tüketici İşlemlerinde Kefalet Sözleşmesi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019, s. 78.

<sup>101</sup> Bkz. STEINMETZ, John W. / GOLDMAN, Stephen E. / SULLIVAN, Daniel F: "The Standard Mortgage Clause in Property Insurance Policies", *Tort & Insurance Law Journal*, 1997, Cilt 33, Sayı 1, s. 81, 82.

<sup>102</sup> Bkz. DWYER, James / BARNEY, Carey S.: "Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of The New York Standard Fire Policy", *The Forum*, 1984, Cilt 19, Sayı 4, s. 639.

<sup>103</sup> Bkz. DWYER / BARNEY, s. 639 - 640.

<sup>104</sup> Bkz. STEINMETZ / GOLDMAN / SULLIVAN, s. s. 82-93; DWYER / BARNEY, s. 640.

<sup>105</sup> Bkz. STEINMETZ / GOLDMAN / SULLIVAN, s. s. 82-93 vd.

Bu kapsamda borç ödenmeden evvel risk gerçekleştiğinde, kredi veren alacaklının gerek sigortacıdan talepte bulunabileceği gerek borçluyu rehnin paraya çevrilmesi veya benzeri bir yolla takip edebileceği kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Ancak bu ülkedeki tartışma, farklı olarak, kredi veren alacaklının sigortacıya karşı tek başına dava açma hakkının olup olmadığı yönünde yapılmaktadır. Bu bağlamda basit klotda esas olarak sigortacıya dava açma hakkının kredi alan borçluda olduğu ancak sigortacının da gerek kredi alan borçlu gerek kredi veren alacaklının haklarını gözetme yükümlülüğünün olduğu kabul edilmektedir<sup>107</sup>. Buna karşılık kredi veren alacaklının da gerek basit gerek standart klot altında alacağı (bir başka ifade ile menfaati) oranında, doğrudan sigortacıya karşı dava açmaya hakkının olduğu, bu hakkın standart klot bakımından çok daha geçerli olduğu da ifade edilmektedir<sup>108</sup>.

## F. Bilgilendirme Yükümlülüğü

Tüketicilerin bu sigortalar bağlamında maruz kalabilecekleri haksız uygulamaların önüne geçmenin bir diğer yolu da tüketicilere bu sigortalara özgü hususlar hakkında bilgi verilmesini sağlamaktır.

Nitekim Yönetmelik'in 7. maddesi de bilgilendirme yükümlülüğüne ayrılmıştır. Bu düzenlemeye getirilecek temel eleştiri, bilgilendirmenin asıl yükümlüsü kredi verenmiş gibi bir izlenim yaratılmış olmasıdır. Her ne kadar bahsi edilen maddenin 5. fıkrasında sigortacının (şirketin), kredi veren kuruluşun gerektiği gibi bilgilendirme yapması için gerekli tedbirleri almak zorunda olduğundan bahsedilse de, mesela 1 ve 7. fıkralarda tüketici kredi sigortalılarıyla ilgili olarak, gerek kredi sözleşmesi yapılmadan önce gerek sigorta akdinden sonra sadece kredi kuruluşu anılarak onun tarafından kredi kullanana bilgi verileceği belirtilmiştir. Oysa krediyle bağlantılı da olsa bilgilendirme bir sigorta sözleşmesi için yapılacaktır. Bu sigorta sözleşmesinin tarafı ise kredi veren değil, sigortacıdır. Kredi veren sadece sigortacının acentesi konumundadır. Bilgilendirme yükümlülüğü sigorta sözleşmesinden türeyen bir yükümlülüktür. Dolayısıyla bilgilendirme yükümlülüğü de bu sözleşmenin tarafı olan sigortacıya ait olabilir<sup>109</sup>. Ayrıca 1. fıkrada sigorta hakkındaki bilgilendirmenin kredi sözleşmesinin akdinden önce yapılmasından bahsedilmiştir ki olması gerekenin sigorta sözleşmesinin akdinden önce olduğu çok açıktır.

Yönetmelik'te tüketicilerin hangi hususlarda bilgilendirileceğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Sadece 7/4. maddede kredi verenin aracı olduğu sigortalarda verilecek olan bilgilendirme metninin şekil ve asgari içeriği ile yapılacak diğer bilgilendirmelerin içeriğinin Sigortacılık ve Özel Emeklilik Düzenleme ve Denetleme Kurumunca belirleneceği belirtilmiştir. Ayrıca Yönetmelik'te bilgilendirme yükümlülüğünün hem sözleşme öncesi hem sonrasında devam edeceği de düzenlenmiştir (m. 7/1-7/7).

Amerikan hukuku bakımından da Model Kanun'da sözleşme öncesi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak Türk hukukundan farklı olarak bilgilendirilecek hususlar ayrıca belirtilmiştir. Model Kanun'daki bu düzenlemeye göre,

- Tüketici kredi sigortasının yaptırılmasının ihtiyari olduğu ve kredi almanın bir koşulu olmadığı,
- Birden çok türde sigortanın yapılmasının olanaklı olduğu durumlarda kredi alanın bu sigortaları ayrı ayrı veya paket hâlinde alma olanağına sahip olup olmadığı,

<sup>106</sup> Bkz. STEINMETZ / GOLDMAN / SULLIVAN, s. 102; SMITH, Stephen: "Foreclosure Issues in Property Claims and Mortgagees' Interests", Part 1 (<https://www.cooperscully.com/news-and-resources/articles/foreclosure-issues-in-property-claims-and-mortgagees-interests-part-1>, ET: 20.06.2023).

<sup>107</sup> Nitekim yakın zamanda verilen bir kararda, sigorta tazminatını ödemeyi kabul edip alacaklı ve borçlu lehine ortak bir çek düzenleyen sigortacının, kredi alan borçlunun hileyle çeki tek başına nakde çevirip yedinde tutması nedeniyle, kredi veren alacaklıya karşı sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Bkz. Viewpoint Bank v. Allied Prop. & Cas. Ins. Co., 439 S.W.3d 626 (Tex. App. 2014) (<https://casetext.com/case/viewpoint-bank-v-allied-prop-cas-ins-co-3#N196638ET:20.06.2023>); SMITH, Stephen: "Foreclosure Issues in Property Claims and Mortgagees' Interests", Part 1 (<https://www.cooperscully.com/news-and-resources/articles/foreclosure-issues-in-property-claims-and-mortgagees-interests-part-1>, ET: 20.06.2023).

<sup>108</sup> Bkz. Ohio Farmers Ins. Co. v. Hull, 45 Ohio App. 166, 186 N.E. 823, 15 Ohio Law Abs. 17 (Ohio Ct. App. 1932) (<https://casetext.com/case/ohio-farmers-ins-co-v-hull>, ET: 20.06.2023).

<sup>109</sup> Bkz. ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 266.

- Sigortalanabilirlik (*insurability*) koşullarının neler olduğu,
- Kredi alan tüketici, (kredi) riskini temin eden başka bir sigortaya sahipse yapılması istenen tüketici kredi sigortasına ihtiyacının olmayabileceği veya yaptırmak istemeyebileceği,
- Poliçenin veya sertifikanın kredi alana ulaşmasından itibaren ilk otuz gün içinde kredi alanın sigortayı feshedebileceği, bu durumda tüm primin iade edileceği, kredi alanın bu tarihten sonra kredi borcunun vadesi içinde herhangi bir zamanda da (bireysel) sigortayı feshedebileceği ve kazanılmamış primin iade edileceği, bununla birlikte sigortanın kredinin verilmesinin koşulu olduğu durumlarda, kredi alandan fesih sırasında kredi verence kabul edilebilir bir başka sigortanın varlığına dair kanıt istenebileceği,
- Sigorta bedeli, süresi, istisnalar, sınırlandırmalar, sigorta olayı, bekleme süreleri, zarara katılma oranları, varsa sigortalıya verilen prim ödememe hakkının kullanılabilmesi koşulları (*waiver of premium*), sigorta bedelinin kime ödeneceği, paket sigorta ise pakette yer alan her bir teminat için prim oranının ne olduğu hususları dâhil, teminatın kısa bir tarifı,
- Eğer prim veya sigorta ücreti finanse edilecekse primin, kredi işlemine uygulanabilecek orana göre hesaplanacak finansman maliyetine tabi olacağı hususları hakkında bilgilendirme yapılacaktır<sup>110</sup>.

Yapılacak bilgilendirmenin şekline ilişkin olarak ise Yönetmelik'te bilgilendirmenin yazılı yapılmasının esas olduğu (m. 7/2), yazılı bilgilendirme yapılmadığı durumlarda bilgilendirmenin yapıldığına dair ispat yükünün kredi verene ait olduğu (m. 7/3) düzenlenmiştir. Amerikan hukuku bakımından Model Kanun'da ise kredi işlemi ile aynı anda teklif edilen sigortalar bakımından, bilgilendirmenin kredi alana yazılı olarak yapılması ve açık ve göze çarpan bir şekilde sunulması gerektiği düzenlenmiştir. Kredinin verilmesinden sonra teklif edilen sigortalardaysa yazılı bilgilendirme metninin, tekliften itibaren yahut kredi verene herhangi bir yazılı belgenin verilmesinden itibaren ilk on gün içinde verilmesi koşuluyla, sözlü olarak bilgilendirme yapılmasına da izin verilmiştir<sup>111</sup>.

Model Kanun'da sözleşme sonrası bilgilendirme için sigorta sertifikası, poliçesi veya teklifname-nin verilmesi ise yeterli görülmüştür<sup>112</sup>. Buna göre sertifika veya poliçenin kredi borcunun doğduğu an veya kredi alanın sigorta yapılmasını/yaptırmayı kabul ettiği anda kredi alana verilmesi gerekmektedir. Aksi hâlde kredi alanca imzalanmış ve sigortacının iletişim bilgileri, kredi alanın adı, prim oranı veya kredi alanca sigorta için ödenecek bedelin miktarı ve sağlanacak teminatın miktar, süresi ve kısa bir tarifinin yer aldığı sigorta teklifnamesinin -kredi dâhil diğer tüm evraktan ayrı olarak- kredi borcunun doğduğu veya kredi alanın sigorta yapılmasını kabul ettiği an itibarıyla kredi alana verilmesi gerekmektedir. Bu durumda sigorta poliçesi veya sertifikasının da kredi borcunun doğduğu veya sigortalının sigorta yaptırmayı/yapılmasını kabulünden itibaren 30 gün içinde, kredi alan sigortalıya verilmesi gerekecektir<sup>113</sup>. Yine Model Kanun'a göre sigorta poliçesi ve sertifikasında,

- Sigortacının unvan ve iletişim bilgilerine,
- Kredi alanın adı, grup sigortalarında kredi alanın kimliği veya kim olduğunu tespit yarayacak bilgilere,
- Kredi alanca her bir sigorta teminatı için ayrı ayrı veya paket sigorta yaptırılmışsa toplamda ödenecek prim veya (sigorta için) ödemek zorunda kalacağı miktar, belirsiz süreli krediler hariç, prim oranı, aylık veya günlük olarak mı hesaplandığı gibi primin hesaplanma yöntemine,

<sup>110</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/A (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>111</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/B (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>112</sup> Bkz. DAVIS / ETTER / BLYTHE / FREUND, s. 726.

<sup>113</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/E (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

- İstisnalar, muafiyetler, sigorta bedeli dâhil verilen teminatın tam bir tarifine,
- Sigorta bedelinin/tazminatının ödenmemiş borcun kapatılması amacıyla kredi verene ödeneceğine dair beyana,
- Sigorta bedeli/tazminatın miktarı ödenmemiş borcun miktarını aşarsa bu kısmın kredi veren dışında kredi alanca belirlenmiş lehtara veya kredi alanın terekesine ödeneceğine dair beyana,
- Sigortanın vadesinin kredinin vadesinden kısa olduğu durumlarda, bunu belirten ve sertifika veya poliçenin ön yüzünde yer alacak on puntodan küçük olmayan bir punto ile yazılmış bir uyarıya verilmek zorundadır<sup>114</sup>.

## ÖNERİLER VE SONUÇ

Tüketici kredi sigortalarının ana vatanı ABD'dir<sup>115</sup>. Dolayısıyla Amerikan kanun koyucularının bu sigortalara olan ilgisi, en azından bizim ülkemize nazaran, daha eskidir ve yapılan düzenlemeler daha ayrıntılıdır. Bununla birlikte tüketici kredi sigortaları bağlamında tüketicilerin karşılaşılabilecekleri haksız uygulamaların önlenmesi bakımından Bireysel Kredilerle Bağlantılı Sigortalar Uygulama Esasları Yönetmeliği'yle getirilen düzenlemelerin ABD'nin pek çok eyaleti tarafından da kabul görmüş, NAIC tarafından hazırlanan Model Kanun ve Model Yönetmelik'te yer alan düzenlemelerle büyük oranda paralellik taşıdığı da söylenebilir. Ancak bazı eksikliklerin göze çarptığı da belirtilmelidir.

Ülkemizde, her ne kadar 6102 sayılı TTK'da her sigorta türüne uygun genel nitelikteki hükümler öngörülerek özel sigorta türlerinin ayrıca düzenlenmesinden kaçınılmış olsa da<sup>116</sup>, tüketici kredi sigortaları bağlamında, tüketicilerin maruz kaldıkları haksız uygulamaların önlenmesi için önerilecek temel husus, bu sigortalara özgü kanun düzeyinde bir düzenlemeye ihtiyaç olduğudur. Ayrıca bu düzenlemeler, bu sigortaların asıl işlevinin verilecek kredinin teminatı olduğu ana fikri üzerine oturtularak yapılmalıdır. Nitekim alınan bir kredi ile bağlantılı olarak yapılan hayat veya kaza sigortası ile herhangi bir kredi alacağı ile bağlantısı olmadan yapılan geleneksel hayat ve kaza sigortası birbirinden farklıdır. Dolayısıyla bunlar, farklı düzenlemelere tabi tutulmalıdır. Örneğin geleneksel kaza sigortasında, kaza sonucu ortaya çıkacak engellilik veya iş göremezlik hâllerinde sigorta bedelinin sadece sigortalıya ödenmesine izin vermek hakkaniyete uygun bir çözümdür (TTK m. 1507). Oysa doğrudan kredi alacağının geri ödenmesini teminen kaza riskine karşı yapılacak bir tüketici kredi sigortasında, sigorta bedelinin kredi verene ödenmesinin önünün açılması elzemdir. İkinci olarak, daha önce de ifade edildiği üzere, sigorta sözleşmesinin feshi veya sözleşmeden cayılması gibi bazı meseleler ancak kanunla düzenlenebilecek meselelerdir. Nitekim ABD'de de tüketici kredisiyle bağlantılı olarak yapılan sigortalar için eyaletlerin kanun düzeyinde ayrı düzenlemelerin yapıldığının altı çizilmelidir. Ülkemizde ise, borç ödeme sigortası hariç, kredi bağlantılı yapılan sigortalara özgü genel şartlar dahi hazırlanmamıştır.

Kredi alacağı bağlamında yapılan sigortalar, esasen bu alacağın geri ödenmesini sağlamak üzere alınan teminat vasfındadır. Bu nedenle kredi alanların bu teminatı talep hakları tümüyle ortadan kaldırılamayacağı gibi bu hakkın kullanımı borçlu konumdaki tüketicinin iradesine de bağlanamaz. Üstelik sigorta tek geliri çoğunlukla aldığı ücret/maaş olan tüketiciler için kefalet veya rehin gibi geleneksel teminatlara göre daha kolay ulaşılabilen bir teminattır<sup>117</sup>. Ancak pek tabii, tüm teminat türlerinde yapıldığı gibi, sigorta teminatının da kötüye kullanımının önüne geçilecek düzenlemelerin yapılması icap eder.

<sup>114</sup> Bkz. NAIC Consumer Credit Insurance Model Act 2001, Section 6/D (<https://content.naic.org/sites/default/files/inline-files/MDL-360.pdf>, ET: 14.07.2022).

<sup>115</sup> Bu sigortaların tarihsel gelişimi hakkında bkz. DAVIS / ETTER / BLYTHE / FREUND, s. 718, 719; KEDZIE, s. 78; MINICK, s. 84.

<sup>116</sup> Bu hususta bkz. TTK Genel Gereçesi (IV. Sigorta Hukuku Kitabı/5/211), s. 66 (<https://www.muglabarosu.org.tr/Upload/files/pdf/TTK%20Genel%20Gerek%C3%A7e.pdf>, ET: 05.09.2022).

<sup>117</sup> Nitekim krediyle bağlantılı olarak yapılan bu sigortalarda teminatın verilme koşulları geleneksel sigortalara göre gevşektir. Örneğin bu sigortalarda sigortalı için tıbbi muayene şartı aranmaz. Bkz. MINICK, s. 84; KEDZIE, s. 78; RUBIN, s. 147-150.



Tüketici kredi sigortaları bağlamında, kredi alanların maruz kaldıkları haksız uygulamaların temelinde, kredi veren ve sigortacının daha fazla gelir elde etme arzuları yatar. Bu nedenle bu sigortalar bağlamında alınacak prim ve yapılacak prim iadeleriyle ilgili temel ilkeler oluşturulmalı ve bu ilkelere uygun daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmelidir. Örneğin, ABD’de olduğu gibi, hasar-prim oranının belirli bir aralıkta olması gerekliliğine ilişkin bir düzenleme yapılabilir. Ek olarak, yapılan sigorta için kredi veren ve diğer araçlara ödenecek ücretlere ilişkin bir düzenlemenin yapılarak bu konuda bir sınırlamanın getirilmesi de bir o kadar önemlidir ve bugüne kadar neden böyle bir düzenlemenin yapılmadığı da anlaşılmamaktadır. Zira ödenen bu ücret ve komisyonlar, bu sigortalar bağlamında alınan primlerin yükselmesine doğrudan etki eden hususlardandır.

Tüketicilerin yapılacak tüketici kredi sigortaları için gerek sigorta yapılmadan evvel gerek yapıldıktan sonra bilgilendirilmesi elzemdir. Bu amaçla Yönetmelik’in 7. maddesinde belirtilen bu sigortalara özgü bilgilendirme formlarının bir an önce hazırlanması gerekir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Arif: *Tüketici Kredileri ve Ekonomik Etkileri*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1996.
- AKİPEK ÖCAL, Şebnem: “Madde 29 - Sigorta Yaptırılması”, (Ed.) TOKBAŞ, Hakan / TÜRÜNER, Özlem: *Milli Şerh, (National Commentary) 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi*, Aristo Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 527-530.
- AKİPEK, Şebnem: *Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- AKYOL, Şener: *Dürüstlük Kuralı*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- ALBEZ, Abdulkadir / KORKULU, Ayhan: “Ticaret Kredisinin İşletmelerin Satışlarına ve Kârlılıklarına Etkisi: Bir Analiz”, *The International New Issues in Social Sciences*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 17-38.
- AMASYA, Serap: “Sigorta Poliçelerine Konulan Dain-i Mürtehin Kaydının Hukuki Etkisi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 205, s. 1415-1451.
- ARSLAN, Ramazan: *Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı*, S Yayınları, Ankara, 1989.
- AŞIK, İbrahim / DEMİR, Ömer Faruk: “Menfi Tespit Davasının İstirdat Davasına Dönüşmesi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 26, Sayı 45, s. 341-362.
- ATABEK, Reşat: *Kredi Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1956.
- ATAMER, Yeşim M.: *Kredi ve Diğer Finansman Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- BAUDIN, Louis: *Kredi Nedir?*, (Çev.) SOYER, İsmail Hakkı, Şirketi Mürettebiye Matbaası, İstanbul, 1939.
- ÇİFTÇİ, Tuğba: *Grup Sigortası Kavramı ve Tabi Olduğu Hukuki Esaslar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- DAVIS, Frederick G. / ETTER, Wayne E. / BLYTHE, Harry / FREUND, Peter F.: “The Regulation of Consumer Credit Insurance”, *Law and Contemporary Problems*, 1968, Cilt 33, Sayı 4, s. 718-736.
- DWYER, James / BARNEY, Carey S.: “Analysis of Standard Mortgage Clause and Selected Provisions of The New York Standard Fire Policy”, *The Forum*, 1984, Cilt 19, Sayı 4, s. 639-683.
- EVİRİM, Pınar: *Kredili Satışların İşletmelerde Finansal Yapıya Etkileri*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1996.
- GOUDZWAARD, Maurice B.: “The Economic Impact of Credit Insurance Charges”, *The Journal of Risk and Insurance*, 1969, Cilt 36, s. 515-523.
- JOHNSTONE, Quintin: “Private Mortgage Insurance”, *Wake Forest Law Review*, 2004, Cilt 39, s. 783-838.
- KARAKILIÇ, Hasan: *Rekabet Hukukunda Bağlama Uygulamaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- KEDZIE, Daniel P.: “Consumer Credit Insurance”, *The Journal of Insurance*, 1958, Cilt 25, Sayı 2, s. 77-79.
- KILIÇ, Umut: *Tüketici Kredilerinde Aynı Teminat Sorunu*, Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Afyonkarahisar, 2019.
- MINICK, John B.: “Consumer Credit Insurance in Nebraska”, *The Journal of Finance*, 1960, Cilt 15, Sayı 1, s. 84-85.
- OGUZMAN, Kemal: “Dürüstlük Kuralına (MK. M. 2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi”, *Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, Ankara, 1988, s. 407 - 415.
- OMAĞ, Merih Kemal: *Türk Sigorta Hukuku'nda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu (TTK m. 1291)*, Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, İstanbul, 1985.
- O'NEILL, Bruce C.: “Trademarks in Tying and Exclusive Dealing Agreements”, *Marquette Law Review*, 1966, Cilt 49, Sayı 3, s. 616-632.
- ÖNAY, Işık: *Yenileme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- ÖZDAMAR, Mehmet: *Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

- ÖZTAN, Fırat: *Sigorta Akdinin İnikadında İhbar Mükellefiyeti*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1965.
- ÖZTEK, Selçuk: “Genel Olarak Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredilerinde Kişisel Teminatlar”, *Bankacılar Dergisi*, 2008, Sayı 67, s. 6-27.
- RUBIN, Harvey W.: “Credit Life Insurance and Its Alternatives”, *The Journal of Consumer Affairs*, 1978, Cilt 12, Sayı 1, s. 145-153.
- SMITH, Stephen: “Foreclosure Issues in Property Claims and Mortgagees’ Interests”, Part 1, 2018, (<https://www.cooperscully.com/news-and-resources/articles/foreclosure-issues-in-property-claims-and-mortgagees-interests-part-1>, ET: 20.06.2023).
- STEINMETZ, John W. / GOLDMAN, Stephen E. / SULLIVAN, Daniel F: “The Standard Mortgage Clause in Property Insurance Policies”, *Tort & Insurance Law Journal*, 1997, Cilt 33, Sayı 1, s. 81-105.
- SÜZEL, Cüneyt: “Bireysel Kredilerle Bağlantılı Kurulan Sigorta Sözleşmeleri Mevzuatının Değerlendirilmesi”, (Ed.) ÜNAN, Samim: *Sigorta Hukukunun Bazı Güncel Sorunları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 93-138.
- TAŞKIN, Melda: *Krediye Bağlı Hayat Sigortası Sözleşmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TEKAY, Said: *Kredi Riski Yönetiminin Bankacılık Kârlılığına ve Verimliliğine Etkisi 9 Ticari Banka Üzerinde Bir Uygulama (2004-2017)*, İstanbul Okan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I*, 5. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- TÜRKOĞLU, Sumru Özlem, *Tüketici İşlemlerinde Kefalet Sözleşmesi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2019.
- ÜNAN, Samim: “Sigorta Alacağıın Güvence İşleviyle Bağlantılı Bazı Sorunlar”, *Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu’na Armağan, Cilt II*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 1809-1850.
- ÜNAN, Samim: *Sigorta Tüketici Hukuku*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Tüketici Hukuku).
- YONGALIK, Aynur: *Hukuki Açıdan Kredi Hayat Sigortası*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2002.



## Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Reklamlara İlişkin Genel Bir Değerlendirme<sup>(\*)</sup>



### *A Comprehensive Analysis on The Advertisement Patterns of Influencers*

Pınar AKTAŞ AVCI



Doktor Öğretim Üyesi

Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Medeni Hukuk Anabilim Dalı

#### Anahtar Kelimeler

Sosyal Medya Etkileyicisi,  
Sosyal Medya, Reklam,  
Reklam Etiketleri,  
Aldatıcı Reklam.

#### Öz

Sosyal medya, tüm dünyada insanların yaşamlarını birçok alanda etkilemektedir. Bu alanlardan biri de satın alma alışkanlıklarıdır. Tüketiciler sosyal medyada gördükleri ve etki altında kaldıkları ürünleri satın alma eğilimi göstermektedir. Takipçilerinin satın alma tercihlerini yönlendiren ve reklam yöntemlerinin neredeyse tamamen dönüştürenler ise *influencer*lardır. Bu kişiler, ülkemizde “sosyal medya etkileyicisi” olarak adlandırılmaktadır. Sosyal medya etkileyicileri, ürün tanıtımı/reklamı için tanıttıkları ürünün üreticisi ile bir anlaşma yapmaktadır. Sosyal medya etkileyicileri bir ürünü tanıtırken genellikle ürünün kullanılması ve deneyimlenmesi sonucunda tavsiyede bulunmaktadır. Bu tavsiyeler sonucunda sosyal medyadaki etkileriyle ürünün satışı da artmaktadır. Sosyal medya etkileyicilerinin sosyal medya üzerinden yaptıkları reklamlar, dünyada uzun süre herhangi bir kanuni düzenlemeye tabi değildir. Başta ABD ve AB'nin bazı ülkelerinde ve özellikle Almanya'da, sosyal medya üzerinden gerçekleştirilen ürün reklamlarına ilişkin önemli düzenlemeler yapılmıştır. Ülkemizde ise “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” yayımlanmıştır. Bu çalışmada anılan tüm düzenlemeler ışığında sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklamlara ilişkin bir değerlendirme yapılmıştır.

#### Keywords

Influencer,  
Social Media,  
Advertising,  
Advertisement Tag,  
Misleading Advertising.

#### Abstract

Social media affects people's lives in many areas all over the world. One of these areas is purchasing habits. Consumers tend to buy products that they see on social media and that they are influenced by. Influencers are the ones who direct the purchasing preferences of their followers and almost completely transform the advertising methods. These people are called “social media influencers” in our country. Social media influencers make an agreement with the manufacturer of the product they are promoting for product promotion/advertising. When promoting a product, social media influencers usually make recommendations as a result of using and experiencing the product. As a result of these recommendations, the sales of the product increase with the effects on social media. Advertisements made by influencers on social media were not subject to any legal regulation in the world for a long time. Important regulations have been made regarding product advertisements on social media, primarily in the USA and some countries of the EU, and especially in Germany. A Guide on Commercial Advertising and Unfair Commercial Practices by Social Media Influencers has been published in our country. In this study, an evaluation has been made about the advertisements made by social media influencers in the light of all the aforementioned regulations.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 09.12.2022, Kabul Tarihi: 17.05.2023.

Bu konu daha önce farklı bir yönü ile yazar tarafından “*Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalara Karşı Tüketicinin Korunması*” başlığında Selçuk Hukuk Kongresi II’de sözlü bildiri olarak sunulmuştur. Ancak daha kapsamlı bir bakış açısıyla incelenmesi gereği üzerine konu, bu makalede geniş bir perspektifle farklı ülke düzenlemeleri göz önünde bulundurularak ele alınmıştır.

## GİRİŞ

Sosyal medya, her geçen gün daha fazla kişi tarafından kullanılan ve insan hayatının birçok alanına etki edip yön veren bir mecra hâlini almıştır. Üreticiler, artık sosyal medya üzerinden reklam ve satış stratejilerini geliştirmektedir. Bu reklam stratejilerinden biri de sosyal medya etkileyicilerini reklam aracı olarak kullanmaktır. Reklam verenler, sosyal medya etkileyicilerini tüketiciye ulaşmak amacıyla kullanırken sosyal medyada tüketicilerin korunması için bazı önlemlere ihtiyaç duyulmaktadır.

Bir tanıtım faaliyeti olan reklam iki aşamadan oluşur. İlk aşamada bir ürünü veya hizmeti geniş kitlelere tanıtır ve beğeni kazanmak amaçlanmaktadır. Sonraki aşamada ise ulaşılan beğeni ile tanıtılan ürünün veya hizmetin satışı sağlanmakta veya var olan satışın artırılması hedeflenmektedir. Reklam; söz, yazı, film ve benzeri araçlar ile farklı şekillerde yapılabilir. Benzeri araçlar günümüzde artık internet aracılığı ile kullanılan sosyal medya reklamları olarak algılanabilir. Sosyal medyada fazla takipçisi olan hesaplar, yani toplumda fenomen olarak anılan kişiler, üreticilerin ürünlerini tanıtmaları için birer reklam aracı olarak kullandığı kişiler şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kişiler, tüketicinin alışveriş alışkanlıklarını ciddi anlamda etkileyebilme gücüne sahiptir. Bu bakımdan tavsiye ettikleri ürünlerin satın alma oranlarını artırma potansiyelini ellerinde tutmaktadırlar. Etkileyici (*influencer*), tavsiye ettiği ürünün tanıtımı karşılığında bir ücret aldığını ifade ederse ve tüketici bu ürünün reklam amaçlı tavsiye edildiğini anlarsa tüketicinin ürünü satın alma tercihi değişebilir. Bu nedenle birçok ülkede etkileyicilerin tavsiye ettikleri ürünlerin tanıtımı karşılığında belirli bir ücret almışlar ise paylaşımlarında çeşitli etiketleri kullanmaları yasal bir zorunluluk hâline getirilmiştir. Ülkemizde de Ticaret Bakanlığı bu konuya ilişkin bir düzenleme yaparak sosyal medya etkileyicilerinin ücretli yaptıkları tanıtımlara eklemeleri gereken etiketleri ve bu tür gönderilerin taşınması gereken nitelikleri belirlemiş bulunmaktadır. Böylece sosyal medya etkileyicisinin sorumlulukları daha net hâle gelerek sınırları belirlenmiştir.

Çalışmada sosyal medya etkileyicisi kavramı ve yapacağı reklamın taşınması gereken özellikler bazı ülkelerin kanunlaştırma örnekleriyle açıklanırken etkileyicinin hukuki sorumluluğu haksız fiil, sözleşme ve güven sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiştir. Bunun yanında sosyal medya etkileyicisinin reklam verene karşı da sorumluluğu bulunmaktadır. Reklam veren ve etkileyici arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Söz konusu sözleşmenin hukuki niteliği ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun sınırları belirlenmiştir.

Giriş mahiyetindeki yukarıdaki açıklamalar bağlamında bu çalışma, sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklamlara ilişkin kanuni düzenlemeler, bunların hukuka uygunluğu ve etkileyicilerin hukuki sorumluluğuna odaklanmaktadır. Bu bağlamda çalışma, farklı ülkelerdeki kanunlaştırma çalışmalarına değinerek sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklam niteliğindeki paylaşımların sınırlarını belirleyebilmek iddiasıyla hazırlanmıştır. Bu bilgiler doğrultusunda çalışma; “Kavramsal Çerçeve”, “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptıkları Reklamlara İlişkin Bazı Ülkelerdeki Düzenlemeler”, “Türkiye’de Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Düzenlemeler” ve “Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuki Sorumluluğu” olmak üzere dört ana başlıktan oluşmaktadır. “Kavramsal Çerçeve” bölümünde, konuya ilişkin temel kavramlar üzerinde durulmuştur. Çalışmanın “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptıkları Reklamlara İlişkin Bazı Ülkelerdeki Düzenlemeler” bölümünde, sosyal medya etkileyicileri ve yaptıkları paylaşımlara ilişkin önemli düzenlemeler yapan ve örnek teşkil ettiği düşünülen ülke örnekleri incelenmiştir. “Türkiye’de Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Düzenlemeler” bölümünde, ülkemizdeki konuya ilişkin düzenlemeler aktarılmıştır. Devamında “Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuki Sorumluluğu” bölümünde ise etkileyicilerin haksız fiil sorumluluğu, güven sorumluluğu ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu değerlendirilmiştir. “Reklam Verenlerin Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Reklamlara İlişkin Hukuki Sorumluluğu” bölümünde, reklam verenlerin sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklamlardan kaynaklanan sorumluluğu, etkileyici sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmiştir.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. Kavramsal Olarak “Sosyal Medya”

Sosyal medya kavramının genel kabul görmüş bir tanımı bulunmamaktadır. Sosyal medya kavramının tanımının yapılması, bu mecranın sınırlarının belirlenmesi ve sosyal medya etkileyicilerine ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi açısından önem arz etmektedir. Sosyal medya kavramının iletişim, pazarlama ve teknoloji temelli farklı yaklaşımlar ile yapılmış tanımları bulunmaktadır<sup>1</sup>. Bahsi geçen yaklaşımlara yakın kişilerce yapılan tanımlar, bu bilim dallarının etkilerini taşımaktadır. İletişim temelli tanımlarda sosyal medyanın sosyal paylaşım özelliği, pazarlama temelli tanımlamalarda sosyal medyanın tüketimi artırmaya yönelik mobil pazarlama özelliği, teknoloji temelli yaklaşımlarla yapılan tanımlamalarda sosyal medyanın “web 2.0” teknolojisi üzerine inşa edilmesi öne çıkmaktadır. Doktrinde sosyal medyanın bu eğilimlerin tümünü içinde barındıracak şekilde tanımlanmasının daha yerinde olacağını iddia eden ve bizim de katıldığımız bir görüşe göre sosyal medya;

*“internet alt yapısı ve web 2.0 teknolojisine dayanan, kişilerin, kullanıcı sıfatıyla ortak ilgilerini, düşüncelerini, duygularını, bilgilerini, kişisel hâl ve durumlarını, siyasî eğilimlerini, fotoğraflarını, videolarını, yazı ve yazışmalarını, fikir ve sanat eserlerini, kimi zaman ticarî ve meslekî faaliyetlerini, mal ve hizmetlerini ve benzeri değerleri ile kimi kişisel verilerini, gerek diğer münferit kişiler gerekse belirli bir topluluk yahut kamuyla paylaşma olanağı buldukları, karşılıklı etkileşim, iletişim, paylaşım, işbirliği, topluluk ve öz içerik oluşturulmasına interaktif olarak izin veren dijital platformların genel olarak tümüdür”<sup>2</sup>.*

Sosyal medya etkileyicileri; *Instagram, Facebook, Twitter, YouTube, Tiktok* gibi internet tabanlı sosyal paylaşım uygulamalarını kullanmakta; bu uygulamalar aracılığıyla takipçileri ile etkileşime girmektedir. Kullanıcı sayısı her geçen gün artan bu platformlar, reklam verenler için geleneksel medyadan daha fazla kişiye ulaşmak için yeni bir ortamdır<sup>4</sup>. Ayrıca sosyal medya kullanıcıları reklamlara anında tepki verebilmekte, reklamı yapılan ürüne farklı uzantıları kullanarak anında ulaşabilmekte ve satın alabilmektedir<sup>5</sup>.

Ticari Reklam ve Haksız Uygulamalar Yönetmeliği'nin<sup>6</sup> 4. maddesinde “mecra” kavramı, “*reklam ve tanıtım mesajını ileten ve o mesajı alma durumunda olan kişi, grup ya da topluluğun bulunduğu yeri ve ortamı; televizyon, her türlü yazılı basın, internet, telefon, radyo, sinema gibi iletişim kanalları ile açık hava, basılı materyal gibi iletişim araçları*” olarak ifade edilmiştir. Düzenlemeye göre internet, mecra olarak nitelendirilmektedir. Sosyal medya platformları internet tabanlı olduklarından, bunların da birer mecra türü olduğu söylenebilecektir.

Sosyal medya etkileyicilerinin sosyal medyadaki profilleri birer mecra olarak kabul görebilir. Şöyle ki bu profiller sosyal medya etkileyicisinin kişisel hesabıdır ancak onları takip edenlerin buluş-

<sup>1</sup> AKKURT, Sinan Sami: “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Ceza Sorumluluğuna Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 2, s. 331; KAYA, Mine: “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Cilt 28, Sayı 119, s. 283.

<sup>2</sup> “Web 2.0”, ikinci nesil internet hizmetlerini yani sosyal ağları ve iletişim araçlarını içine alan internet kullanıcılarının paylaşımları ve ortak kullanımları ile yaratılan sisteme verilen isimdir. Bkz. [https://tr.wikipedia.org/wiki/Web\\_2.0](https://tr.wikipedia.org/wiki/Web_2.0) (ET: 10.01.2023).

<sup>3</sup> Benzer bir tanım için bkz. AKKURT, s. 335; KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Michael: “Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, 2010, Cilt 53, Sayı 1, s. 61.

<sup>4</sup> SARITAŞ, Ayşe: “Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi”, *The Journal of International Scientific Researches*, 2018, Cilt 3, Sayı 4, s. 63; CAN, Lütfiye: *Sosyal Medya Reklamlarının Markaya Yönelik Tutuma Etkisi: Facebook Üzerinde Bir Uygulama*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2016, s. 57-58; KORKMAZ, Alperen: “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtımların Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Sayı 160, s. 190.

<sup>5</sup> ASLAN, Alev / ÜNLÜ, Derya Gül: “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme”, *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 44.

<sup>6</sup> 03.07.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmî Gazete.

tuğu ve yapılan iş birliklerinin tanıtıcı faaliyetlerini takipçileriyle paylaştığı bir mecradır (ortamdır). Bu nedenle sosyal medya etkileyicilerinin sosyal medya üzerinde sahip oldukları profiller mecra olarak nitelendirilebilir.

## B. Kavramsal Olarak “Sosyal Medya Etkileyicisi (*Influencer*)”

İngilizce kökenli *influence* kelimesi; etkilemek, tesir etmek, etkili olmak anlamına gelmektedir<sup>7</sup>. *Influence*, bir kişinin bir konu hakkındaki görüşünü etkileme anlamında kullanılırken *influencer* ise alıcının alışveriş yapmasına etki eden, bu kararını önemli ölçüde etkileyen ancak bundan sorumlu olmayan üçüncü bir kişi olarak nitelenebilir<sup>8</sup>.

Ülkemizde *influencer* kavramı yerine “sosyal medya etkileyicisi” kavramı kullanılmış; Ticaret Bakanlığı tarafından yayımlanan “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz<sup>9</sup>” 4. maddenin (b) bendinde “[s]osyal medya hesabı üzerinden kendisine veya reklam verene ait bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla pazarlama iletişimde bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır.

Sosyal medya etkileyicileri kullandıkları sosyal medya platformlarında bazen takma isim (*nick*) kullanırken bazen gerçek kimlikleri ile yer alan kişilerdir. Bu kişiler; takipçilerine kendi hayatlarından kesitler sunup onlarla sanal bir samimiyet kurarak bir güven ortamı oluşturmaktadır. Sosyal medya etkileyicisi, takipçilerine verdiği güven ile kendisini takip edenlere bir ürünü tavsiye ederek satışını çoğaltma yeteneğine sahip kişi olma özelliği göstermektedir. Özellikle bu yönü ile takipçileri ile aralarında bir güven ilişkisi kurulduğu kesindir. Bu nedenle söz konusu güven ilişkisine dayanarak kendisinin kullanmadığı, deneyimlemediği bir ürünü bile tavsiye ederek o ürünün satışını artırabilir<sup>10</sup>. Sosyal medya etkileyicisi bir ürün hakkında yorum yaparken ve o ürünü tanıtırken bu samimiyetten faydalanmaktadır. Sosyal medyada önemli olan unsurlardan biri de takipçi sayılarıdır<sup>11</sup>. Takipçi sayıları arttıkça fikirleri önem kazanan bu kişiler, bu sayı ile orantılı şekilde etkili olmaktadır. Bu etki, reklam verenlerin dikkatini çeken bir unsurdur. Öyle ki reklam verenler, sosyal medya etkileyicisine çoğu zaman ücretsiz bir ürün göndermekte; sosyal medya etkileyicisi bu ürünleri kendisinin de kullandığını ve kesinlikle tavsiye ettiğini ifade eden paylaşımlar yapmaktadır. Ücretsiz gönderim dışında satıcılar, “etkileyici sözleşmeleri<sup>12</sup> (*influencer contracts*)” ile kendi ürünlerinin reklamını bu kişilere yaptırarak çeşitli ödemeler de yapmaktadır. Bazen de sosyal medya etkileyicisi, kendi ürettiği bir ürünün tanıtımını yapmaktadır. Tüm bu bilgiler doğrultusunda sosyal medya etkileyicisinin tarafı olduğu etkileyici sözleşmelerinin sosyal medya etkileyicisi ve takipçi arasındaki ilişkiyi bir mal veya hizmetin tanıtımında faydası için kullanarak sözleşmedeki taahhüdün temelini oluşturduğu ifade edilebilir<sup>13</sup>.

<sup>7</sup> Online Etymology Encyclopedia, <https://www.etymonline.com/word/influence> (ET: 07.12.2022).

<sup>8</sup> KARATEPE KAYA, Meltem: “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 3, s. 672; ALTAR YAVUZ, Oya / YILMAZ, Merve: “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, (Ed.) YAKIN, Mehmet: *Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır*, Urzen Yayinevi, İstanbul, 2019, s. 183; ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 319, dpn. 118.

<sup>9</sup> Bu Kılavuz, 07.11.2013 tarihli ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 61, 62, 63 ve 84. maddelerine, 10.01.2015 tarihli ve 29232 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ile 04.05.2021 tarihli ve 309 sayılı Reklam Kurulu toplantısında alınan karara dayanılarak hazırlanmıştır.

<sup>10</sup> BAYTAN AVKOVAN, Serenat: “Influencer Sözleşmeleri”, (Ed.) CİHAN, Ali Hulki / TUZCUOĞLU, Tuğçe: *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Tebliğleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 79.

<sup>11</sup> Takipçi sayılarının sınıflandırılmasına ilişkin bkz. KESKİN, Ayşe Dilşad: “Influencer Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 135.

<sup>12</sup> *Influencer* kavramı, kanun koyucumuz tarafından dilimize “sosyal medya etkileyicisi” olarak çevrilmiştir. “*Influencer* sözleşmesi” kavramı her ne kadar hukuk dilimizde kullanımı kabul gören ve kullanılan bir kavram olsa da bu kavramın karşılığı olarak çalışmamızda “etkileyici sözleşmesi” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>13</sup> ANHART, Sandra / SCHMID, Alain: “Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien”, *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 2019, Sayı 6, s. 354.



Sosyal medya etkileyicisi; son dönemin popüler mecralarından biri olan *Instagram*'da gündelik yaşamına ilişkin tavsiyelerde bulunup ardından bir bağlantı paylaşarak gündelik yaşamında kullandığı bir ürünü bu bağlantı aracılığı ile satın aldırma gücünü de kullanabilmektedir<sup>14</sup>. Bahsi geçen bağlantı “*hyperlink*” olarak adlandırılmakta “*kullanıcının okumakta olduğu dokümandan farklı bir doküman ya da kaynağa tıklamak ya da üzerine gelmek, dokunmak gibi interaksyonlar ile ulaşabileceği referanslardır. En bilinen yaygın kullanımı Web sitelerindedir. Günlük konuşmalarda ‘bağlantıya tıklamak’, ‘linke tıklamak’ şeklinde kullanılır, bağlantının işaret ettiği referansa ulaşma durumu ‘adrese bağlanma’, ‘adrese gitme’, ‘sayfaya gitme’, ‘sayfanın yüklenmesi’<sup>15</sup>” olarak tanımlanmaktadır. Etkileyiciler, takipçilerine çoğunlukla kendilerini sıradan bir tüketici gibi göstererek reklam niteliğindeki paylaşımlarının ardındaki gerçek nedeni saklamaktadır. Reklam veren ve etkileyici arasında yapılan “etkileyici sözleşmesi” neticesinde gerçekleşen bu paylaşım için etkileyiciye bir miktar ücret veya bağlantıya tıklanma sonucu gerçekleşen alışverişler sonucunda komisyon ödenmektedir<sup>16</sup>.*

Ülkemizde eski tip reklamcılık faaliyetleri televizyon üzerinden yapılmaktayken bu mecrada yapılan reklamlar üzerindeki yoğun denetim sonucunda, reklam verenler kişiselleştirilmiş reklamlar ve tüketicilere her an ulaşılacak bir araç olması nedeniyle sosyal medya reklamcılığını tercih etmeye başlamıştır. Bu mecra uzunca bir süre denetimden yoksun kalsa da günümüzde tüm dünyada bu mecra düzenlemeye yönelik çalışmalar yapılmaktadır.

### C. Kavramsal Olarak “Reklam”, “Aldatıcı Reklam” ve Örtülü Reklam”

Sosyal medya etkileyicileri aracılığı ile yapılan tanıtım faaliyeti reklam olarak nitelendirilir. Bu nedenle önce reklam kavramının sınırlarını belirlemek gerekmektedir. Sosyal medyada etkileyiciler aracılığı ile yapılan reklamlar bazı kurallara tabidir. Etkileyicilerin tüketiciyi aldatan veya reklam olduğu anlaşılmayan örtülü reklam yapması söz konusu olabileceğinden bu tür reklamların niteliklerine değinmekte fayda bulunmaktadır.

#### 1. Reklam

Reklama yönelik muhtelif tanımların yapıldığı görülmektedir. Bir tanıma göre reklam, “*bir ürünü veya hizmeti geniş kitlelere tanıtarak beğendirmek, böylece tanıtılan şeyin satışını sağlamak veya artırmak amaçlı tanıtımdır*”<sup>17</sup>. Söz, yazı, film ve benzeri araçlar ile yapılabilen reklama yönelik bir diğer dikkat çekici tanım ise “*... insanları gönüllü olarak belli bir davranışta bulunmaya ikna etmek, belirli bir düşünceye yönlendirmek, dikkatlerini bir ürüne hizmete, fikir ve kuruluşa çekmeye çalışmak, onunla ilgili bilgi vermek, ona ilişkin görüş ve tutumlarını değiştirmelerini veya belirli bir görüşü ya da tutumu benimsemelerini sağlamak amacıyla oluşturulan araçlardır*”<sup>18</sup> şeklindedir.

Kanun koyucu ise reklam kavramını Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da<sup>19</sup> (TKHK) 61. maddenin 1. fıkrasında şu şekilde tanımlamaktadır: “*ticari reklam, ticaret, iş, zanaat veya bir meslekle bağlantılı olarak; bir mal veya hizmetin satışını ya da kiralanmasını sağlamak, hedef kitleyi oluşturanları bilgilendirmek veya ikna etmek amacıyla reklam verenler tarafından herhangi bir mecrada yazılı, görsel, işitsel ve benzeri yollarla gerçekleştirilen pazarlama iletişimi niteliğindeki duyurulardır*”. Bu tanımın aynısı Ticari Reklam ve Haksız Uygulamalar Yönetmeliği<sup>20</sup> m. 4/ 1-m’de ve Reklam Kurulu Yönetmeliği m. 3/ 1-ı’da da yer almaktadır.

<sup>14</sup> KARATEPE KAYA, s. 677; ALİKILİÇ, İnanç / ÖZKAN, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 2, s. 43-57.

<sup>15</sup> Bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Hyperlink> (ET: 05.10.2022).

<sup>16</sup> BAYTAN AVKOVAN, s. 18.

<sup>17</sup> Türk Dil Kurumu: *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2015, s. 356.

<sup>18</sup> KOTLER, Philip: *A’dan Z’ye Pazarlama*, (Çev.) KALEM BAKKAL, Aslı, Media Cat Kitapları, İstanbul, 2009, s. 601.

<sup>19</sup> 28.11.2013 tarihli ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

<sup>20</sup> 03.07.2014 tarihli ve 29049 sayılı Resmî Gazete.

Avrupa Birliği (AB) mevzuatında yer alan reklam tanımlarına değinmek gerekirse AB 84/450/EEC sayılı Yönerge'nin<sup>21</sup> 2. maddesinde reklam, “bir ticari iş, meslek veya sanayle ilgili olarak malların veya hizmetlerin satışını artırmak amacıyla taşınmaz mallar, haklar ve yükümlülükler dahil olmak üzere yapılan tanıtım” olarak tanımlanmış ve AB 2006/114/EC sayılı Yönerge'nin<sup>22</sup> 2. maddesinin (a) fıkrasında da 84/450/EEC sayılı Yönerge'deki tanımın aynısı yapılmıştır.

Reklam kavramının -TKHK'daki tanımından yola çıkarak- tanıtım, ticari amaç, reklam yapma iradesi gibi unsurlardan oluştuğu ifade edilmektedir<sup>23</sup>. Reklam kavramının unsurlarından yola çıkarak sosyal medya etkileycisinin paylaşımının bu unsurları taşıyıp taşımadığı anlaşılabilir. Etkileyici, bir ürün veya hizmeti paylaşırken tüketiciye paylaşım konusu ile ilgili bilgileri aktarma amacıyla hareket ediyor ve bu hareketinin sonucunda etki uyandırıyor ise tanıtım unsuru gerçekleştirilmiş olacaktır. Tanıtım unsuru gerçekleştirilirken reklamın genele hitap etmesi gerektiği düşünülse de etkileyiciler yönünden bakıldığında durum farklıdır. Şöyle ki günümüzde reklamlar kişiselleştirilmektedir. Bu nedenle reklamın genele hitap etmesi şartının, yeni tanıtım faaliyetleri için aranmasına gerek yoktur<sup>24</sup>.

Reklam, malın satışını artırmaya yönelik ise ticari amaç taşımaktadır<sup>25</sup>. Etkileyicinin paylaşımındaki mal ve hizmetin tanıtımı, takipçilerin bu mal ve hizmeti satın almasını sağlamayı ve ticari kazanç elde etmeyi amaçlıyorsa ticari amaç unsuru gerçekleşmiş sayılacaktır.

## 2. Aldatıcı Reklam

Hukuk sistemimizde bazı reklamların yapılması yasaktır. TKHK m. 61'e göre aldatıcı reklam, örtülü reklam, tehlikeli zararlı ve istismar edici reklam ve örtülü reklam yapılması yasak olan reklamlardır<sup>26</sup>. Aldatıcı reklamlar, hedef kitleyi yanıltan ve bu kitlenin ekonomik davranışlarını yönlendirebilen seviyede olmalıdır<sup>27</sup>. Yine TKHK m. 61, tüketicinin can ve mal güvenliğini tehlikeye düşürecek reklam yapılmasını yasaklamaktadır. Maddede bahsi geçen can ve mal güvenliğinin tehlikeye düşmesi kavramı reklamın doğrudan değil, dolaylı etkisidir<sup>28</sup>. Yanlış bilgilendirmenin ve malın kullanımının sonucunda tüketicinin can ve mal güvenliği tehlikeye düşmüş olmalıdır.

Etkileyicilerin reklam niteliğinde kabul edilen paylaşımları nedeniyle reklamlara ilişkin düzenlemelere ve sınırlamalara tabi olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu durumda yapılması yasak olan reklamlar konusundaki sınırlamalar, etkileyicilerin reklam niteliği taşıyan paylaşımları için de geçerlidir.

Aldatıcı reklam olarak kabul edilen bir başka durum ise reklamın rakiplerini zarara uğratması ve serbest rekabeti bozmasıdır<sup>29</sup>. Türk Borçlar Kanunu<sup>30</sup> (TBK) ve Türk Ticaret Kanunu<sup>31</sup> (TTK) bu tür-

<sup>21</sup> Council Directive 84/450/EEC of 10 September 1984 relating to the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning misleading advertising (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex:31984L0450>, ET: 09.10.2022).

<sup>22</sup> Directive 2006/114/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 concerning misleading and comparative advertising (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32006L0114>, ET: 09.09.2022).

<sup>23</sup> İÇÖZ, Derya: “Ticari Reklam”, (Ed.) ŞAHİN MCCARTHY, Oya / DİNÇ, Mutlu: *Tüketici Hukuku Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 782; BAYSAL, Başak / İNAL, Emrehan: *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 7. TEKELİOĞLU, Numan: “Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1 (Reklam), s. 4.

<sup>24</sup> BOZBEL, Savaş: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 32.

<sup>25</sup> AKİPEK, Şebnem / KARA, İlhan: *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 179.

<sup>26</sup> BAYSAL / İNAL, s. 16; ASLAN, Yılmaz İ.: *Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015 (Tüketici Hukuku), s. 271; AKİPEK, / KARA, s. 181; İÇÖZ, s. 883.

<sup>27</sup> AKİPEK / KARA, s. 181; İÇÖZ, s. 883.

<sup>28</sup> ZEVKİLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 423.

<sup>29</sup> TEKELİOĞLU, *Reklam*, s. 15; ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 264.

<sup>30</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>31</sup> 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmî Gazete.

den aldatıcı reklamları haksız rekabet olarak nitelendirmektedir<sup>32</sup>. Haksız rekabet konusu inceleme konumuzun dışında olduğundan bu hususa değinilmeyecektir. Aldatıcı reklamın hedef kitleyi yanıltması ve onların satın alma alışkanlığına etki edebilmesi ise konumuz dâhilindedir. Hedef kitleyi yanıltan reklamın aldatıcı olduğunu belirleyebilmek için bazı kıstaslar bulunmaktadır. Bunlar reklamın yanlış ya da yanıltıcı olması, reklamın hitap ettiği kitledeki orta seviyedeki tüketiciyi aldatması ya da aldatma ihtimalinin bulunmasıdır<sup>33</sup>.

#### a. Reklamın Yanlış ya da Yanıltıcı Olması

Reklamın yanıltıcı olup olmamasında en önemli ölçüt; reklamda yer alan bilginin yanlış ya da yalan olmasıdır. Yanlış bilgiler içeren bir reklam, aldatıcı olarak kabul edilecektir<sup>34</sup>. Bir reklamda yer alan görüntünün veya bilginin yanlış olduğu herkesçe kabul edilen ölçütler ile kanıtlanabiliyorsa o reklamda aldatıcılık unsuru mevcuttur<sup>35</sup>. Ancak bir reklamda abartılı ifadeler kullanılmış olması, o reklamın aldatıcı olduğu anlamına gelmez<sup>36</sup>.

Diğer taraftan reklamın sözel olarak ifadesinin doğru olması, reklamın aldatıcı nitelik taşımayacağı anlamına gelmez<sup>37</sup>. Reklamlarda kullanılan ana yönelimler, görseller, renkler ve sesler de tüketicilerin duygularını istismar edebilecek özellikler taşıyabilir.

Ayrıca reklamın içeriği doğru olabilir ancak reklamın bütününden çıkan anlam, reklamın aldatıcı özellikler taşıdığını işaret ediyor ise bunun dikkate alınması gerekmektedir. Bu gibi durumlarda, reklam içeriğinde örtülü mesaj barındırdığı için tüketiciler üzerinde yarattığı izlenim nedeniyle aldatıcı nitelik kazanabilecektir.

Etkileyicinin paylaşımlarının yanlış bilgiler içermesi, etkileyicinin belki hiç kullanmadığı bir ürünü etkisini görmüş gibi anlatması, etkileyicinin görüntüsüne uyguladığı filtreler ile tüketiciyi etkilemesi aldatıcı reklama sebebiyet veren diğer durumlar olarak sayılabilir.

Etkileyici, filtre olarak adlandırılan bir yazılım yardımıyla görüntüsünü iyileştirerek kusursuz hâle getirip sonra tavsiye ettiği ürünün sayesinde kusursuz görüldüğünü ifade ediyorsa bu durumda tüketicinin yanlış bilgilendirilmesi sonucu ortaya çıkar. Etkileyicinin kusursuz görüntüsüne aldanıp ürünü alan tüketici doğru ve dürüst bilgilendirilmemiş olduğu için hukuka aykırılık ortaya çıkacaktır.

#### b. Reklamın Orta Seviyedeki Tüketiciyi Aldatması ya da Aldatma İhtimalinin Bulunması

Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/1-j'de orta seviyedeki tüketici tanımlanmaktadır. Buna göre orta seviyedeki tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden, tüketici işlemi ya da tüketiciye yönelik uygulamaların her aşamasında makul düzeyde bilgiye sahip olan gerçek veya tüzel kişidir. Orta seviyedeki tüketici tanımının içerdiği “*makul düzeyde bilgiye sahip olan*” ifadesi, makul düzeyde bilginin ne olduğu ve nasıl ölçüleceği sorularını beraberinde getirmektedir. Bu soruların cevabını vermek tüketicinin bazı yükümler yüklenmesi ile söz konusu olabilir. Orta seviyedeki tüketiciden ortalama bilgiye, ortalama dikkate ve ortalama anlayışa sahip olması beklenirken<sup>38</sup> her reklam üzerinde ayrıntılı düşünmesi ise beklenmemektedir<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> TEKELİOĞLU, *Reklam*, s. 16-17; ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 264-265.

<sup>33</sup> BAYSAL / İNAL, s. 25; TEKELİOĞLU, Numan: *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 72-79.

<sup>34</sup> BAYSAL / İNAL, s. 25; ASLAN, Yılmaz İ.: *Tüketici Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s. 66.

<sup>35</sup> BAYSAL / İNAL, s. 25; İÇÖZ, s. 782; ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 266.

<sup>36</sup> ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 266.

<sup>37</sup> ASLAN, *Tüketici Hukuku*, s. 267.

<sup>38</sup> GÜVEN, Koray: “Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Cilt 28, Sayı 120, s. 493-508; İNAL, Emrehan: “Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 93; ÖZDEMİR, Hayrunisa: “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi-*

### 3. Örtülü Reklam

Reklam kavramının tanımı yapılırken reklam yapma iradesinin bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Buna bağlı olarak herhangi bir mecrada yayınlanan içeriğin reklam olduğunun tüketici tarafından anlaşılması gerekmektedir<sup>40</sup>. Aksi durumun varlığı, tüketicinin iradesinin olumsuz etkilenmesine yol açacak ve tüketicinin aldatılmasına neden olacaktır<sup>41</sup>.

Etkileyicinin reklam yapma iradesine sahip olduğunu tespit edebilmek için reklamın diğer paylaşımlardan açıkça ayırt edilmesi gerekir<sup>42</sup>. Bir ürün veya hizmet hakkında bilgi verilen paylaşımda reklam yapma iradesi var ise reklamdan söz edilebilir. Bir paylaşımın reklam olduğunun tüketici tarafından fark edilebilir olması gerekir, aksi hâlde örtülü reklam söz konusu olacaktır.

Etkileyicinin gündelik paylaşım akışının içine reklam olduğunu belirtmeden bir ürünü veya hizmeti yerleştirmesi örtülü reklamdır. Takipçiler, etkileyicinin gündelik yaşamını gördüğü duygusuna kapılırken örtülü reklama maruz kalabilir.

Tüketicinin aslında hiç tanımadığı bir etkileyiciye duyduğu güven sayesinde birçok ürünün satışı artırılmaktadır. Bu nedenle tüketicinin bir paylaşımının reklam olup olmadığını ayırt edebilmesi için çeşitli etiketlerin zorunlu hâle getirilmesi yerinde bir düzenlemedir.

Yukarıda verilen tüm bilgiler göstermektedir ki etkileyicinin paylaşımı tanıtım, ticari amaç ve reklam yapma iradesi taşıyorsa reklam niteliğinde olduğu kabul edilir. Bu nedenle reklamlara ilişkin sınırlamaların ve kuralların etkileyici için de geçerli olduğu sonucuna varılması mümkündür.

## II. SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİNİN YAPTIKLARI REKLAMLARA İLİŞKİN BAZI ÜLKELERDEKİ DÜZENLEMELER

Hukuka aykırı reklamlar konusunda Avrupa Birliği ve Amerika Birleşik Devletleri'nde (ABD) de konuya ilişkin çeşitli hukuki düzenleme ve yaptırımların yanı sıra denetleyici kuruluşlar bulunmaktadır. ABD ve AB, sosyal medyanın yaygınlaşp yeni bir reklam mecrası olarak tercih edilmesiyle mevcut hukuki düzenlemelerin kapsamını genişletmiş ve sosyal medya üzerinden yapılan reklamların da denetim altına alınmasını sağlamaya yönelik çalışmalar yapmıştır. Çalışmamızda bazı ülkelerin bu konudaki düzenlemelerine yer verilmiştir.

### A. Amerika Birleşik Devletleri'nde Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Düzenlemeler

Aldatıcı reklamlara karşı tüketicinin korunması için Amerikan Federal Ticaret Komisyonu (*Federal Trade Commission-FTC*), 1914'te Federal Ticaret Komisyonu Yasası (*Federal Trade Commission Act-FTCA*) ile kurulmuştur. FTC'nin görevi, reklamlarda mevcut olan aldatıcı ve haksız içeriklere karşı tüketiciyi koruyarak pazarda ortaya çıkabilecek rekabete aykırı uygulamalara karşı düzenlemeler yapmaktır<sup>43</sup>. FTC, onaylama ve referans içeren reklamlar için 1975 yılında "Reklamlarda Onay ve Referans Kullanımına İlişkin Kılavuz"u (*Endorsement Guides*) yayınlamış; 2009 yılında Kılavuz'un kapsamını genişletmiştir. Bu düzenlemenin sebebi, sosyal medya kullanımındaki ve etkileyiciler aracılığıyla yapılan reklam faaliyetlerindeki artıştır<sup>44</sup>. Söz konusu düzenleme ile sosyal medyada yer alan aldatıcı bilgilerin tüketiciyi olumsuz etki-

si, 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 75; KARAASLAN, Pelin: "Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Cilt 11, Sayı 40, s. 159.

<sup>39</sup> GÖLE, Celal: *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983, s. 74-75.

<sup>40</sup> ZEVKLİLER / ÖZEL, s. 421; AKTEKİN, Uğur / GÜRBÜZ, Başak: "Türkiye'de Örtülü Reklamlar ve Uygulamada Durum", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 4, s. 44.

<sup>41</sup> AKTEKİN / GÜRBÜZ, s. 42; KORKMAZ, s. 187.

<sup>42</sup> AKİPEK / KARA, s. 181; KORKMAZ, s. 187; BAYSAL / İNAL, s. 42; İÇÖZ, s. 883.

<sup>43</sup> Bkz. <https://www.ftc.gov/about-ftc/what-we-do> (ET: 12.12.2021).

<sup>44</sup> <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/press-releases/ftc-publishes-final-guides-governing-endorsements-testimonials/091005revisedendorsementguides.pdf> (ET: 12.12.2021). ABD'de etkileyici pazarlamasına (*influencer marketing*) ilginin sosyal medyanın

lemesi önlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca etkileyiciler aracılığıyla yapılan reklamlar da Kılavuz'un kapsamına alınmıştır. Sosyal medyayı sıkı bir şekilde takip eden FTC<sup>45</sup>, 2017 yılında reklam verenlerle etkileyiciler arasında bir bağ olması durumunda -yani etkileyiciye bir ücret ödenmesi veya komisyon verilmesi ya da ücretsiz ürün gönderimi yönteminin kullanılması hâlinde- bunun açıkça belirtilmesinin zorunlu olduğunu, etkileyicilere gönderdiği uyarı mektupları ile bildirmiş ve bu hususu internet sitesi üzerinden ilan etmiştir<sup>46</sup>.

Kılavuz'da, reklam verenlerin ve etkileyicilerin uyması gereken üç temel kural yer almaktadır<sup>47</sup>. Bu kurallar şu şekilde sıralabilir:

- “Etkileyicinin, reklam veren ile arasında materyal bağ (ücret, reklam verenler tarafından kendilerine ücretsiz ürün veya hizmetler gibi avantajlar) bulunması hâlinde bunu tüketiciler ile paylaşması gerekmektedir<sup>48</sup>.”
- Bu duruma ilişkin gerekli açıklamalar, etkileyiciler tarafından “açık ve net bir şekilde” yapılmalıdır.
- Yapılan reklamlarda etkileyici ve reklam verenler, genel reklam ve pazarlama ilkelerine uymakla yükümlüdür.”

Yukarıdaki bilgiler istikametinde ve bunların yanı sıra tüketiciler, reklamlar nedeniyle uğradığı zararları FTC aracılığı ile talep edebilmektedir. Öyle ki FTC, tüketicilerin uğradığı zararları tazmin edebilmek için dava açma yetkisine de sahiptir<sup>49</sup>. Ayrıca tüketiciler FTC'ye başvurmadan da aldatıcı reklam nedeniyle uğradıkları zararların tazmini için dava açabilmektedir.

## B. Avrupa Birliği'nde Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Düzenlemeler

Avrupa Birliği hukukunda aldatıcı reklam ve haksız uygulamalara ilişkin iki direktif bulunmaktadır. Bunlar, Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi (*Directive 2005/29/EC*)<sup>50</sup> ve Yanıltıcı ve Karşılaştırmalı Reklamlar Yönergesi'dir (*Directive 2006/114/EC*). Bu yönergelerden Haksız Ticari Uygulamalar Yönergesi; tüketiciler ve tacirler arasındaki ilişkileri genel olarak düzenlediğinden sosyal medyadaki reklamlara karşı tüketicilerin korunmasında esas alınmaktadır<sup>51</sup>. 2005/29/EC sayılı Yönerge'nin giriş kısmında şu ifadeler yer almaktadır:

*“Bu Yönerge (2005/29 /EC), tüketicilerin ürünlere ilişkin işlem kararlarını doğrudan etkileyen ilgili ticari uygulamaları ele almaktadır. Yönerge, adil olmayan tacir ile tüketici arasındaki uygulamalara karşı tüketicinin ekonomik çıkarlarını doğrudan korumaktadır. Böylelikle tüketicilere zarar vermemekle birlikte rakiplerine zarar verebilecek diğer ticari uygulamalarda bulunan ve bu Yönerge'de yer alan kurallara uymayan işletmelere karşı dolaylı yoldan rakiplerini de korumaktadır ve de düzenlediği alanlarda adil rekabeti sağlamaktadır<sup>52</sup>”.*

kullanımının artışı ile birlikte yükseldiği ve reklam verenler ile etkileyiciler arasındaki ilişkinin niteliğine ilişkin bilgi için bkz. HAENLEIN, Michael / ANADOL, Ertan / FARNSWORTH, Tyler / HUGO Harry / HUNICHEN, Jess / WELTE, Diana: “Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.”, *California Management Review*, 2020, Cilt 63, Sayı 1, s. 7.

<sup>45</sup> ASQUITH, Kyle / FRASER, Emily M.: “A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer Marketing”, *International Journal of Communication*, 2020, Cilt 14, s. 5732.

<sup>46</sup> <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2017/04/ftc-staff-reminds-influencers-brands-clearly-disclose> (ET: 12.12.2021).

<sup>47</sup> Federal Trade Commission 16 CFR Part 255 (<https://www.law.cornell.edu/cfr/text/16/part-255>, ET: 12.12.2021).

<sup>48</sup> BLADOW, Laura E.: “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing”, *William & Mary Law Review*, 2018, Cilt 59, Sayı 3, s. 1132.

<sup>49</sup> Bkz. § 57b. Civil actions for violations of rules and cease and desist orders respecting unfair or deceptive acts or practices (Sec. 19) ([https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc\\_act\\_incorporatingus\\_safe\\_web\\_act.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/statutes/federal-trade-commission-act/ftc_act_incorporatingus_safe_web_act.pdf), ET: 14.12.2021).

<sup>50</sup> Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council of 11 May 2005 concerning unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market and amending Council Directive 84/450/EEC, Directives 97/7/EC, 98/27/EC and 2002/65/EC of the European Parliament and of the Council and Regulation (EC) No 2006/2004 of the European Parliament and of the Council ('Unfair Commercial Practices Directive') (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, ET: 10.11.2022).

<sup>51</sup> TRZASKOWSKI, Jan: “Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet”, *Copenhagen Business School Law Research Paper Series*, 2019, Cilt 19, Sayı 6, s. 84.

<sup>52</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>, OJ L 149, 11.6.2005, s. 22-39.

Ayrıca bu Yönerge, tüketicileri tüm haksız ticari uygulamalara karşı korumaktadır. Yönerge'nin 6, 7 ve 8. maddesi uyarınca yanıltıcı ve agresif ticari uygulamalar, haksız kabul edilmektedir. Ayrıca yine bu Yönerge'nin Ek I'inde haksız olarak kabul edilecek uygulamaların bir listesi bulunmaktadır<sup>53</sup>. 2016 yılında yayınlanan Direktifin Uygulanmasına İlişkin Rehber'de, Yönerge'nin 7. maddesinin 2. fıkrasında yer alan gizli reklamlara ilişkin hükümlerin sosyal medya için de önem arz ettiği belirtilmiştir<sup>54</sup>. Yönerge m. 5/3'te "savunmasız olan tüketici grupları" ifadesine yer verilmiştir. Savunmasız tüketici grupları, genellikle sosyal medyayı kullanan gençler ve çocuklardan oluşmaktadır. Bu yönüyle Yönerge'nin sosyal medya reklamları için de uygulanabileceği anlaşılmaktadır. Görülmektedir ki AB, Yönerge'yle sosyal medya reklamlarına karşı önlem almak istemiştir. AB üyesi ülkeler de bu Yönerge çerçevesinde kendi iç hukuklarında birtakım düzenlemeler yapmıştır.

Avrupa Birliği ülkelerinden Almanya, bu konuda yapılan düzenlemeleri ile ülkemize örnek teşkil ettiğinden ve güncel düzenlemelere sahip olduğundan anılan ülkenin kanuni düzenlemelerini daha ayrıntılı incelemekte fayda görülmüştür. Almanya'da Alman Haksız Rekabet Kanunu'nda (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*–UWG) bulunan bazı maddeler, Federal Mahkeme (*Bundesgerichtshof*–BGH) tarafından sosyal medya etkileyicilerinin yapmış olduğu reklamlara karşı açılan tüketici davalarında kullanılmaktadır. Örneğin LG Berlin'in Az. 52 O 101/18 sayılı kararında<sup>55</sup>, "ürün ya da hizmetlerin bir etkileyici tarafından paylaşılması, takipçilerine sunulması ve takipçilerinin iştirilmiş uzantılar aracılığı ile reklam verenin satış sayfasına yönlendirilmesinin tamamen objektif satışa teşvik yöntemi olduğu belirtilmiş bu nedenle de etkileyicinin, paylaşımın reklam olduğu bilgisini takipçileri ile paylaşmamasının Alman Haksız Rekabet Kanunu'na (UWG) ve Telemedya Kanunu'na (TMG) aykırı olduğu" ifade edilmiştir. Karardan anlaşıldığı üzere reklam etiketlerinin kullanılmaması, paylaşımın reklam olduğuna dair bilginin verilmemesi hukuka aykırılık olarak nitelendirilmiştir.

Federal Mahkeme, 9 Eylül 2021 tarihinde<sup>56</sup> sosyal medya etkileyicilerinin etiketleri ne zaman ekleyeceklerine, reklamların etiketlerinin karakterine ve bağlantıların durumuna ilişkin üç karar vermiştir. Federal Mahkeme, etkileyiciler tarafından yapılan ürün sunumlarının reklam olarak işaretlenmesi gereken durumlar sorununu ele almıştır. Aynı gün alınmış olan her üç kararın büyük ölçüde örtüştüğü dikkat çekmektedir. Öyle ki Federal Mahkeme ilk kararında<sup>57</sup> ("Influencer I"), bir etiketleme yükümlülüğünün gerekliliklerini ayrıntılı olarak ele almış, ikinci kararında<sup>58</sup> ("Influencer II") ise daha çok medya hukuku kapsamındaki etiketleme kurallarına ve bunların ilişkisine odaklanmıştır. Mahkeme, Influencer I ve II kararlarında bulunan sonuçları üçüncü kararında da uygulamıştır<sup>59</sup>.

28 Mayıs 2022'de "Rekabet ve Ticaret Hukukunda Tüketicinin Korunmasının Güçlendirilmesine Dair Kanun (*Gesetz zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht*)" ile UWG'de birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler ile Omnibus Direktifi'nin<sup>60</sup> (*Directive 2019/2161/EC*) iç hukuka aktarılması amaçlanmıştır. Aynı zamanda rekabet ve ticaret hukukunda tüketicinin korunmasını güçlendirmeye yönelik düzenlemeler getirilmiştir. UWG'de yapılan bu değişikliklerle, ticari iletişimin etiketlenmesine ilişkin yönetmelikte de değişiklikler yapılmıştır. Bahsi geçen

<sup>53</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32005L0029>, OJ L 149, 11.6.2005, s. 22-39.

<sup>54</sup> Guidance on the Implementation/Application of Directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, s. 219 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016SC0163&from=EN>, ET: 14.12.2021); TRZASKOWSKI, s. 84.

<sup>55</sup> <https://openjur.de/u/2056862.html> (ET: 20.11.2022); TANDOĞDU, Gökçe Naz: *Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlardan Sorumluluğu*, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 70.

<sup>56</sup> BGH, 09.09.2021, I ZR 90/20; BGH, 09.09.2021, I ZR 125/20; BGH, 09.09.2021, I ZR 126/20 (kararlar için bkz. <https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021170.html>, ET: 14.12.2021).

<sup>57</sup> BGH, 09.09.2021, I ZR 90/20.

<sup>58</sup> BGH, 09.09.2021, I ZR 125/20.

<sup>59</sup> KÖBERLEIN, Lilian: "Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH", *ZVertriebsR*, 2022, Sayı 2, s. 102.

<sup>60</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L2161&from=EN>, OJ L 328, 18.12.2019, s. 7-28, (ET: 09.09.2022).

değişikliklerle kanun koyucu mevcut etiketleme gerekliliklerini uygularken yaşanan belirsizlikleri ortadan kaldırmayı amaçlamış ve sosyal medya etkileyicilerinin reklamlarına ilişkin bir düzenleme getirmeyi hedeflemiştir<sup>61</sup>.

UWG'nin § 5a (4)'ün ikinci cümlesine göre “[b]ir şirket lehine hareket eden kişi üçüncü şahıstan eylem için herhangi bir ödeme veya benzer bir karşılık almıyorsa bu eylem ticari bir amaç teşkil etmez”. Bu düzenleme, etkileyicilerin katkısı karşılığında bir şey alıp almadığını etiketleme zorunluluğunu şart koşmaktadır. Yine bu düzenlemeden anlaşılan etkileyici katkısı karşılığında hiçbir şey almadığını kanıtlamalıdır. Bu bağlamda UWG, § 5a (4)'e göre “her şeyden önce, etkileyicinin katkısı karşılığında herhangi bir şey aldığı yasal bir karine olarak kabul edilir. Yani etkileyici katkıyı almadığını inandırıcı kılmadığı sürece, eylemi karşılığında bir şey aldığı veya vaat ettiği varsayılır”. Ancak etkileyici bu varsayımı çürütebilir. Kanun'un gerekçesinde bu varsayımın çürütülmesi yöntemi olarak söz konusu ürünün satın alındığına dair bir makbuz ibraz edilmesi suretiyle güvenilirliğin sağlanabileceği öngörülmektedir.

UWG'deki yeni düzenleme ile aynı zamanda etkileyicilerin reklam katkılarının tanımlanması zorunlu kılınmaktadır. Bu etiketlemenin nasıl yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Ancak işaretleme, daha sonra ilk bakışta ve herhangi bir şüphe olmaksızın açıkça tanınabilir olmalıdır. Bu nedenle tanımlayıcı, terim paylaşımının sonunda gizlenmemeli ve ayrıca birkaç terim altında kaybolmamalıdır. Gönderiler genellikle yabancı dil terimlerine aşina olan genç bir kitleye yönelik olsa da Almanca terimlerin kullanımı şeffaflığa yol açar. Bu nedenle reklam etiketlemesi yeterince anlaşılır olmalıdır.

Almanya dışında İtalya'da da bu konuya ilişkin çalışmalar yapılmaktadır. Sosyal medya etkileyicilerinin uyması gereken kuralları bir araya getiren “Dijital Grafik (*Digital Grafik*)” adlı çalışma yapılmıştır<sup>62</sup>. Dijital Grafik kurallarına göre reklam amacıyla yapılan sosyal medya paylaşımları, diğer paylaşımlardan ayırt edilebilir ve tanınabilir olmalıdır. Bunun için de sosyal medya etkileyicileri, reklam amaçlı yaptıkları paylaşımlarda bazı etiketler (*hashtag*) kullanmak zorundadır<sup>63</sup>.

### C. Birleşik Krallık'ta Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Düzenlemeler

Birleşik Krallık'ta sosyal medya etkileyicileri aracılığıyla yapılan reklam ve pazarlama konusunu düzenleyen Haksız Ticari Uygulamalardan Tüketicinin Korunması (*Consumer Protection from Unfair Trading Regulations*–CPRs) düzenlemesi mevcuttur. 2015 yılında Tüketicinin Korunması Kanunu'nda<sup>64</sup> (*Consumer Rights Act*) bazı değişiklikler yapılarak çevrimiçi satışlar, haksız şartlar ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu değişikliklerle reklam verenlere karşı tüketicilerin hakları genişletilmiştir. Ancak tüketici sosyal medyada yer alan aldatici ve örtülü reklamlardan korunamamıştır. Tüketicinin kendisine verilen zararların tazminini talep hakkı yalnızca tüketicinin önemli bir sorun yaşadığı hâllerde kullanılabilir. Ayrıca tüketicinin sadece öngörülebilir zararları karşılanmakta<sup>65</sup> ve zararın ispatı da tüketiciye yüklenmektedir.

İngiltere'de reklam yöntemlerinin ne şekilde kullanılacağına ilişkin kanuni düzenlemeler<sup>66</sup>, reklam ve promosyonların hukuka uygunluğunu takip eden idari kuruluşlar mevcuttur<sup>67</sup>. Bu kuruluşlardan biri

<sup>61</sup> <https://www.seitz-partner.de/aktuelles/detail/das-neue-influencer-gesetz-kommt-kennzeichnungspflicht-von-werbung-in-social-media/> (ET: 14.12.2021).

<sup>62</sup> BORELLI, Laura: “Influencers: From the Spotlight to the Eye of the Storm”, *Lexology*, 2018 (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c78657f0-1115-4f3e-a796-48726e448c06>, ET: 05.04.2023).

<sup>63</sup> [https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/IAP\\_Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE-ENG.pdf](https://www.easa-alliance.org/sites/default/files/IAP_Digital-Chart-IAP-VERSIONE-ONLINE-ENG.pdf) (ET: 26.11.2022).

<sup>64</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/15/contents/enacted> (ET: 09.09.2022).

<sup>65</sup> EARLE, Rupert: “Consumer Protection”, (Ed.) LINDSAY, Richard: *Ad Law: The Essential Guide to Advertising Law and Regulation*, Kogan Page, London, 2016, s. 94.

<sup>66</sup> HALL-SMITH, Vanessa: “The Regulation of Sales Promotion in the UK”, ([www.bgja.org.uk](http://www.bgja.org.uk), ET: 19.11.2022), s. 1.

<sup>67</sup> The CAP Code: The UK Code of Non-broadcast Advertising and Direct & Promotional Marketing Edition 12, 2014 (<https://www.asa.org.uk/static/c6be0fb9-2c66-4248-ba5b824bf26fd3d3/825f1bc5-64fd-4169-80c9fccc80b79346/The-CAP-Code.pdf>, ET: 19.11.2022).

Reklamcılık Uygulama Komitesi (*Committee of Advertising Practice*–CAP) bir diğeri de Reklam Standartları Kurumu’dur (*Advertising Standards Authority*–ASA). CAP, reklam ve promosyon uygulaması yapan kuruluşlardan, doğrudan pazarlama yapan kuruluşlardan ve medya temsilcilerinden oluşan bir komitedir.

*“CAP üyeleri bir sözleşme ile bu komiteye katılırlar ve CAP Code’da mevcut olan kurallara uymayı kabul ederler. Kurumun asıl amacı, yapılan reklamlar ve verileceği duyurulan promosyonların içeriklerinin CAP kurallarına uygun olmasını sağlamak ve tüketicinin aldatılmasını engellemektir. Böylece pazarlama iletişimleri CAP kurallarına ve dürüstlük ilkesine uygun olur. Bunun sonucunda tüketicinin güveni sarsılmaz<sup>68</sup>”.*

ASA ise tüm reklamlar hakkında yapılan şikâyetleri araştırarak soruşturulmasını sağlar ve reklama ilişkin karar verir<sup>69</sup>. Bu kararlar haftalık olarak medyada yayınlanır. ASA, 2020’de etkileyicilerin reklamlarına ilişkin açıklayıcı bir kılavuz yayınlamıştır<sup>70</sup>. Kılavuz’da reklamların hangi kurallara tabi olacağı belirlenmiştir. ASA, 2021’de etkileyicilerden kurallara uymayanları bir internet sitesi oluşturarak duyurmaya başlamıştır. Bu yola başvurulmasının sebebi Eylül 2020’de, İngiltere kökenli 122 sosyal medya etkileyicisinin hikayelerine, *Instagram* gönderilerine, *IGTV*’lerine ve *Reels*’lerine yönelik yapılan üç haftalık bir izleme taramasıdır. Bu taramanın sonucunda içeriklerin yaklaşık dörtte birinin reklam olduğu saptanmasına rağmen yalnızca %35’inin açıkça etiketlendiği tespit edilmiştir<sup>71</sup>.

Son olarak Rekabet ve Piyasa Kurumu (*Competition and Markets Authority*–CMA) bazı önlemler almıştır. Sosyal medya etkileyicilerinin paylaşımlarında yalnızca marka adını kullanmalarının yeterli olabileceğini vurgulayan bir karar vermiştir<sup>72</sup>. Buna göre diğer ülkelerdeki gibi paylaşımın reklam olduğunu belirten etiketlerin bulunması zorunlu kılınmıştır. ASA ise bu işaretlerin bulunmadığı reklamları kurallara uymadığı için örtülü reklam olarak kabul etmiştir.

### III. TÜRKİYE’DE SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Türk hukukunda sosyal medya etkileyicilerine ilişkin düzenlemeler birden fazla kaynaktan yer almaktadır. Bu düzenlemeler; Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği ve Ticaret Bakanlığının Reklam Kurulunun tavsiyesi ile yayınladığı Sosyal Medya Etkileyicilerine İlişkin Kılavuz’dur. Bu nedenle hem Tüketici Kanunu’ndaki düzenlemelere hem Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’ndeki düzenlemelere hem de Sosyal Medya Etkileyicilerinin Reklamlarına Karşı Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kılavuz’a genel bir bakışa ihtiyaç vardır.

Sosyal medya üzerinden yapılan reklamlar Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun’un 61. maddesi gereğince ticari reklam niteliğindedir. Hatırlanacağı üzere ticari reklamlara ilişkin açıklamalara daha önceki kısımlarda yer verilmişti. Bunun dışında Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği’nin 6. maddesinde de bu konuya ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre *“biçimi ve yayınlandığı mecra ne olursa olsun bir reklamın reklam olduğu açıkça anlaşılmalıdır”*. Ayrıca yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre *“çok kısa sürelerle imaj veren elektronik aygıt ya da başka bir araç kullanılarak veya yapılarını izleyenlerin fark edemeyecekleri ya da bilemeyecekleri bir biçime sokarak bilinç altıyla algılanmasını sağlayan reklamlar yapılamaz”*. Düzenleme bilinç altı reklamlara ilişkin bir düzenlemedir. Ancak bu düzenlemenin sosyal medya reklamlarını içine aldığı söylenebilir. Şöyle ki, yine daha önce de açıklandığı üzere, sosyal medya üzerinden yapılan reklamlar,

<sup>68</sup> AKTAŞ AVCI, Pınar: *Tüketici İşlemi Niteliğindeki Promosyonlu Satış Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 27-28.

<sup>69</sup> The CAP Code, s. 3; ASQUITH / FRASER, s. 5731.

<sup>70</sup> <https://www.asa.org.uk/resource/influencers-guide.html> (ET: 26.11.2022).

<sup>71</sup> <https://www.influencerintelligence.com/blog/T1V/influencer-ad-disclosure-in-the-uk-2021-update> (ET: 26.11.2022).

<sup>72</sup> <https://www.influencerintelligence.com/blog/T1V/influencer-ad-disclosure-in-the-uk-2021-update> (ET: 26.11.2022).



genellikle sosyal medya etkileyicisinin takipçilerinin açıkça fark edemeyecekleri şekilde takipçilerin bilinç altlarına hitap eden reklamlar olma özelliği göstermektedir.

TKHK m. 61/4'e göre “*reklam olduğu açıkça belirtilmeksizin yazı, haber, yayın ve programlarda, mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak amacıyla yer alması ve tanıtıcı mahiyette sunulması örtülü reklam olarak kabul edilir. Her türlü iletişim aracında sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaktır*”. Aynı tanım Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği m. 4/k'de de yapılmıştır. Yönetmelik'in 22. maddesi örtülü reklamı yasaklayan, 23. maddesi ise örtülü reklamların değerlendirmesinin ne şekilde yapılacağını belirleyen düzenlemelerdir. 23. maddeye göre mal veya hizmetlere ilişkin isim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadeler ile ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin yer aldığı yazı, haber, yayın ve programların örtülü reklam açısından değerlendirilmesine ilişkin düzenleme şu şekildedir:

*“a) İsim, marka, logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticaret unvanı veya işletme adları ile bunları temsil eden kurum ve kişiye ilişkin bilgi ve görüntülerin, içinde yer aldıkları yazı, haber, yayın veya programların formatı ile konu, içerik, sunum, konumlandırma ve süre açısından uyumlu, abartısız ve orantılı olması,*

*b) Haber verme, yayma ve bilgi alma hakkı çerçevesinde yayınlanan yazı, haber, yayın veya programların; tüketicilerin aydınlanma ve bilgilenme ihtiyacını karşılaması,*

*c) Tüketici tercihlerini bilinçli olarak yönlendirebilecek şekilde mal veya hizmetlere yönelik özel tanıtıcı atıflar yapılarak mal veya hizmetlerin kiralanmasının veya satın alınmasının teşvik edilmemesi, koşulları dikkate alınır”.*

Yine örtülü reklamlara ilişkin olarak Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Yönetmeliği'nin 22. ve 23. maddelerinde bu tür reklamların yapılması yasaklanmıştır. Yani reklam olduğu karşı tarafa açıkça belirtilmeksizin yazı, haber ve yayınlarda ürün ve hizmetlere ilişkin isim, marka logo veya diğer ayırt edici şekil veya ifadelerle ticari unvan veya işletme adlarının reklam yapmak için kullanılması ve tanıtıcı içeriklerle sunulması, örtülü reklam olarak kabul edilmektedir. Her türlü iletişim aracında bu tür reklamların yapılması yasaktır.

Ayrıca aynı Yönetmelik'in “Tanıklı Reklam” başlıklı 16. maddesinin sosyal medya etkileyicilerinin yaptığı reklamları kapsadığı düşünülebilir. Sosyal medya etkileyicileri de tanıklığına başvuru olan kişi olarak kabul edilebilir. Bu düzenlemeye göre reklamlarda tanıklığına başvuru olan kişinin tecrübesine, bilgisine ve araştırma sonuçlarına dayanmayan ve gerçek olmayan hiçbir tanıklık ya da onay ifadesine yer verilemez. Bu durumda sosyal medya etkileyicileri tarafından yapılan paylaşımlar tanıklı reklam olarak düşünülebilir<sup>73</sup>.

Diğer yandan Ticaret Bakanlığı, 5 Mayıs 2021 tarihinde Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz'u yayınlamaya son dönemde sosyal medya etkileyicilerinin reklam amaçlı yapmış olduğu paylaşımlara ilişkin bir düzenleme getirmiş olmaktadır. Kılavuz'a göre sosyal medya etkileyicisi yapmış olduğu paylaşımın reklam olduğunu açık ve anlaşılır şekilde ifade etmelidir. Diğer iletişim araçlarında olduğu gibi sosyal medyada da sesli, yazılı ve görsel olarak örtülü reklam yapılması yasaklanmıştır. Kılavuz'un 8. maddesine göre *Instagram, Facebook ve Twitter* gibi fotoğraf ve mesaj paylaşımı yapılan mecralardaki reklamlarda, reklamın altında ve açıklamalarında reklam verene ilişkin olarak “*Reklam, #Reklam/Tanıtım, #Sponsor, #İşbirliği, #Ortaklık, @[Reklam veren] ile işbirliği, @[Reklam veren] tarafından sağlandı, @[Reklam veren] tarafından hediye olarak alındı*” ifadelerinden en az birinin reklam verenin ad, marka, ticaret unvanı gibi tanıtıcı bilgilerden herhangi biriyle

<sup>73</sup> KARATEPE KAYA, s. 693.

birlikte yer alması gerekmektedir. Ayrıca sadece etiket kullanımı yeterli görülmemiş ve reklam verene ait tanıtıcı bilgilerin de paylaşımlarda yer alması gerektiği ifade edilmiştir. Sosyal medya etkileyicilerinin henüz kullanmadıkları bir mal veya hizmetin reklamını yapmaları yasaklanmış ve aynı zamanda reklam veren tarafından hediye edilmiş bir mal veya hizmetin satın alındığı izleniminin oluşturulması gerektiği ifade edilmiştir. Özellikle sağlık ürünlerinin reklamına ilişkin var olan yasalara uygun olarak sağlık hizmetinde çalışan doktor, diş hekimi, veteriner hekim ve eczacılar ile sağlık kuruluşları tarafından sunulan mal ve hizmetlere ilişkin reklam ve yönlendirme amaçlı paylaşımlar yasaklanmıştır. Kılavuz'da reklam verenlere çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir. Bu düzenleme, sosyal medya etkileyicisinin sorumluluğu tek başına yüklenmemesi açısından önemli bir düzenlemedir<sup>74</sup>.

Türkiye'de reklamların denetimi, Reklam Kurulu tarafından yapılmaktadır. Reklam Kurulu, ticari reklamların hukuka uygunluğunun denetiminin yapılması amacıyla TKHK m. 63'e dayanarak Ticaret Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur. Reklam Kurulu, ticari reklamlarda uyulması gereken ilkeleri belirlemekte ve haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumaya yönelik düzenlemeleri yapmaktadır. Ayrıca bu hususlar çerçevesinde inceleme ve denetim yapmaya, bu inceleme ve denetim sonuçlarına göre ise durdurma veya aynı yöntemle düzeltme yetkisine sahiptir. Sosyal medya etkileyicileri, Reklam Kurulunca belirlenen ilkelere uygun hareket etmeli, dürüst davranmalı ve tüketiciyi aldatıcı davranışlardan kaçınmalıdır. Reklam Kurulu gerekli görürse idari para cezası veya üç aya kadar reklamları tedbiren durdurma cezası verebilmektedir. Yakın zamanda Reklam Kurulunun özellikle bazı *Instagram* ve *YouTube* içerik üreticileri hakkında vermiş olduğu güncel kararları bulunmaktadır. Bunlardan biri, Covid-19 sürecinde hastalığa karşı kendisini koruduğunu ileri sürerek bir besin desteğinin reklamını yapan ünlülere ilişkindir<sup>75</sup>.

#### IV. SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİSİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Sosyal medya etkileyicileri tarafından sosyal medya üzerinden yapılan reklam niteliğindeki paylaşımlar ile artan satış oranları, sosyal medya etkileyicisinin tüketiciler üzerinde önemli bir etkisinin olduğunu göstermektedir. Bu reklamlar sonucunda tüketiciler, çeşitli faydalar sağlayabilecekleri gibi zarara da uğrayabilmektedir. Reklam verenler ise etkileyiciler ile yaptıkları etkileyici sözleşmeleri sayesinde tüketicieye hızlı bir şekilde ulaşabilmektedir.

Sosyal medya etkileyicilerinin, ortaya çıkan bir zarar varsa bu zarardan sorumluluğu söz konusu olacaktır. Burada değinilmesi gereken sorumluluk türleri etkileyici-tüketici arasında kurulan ilişki bakımından haksız fiil sorumluluğu ve güven sorumluluğu iken etkileyici-reklam veren arasında kurulan ilişki sözleşmeye dayandığı için sözleşme sorumluluğudur.

#### A. Sosyal Medya Etkileyicisinin Tüketicie Karşı Haksız Fiil Sorumluluğu

Sosyal medya etkileyicisinin yaptığı reklamların hukuka aykırı unsurlar taşıması söz konusu olabilir. Hukuka aykırılıkların varlığı ise tüketiciyi zarara uğratabilir. Etkileyicinin ortaya çıkan bu zarar

<sup>74</sup> Sosyal medya etkileyicisinin sorumluluğuna ilişkin açıklamalar için bkz. "IV. Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuki Sorumluluğu".

<sup>75</sup> 08.09.2020 tarihli 301 sayılı Reklam Kurulu kararında, "yapılan inceleme - araştırmalar sonucunda ve sosyal medya hesabında bu ürünün tanıtımını yapan bazı ünlülülerin (Şeyma SUBAŞI) beyanı doğrultusunda, "No Attack" isimli ürüne ilişkin reklam ve tanıtımların reklam vereninin Bilgenet İlaç Dış Tic. ve San. A.Ş. olduğuna, söz konusu ürün tanıtımlarında yer alan ve yukarıda belirtilen ifade ve görsellerle, söz konusu ürünün içeriğindeki bileşenler sayesinde bağırsık sistemini güçlendirdiği, böylece adı geçen ürünün, başta Covid-19 olmak üzere her türlü viral enfeksiyonlara karşı koruyucu bir özelliğe sahip olduğu izleniminin uyandırıldığı, hatta "enfekte olunmuş olsa bile hastalığın iyileşmesine faydası olduğu" iddiasına yer verildiği, bütün bu iddiaların da yapılan bilimsel çalışmalarla doğrulanmış gibi bir algı oluşturulduğu ve inceleme konusu reklamlarda yer alan ve yukarıda belirtilen beyanların birer sağlık beyanı olduğu, bu tür beyanlarla takviye edici bir gıda niteliğinde olan söz konusu ürünün, Covid-19, grip, nezle ve soğuk algınlığı şeklinde isimlendirilen viral enfeksiyonlara karşı iyi geldiği veya bu hastalıkların bu ürünle tedavi edildiği veya tedavisine yardımcı olduğu mesajının verildiği, böylece söz konusu ürünlerin sanki bir ilaç veya bir beşeri tıbbi ürün gibi tanıtıldığı, yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre takviye edici gıdalar için bu tür sağlık beyanlarının kullanılmasının kesinlikle yasak olduğu, her hangi bir ürüne ilişkin olarak her hangi bir sağlık beyanında bulunabilmesi için ilgili idari otoriteden (Sağlık Bakanlığı Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu) izin alınması gerektiği, kullanılan bu beyanlar için ilgili otoriteden izin alınmadığından söz konusu beyanların doğruluğunun bilimsel olarak ispat edilmiş sayılamayacağı, dolayısıyla doğruluğu bilimsel olarak ispat edilmemiş bu beyanlarla tüketicilerin aldatılıp yanıltıldığına" kanaat getirilerek ilgili reklamın durdurulmasına ve idari para cezası verilmesine karar verilmiştir.

nedeniyle sorumluluğunun olup olmadığı ve sorumluluk var ise bu sorumluluğun hangi hukuki sebebe dayanacağı hususu üzerinde önemle durulması gereken bir konudur.

Etkileycinin yapmış olduğu tanıtımların reklam niteliğinde olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu bağlamda reklamlara uygulanan mevzuatın, etkileycilerin reklam niteliğindeki tanıtımlarına da uygulanacağı açıktır. Burada üzerinde durulması gereken mesele, reklamların hukuka aykırılığı hâlinde ortaya çıkan zararlardan etkileycinin sorumlu olup olmayacağıın belirlenmesidir.

Borçlar hukukumuzda borç ilişkileri; sözleşmeden doğan borç ilişkileri, haksız fiilden doğan borç ilişkileri ve sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri olmak üzere üçe ayrılmıştır. Sosyal medya etkileycisi ve tüketici arasında var olan ilişkinin niteliğini belirlerken bu ayırım göz önünde bulundurulmalıdır. Tüketici ve etkileyici arasında sözleşmeden doğan bir borç bulunmamaktadır. Etkileyici, tüketici ve ürünün satıcısı arasında kurulan sözleşmede üçüncü kişi konumundadır. Etkileyici ve tüketici arasında önceden kurulmuş herhangi bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Etkileycinin sosyal medya üzerinden yaptığı hukuka aykırı bir reklamın tüketiciyi zarara uğratması nedeniyle ortaya çıkan sorumluluk sözleşme dışı sorumluluktur.

Haksız fiil sorumluluğu, genel davranış kurallarına aykırılıktan doğar ve Türk Borçlar Kanunu m. 49 ila m. 59'da düzenlenir. Kişi, kusurlu davranışı ve hukuka aykırı fiili ile başkasına zarar vermişse bu zararı gidermekle yükümlü olur<sup>76</sup>. Haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için şu unsurlar aranmaktadır: hukuka aykırı fiil, kusur, zarar ve meydana gelen zarar ve fiil arasındaki uygun nedensellik bağı. Konumuz itibarıyla bu unsurların ayrıntılı incelemesi yerine etkileycinin bu unsurları ne şekilde yerine getirirse haksız fiil sorumluluğu oluşacağından bahsetmek yerinde olacaktır.

Etkileycinin hukuka aykırı fiili farklı şekillerde meydana gelebilir. Daha önce de bahsi geçtiği üzere hukuka aykırı fiil, reklam hükümlerine aykırılık nedeniyle oluşabilir. Başka bir yasak reklam türü olan örtülü reklam ile hukuka aykırı fiil gerçekleşebilir. Örtülü reklamın yasaklanmasının temel amacı, tüketicinin karşısına çıkan paylaşımın reklam olduğunun bilincine varmasını sağlamaktır. Etkileycinin reklam yaptığını bildirmeden, sanki tavsiye veriyormuş gibi görünmesini engellemek için yaptığı paylaşımlara etiketleme zorunluluğu getirilmiştir. Etkileycinin reklamı etiketlememesi ve reklam yaptığını bildirmemesi, hukuka aykırı davranış olarak kabul edilecektir.

Haksız fiil sorumluluğunun ortaya çıkması için gereken unsurlardan ikincisi zarardır. Zarar kavramından TBK m. 49'da bahsedilmiş ancak kavramın tanımı yapılmamıştır. Zarar, kişinin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalma olarak tanımlanmaktadır<sup>77</sup>. Etkileycinin paylaşımlarındaki ifadelerde aldatıcı unsurların yer alması üzerine tüketicinin bu aldatıcı paylaşımından etkilenmesi ve paylaşım konusu ürünü satın alması ancak ürünün beklentisini karşılamaması hâlinde tüketici zarara uğrayacaktır. Başka bir zarara yol açan hâl ise etkileycinin paylaşımında ürünün fiyatı yönündeki aldatıcı ifadelerin mevcut olmasıdır. Bu ifadelerden etkilenen tüketicinin satın aldığı ürünü piyasa değerinden fazlasına satın alması da yine tüketiciyi zarara uğratan bir durumdur.

Kanunda şartları ayrı ayrı düzenlenen kusursuz sorumluluk türleri dışındaki hâller için kusur unsuru aranır. “*Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek veya bu sonucu istememekle beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeteli derecede kullanmamaktır*<sup>78</sup>”. Kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Hukuka aykırı sonucu istemek kastı ifade ederken hukuka aykırı sonucu istememekle beraber bu sonuçtan kaçınmak için yeterli irade kullanmamış olmak ihmal olarak nitelendirilir<sup>79</sup>. Kast ve ihmalin her ikisi de hukuka aykırı davranış olmasına rağmen ağırlıkları birbirinden farklıdır. Kusu-

<sup>76</sup> EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 513; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, N. 33.

<sup>77</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 113; EREN, s. 546.

<sup>78</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 156.

<sup>79</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 156; EREN, s. 599.

run derecesinin hukuka aykırı fiilden sorumluluğun doğmasında bir önemi yoktur<sup>80</sup>. Kast, hukuka aykırı sonucu öngörerek bu sonucu istemek; ihmâl ise hukuka aykırı sonucu istememek ancak söz konusu sonucu ortaya çıkmaması için de gereken özeni göstermemektir.

Etkileyici yaptığı reklamda hukuka aykırılığın varlığını bilmesine rağmen kendi isteği ile hukuka aykırılığa neden olan fiili yapıyorsa kastın varlığı söz konusu olur. Ancak etkileyici hukuka aykırı sonucu istememiş ancak bu sonucu önlemek için gereken özeni göstermemişse, ihmâlin varlığından bahsedilecektir. Her iki durumda da kusur unsuru vardır. Örneğin etkileyici, yanlış bilgi içeren bir paylaşımı bilginin yanlış olduğunu bilerek paylaşımına devam ediyorsa kast, paylaşım için zorunlu kılınan reklam etiketlerini paylaşmamışsa ihmâl vardır.

Haksız fiilin bir diğer unsuru ise zarar ve meydana gelen zarar ve fiil arasındaki uygun nedensellik bağıdır. Çeşitli teorilerle açıklanan nedensellik bağı Türk hukukunda uygun nedensellik bağı teorisi ile açıklanır. Bu teoriye göre;

*“zarar ile haksız fiil arasında hukuki açıdan nedensellik bağının var olduğunun kabulü için söz konusu haksız fiilin genel hayat tecrübesine ve olayların olağan akışına göre böyle bir zararı meydana getirebilecek olması gerekir”<sup>81</sup>.*

Etkileyicinin sosyal medya üzerinden yaptığı haksız fiilin meydana gelmesine neden olan paylaşımlar ve zarar arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığını tespit edebilmek için söz konusu paylaşımın takipçilerin üzerindeki etkisini belirlemek gerekecektir. Etkileyicinin satın alma davranışlarını etkileme gücünden daha önce de söz edilmişti. Ancak burada önemli olan husus, etkileyicinin satın alma davranışını etkilerken zarara neden olan bir etki yaratıp yaratmayacağını belirlemektir. Söz konusu paylaşımlar, her tüketici açısından aynı etkiyi yaratmadığı gibi aynı sonucu da doğurmaz. Çünkü her tüketicinin algı seviyesi, eğitimi farklıdır. Aldatıcı reklam kavramını anlatırken değinilen ortalama tüketici ölçütü, nedensellik bağını belirlenirken her somut olayda yardım alınması gereken bir ölçüttür. Etkileyicinin yaptığı paylaşım konusu ürünü satın alan tüketicinin, ürünü satın alması nedeniyle uğradığı zarar arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı, ortalama tüketici ölçütü benimsenerek her somut olayda ayrı ayrı araştırılmadadır.

Sosyal medya etkileyicisinin kusurlu veya hukuka aykırı bir fiili ile tüketiciye zarar vermesi hâlinde verdiği bu zararı gidermesi gerekir. Etkileyici, tüketici ile satıcı arasında kurulacak sözleşmeye teşvik eden konumunda olup bizzat sözleşmenin tarafı konumunda değildir. Ancak bazı ülkelerde -örneğin ABD’de- olduğu gibi ortaya çıkan sonuç tüketiciyi zarara uğratmışsa tüketici, sosyal medya etkileyicisini zararından dolayı dava edebilir. Ülkemizde de sosyal medya etkileyicisini dava etmeyi engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bu konuda sözleşme sorumluluğu hükümlerine değil, haksız fiil hükümlerine başvurmak yerinde olacaktır. Sosyal medya etkileyicisi ve tüketici arasında sözleşme ilişkisi kurulmadığından bu türden bir sorumluluk da ortaya çıkmayacaktır. Ancak etkileyici kendisine ait bir ürün veya hizmetin reklamını yapmış ve ürün veya hizmetin aynı zamanda satıcısı ise sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sorumluluktan söz edilebilir.

## **B. Sosyal Medya Etkileyicisinin Tüketicie Karşı Olan Güven Sorumluluğu**

Etkileyicinin çoğu zaman tüketiciye bir sanal samimiyet hissi yaşattığını ve bunu daha sonra paylaşımlarını yaparken kullandığını, tüketicilerin ise paylaşımları bu hisler ile reklamdan ziyade tavsiye niteliğinde algıladığını belirtmiştik. Etkileyici ile tüketici arasında bir güven ilişkisi kurulduğunu ve aralarında herhangi bir sözleşme olmasa bile güvenden kaynaklanan bir sorumluluğun oluştuğunu ifade edebiliriz. Tüketicinin sosyal medya üzerinden yapılan reklamlar nedeniyle uğradığı zararın haksız fiil so-

<sup>80</sup> EREN, s. 599; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 147.

<sup>81</sup> EREN, s. 565; TANDOĞDU, s. 99.

rumluluğu ile giderilmesi de mümkün değilse söz konusu zararların TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanan<sup>82</sup> güven sorumluluğu ile giderilmesi mümkün olabilir. Bu sorumluluk, haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu arasında yer alan bir sorumluluk türü olarak nitelendirilmektedir.<sup>83</sup> Sözleşme sorumluluğu ve haksız fiil sorumluluğundan ayrı, kendine özgü bir sorumluluk olarak değerlendirilen güven sorumluluğuna uygulanacak olan hukuki sonuçlar yine kanunda düzenlenen sorumluluk tipleri ile belirlenecektir<sup>84</sup>. Ayrıca bir başka görüşe göre<sup>85</sup> güven sorumluluğu, sözleşme sorumluluğuna yaklaşan, bu nedenle de borca aykırılığa ilişkin hükümlere tabi olan bir sorumluluk türüdür.

Güven sorumluluğunun unsurları; güven sağlama, hukuki işlem alanında bulunma, öngörülebilirlik ve özel bağlantı olarak sıralanabilir<sup>86</sup>. Güven sağlama unsurunun gerçekleşmesi için açıklamanın yapıldığı anda bilginin doğruluğunun teyit edilmesi ve güvenen kişinin iyiniyetli olması aranır<sup>87</sup>. Ayrıca kişinin herhangi birine değil, özel bir bağlantı içindeki kişilere güvenmesi gerekir.

Tüketici ve etkileyici ilişkisine bu unsurlar ışığında bakıldığında, tüketicinin etkileyiciye güven duyduğu için tavsiyelerini dikkate aldığı hatırlatmak gerekir. Ancak tüketicinin yine de kendisine verilen tavsiyelerin doğruluğunu teyit etmesi gerektiğini de ilave etmek faydalı olacaktır.

Güven sağlama unsuru açısından bakıldığında ise takipçi sayılarının etkili olduğu ifade edilebilir<sup>88</sup>. Takipçi sayısı çok olan etkileyiciler, tüketici gözünde daha fazla güvene sahiptir. Sosyal medya etkileyicisinin tüketici ile olan ilişkisini güven sorumluluğuna dayandırabilmek için ayrıca güven sağlama unsurunun varlığının olup olmadığına bakılması gerekir.

Etkileyicinin bir süredir takip ediliyor olması, fotoğraflarının ve videolarının görülmesi ve beğenilmesi, taraflar arasında özel bir bağlantı olduğunun kabulünü gerektirir. Bu takip nedeniyle ortaya bir bağ çıkacaktır. Dolayısıyla güven sorumluluğunun unsuru olan özel bağlantı söz konusu olacaktır.

Konuya ilişkin açıklamalar göz önünde tutulduğunda tüketici, sosyal medyada takip ettiği etkileyiciye güven duymaktadır. Bu güven boşa çıkarıldığında tüketici bir zarara uğrarsa güven sorumluluğu söz konusu olacaktır. Şöyle ki tüketici sözleşmeyi satıcı ile yapmasına rağmen -sözleşmeyi yapmasına etkileyicinin yaptığı hukuka aykırı reklam neden olmuşsa ve bu sözleşme nedeniyle bir zarara uğrarsa- zararın tazmini için etkileyiciye başvurabilecektir. Bu başvuru da güven sorumluluğuna dayandırılabilir.

### C. Sosyal Medya Etkileyicisinin Sözleşmeden Kaynaklanan Borçları ve Sorumluluğu

Sosyal medya etkileyicisinin, etkileyici sözleşmesinden doğan borçları ve sorumluluğunun anlatıldığı bu kısımda, öncelikle etkileyici sözleşmesinin hukuki niteliği, daha sonra söz konusu sözleşmenin sosyal medya etkileyicisi için ortaya çıkardığı sorumluluğa değinilecektir.

#### 1. Etkileyici Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Sosyal medya etkileyicileri, sosyal medya hesabında çeşitli paylaşımlar yaparak takipçilerinin ilgisini çeken, ürün ve hizmetleri deneyimleyerek anlatan ve bu ürün ve hizmetlerin satın alınmasına etki edebilen kişilerdir. Ürün ve hizmetleri sunan satıcı ve sağlayıcılar, sosyal medya etkileyicilerinden

<sup>82</sup> GÜRPINAR, Damla: *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2006, s. 214; OĞUZMAN / ÖZ, N. 138-139.

<sup>83</sup> KIRCA, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004, s. 111.

<sup>84</sup> GÜRPINAR, s. 230.

<sup>85</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 131; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdulkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, § 2, N. 8.

<sup>86</sup> DURAK, Yasemin: “Güven Sorumluluğu ve ‘Culpa in Contrahendo’”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 1, s. 250.

<sup>87</sup> GÜRPINAR, s. 226.

<sup>88</sup> TANDOĞDU, s. 104.

faidalanarak çok daha dinamik bir mecra olan sosyal medya üzerinden tanıtımlarını yaptırarak cirolarını artırmaktadır. Bu tanıtımlar, sosyal medya etkileyicisi ve reklam veren arasında yapılan bir sözleşme ile gerçekleştirilmektedir. Bu sözleşmeler “etkileyici sözleşmesi” veya “iş birliği sözleşmesi” olarak adlandırılmaktadır<sup>89</sup>. Sosyal medya etkileyicilerinin ve reklam verenlerin taraf olduğu bu sözleşmenin hukuki niteliğini ve benzeştiği sözleşmelerden farkını saptamak etkileyicinin söz konusu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunun sınırlarını belirlemek için gereklidir. Bu nedenle öncelikle TBK’da düzenlenen bazı sözleşmelerden farkını saptamak gerekmektedir.

İş görme edimi içeren vekâlet ve eser sözleşmeleri ile benzerlikler taşıyan söz konusu sözleşme, her iki sözleşmeden bazı yönleriyle ayrılmaktadır. TBK m. 470 eser sözleşmesini, “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlamaktadır. Eser sözleşmesinin tipik unsurları eser meydana getirme ve ücrettir<sup>90</sup>. Etkileyicinin içerik paylaşımı eser meydana getirme, içerikler ise eser olarak nitelendirilebilir<sup>91</sup>. Etkileyici, paylaşım yapabilmek için fotoğraf, video çekip bunları çoğaltıp kaydedebilir. Söz konusu durumda bir cisimleştirme söz konusu olduğundan, paylaşım için yaratılan fotoğraf veya videonun eser olarak kabulü gerekir. Böylece etkileyici sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır. Ancak bu tespit reklam verenin paylaşım karşılığında bir miktar para vermeyi taahhüt ettiği sözleşmeler için geçerli olacaktır. Paylaşım karşılığında para verilemeyen sözleşmeler eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmeyecektir<sup>92</sup> çünkü eser sözleşmesinde karşı edim her zaman bir miktar paradır<sup>93</sup>. Eser sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibinin emir ve talimatlarıyla sıkı bir şekilde bağlı değildir<sup>94</sup>. Ancak etkileyici sözleşmeye eklenen şartlarla reklam verenin talimatlarına sıkı bir şekilde bağlanıyorsa bu durumda etkileyici sözleşmesi eser sözleşmesinden uzaklaşacaktır.

Vekâlet sözleşmesi bakımından yapılacak değerlendirme için öncelikle TBK m. 502’de yer alan vekâlet sözleşmesi tanımından yola çıkmak gerekir. Söz konusu maddeye göre vekâlet sözleşmesi, “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği*” sözleşmedir. Vekâlet sözleşmesinde vekil, belirli bir işi görmekte ve gereken özeni göstermesine rağmen istenilen sonuca ulaşamazsa vekâlet veren bu duruma katlanmaktadır<sup>95</sup>. Vekil işi görür ama sonucu borçlanmaz. Etkileyicinin bir sonuç garanti etmemesi durumunda vekâlet sözleşmesinden söz edilebilecektir. Şöyle ki etkileyici yalnızca tanıtım faaliyeti yapma fiilini üstlenmiş ise vekâlet sözleşmesinden söz edilecektir. Ancak uygulamada yalnızca tanıtım faaliyeti üzerine kurulan etkileyici sözleşmelerine pek rastlanılmaktadır<sup>96</sup>. Etkileyicinin bir sonuca ulaşması için paylaşımın sıklığı, uyması gereken şekil, bağlantı (*hyperlink*) kullanımına ilişkin detaylar sözleşmelere eklenmektedir<sup>97</sup>. Reklam verenin verdiği bu talimatlar, vekalet sözleşmesinde mevcut olan vekilin vekâlet verene karşı bağımsızlığını<sup>98</sup> ortadan kaldıracı nitelikte değildir.

Etkileyici sözleşmesi, eser sözleşmesi ile vekalet sözleşmesinin bazı unsurlarını taşımaktadır. Etkileyici sözleşmelerinin hukuki niteliğini belirlemede taraflar arasındaki sözleşmeye bakarak bir değerlendirme yapmak daha uygun olacaktır.

<sup>89</sup> Kavram kullanımına ilişkin açıklama için bkz. dn. 12.

<sup>90</sup> ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 508; KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 459.

<sup>91</sup> KESKİN, s. 139.

<sup>92</sup> BAYTAN AVKOVAN, s. 111.

<sup>93</sup> KILIÇOĞLU, s. 459; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 498; ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 359.

<sup>94</sup> ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 507; KILIÇOĞLU, s. 463.

<sup>95</sup> EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 729; ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 509; KILIÇOĞLU, s. 450.

<sup>96</sup> KESKİN, s. 140.

<sup>97</sup> KESKİN, s. 140.

<sup>98</sup> ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 494.

Etkileyici sözleşmeleri, eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesine yaklaşan özellikleri taşıyacak nitelikte yapılsalar dahi bu sözleşme, kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Bu nedenle etkileyici sözleşmesinin bir isimsiz sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>99</sup>. Etkileyici sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarıyla kurdukları rızai sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir ancak uygulamada ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmaktadır<sup>100</sup>.

## 2. Etkileyicinin Sözleşmeden Kaynaklanan Yükümlülükleri

Etkileyicinin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri; içerik paylaşma yükümlülüğü, etiket kullanma yükümlülüğü, rekabet etmeme yükümlülüğü ve sadakat yükümlülüğüdür.

Etkileyicinin sözleşmeden kaynaklanan asli edim yükümlülüğü tanıtım içerikli paylaşım yapmaktır. Sözleşmede tanıtım içerikli paylaşımın süresi, hangi platformda yayınlanacağı gibi unsurlar belirlenir<sup>101</sup>. Tanıtım içerikli paylaşım etiketler eklenmesi de bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda etkileyici sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemiş sayılır. Sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkan bir zarar var ise etkileyicinin tazminat sorumluluğu ortaya çıkacaktır. Reklam verenin etkileyiciden tazminat isteyebilmesinin dayanağı TBK m. 112 hükmüdür. Düzenlemeye göre, “[b]orç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür”. Etkileyicinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi, bunun reklam verene zarar vermesi, etkileyicinin kusurlu olması ve ortaya çıkan zarar ile hiç veya gereği gibi ifa etmeme arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bahsi geçen şartlar mevcut ise etkileyici tazminat ödemek durumundadır.

Etkileyicinin sosyal medya üzerinden yaptığı paylaşımların reklam olduğunun anlaşılabilir olması gerekmektedir. Reklam niteliği taşıyan paylaşımlarda reklam etiketi kullanılmalıdır. Aksi taktirde söz konusu paylaşım örtülü reklam niteliğinde kabul edilecektir. Örtülü reklamlar, TKHK m. 61/4’e göre yasaktır. Örtülü reklam yasağının ihlal edilmesi hâlinde sorumluluğun kime ait olacağını belirlemek için 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Hakkında Kanun<sup>102</sup> yol gösterici olacaktır. Bahsi geçen düzenlemede yer alan m. 4/1’e göre sosyal medya kullanıcıları içerik sağlayıcı sıfatına sahip olmaları nedeniyle kendi hesaplarında yayınladıkları her türlü içerikten sorumludur. Ancak daha önce değinildiği üzere reklam etiketi kullanma yükümlülüğü “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz” tarafından da öngörülmektedir. Kılavuz, reklam verene bazı yükümlülükler yüklemektedir. Düzenlemeye göre reklam veren, etkileyiciyi m. 6’da yer alan yükümlülüklerle uyması konusunda uyarmalı ve önlem almalıdır. Söz konusu düzenleme ile sorumluluk, reklam veren ve etkileyiciyi kapsar hâle gelmiştir.

Etkileyicinin sadakat yükümlülüğü ise bahsi geçen yükümlülüğünün içerdiği, işin tamamlanması dışında, reklam verenin her türlü çıkarını koruması, yararına olanı yapması, ona zarar verecek şeylerden kaçınması ve sözleşme nedeniyle elde ettiği pozisyonu menfaati doğrultusunda kullanmamasını ifade etmektedir<sup>103</sup>.

Etkileyicinin rekabet etmeme yükümlülüğü, müvekkilin menfaatlerine uymayacak işleri kendi hesabına yapmaması, üçüncü kişiler hesabına faaliyette bulunmaması ve bunu gerektiren işleri almamasını kapsar<sup>104</sup>. Rekabet etmeme yasağı bir zorunluluk olarak TBK’nın bazı hükümlerinde<sup>105</sup> düzenlen-

<sup>99</sup> BAYTAN AVKOVAN, s. 147; KESKİN, s. 141.

<sup>100</sup> KESKİN, s. 137.

<sup>101</sup> SOLMECKE, Cristian: “Influencer-Marketing & Recht”, *Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring*, Rheinwerk Verlag GmbH, Bonn, 2018, s. 262; KESKİN, s. 141.

<sup>102</sup> 04.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı Resmî Gazete.

<sup>103</sup> TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977, s. 197.

<sup>104</sup> TANDOĞAN, s. 233-234.

miş olmakla birlikte sözleşme<sup>106</sup> ile de kararlaştırılabilir. Etkileyiciler birden fazla markanın tanıtımını yapabilir. Bu durumda birden fazla reklam veren ile sözleşme ilişkisi söz konusu olur. Reklam verenler aynı ürünü üreten veya aynı hizmeti sunan rakip işletmeler olabilir. Ya da son zamanlarda sıkça rastlanan bir durum olan, etkileyici olarak faaliyet gösteren kişinin kendi ürünlerinin tanıtımını yapması söz konusu olabilir. Etkileyici hâlihazırda sözleşme ilişkisi bulunan reklam veren için tanıtım faaliyetlerinde bulunurken aynı zamanda başka bir reklam veren ya da kendisi için tanıtım faaliyetinde bulunuyorsa ve bu reklam veren için sorun yaratıyor ise bu durumda etkileyici sözleşmesine rekabet yasağı hükmü koyulabilir.

## V. REKLAM VERENLERİN SOSYAL MEDYA ETKİLEYİCİLERİNİN YAPTIĞI REKLAMLARA İLİŞKİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Reklam verenler, sosyal medyada tanıtımlarını etkileyiciler aracılığı ile yapmaktadır. Söz konusu tanıtımları etkileyici sözleşmesinin tarafı olmak kaydı ile gerçekleştirmektedir. Dolayısı ile reklam verenlerin etkileyici sözleşmesinden kaynaklanan bazı yükümlülükleri doğmaktadır. Bu yükümlülükler, reklam karşılığında etkileyiciye bedel ödeme veya başka bir menfaat vadedilmiş ise bunun yerine getirilmesi, etkileyiciye reklamı yapması için avans ödenmesi kararlaştırılmış ise bunun ödenmesi, etkileyicinin yaptığı masrafların karşılanması, etkileyiciye reklamı yapılacak mal veya hizmet için gerekli bilgilendirmenin yapılması ve içerikte reklamı yapılan hizmet veya ürüne ilişkin olumsuzlukların mevcut olması ya da reklamın hukuka aykırı reklam olarak nitelendirilmesine sebep olan bir unsura rastlanması hâlinde bunların giderilmesi için etkileyicinin uyarılması olarak sayılabilir.

Reklam verenin etkileyici sözleşmesinin tarafı olmasından kaynaklanan asli edimi, bedel kararlaştırılmış ise bedelin ödenmesi ya da başka bir menfaat sağlama vadedilmiş ise bunun yerine getirilmesidir. Bedel; etkileyicinin takipçi sayısına, paylaşım sıklığına ve paylaşımın mecrasına göre farklılık gösterebilir<sup>107</sup>. Etkileyici, paylaşımı yaptığı an itibari ile bedelin kendisine ödenmesini talep edebilir. Etkileyicinin reklamı yapabilmesi için bir harcama yapması gerekebilir. Söz konusu harcama reklam veren tarafından etkileyiciye ödenmelidir. Yine etkileyici sözleşmesinde reklamın yapılması için etkileyiciye avans ödenmesi kararlaştırılmış ise bu miktar reklam veren tarafından ödenmelidir. Etkileyici sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine yaklaşan yanının sonucu olarak, etkileyicinin gider ve avanslarını ödemek reklam veren için TBK m. 510/1 gereğince zorunluluk olarak kabul edilebilir.

Reklam veren ve etkileyici arasında güven ilişkisinden doğan yan yükümlülük<sup>108</sup>, etkileyiciye reklamı yapılacak mal veya hizmet için gerekli bilgilendirmenin yapılması ve içerikte reklamı yapılan hizmet veya ürüne ilişkin olumsuzlukların mevcut olması ya da reklamın hukuka aykırı reklam olarak nitelendirilmesine sebep olan bir unsura rastlanması hâlinde bunların giderilmesi için etkileyicinin uyarılmasıdır. Reklam veren, reklama ilişkin içeriğin oluşturulmasından önce etkileyici ürün veya hizmet ile ilgili bilgilendirme yapmalı ve onu aydınlatmalıdır<sup>109</sup>. Ayrıca reklam veren, reklam içeriğini denetlemelidir. Bu husus, Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından Yapılan Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar Hakkında Kılavuz m. 11'de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre reklam veren, bahsi geçen yasal düzenleme hakkında etkileyiciye bilgi vermekle yükümlüdür. Bununla birlikte reklam verenin sorumluluğu bu husus ile sınırlı kalmamakta ve etkileyicinin m. 6'da yer alan yükümlülüklerini yerine getirmesi için önlem alması gerekmektedir.

<sup>105</sup> TBK'da adi ortaklık ilişkileri (m. 626) ve ticari temsilci, ticari vekiller ile diğer tacir yardımcılara ilişkin hükümlerde (m. 553); TTK'da ise kolektif şirket ortakları (m. 230-231), komandit şirketin komandite ortağı (m. 308 ve m. 311 ile m. 572), anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri (m. 396), limited şirketin müdürleri (m. 626) ve acentelik (m. 104) ile ilgili hükümlerde rastlamak mümkündür.

<sup>106</sup> Bkz. TBK'nın iş sözleşmesi (m. 444-447) ve acentelik sözleşmesi (m. 123) hükümleri.

<sup>107</sup> KESKİN, s. 144.

<sup>108</sup> EREN, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s. 31.

<sup>109</sup> ZEVKLİLER / GÖKYAYLA, s. 561-562.



## SONUÇ

Her geçen gün artan sosyal medya kullanımı, tüketim alışkanlıklarının değişmesini de beraberinde getirmektedir. Tüketicinin sosyal medya aracılığı ile arttığını fark eden üreticiler, sosyal medyada ürünlerini sosyal medyada etkileyicileri aracılığıyla tanıtmaktadır. Bir pazarlama yöntemi olan “etkileyici pazarlaması (*influencer marketing*)”; çok tercih edilen bir yol olmaya başlamış ve düzenlenmesi gereken bir alanı da beraberinde getirmiştir. Bu pazarlama yöntemi, diğer pazarlama yöntemlerine göre istenen kitleye daha hızlı bir şekilde ulaşma imkânı sağlamıştır. Etkileyiciler bu yöntemle ciddi kazançlar elde eden kimseler hâline gelmiştir. Takipçilerine tavsiye vererek bir ürünün satışını artıran bu kişilerin hukuki statüleri, farklı ülkelerde hemen hemen aynı yöntemler ile düzenlenmiştir. Tavsiye edilen ürünlerin reklam amacının açık ve anlaşılır biçimde ifade edilmesini zorunlu kılınmıştır. Ülkemizde de dünyadaki bu gelişmeler dikkate alınarak düzenlemeler yapılmıştır. Bahsi geçen düzenleme ile “*influencer*” kavramı “sosyal medya etkileyicisi” olarak isimlendirilmiş ve bu kişilere bazı yükümlülükler getirilmiştir.

Sosyal medya etkileyicisi, yaptığı iş gereği reklam veren ile birlikte etkileyici sözleşmesinin taraflarını oluşturmaktadır. Etkileyici sözleşmesi özellikleri itibarıyla hukuk sistemimiz açısından değerlendirildiğinde, sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarıyla kurdukları rızâ sözleşmelerdir ve bu sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle bağlı değildir. Ayrıca TBK’da düzenlenen bir sözleşme olmadığından isimsiz sözleşme niteliğini de haizdir.

Sosyal medya etkileyicisi ve tüketici arasında da bir hukuki ilişki vardır. Bu ilişkinin temeli, takipçinin etkileyiciyi takip etmesi ve onun tavsiyelerine uyarak alışveriş yapmasıyla başlar ancak aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Hukuk sistemimizde bir etkileyiciden zarar gördüğünü düşünen kişinin başvurusu, hem haksız fiil hükümlerine hem de güven sorumluluğuna dayanabilir. Ancak güven sorumluluğuna başvurulması tüketiciler için kusurun ispatı ve zamanaşımı yönünden daha elverişli olacaktır.

Sosyal medya etkileyicisi ve reklam veren arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu için sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekir. Sözleşmede belirlenen şartların etkileyici tarafından yerine getirilmemesi durumunda sözleşmeye aykırılık nedeniyle oluşan zararın etkileyici tarafından tazmini gerekir.

Son olarak sosyal medya etkileyicilerine ilişkin çeşitli ülkelerdeki düzenlemeler ve düzenlemeleri uygulayan kurumlar göz önünde bulundurularak çok fazla tercih edilen söz konusu mecranın denetimini daha aktif yapabilecek bir kurum ihdas edilmesi ya da var olan kurumların çalışmalarını çeşitlendirerek oluşacak zararların önüne geçilmesi yerinde olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AKİPEK, Şebnem / KARA, İlhan: *Tüketici Hukuku Dersleri*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKKURT, Sinan Sami: “Kişilik Hakkının Sosyal Medya Kullanıcıları Tarafından İhlali Halinde Ortaya Çıkacak Ceza Sorumluluğuna Medeni Hukuk Bağlamında Bir Bakış”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 2, s. 329-373.
- AKTAŞ AVCI, Pınar: *Tüketici İşlemi Niteliğindeki Promosyonlu Satış Sözleşmeleri*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- AKTEKİN, Uğur / GÜRBÜZ, Başak: “Türkiye’de Örtülü Reklamlar ve Uygulamada Durum”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 2009, Cilt 9, Sayı 4, s. 41-55.
- ALİKILIÇ, İnanç / ÖZKAN, Buse: “Bir Sosyal Medya Pazarlama Trendi, Hatırlı Pazarlama ve Etkileyiciler: Instagram Fenomenleri Üzerine Bir Araştırma”, *Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 2, s. 43-57.
- ALTAR YAVUZ, Oya / YILMAZ, Merve: “Dijital Reklamcılığın Kurgu Yüzleri: Sanal Influencer’lar”, (Ed.) YAKIN, Mehmet: *Dijital Reklamcılık Bize Ne Anlatır*, Urzeni Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 179-212.
- ANHART, Sandra / SCHMID, Alain: “Das Trennungs- und Kennzeichnungsgebot bei Beiträgen in sozialen Medien”, *sic! Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 2019, Sayı 6, s. 353-362.
- ASQUITH, Kyle / FRASER, Emily M.: “A Critical Analysis of Attempts to Regulate Native Advertising and Influencer Marketing”, *International Journal of Communication*, 2020, Cilt 14, s. 5729-5749.
- ARAL, Fahrettin / AYRANCI, Hasan: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- ASLAN, Alev / ÜNLÜ, Derya Gül: “Instagram Fenomenleri ve Reklam İlişkisi: Instagram Fenomenlerinin Gözünden Bir Değerlendirme”, *Maltepe Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 3, Sayı 2, s. 41-65.
- ASLAN, Yılmaz İ.: *Tüketici Hukuku*, 5. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2015 (Tüketici Hukuku).
- ASLAN, Yılmaz İ.: *Tüketici Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2021.
- BAYSAL, Başak / İNAL, Emrehan: *Reklam Hukuku ve Uygulaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- BAYTAN AVKOVAN, Serenat: “Influencer Sözleşmeleri”, (Ed.) CİHAN, Ali Hulki / TUZCUOĞLU, Tuğçe: *Yargıtay Kararları Işığında Güncel Medeni Hukuk Problemleri Sempozyumu Tebliğleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 17-20.
- BORELLI, Laura: “Influencers: From the Spotlight to the Eye of the Storm”, *Lexology*, 2018 (<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=c78657f0-1115-4f3e-a796-48726e448c06>, ET 05.04.2023).
- BOZBEL, Savaş: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Karşılaştırmalı Reklam Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- BLADOW, Laura E.: “Worth the Click: Why Greater FTC Enforcement is Needed to Curtail Deceptive Practices in Influencer Marketing”, *William & Mary Law Review*, 2018, Cilt 59, Sayı 3, s. 1123-1164.
- CAN, Lütfiye: *Sosyal Medya Reklamlarının Markaya Yönelik Tutuma Etkisi: Facebook Üzerinde Bir Uygulama*, Sakarya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sakarya, 2016.
- DURAK, Yasemin: “Güven Sorumluluğu ve ‘Culpa in Contrahendo’”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, Cilt 25, Sayı 1, s. 239-288.
- EARLE, Rupert: “Consumer Protection”, (Ed.) LINDSAY, Richard: *Ad Law: The Essential Guide to Advertising Law and Regulation*, Kogan Page, London, 2016, s. 80-106.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018 (Borçlar Hukuku Genel Hükümler).
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 9. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019 (Borçlar Hukuku Özel Hükümler).

- GÖLE, Celal: *Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1983.
- GÜRPINAR, Damla: *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Güncel Hukuk Yayınları, İzmir, 2006.
- GÜVEN, Koray: “Reklam Hukuku Perspektifinden AB, Alman ve Türk Hukuklarında Tüketici Ölçütü: ABAD’ın ‘Gut Springenheide’ Kararı Üzerinden Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Cilt 28, Sayı 120, s. 493-508.
- HAENLEIN, Michael / ANADOL, Ertan / FARNSWORTH, Tyler / HUGO Harry / HUNICHEN, Jess / WELTE, Diana: “Navigating the New Era of Influencer Marketing: How to be Successful on Instagram, TikTok, & Co.”, *California Management Review*, 2020, Cilt 63, Sayı 1, s. 5-25.
- HALL-SMITH, Vanessa: “The Regulation of Sales Promotion in the UK”, 2003, (www.bgja.org.uk, ET: 19.11.2022).
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- İÇÖZ, Derya: “Ticari Reklam”, (Ed.) ŞAHİN MCCARTHY, Oya / DİNÇ, Mutlu: *Tüketici Hukuku Davaları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 951-1091.
- İNAL, Emrehan: “Türk Hukukunda Aldatıcı ve Örtülü Reklamlar”, *Uluslararası Reklam Hukuku Sempozyumu (8-9 Mayıs 2008)*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 87-104.
- KAPLAN, Andreas M. / HAENLEIN, Michael: “Users of The World, Unite! The Challenges and Opportunities of Social Media”, *Business Horizons*, 2010, Cilt 53, Sayı 1, s. 59- 68.
- KARAASLAN, Pelin: “Kötüleyici Reklamların Tespitinde Esas Alınacak Ortalama Tüketici Ölçütü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2019, Cilt 11, Sayı 40, s. 149-173.
- KARATEPE KAYA, Meltem: “Sosyal Medya Etkileyicileri Tarafından İnternet Aracılığıyla Yapılan Reklamlara İlişkin Hukuki Düzenlemelerin Değerlendirilmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 70, Sayı 3, s. 667-719.
- KAYA, Mine: “Sosyal Medya ve Sosyal Medyada Üçüncü Kişilerin Kişilik Haklarının İhlali”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, Cilt 28, Sayı 119, s. 277-306.
- KESKİN, Ayşe Dilşad: “Influencer Sözleşmesi”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 1, s. 129-147.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KIRCA, Çiğdem: *Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluk*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2004.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona / ARPACI, Abdulkadir: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- KORKMAZ, Alperen: “Sosyal Medya Etkileyicilerinin Yaptığı Tanıtımların Örtülü Reklam Yasağı Bakımından Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Sayı 160, s. 181-210.
- KOTLER, Philip: *A’dan Z’ye Pazarlama*, (Çev.) KALEM BAKKAL, Aslı, Media Cat Kitapları, İstanbul, 2009.
- KÖBERLEIN, Lilian: “Kennzeichnungspflichten beim Influencer-Marketing: Die drei Influencer-Urteile des BGH”, *ZVertriebsR*, 2022, Sayı 2, s. 102-108.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- ÖZDEMİR, Hayrunisa: “Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicilerin Korunması”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2004, Cilt 53, Sayı 3, s. 61-90.
- ÖZDEMİR, Semih Sırrı / DOĞANAY, Zahid: “Bir Mecra Olarak Sosyal Medyanın Reklam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2019, Cilt 7, Sayı 13, s. 295-337.

- SARITAŞ, Ayşe: “Sosyal Medya Reklamlarında Fenomen Kullanımı ve Reklam İzleme Tercihi”, *The Journal of International Scientific Researches*, 2018, Cilt 3, Sayı 4, s. 62-74.
- SOLMECKE, Cristian: “Influencer-Marketing & Recht”, *Influencer-Marketing: Strategie, Briefing, Monitoring*, Rheinwerk Verlag GmbH, Bonn, 2018, s. 259-295.
- TANDOĞAN, Haluk: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 2. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1977.
- TANDOĞDU, Gökçe Naz: *Sosyal Medya Etkileyicisinin Hukuka Aykırı Reklamları Nedeniyle Doğan Zararlarından Sorumluluğu*, Koç Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- TEKELİOĞLU, Numan: *Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- TEKELİOĞLU, Numan: “Reklam ve Reklam Sözleşmelerinin Hukuki Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 1-34 (Reklam).
- The CAP Code: The UK Code of Non-broadcast Advertising and Direct & Promotional Marketing Edition 12, 2014 (<https://www.asa.org.uk/static/c6be0fb9-2c66-4248-ba5b824bf26fd3d3/825f1bc5-64fd-4169-80c9fccc80b79346/The-CAP-Code.pdf>, ET: 19.11.2022).
- TRZASKOWSKI, Jan: “Identifying the Commercial Nature of ‘Influencer Marketing’ on the Internet”, *Copenhagen Business School Law Research Paper Series*, 2019, Cilt 19, Sayı 6, s. 82-99.
- Türk Dil Kurumu: *Türkçede Batı Kökenli Kelimeler Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 2015.
- ZEVKLİLER, Aydın / GÖKYAYLA, K. Emre: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ZEVKLİLER, Aydın / ÖZEL, Çağlar: *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

## Çocuk Hakları Bakımından Dijital Reklamcılık ve Uluslararası Ölçütler<sup>(\*)</sup>



*Digital Advertising and International Standards in Terms of Children's Rights*

**Bilge BİNGÖL SCHRİJER**



Doktor Öğretim Üyesi  
Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

### Anahtar Kelimeler

*Dijital Reklam,  
Çocuk Hakları,  
Tüketici Hakları,  
Kişisel Verilerin  
Korunması,  
İnsan Hakları.*

### Öz

Dijital reklamlar artık yaygın pazarlama stratejilerinden birisidir ve günümüzde standart olmayan, hatta reklam olduğu dahi kolaylıkla anlaşılamayan biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Bu şekilde çocukların reklamın içeriğini eleştirel olarak değerlendirebilmelerinin önüne geçerek onların saflıklarından faydalanan reklam türleri bakımından uluslararası alanda belli ölçütler geliştirilmeye çalışılmaktadır. Çalışma, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi ve Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün dijital reklamlar karşısında çocukları korumayı amaçlayan hukuki düzenlemelerini incelemektedir. Söz konusu düzenlemelerde yaş sınırı bakımından yeknesak bir çocuk kavramı olmadığı gibi çocuklar daha çok kişisel veriler ve tüketici hakları kapsamında korunmaktadır. Öte yandan Çocuk Hakları Komitesinin 2021 yılında kabul ettiği 25 No.lu Genel Yorum ve Avrupa Birliği'nin 2021 yılında kabul ettiği Dijital Hizmetler Yasası'yla birlikte büyük platformların çocuk haklarını korumak bakımından sorumluluğu uluslararası düzeyde kabul edilmiştir. Bununla birlikte şirketlerin çocukların korunması bakımından özen gösterme (*due diligence*) sorumluluğu da kabul edilmektedir. Dijital reklamlar bakımından çocuğun ekonomik sömürden korunma hakkı dile getirilse de uluslararası düzenlemelerin çocuğun "bir tüketici olarak" hakları ile "bir insan olarak" haklarının korunması arasında kaldığı söylenebilir.

### Keywords

*Digital Advertising,  
Children's Rights,  
Consumer Rights,  
Personal Data  
Protection,  
Human Rights.*

### Abstract

Digital advertisements are now one of the most widespread marketing strategies and they appear in non-standardized forms which are not recognized easily as advertisements. Therefore, certain criteria are being developed internationally for the types of advertisements which take advantage of children's naivety by preventing them from being able to critically evaluate the content of the advertisement. This study examines the legal regulations of the United Nations Committee on the Rights of the Child, the European Union, the Council of Europe and the Organization for Economic Co-operation and Development, which aim to protect children against digital advertisements. These international regulations are lack of a uniform child concept in terms of age limit, and children are mostly protected within the scope of personal data protection law and consumer rights. On the other hand, with the General Comment No. 25 adopted by the Committee on the Rights of the Child in 2021 and the Digital Services Act adopted by the European Union in 2021, the responsibility of large platforms to protect children's rights has been recognized at the international level. In addition, the responsibility of companies to exercise due diligence for the protection of children is also recognized. Although the child's right to be protected from economic exploitation is expressed in terms of digital advertisements, international regulations are torn between protecting the rights of the child "as a consumer" and the rights of the child "as a human being".

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 08.05.2023, Kabul Tarihi: 09.07.2023.

## GİRİŞ

Çağımız bir tüketim toplumu çağıdır. Aslında tüketmek bir ihtiyaçtır. Doğadaki bütün canlılar hayatta kalabilmek için fiziksel gereksinimlerini gidermek amacıyla tüketirler ancak insan, diğer canlılardan farklı olarak, yalnızca fiziksel gereksinimlerini gidermek için değil, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarını karşılamak için de tüketir<sup>1</sup>. Günümüz kapitalist toplumlarında tüketicilerin neyi nasıl tüketeceği de üreticiler tarafından belirlenmektedir. Şirketlerin devletlerin karşısına konumlandırıldığı, şirketlerin üretim ve pazarlama politikalarının ayrıca *kurumsal sosyal sorumluluk* ilkeleri doğrultusunda insan hakları sorumluluğuna benzer bir biçimde şekillenmeye başladığı bir yüzyılda<sup>2</sup> tüketim ve çocuk hakları konusu ayrıca ele alınmalıdır.

Çocuklar çok yakın bir geçmişe kadar -Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin (ÇHS) kabul edildiği 1989 yılı bir milat olarak referans alınabilir- genellikle ebeveynin üzerinde istediği gibi tasarruf edebildiği varlıklar olmuştur<sup>3</sup>. Ancak çağdaş hukuk sistemlerinde uluslararası düzenlemelerin de etkisiyle *çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi* kanun koyucular ve uygulayıcılar bakımından temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Çocukların söz konusu olduğu durumlarda, çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, hem özel hukuka ilişkin meselelerde (aile hukuku, evlat edinme, velayet, vesayet, vb.) hem de kamu hukukuna ilişkin meselelerde (ceza hukuku, idare hukuku, eğitim hukuku, iş hukuku, vb.) devlet organlarının temel yükümlülüğüdür.

Bir devlet ile çocuğun yolunun kesiştiği üç temel alan bulunmaktadır. Bunlar; daha çok aile hukuku kapsamında korunmaya muhtaç olan çocuklarla ilgili olan *çocuk refahı sistemi*, suça sürüklenen çocukların topluma yeniden kazandırılmasıyla ilgili olan *çocuk adalet sistemi* ve çocukların toplumun bir paçası olarak yetiştirildiği *eğitim sistemi*dir. Ancak 21. yüzyıl bakımından oldukça önemli iki konu daha vardır. Bu konular kuşkusuz *tüketici hakları* ile yeni iletişim teknolojilerinin ortaya çıkarttığı *kişisel verilerin korunması* gibi çeşitli hukuki tartışmalardır. Bu iki alan devletler ile şirketleri belli konular bakımından -örneğin çalışmamızda üzerinde duracağımız çocuk hakları ve siber alan bakımından- karşı karşıya getirmektedir.

Çalışmamız, dijital reklamlara yoğun olarak maruz kalınan çağımızda çocukların bu reklamlar karşısında hukuki olarak korunma düzeylerini uluslararası düzenlemeler bakımından ele alıp tartışma gayesindedir. Bu açıdan öncelikle dijital reklam olgusu ve tüketici hakkı kavramı ile insan hakkı kavramı arasındaki ilişki irdelenecektir. Ardından BM ÇHS'de düzenlenen ve konumuzla doğrudan bağlantısı bulunan çeşitli çocuk haklarının dijital reklamcılık alanındaki geçerliliği, Çocuk Hakları Komitesinin (ÇHK) çeşitli genel yorumları üzerinden incelenecektir. Bundan sonra Avrupa bölgesi kuruluşlarının (Avrupa Birliği-AB, Avrupa Konseyi-AK, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü-OECD) çeşitli düzenlemeleri çocuk hakları ve dijital reklamlar ilişkisi temelinde irdelenecek ve çalışmanın sonuç bölümünde dijital reklamlar karşısında çocukların korunmasına yönelik uluslararası çabalar değerlendirilecektir.

<sup>1</sup> DAL, Nil Esra: "Tüketim Toplumu ve Tüketim Toplumuna Yöneltilen Eleştiriler Üzerine Bir Tartışma", *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 19, s. 4.

<sup>2</sup> ŞİMŞEK, A. Aslı: "İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1182-1186.

<sup>3</sup> Çocuk ve çocukluk olgularının tanımı ideoloji ile yakından ilgilidir. *Neil Postman*'a göre çocukluk olgusu, Antik Yunan ve Roma uygarlıklarında ve Orta Çağ'da yetişkinlikten ayrı bağımsız bir dönem olarak belirgin bir biçimde ele alınmamıştır. Çocukluk, Rönesans Dönemi'nde özellikle kapitalist üretim ilişkilerine geçilmesiyle birlikte ve matbaanın icadıyla -*Postman* aslında üretim ilişkilerinden çok iletişim ve teknoloji devriminin bu dönüşümü başlattığını savunmaktadır- "yeni yetişkinlik" kavramının oluşmasıyla birlikte yetişkinlik döneminden dışlanarak belirginleşmiştir. Sanayi Devrimi'nin ardından ise özellikle 1850-1950 yılları arasında çocuklar okullara gönderilen, ailelerin korumak ve güvenli ortamlar sunmakla yükümlü oldukları varlıklar olarak ele alınmıştır. Böylelikle çocuklar 20. yüzyılın ilk yarısında kendilerine özgü dünyaları olan varlıklar olmuştur. *Postman*, teknoloji çağının ise çocukluğu yeniden yok ettiğini savunmaktadır. Aslında bu yok oluş, çocukluğun yok edilişinden ziyade bebeklik ve yaşlılık evreleri arasında kalan uzun dönemin bir tür "yetişkin-çocukluk" evresi olarak ele alınması olarak açıklanmaktadır. Medyanın oluşturduğu sembollerle yetişkinler çocuk gibi genç kalma baskısı altına alınmış, çocuklar ise yetişkinlere öykünen ve yetişkinler gibi davranmaları için hazırlanan varlıklara dönüştürülmüştür. POSTMAN, Neil: *Çocukluğun Yokoluğu*, 1. Baskı, (Çev.) İNAL, Kemal, İmge Kitabevi, Ankara 1995, s. 11 vd., 67 vd., 96. Ayrıca *Postman*'ın tezlerinin eleştirisi için bkz. ALVER, Fusun: "Neil Postman'ın Çocukluğun Yok Oluş Sürecinde İletişim Teknolojisinin Eleştirisinin Eleştirisi", *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, Cilt 2, Sayı 2, s. 129-141.

## I. DİJİTAL REKLAM

Reklam, öğretilde, yayınlandığı mecraaya, araçlara ve hedeflerine göre farklı açılardan tanımlanabilen, gazete, televizyon, radyo, internet gibi farklı türleri olan ancak öz olarak belirli kişi ya da gruplara bir mesaj iletme amacı olan tanıtım faaliyetine verilen isimdir<sup>4</sup>. Dijital alanda ise reklamlar çok farklı biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Hızlı gelişen pazarlama teknikleri karşısında bir sınıflandırma yapmak kolay olmasa da genel olarak dijital reklamlar standart ve standart olmayan biçimlerde yapılan reklamlar olarak iki sınıfa ayrılmaktadır<sup>5</sup>.

Standart biçimlerde yapılan dijital reklamlar arama motoru reklamları ve görüntülemeye dayalı (*display*) reklamlardır. Bunlar kullanıcının arama motoruna belli sözcükleri yazmasıyla ortaya çıkan reklamlar ile kullanıcının belli bir internet sitesini ziyaret etmesiyle görünür olan reklamlardır<sup>6</sup>. Bu türden reklamların reklam olduğu açıktır. Ancak bilişim araçlarının reklam engelleme (*ad-blocking*) işlevlerinin gelişmesiyle birlikte standart olmayan biçimde farklı dijital reklam türleri giderek yaygınlaşmaktadır<sup>7</sup>. Standart olmayan biçimlerde yapılan reklamlar daha çok oyunların içindeki reklamlar ile sosyal medya reklamlarını ifade etmektedir<sup>8</sup>. Bu türden reklamların reklam olduğu, özellikle çocuklar tarafından, ilk bakışta anlaşılabilir. Standart olmayan reklam grubunda reklam biçiminde yapılan kimi oyunlar da (*advergaming*) bulunmaktadır. Oyun biçimli reklamların, özellikle çocuklar bakımından, oldukça manipüle edici olduğu belirtilmektedir<sup>9</sup>.

*Meyer* ve diğerlerinin 2018 tarihli bir araştırmasında, *Google Play* uygulama mağazasındaki *12 ay ile 5 yaş* arasındaki çocuklara yönelik 135 uygulama incelenmiş ve uygulamaların %95'inin en az bir reklam içerdiği ortaya konmuştur<sup>10</sup>. Araştırmaya göre uygulamalar, bilinen bir ticari karakterin kullanımını (%42), uygulamanın tam sürümüne güncelleme istemleri (%67), oyunu kesintiye uğratan reklam videoları (tüm uygulamaların %35'i, ücretsiz uygulamaların %54'ünde bulunmakta), uygulama içi satın alımlar (tüm uygulamaların %30'u, ücretsiz uygulamaların %41'inde bulunmakta), uygulamayı puanlama istemleri (%28), sosyal medyada paylaşma istemleri (%14), *banner*lar gibi dikkat dağıtıcı reklamlar (%17) ya da oyun karakterleriyle gizlenmiş reklamlar (%7) içermektedir. Hatta "eğitici" olarak etiketlenen uygulamalarda da çok sayıda reklam bulunmaktadır<sup>11</sup>. Bu türden reklamlar, manipülatif ve rahatsız edici yöntemlerle çocukları ürünü satın almaya yönlendirmektedir.

Bir başka grup reklam, rahatsız etmemeye çalışan doğal (*native*) reklam olarak adlandırılmaktadır<sup>12</sup>. Doğal reklam kişiyi eğlendirerek onda merak oluşturmayı amaçlayan ve bu sayede reklama tıklanmasını sağlayan bir reklam türüdür ve çok çeşitli mecralarda -örneğin *Instagram* ya da *SnapChat* filtresi biçiminde dahi- ortaya çıkabilir.

Sosyal medya aracılığıyla yapılan ürün tanıtımları da standart olmayan reklam grubundadır. Özellikle *YouTube*, *Instagram* gibi mecralarda çocukların yapmış olduğu oyuncak vb. ürünlerin tanıtım

<sup>4</sup> TEVETOĞLU, Mete / ÇOLAK, Betül: "Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 46.

<sup>5</sup> MCSTAY, Andrew John: *Digital Advertising*, 2. Baskı, Palgrave, New York, 2016, s. 5, 26, 45.

<sup>6</sup> MCSTAY, s. 31-32.

<sup>7</sup> CLIFFORD, Damian / VERDOODT, Valerie: "Ad-Blocking - The Dark Side of Consumer Empowerment: A New Hope or Will The Empire Strike Back?", (updated draft of the article which was presented at The Bileta Conference), 2016, s. 2. Yazarlar reklam engelleme özelliği olan yazılımların rekabete aykırı sonuçlar doğurup doğurmadığını ve tüketicilere, şirketler karşısında orantısız güç verip vermediğini ve AB hukukunun bu açıdan yeterli olup olmadığını tartışmaktadır.

<sup>8</sup> MCSTAY, s. 47 vd.

<sup>9</sup> VERDOODT, Valerie / CLIFFORD, Damian / LIEVENS, Eva: "Toying with Children's Emotions, the New Game in Town? The Legality of Advergaming in the EU", *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, Cilt 32, Sayı 4, s. 605.

<sup>10</sup> MEYER, Marisa / ADKINS, Victoria / YUAN, Nalingna / WEEKS, Heidi / CHANG, Yung-Ju / RADESKY, Jenny: "Advertising in Young Children's Apps: A Content Analysis", *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, 2019, Cilt 40, Sayı 1, s. 35. 32-39, January 2019, s. 35.

<sup>11</sup> MEYER / ADKINS / YUAN / WEEKS / CHANG / RADESKY, s. 35.

<sup>12</sup> MCSTAY, s. 85.

videoları ve fotoğrafları bulunmaktadır<sup>13</sup>. Kullanıcı sözleşmesi yapabilme yaşının 13 olduğu *YouTube* kanallarında çocukların kimi zaman ailelerin de baskısıyla ürün tanıtımı yapmaları; ses, görüntü ve özel yaşamlarını bilinçsizce paylaşmaları nedeniyle çocuk istismarı tehlikesi ortaya çıkmaktadır<sup>14</sup>. Ebeveynlerin çocuklarıyla ilgili sosyal medya paylaşımlarına ilişkin bir araştırmada, *blogger ve fenomen annelerin* çocuklarını çoğunlukla bir reklam aracı olarak kullandıkları ve ebeveyn tarafından yapılan çocuklu fotoğrafların %40,8'inin reklam içerikli olduğu ortaya konmuştur<sup>15</sup>. Bunun nedeni kuşkusuz *influencer* tarzı pazarlamanın geleneksel reklamlardan daha etkili olmasıdır. Çünkü bu türden videolar bir reklamdaki ziyade özgün bir içerik gibi görüldüğünden insanlar bu türden reklamlara karşı daha olumlu bir tutum sergilemektedir<sup>16</sup>.

Oldukça farklı türlerde ve araçlarla ortaya çıkan dijital reklamlarla karşılaşmamak günümüzde mümkün değildir. Üstelik reklam, niteliği gereği yaratıcılık içeren tasarım alanının bir etkinliği olduğu için her geçen gün yeni bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Öte yandan bir reklam yalnızca ürün ya da hizmet satmak amacının ötesinde toplumsal ve siyasal etkiler de ortaya çıkartabilir. Örneğin 2011 yılında Japon Kyushu Tren Şirketinin<sup>17</sup> başlattığı yeni tren hattının “250 km’lik Dalga” başlıklı reklamı kısa zamanda toplumsal bir etkinliğe dönüşmüştür. Hatta ilgili reklam kampanyası, reklamdaki yalnızca iki gün sonra Tōhoku’da meydana gelen 9,1 şiddetindeki depremin ardından Japonya’nın toplumsal yaralarını birlikte sarmak için de ulusal bir motivasyon kaynağı olmuştur<sup>18</sup>.

Standart olmayan dijital reklam biçimleri her geçen gün artmaktadır. Özellikle “büyük veri”<sup>19</sup> (*big data*)” olarak adlandırılan çok geniş ve farklı alanlardan çok fazla bilgi toplanmasıyla elde edilen veri setleri kişiye özel reklamcılığın yolunu açmıştır<sup>20</sup>. *BigTech* şirketleri büyük veri akışını yönetme konusunda uzman olduğundan internet kullanıcılarının kişisel verilerini toplayarak kişiye özel reklamlarla tüketime yönlendirme yapabilmektedir. Dijital reklamcılık bakımından sınırların olmadığını kanıtlayan bir diğer gelişme ise *empatik medya* olarak adlandırılan, insanların duygularının gözetlenmesine (*emotiveillance*) dayalı yeni bir reklamcılık anlayışıdır<sup>21</sup>. Yapay zekaların büyük veriyi kullanarak dijital reklamcılıktaki tüm bu değişimlerle birlikte gelecekte yol açacağı kimi sorunları ise şimdiden öngörmek pek zor değildir. Günümüzde birçok şirket ve devlet, güvenlik başta olmak üzere çeşitli etkinlik ve verimlilik artırımı gibi gerekçelerle kamusal alanda (veya iş alanında) insan davranışlarını

<sup>13</sup> *YouTube*’daki “*Nastya*” kanalı bunun en bilinen örneğidir. Kanalın sahibi *Nastya*, *Forbes*’a göre 2019 yılında *YouTube*’dan en çok para kazanan üçüncü kişidir ve henüz 5 yaşında bir çocuktur. Ancak bunun gibi kanallarda oyuncak tanıtımları ve özellikle sağlıksız abur cubur yiyeceklerin gizli reklamları yapılmaktadır. Haber için bkz. GODOY, Maria: “Kid YouTube stars make sugary junk food look good to millions of young viewers”, 2023 (<https://www.npr.org/sections/health-shots/2023/02/16/1157303521/kid-youtube-stars-make-sugary-junk-food-look-good-to-millions-of-young-viewers>, ET: 06.05.2023).

<sup>14</sup> ÖZCAN, Gizem: “Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Çocuk Youtube Kanalları”, *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, 2023, Cilt 3 Sayı 5, s. 68.

<sup>15</sup> DUYGULU, Serap: “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafı Paylaşımlarının Mahremiyet İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, *TRT Akademi*, 2019, Cilt 4, Sayı 8, s. 453, 455. Öte yandan doğrudan çalışmamızın konusunu oluşturmamakla birlikte çocukların reklamlarda kullanılması da çocuk hakları ihlalleri ortaya çıkartabilir. Çocuğun kişilik haklarının ihlali olan sosyal medyada ses ve görüntü paylaşımı konusunda yargı yerleri ebeveynlerin tazminat ödemesine hükmedebilmektedir. Bu konuda detaylı hukuki analiz için bkz. GİRGİN, Ömer Ali / GÖNAL, Seray: “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 44, s. 99-127.

<sup>16</sup> CAMPBELL, Angela J.: “Rethinking Children’s Advertising Policies for the Digital Age”, *Loyola Consumer Law Review*, 2017, Cilt 29, Sayı 1, s. 39. Hatta çocuklar bazı dijital reklamları, reklam olarak görmemektedir. CAMPBELL, s. 39.

<sup>17</sup> *Kyushu Railway* - “The 250 KM Wave”, toplumsal bir etkinliğe dönüşen reklam hakkında bilgi için bkz. (<https://www.adforum.com/creative-work/ad/player/34466501/the-250-km-wave/kyushu-railway>, ET: 05.05.2023).

<sup>18</sup> HOLM, Nicholas: *Advertising and Consumer Society, A Critical Introduction*, 2. Baskı, Routledge, London-New York, 2023, s. 3-4.

<sup>19</sup> “Büyük veri, geleneksel veri tabanı tekniklerinin kullanılması suretiyle işlenmesi mümkün olmayan, farklı hacimlerdeki heterojen veriyi tanımlayan yeni bir kavramdır ve çeşitli dijital içeriklerden oluşmaktadır”. Bkz. AKTAN, Ertuğrul: “Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu”, *Bilgi Yönetimi Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 3.

<sup>20</sup> MCSTAY, s. 132 vd.; KETİZMEN, Muammer / KART, Aslıhan: “Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında ‘Big data’”, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 72.

<sup>21</sup> MCSTAY, s. 160-161. Ayrıca bağlantıda verilen ve bir araştırma projesinin çıktısı olan kısa film, perakendecilerin ve pazarlamacıların duygusal yaşamlarımızı nasıl ölçtüklerini, izlediklerini ve kullandıklarını ortaya koymaktadır. Bkz. [https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/empathic-media\(595a5b14-2710-418b-a8a2-b1a26d290b88\).html](https://research.bangor.ac.uk/portal/en/researchoutputs/empathic-media(595a5b14-2710-418b-a8a2-b1a26d290b88).html) ET: 19.04.2023). Projenin kısa filmi için bkz. “*Empathic Media: Emotiveillance in Retail and Marketing*” (<https://vimeo.com/222182961>, ET: 19.04.2023).



kameralar aracılığıyla gözetlemekte ve kayıt altına almaktadır; hatta yapay zekâ algoritmaları bu veriyi değerlendirmekte ve raporlar hazırlamaktadır<sup>22</sup>. Bu türden uygulamalar şimdilik hukuka uygun olsa da elbette etik olarak sorgulanabilir niteliktedir<sup>23</sup>.

Çocuklar tüketim sisteminde zayıf ve saf konumdadır. Yeni dijital reklam türleri, çocukların bilgisizliği ve saflığından faydalanarak onların kişiliklerini serbestçe geliştirebilme hakkını zedelemektedir. Özellikle tüm yeni tür reklamcılık uygulamalarının, yalnız çocuklar değil, yetişkinler bakımından da bireyin verilen mesajı eleştirel olarak değerlendirebilme yeteneğini zedelediği belirtilmektedir<sup>24</sup>. Öte yandan çocuklar şirketler için oldukça önemli bir gelir kaynağıdır ve şirketler çocukları birer *çocuk tüketici* yapmak için çabalamaktadır. Çünkü çocuklar yaş sınırı dahi olmadan hem doğrudan büyük bir tüketici kitlesi hem ebeveynlerini etkileyerek dolaylı tüketici kitlesi hem de gelecekteki potansiyel tüketici kitlesi olmaktadır<sup>25</sup>. Bu nedenle çocukların kazanılması şirketler için oldukça stratejiktir.

İnternet ve sosyal medya kullanımının artmasıyla dijital reklamlar artık klasik reklama göre daha fazla tercih edilmektedir. Öte yandan bugün internet kullanan her üç kişiden birisi çocuktur<sup>26</sup>. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda hâlihazırda oldukça karmaşık bir hukuki sorumluluk sistemine sahip olan dijital reklamcılık alanında çocuklar daha da savunmasız olmaktadır. Çünkü dijital reklamcılık, çok yönlü etkilere sahip olduğundan, kişisel verilerin korunması hukuku, elektronik ticaret, internet yayıncılığı, haksız rekabet gibi çok farklı hukuk dallarına konu olmakta ve çok çeşitli mevzuatta düzenlenerek sorumluluk olgusu karmaşılaşmakta ve hukuki düzenlemelerin kapsamı belirsizleşmektedir<sup>27</sup>.

## II. TÜKETİCİ HAKKI-İNSAN HAKKI

Dijital reklamcılık ve çocuk hakları konusu iki yönlüdür. İlki, çocukların siber alana erişimi ve bu alanın ortaya çıkarttığı yeni olanaklardan eşit olarak faydalanabilmelerine ilişkindir. İkinci yön ise çocuk haklarının -örneğin mahremiyet hakkı, kişisel haklar gibi- siber alanda korunmasıdır. Dijital reklamcılık karşısında çocuk haklarının korunması bakımından önemli olan soru, çocuğun bir tüketici olarak ele alınıp korunmasının, çocuğun bir insan olarak haklarının korunmasından daha az güvence sağlayıp sağlamadığıdır. Örneğin ticari hayat söz konusu olduğunda “çocukluk” için yaş sınırı değişebilmektedir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’ne göre çocuk, 18 yaşını doldurmamış kişidir. Ancak Uluslararası Ticaret Odasının<sup>28</sup> (ICC) 2018 yılında yayımladığı Reklamcılık ve Pazarlama Kodu’nda<sup>29</sup> “çocuk” ve “genç” olarak iki ayrı yaş kategorisi bulunmaktadır. Buna göre çocuklar 12 yaş ve altındaki kişileri, gençler ise 13-17 yaşındaki kişileri ifade etmektedir<sup>30</sup>. 12 yaşın altındakiler için daha sıkı koruma tedbirleri öngörülmektedir.

<sup>22</sup> Bu türden teknolojiye ilişkin bir çalışma için bkz. PARK, Yong Jin: “Structural Logic of AI Surveillance and Its Normalisation in the Public Sphere”, *Javnost-The Public Journal of the European Institute for Communication and Culture*, 2021, Cilt 28, Sayı 4, s. 341-357.

<sup>23</sup> STAHL, Bernd Carsten: *Artificial Intelligence for a Better Future, An Ecosystem Perspective on the Ethics of AI and Emerging Digital Technologies*, Springer, (yayı yeri belirtilmemiş), 2021, s. 37, 42.

<sup>24</sup> VERDOODT, Valerie: “The Role of Children’s Rights in Regulating Digital Advertising”, *International Journal of Children’s Rights*, 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 3.

<sup>25</sup> GUNTER, Barrie / FURNHAM, Adrian: *Children as Consumers-A Psychological Analysis of Young People’s Market*, Routledge, London and New York, 1998, s. 6.

<sup>26</sup> UNICEF: *The State of The World’s Children 2017, Children in a Digital World*, 2017, s. 3.

<sup>27</sup> TEVETOĞLU / ÇOLAK, s. 79.

<sup>28</sup> International Chamber of Commerce-ICC (<https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/icc-advertising-and-marketing-communications-code/#single-hero-document>, ET: 03.04.2023); Uluslararası Ticaret Odası Türkiye Millî Komitesi de bulunmaktadır (<https://icc.tobb.org.tr/icct-kurulusyapi.php>, ET: 03.04.2023).

<sup>29</sup> ICC: *Advertising and Marketing-Communications Code*, 2018, (<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and-marketing-communications-code-int.pdf>, ET: 03.04.2023). Daha önceki düzenlemeler ve içeriği hakkında bilgi için bkz. AVŞAR, Zakir / ÖZENİRLER, Işıl: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemeleri”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 289-293.

<sup>30</sup> ICC: *Advertising and Marketing-Communications Code*, 2018, s. 8. Bu Kod’un 18. maddesinde çocuk ve gençlere yönelik reklamlara ilişkin ölçütler yer almaktadır. Bunlar çocukların çeşitli zararlardan korunmasına ilişkindir. Kod aynı zamanda ebeveynlerin, çocukların internet ortamındaki etkinliklerine katılmalarını ve çocukları kontrol etmelerini teşvik edilmesini gerektirdiği düzenlemektedir (m. C7). Çocuklar alkol, tütün, kumar gibi ürünlerin reklamlarına dijital ortamda maruz kalmamalıdır. Bunun için internet siteleri, çocuk erişimini kısıtlayacak önlemleri almalıdır (m. C7).

*Tüketici*, hukuki açıdan bakıldığında bir statüdür. Hukukta statü -örneğin öğrenci, memur, evlilik, yabancı, vatandaşı, mülteci gibi- belli şartlar altında sahip olunan ve o statüde bulunan kişiye, yalnızca o statüde bulunmaktan ötürü çeşitli haklar bahşeden ve yükümlülükler yükleyen bir alandır. Bu bakımdan *tüketici işlemleri*; idari işlemler, adi işlemler ve ticari işlemlerin yanında ayrı bir hukuki işlem türü olarak ele alınmakta<sup>31</sup> ve ayrıca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un<sup>32</sup> (TKHK) 3. maddesinin I. bendinde düzenlenmektedir. Tüketici ise bir mal veya hizmeti ticari ya da mesleki olmayan amaçlarla edinen kişidir<sup>33</sup>. Dolayısıyla tüketici statüsü ve bu statünün mevzuatla düzenlenen hak ve yükümlülükleri, kişisel kullanım için mal veya hizmet alımıyla ilişkilidir. Tüketici hakları yaklaşımı, çocuğun çocuk olmasından kaynaklanan temel ihtiyaçlarının ve haklarının gözden kaçmasına yol açabilir<sup>34</sup>. Çünkü bir bireyi tüketici hakları aracılığıyla koruma yaklaşımı, insanların -ve doğal olarak çocukların da- kapitalist toplum düzeninin birer parçası olarak tüketim etkinlikleri kapsamında korunmalarını sağlamaktadır. Öte yandan tüketim ilişkisinin taraflarından birisi şirketlerdir ve şirketlerin reklamları girişim özgürlüğü ve ifade özgürlüğü gibi çeşitli haklar aracılığıyla korunur<sup>35</sup>. Burada tüketici haklarına ilişkin -tıpkı çocuk haklarında olduğu gibi- bir kataloğun olup olmadığı sorusu da önem kazanmaktadır. Şayet bir çocuk tüketim etkinliği içinde tüketici olarak değerlendirildiğinde hangi haklara sahiptir? Bir görüşe göre tüketici hakları insan haklarının -tıpkı kadın hakları ve çocuk haklarında olduğu gibi- özel bir alt kategorisidir<sup>36</sup>. Dolayısıyla tüketici haklarının gelişimi aslında insan haklarının gelişimi ve sağlık, ulaşım, iletişim ve enerji gibi alanlarda insan hakları fikrinin yaygınlaşmasıyla söz konusu olmuştur. Bu kapsamda tüketici haklarına ilişkin bir katalog önerisi yapılmıştır. Tüketici hakları kataloğunda güvenlik, yaşam ve sağlığın korunması hakkı, bilgi edinme ve bilinçli birer tüketici olabilmek için eğitim hakkı, tüketicilerin ekonomik çıkarlarının korunması hakkı, tüketim alanında etkili bir tazminat sistemine erişim hakkı, örgütlenme, dinlenilme ve temsil edilme hakkı yer almaktadır<sup>37</sup>. Yalnızca tüketim etkinliği içinde ve tüketici statüsüne sahip olmaktan kaynaklanan haklar ise -bir önceki kategoriye ek olarak- temel ihtiyaçların karşılanması hakkı, güvenlik hakkı, bilgilendirilme hakkı, seçme hakkı, dinlenilme hakkı, tazminat hakkı, tüketicinin eğitim hakkı ve sağlıklı bir çevre hakkıdır<sup>38</sup>. Buna karşılık ÇHS'de çocuğun yüksek yararının gözetilmesi, gelişim hakkı, ekonomik sömürden korunması gibi temel hakları bulunmaktadır.

Tüketici haklarının bir insanı *küresel kapitalizm* karşısında korumasının yetersizliği argümanı, kapitalist üretim sisteminin insan yaşamı üzerindeki olumsuz etkilerine odaklanmaktadır. Bu yaklaşıma göre tüketime odaklı bir ekonomik sistemde çocukların hâlihazırda var olan sorunlarına -örneğin çocuk işçiliği, çocukların her açıdan ihmal ve istismarı gibi- yeni sorunlar eklenmiştir. *Juliet Shor*'a göre çağımızda çocukluk obezitesi artmaktadır; dikkat eksikliği ve hiperaktivite tanısı alan ve sürekli bir ilaç kullanmak zorunda olan çocukların sayısı artmaktadır; bilgisayar oyunları, televizyon, internet ve sosyal medya çocuk-

<sup>31</sup> BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent: "Adi İş/ Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 396-397.

<sup>32</sup> 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı Resmî Gazete.

<sup>33</sup> BAHTİYAR / BİÇER, s. 399. TKHK'nin 3. maddesinin k bendinde "*Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmaktadır.

<sup>34</sup> Nitekim TKHK'de çocuklarla ilgili ayrıca düzenlemeler olmayıp yalnızca çocukları istismar edici reklamların yasaklanması (m. 61/3) ve gıda ürünü olmamalarına rağmen çocukların gıda ürünü sanabileceği ürünlerin üretim ve pazarlamasının yasaklanması (m. 79/1) hususlarında çocuklara atıf yapılmıştır. Çocukların korunması ve reklamlarla ilgili düzenlemeler başka kanunlarda da yer almaktadır. Ancak kanımızca tüketicilerle ilgili düzenlemelere çocuklarla ilgili ayrıca bir bölüm eklenmelidir.

<sup>35</sup> Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi şirketlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) düzenlenen belli haklardan faydalanabileceğini düşünmektedir ve ifade özgürlüğü ile adil yargılanma hakkını şirketler bakımından da kabul etmektedir; hatta Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlene özel ve aile hayatının korunma hükmünü de geniş yorumlayarak şirketlerle ilgili çeşitli konuları AİHS kapsamında korumaktadır. Bkz. YILDIRIM, Engin: "Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden": Şirketlerin, 'İnsan' Hakları Olabilir Mi?", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 2, Sayı 2, s. 75, 77 ve 79-80.

<sup>36</sup> WACINKIEWICZ, Ewelina Cala: "Consumer's Rights as a Special Category of Human Rights", *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2013, Cilt 1, s. 17.

<sup>37</sup> WACINKIEWICZ, s. 21.

<sup>38</sup> WACINKIEWICZ, s. 22. Birleşmiş Milletler Tüketicinin Korunmasına İlişkin Kılavuz İlkeler'de de tüketicilerin hakları benzer biçimde sayılmıştır. Bkz. United Nations Guidelines for Consumer Protection, UNCTAD/DITC/CPLP/MISC/2016/1 ([https://unctad.org/system/files/official-document/ditceplpmisc2016d1\\_en.pdf](https://unctad.org/system/files/official-document/ditceplpmisc2016d1_en.pdf), ET: 05.05.2023), s. 7-8.

larda bağımlılık düzeyine ulaşmaktadır; okullarda akran şiddeti artmaktadır<sup>39</sup>. *Shor*, çocukların yaşadığı bu türden olumsuz gelişmelerin çoğunlukla *çalışan anne* olgusuna ya da *geleneksel ataerkil aile yapısının bozulmasına ve artan boşanma oranlarına* bağlandığını ancak bunun yanlış bir tespit olduğunu; asıl nedenin tüketim süreçlerindeki dönüşüm ve bir bütün olarak *çocuk olma hâlinin* kendisinin bir tüketim nesnesine dönüşmesi olduğunu belirtmektedir<sup>40</sup>. *Shor*, günümüzde çocukların yaşadığı psikolojik ve sosyal sorunların nedenlerinden en önemlisini *aşırı tüketim* olgusunda aramız gerektiğine dikkati çekerek, *korku ve baskı* duygularının reklamlarda sömürüldüğünü ortaya koyan araştırmalara atıf yapmaktadır<sup>41</sup>. Öte yandan *Shor*, tüketim kültürünün çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerini araştıran çalışmaların ise çoğunlukla belli bir tüketici deneyiminin ya da ürünün çocuklar üzerindeki olumsuz etkilerine -örneğin abur cubur kültürünün çocuklarda obeziteye yol açmasının incelenmesi gibi- odaklandığını, ancak hiçbir çalışmanın *yeni tüketici ortamını* bir bütün olarak değerlendirmedeğini belirtmektedir<sup>42</sup>. *Shor*'a göre *çocuk olma hâli ya da çocukluk* giderek ticarileşmekte ve çocukların sağlık ve refahında düşüşe neden olmaktadır<sup>43</sup>.

Hukuki açıdan bakıldığında *çocuk* da nihayetinde hukuki bir statüdür. Çocukluk için belli bir yaş sınırı kabul edilmekte ve çocuklar, salt çocuk olmaktan kaynaklanan birtakım haklara sahip olmaktadır<sup>44</sup>. Ancak *çocuk tüketici* kavramı tüketim odaklı bir kapitalist toplum yapısı içinde ele alındığı için sosyolojik anlamda tartışılmaktadır<sup>45</sup>. *Daniel Thomas Cook*, akademinin *tüketen ve arzulayan çocuk* olgusunu kabul edemediğini ancak tüketim olgusunun kendisinin insanın toplumsal varlığının bir parçası olduğunu, dolayısıyla malların ve nesnelerin kültürün ve sosyal ilişkilerin yaratılmasını ve dönüştürülmesini sağladığını belirtmektedir<sup>46</sup>. *Cook*'a göre tüketici olmak ya da tüketime katılmak, yetişkinler ya da çocuklar için seçeneği olan bir şey değildir. İnsanların sahip olduğu seçenek, sosyal ilişkilerde malların nasıl kullanılacağına ilişkindir. Bireyler nesnelere farklılıklarını göstermek ve müzakere etmek için kullanır<sup>47</sup>. Tüketim de ister olumlu ister olumsuz olsun dünyaya katılmanın kaçınılmaz bir yoludur. Çocuklar eşyaları genellikle aidiyet ve dışlanma duygularını deneyimledikleri, sosyal hayata katılım araçları olarak kullanır<sup>48</sup>. Dolayısıyla çocukların yaşamlarındaki tüketim ve ticaret ortamını görmezden gelmek, küçümsemek ya da bir kenara itmek, tüketimi özel, isteğe bağlı ve genellikle olumsuz bir pratik kategorisi hâline getirmek; çocukların benliklerini, ilişkilerini ve anlamlarını oluşturdıkları nesnelerin çoğunu tamamen diskalifiye etmek demektir<sup>49</sup>. Öte yandan *Cook*'a göre tüketimin çocuklara dayatıldığı söylemek oldukça yetmişinci (*adultist*) bir yaklaşımdır<sup>50</sup>.

Kanımızca *tüketim* olgusunun kendisi ile *tüketimin özendirilmesi* olgusu birbirinden ayrılmalıdır. Gerçekten de tüketim kapitalist toplumsal yaşamın kaçınılmaz bir parçası olmakla birlikte tüketime özendirmek, insanın yalnızca belli mal veya hizmetleri elde etmek uğruna yaşamasını özendiren bir durum ortaya çıkartmaktadır. Günümüzde reklamcılık sektörü en pahalı sektörlerden birisi hâline gelmiştir. Yalnızca 2021 yılında dünya genelindeki reklam harcamaları 700 milyar dolara ulaşmıştır<sup>51</sup>. Bu durum reklamın

<sup>39</sup> SHOR, Juliet: *Born to Buy-The Commercialized Child and the New Consumer Cult*, Scribner, New York, 2004, s. 13.

<sup>40</sup> SHOR, s. 14.

<sup>41</sup> SHOR, s. 14.

<sup>42</sup> SHOR, s. 14.

<sup>43</sup> SHOR, s. 14.

<sup>44</sup> Örneğin çocukla ilgili meselelerde çocuğun yüksek yararının gözetilmesi gibi.

<sup>45</sup> Tartışmalara ilişkin literatür özeti için bkz. COOK, Daniel Thomas: "Taking Exception With the Child Consumer", *Childhood*, 2013, Cilt 20, Sayı 4, s. 423-428.

<sup>46</sup> COOK, s. 425.

<sup>47</sup> COOK, s. 425.

<sup>48</sup> COOK, s. 425.

<sup>49</sup> COOK, s. 425-426.

<sup>50</sup> COOK, s. 426.

<sup>51</sup> Dünyanın en önde gelen dijital şirketlerinden ikisi, *Meta* (*Facebook*'un ana şirketi) ve *Alphabet* (*Google*'ın ana şirketi), gelirlerinin büyük bir kısmını reklamlardan elde etmektedir. *Alphabet*, gelirinin %88'ini ve *Meta* ise %97'sini reklamlar üzerinden elde etmektedir. HOLM, s. 7.

kendi başına bir ekonomik varlık olmasıyla açıklanamaz; reklam daha geniş olarak kapitalist ekonominin önemli bir parçasıdır ve reklam ekonomisi el değiştiren paradan daha fazlasıyla ilgilidir. Bir başka ifadeyle reklam, kapitalizmin ve tüketim toplumunun ana ögesidir<sup>52</sup>. Dolayısıyla bu başlık altında sunulan tüketici hakkı-insan hakkı ilişkisinin çözümlenmesi kolay değildir. Çünkü burada asıl mesele toplumsal yaşama hukuk arasındaki ilişkinin çözümlenmesidir. Bu nedenle çocukları tüketime özendirmeden korumaya odaklanmak ve tüketici haklarını çocuk haklarının bakış açısıyla yeniden ele almak gerekmektedir.

Buna ilaveten, tüketim toplumu içinde çocuk haklarının dijital reklamlar karşısında korunması devletin siber alandaki düzenleyici etkinlikleriyle de doğrudan bağlantılıdır. Günümüzde *Google, Meta, Amazon, Microsoft ve Apple* ile anılan *BigTech* şirketleri siber alanı düzenleme gücü bakımından devletlerle yarışmaktadır. 20. yüzyılda zorunlu aşular, zorunlu okul öncesi eğitim ya da din eğitimi gibi konulardaki yetki tartışması *aile ve devlet* arasında yaşanmakta ve kamu yararı kavramı üzerinden bir tartışma yürütülmekteydi. Günümüzde ise çocukları yetiştirme yarışına, aile ve devletin yanına bir üçüncü menfaat sahibi olarak şirketlerin de eklendiğini söylemek, özellikle *BigTech*'in etkinlikleri düşünüldüğünde, pek de zor olmayacaktır<sup>53</sup>. Dolayısıyla artık çocukların menfaati yalnızca aile ve devlet arasında değil; *aile, şirketler ve devlet* arasında kalmaktadır. Meseleye bu açıdan bakıldığında çocuğun haklarının korunmasında tüketici haklarından ziyade çocuk-insan olmasından kaynaklanan hakların -özellikle çocuğun onurunun<sup>54</sup> ve çocuğun bir insan olarak potansiyelini gerçekleştirmesini güvence altına alan *gelişim hakkının*- reklamcılık alanında esas alınması gerektiği söylenebilir<sup>55</sup>.

### III. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÇOCUK HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE DİJİTAL REKLAMLAR

Birleşmiş Milletler ÇHS'de çocukların siber alandaki haklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte ÇHK'nin Sözleşme'de yer alan hakların dijital alanda uygulanabilirliğine ilişkin çeşitli genel yorum ve tartışma metinleri bulunmaktadır. Bunlar; çocuğun yüksek yararının esas alınmasına ilişkin 14 No.lu Genel Yorum<sup>56</sup> (2013), "Dijital Medya ve Çocuk Hakları" başlıklı istişare yayını<sup>57</sup> (2014), iş dünyasının çocuk hakları üzerindeki etkilerine ve devlet yükümlülüklerine ilişkin 16 No.lu Genel Yorum<sup>58</sup> (2013), çocukların her türlü şiddetten başışık yaşama haklarına ilişkin 13 No.lu Genel Yorum<sup>59</sup> (2011) ve aşağıda ayrı bir başlıkta ele alınacak olan çocuk hakları ve dijital dünya ilişkisini konu edinen 25 No.lu Genel Yorum'dur<sup>60</sup> (2021).

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin temel felsefesi dört ana sütun üzerinde inşa edilmiştir. Bu dört sütun, belli bir toplumsal konunun yasal yükümlülükler çerçevesi belirlenirken çocuklarla ilgili kısmı

<sup>52</sup> HOLM, s. 63-83.

<sup>53</sup> CAHALAN, Susannah: "Big Tech wants your kid to be its consumer, even if it harms them", 2022 (<https://nypost.com/2022/10/22/big-tech-wants-your-kid-to-be-its-consumer-at-all-costs/>, ET: 01.05.2023).

<sup>54</sup> İnsan onuru kavramı özellikle Almanya'da medya düzenlemeleri bakımından ele alınmaktadır. Hatta şirketlerin "risk değerlendirmesi" yükümlülüklerinin yapısal olarak insan onurunu koruma temelinde gerçekleştirilmesi gerekliliği savunulmaktadır. Bkz. ERDEMİR, Murad: *Das "Janusgesicht" der Menschenwürde Regulierung im Spannungsfeld von Medienrecht und Medienethik*, Öffentliche Antrittsvorlesung am 28. Mai 2014 an der Georg-August-Universität Göttingen, 2014, s. 26.

<sup>55</sup> Ancak tartışma burada da sonlanmamaktadır. Özellikle çocuğun gelişim hakkının kapsamına yönelik kimi tartışmalarda, çocuğun içinde bulunduğu kapitalist topluma en iyi biçimde hazırlanması da gelişim hakkının bir gereği olarak ele alınmaktadır. Çocuklara özerk seçimler yapabilecekleri fırsatların verilmesi ve yetişkinliğe becerilerle donatılmış bir şekilde geçebilmelerinin sağlanması gerekmektedir. Bkz. FORTIN, Jane: *Children's Rights and the Developing Law*, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, s. 11.

<sup>56</sup> CRC/C/GC/14: *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, 2013 ([https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc\\_c\\_gc\\_14\\_eng.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/gc/crc_c_gc_14_eng.pdf), ET: 28.04.2023).

<sup>57</sup> CRC: *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, 2014 ([https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2014/DGD\\_report.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/2014/DGD_report.pdf), ET: 28.04.2023).

<sup>58</sup> CRC/C/GC/16: *General comment No. 16 (2013) on State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, 2013 (<https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.16.pdf>, ET: 28.04.2023).

<sup>59</sup> CRC/C/GC/13: *General comment No. 13 (2011) The right of the child to freedom from all forms of violence*, 2011 ([https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.13\\_en.pdf](https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/crc.c.gc.13_en.pdf), ET: 28.04.2023).

<sup>60</sup> CRC/C/GC/25: *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, 2021 (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 28.04.2023).

bakımından dikkate alınması gereken temel ilkeleri oluşturmaktadır. Bunlar; 2. maddede düzenlenen *ayrımcılık yapma yasağı*, 3. maddede düzenlenen *çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ilkesi*, 6. maddede düzenlenen *çocuğun varlığını ve gelişimini sürdürmesini sağlama hakkı (gelişme hakkı)* ile 12. maddede düzenlenen *çocukların görüşlerine saygı hakkıdır (katılım hakkı)*<sup>61</sup>. Dolayısıyla söz konusu dört temel ilke, çocuklar ve dijital medya konusundaki düzenlemeler bakımından da geçerli olacaktır<sup>62</sup>.

Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ticari alanda ihlali, şirketlerin ürün ya da hizmet sunumunda ve reklamda kişiselleştirmeye giderek hem bireylerin tercih haklarını kısıtlamaları hem de bireylere farklı muamele yapmaları ile gündeme gelebilir<sup>63</sup>. Dijital reklamların ortaya çıkartacağı bir diğer ayrımcılık sorunu da verdikleri mesajın cinsiyete, ırka, yaşa ve diğer özelliklere dayalı çeşitli ayrımcılık mesajları içeriyor olmasıdır<sup>64</sup>. Öte yandan ayrımcılık sorunu yalnızca reklam verenin sunduğu içerik itibarıyla ortaya çıkan bir sorun değildir; bir platformun reklam dağıtım sistemi, kullanıcıların demografik özelliklerine göre bazı reklamların daha fazla ya da daha az gösterilmesine neden olabilmektedir<sup>65</sup>. Belirli tüketici gruplarının hedeflenmesi yeni bir olgu olmamakla birlikte, özellikle sosyal medya platformlarının yükselişi, çok fazla miktarda kişisel verinin çevrimiçi olarak erişilebilir hâle gelmesine yol açmıştır. Bu da -büyük makine öğrenimi modelleriyle birlikte- ayrımcılığı ve tüketicilerin güvenlik açıklarının kötüye kullanılmasını kolaylaştırmaktadır<sup>66</sup>. Çocuklar ise taklit ederek öğrendikleri için bu tür uygulamalar karşısında oldukça savunmasızdır ve reklamlardaki ayrımcı içerik, çocukların gelişimi ve kendilerini nasıl gördükleri üzerinde önemli bir etkiye sahip olabilir<sup>67</sup>.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin dört temel sütunundan bir diğeri, yukarıda belirtildiği gibi, gelişim hakkıdır. Çocuğun yaşama, hayatta kalma ve gelişme hakkı geniş yorumlanmakta ve yaşamın fiziksel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve sosyal yönlerini bütüncül bir biçimde içermektedir<sup>68</sup>. Bununla birlikte çocuğun gelişme hakkı çocuğun insan olarak potansiyelini geliştirmesine yöneliktir. Dolayısıyla çocuğun gelişme hakkı bakımından dijital reklamlar, çocuğun potansiyelini tam olarak gerçekleştirebilmesiyle ilgilidir ve bir birey olarak eleştirel düşünme becerisiyle bilinçli tercihler yapabilme yeteneğinin çocukta gelişmesi için birtakım tedbirlerin alınması gerekmektedir<sup>69</sup>. Ancak yeni tür dijital reklamların manipüle edici özelliği, karmaşıklığı ve şeffaf olmaması çocukların eleştirel düşünerek özgürce tercihte bulunmalarının önüne geçmekte ve nihayetinde gelişim hakları üzerinde olumsuz bir etkiye sahip olmaktadır<sup>70</sup>. ÇHK'nin yukarıda değinilen çocukların her türlü şiddetten bağışık yaşamalarına ilişkin 13 No.lu Genel Yorum'unda çocukların birer bilgi teknolojisi kullanıcısı ve bilgi alıcısı olarak, zararlı reklamlara, istenmeyen iletilere (*spam*), sponsorluklara, saldırgan, şiddet içeren, nefret dolu, önyargılı, ırkçı, pornografik, istenmeyen ve/veya yanıltıcı kişisel bilgi ve içeriklere maruz kalabildiğini ve bunların da bilişim araçlarıyla gerçekleştirilen birer şiddet türü olduğu belirtilmektedir<sup>71</sup>.

<sup>61</sup> CRC/C/GC/14, s. 11, par. 41-45.

<sup>62</sup> VERDOODT, s. 5.

<sup>63</sup> VERDOODT, s. 8.

<sup>64</sup> CAUFMANN, Caroline: "Editorial: Discrimination in Online Advertising", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, Cilt 28, Sayı 3, s. 283-286. Örneğin *Facebook*'a karşı Amerika Birleşik Devletleri'nde, yasalara aykırı olarak istihdam, konut ve kredi reklamlarında ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle birkaç defa dava açılmıştır. Davacılar *Facebook*'un reklam verenlere, kullanıcıları cinsiyetlerine, yaşlarına, ilgi alanlarına, davranışlarına, ulusal köken, cinsiyet, yaş ve medeni durumlarına ilişkin bilgilere dayalı olarak ayrılabilmesine olanak sağlayan uygulamalar sunduğunu iddia etmişlerdir. CAUFMANN, s. 283.

<sup>65</sup> CAUFMANN, s. 284.

<sup>66</sup> CAUFMAN, s. 285.

<sup>67</sup> VERDOODT, s. 8.

<sup>68</sup> CRC/GC/2003/5: *General Comment No. 5 (2003) General Measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, 2003 ([https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC%2F2003%2F5&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolNo=CRC%2F2003%2F5&Lang=en), ET: 29.04.2023), s. 4.

<sup>69</sup> VERDOODT, s. 6-7.

<sup>70</sup> VERDOODT, s. 7.

<sup>71</sup> CRC/C/GC/13, s. 11, par. 31.

Çocuğun yüksek yararının gözetilmesi ile katılım hakkı da dijital reklamlar bakımından uygulanabilir niteliktedir. 3. maddede düzenlenen çocuğun yüksek yararı ilkesi, çocukla ilgili bütün eylemlerde çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alınmasını gerektirmektedir. Bu doğrultuda hükümetler ve diğer kamu ve özel kuruluşlar -dijital reklamlar da dâhil olmak üzere<sup>72</sup>- her türlü yasa, politika ya da kararın çocuklar üzerindeki etkisini değerlendirerek ilerlemelidir<sup>73</sup>. Devletlerin özel sektör tarafından alınan kararlarda da çocuğun yüksek yararının öncelikli olarak dikkate alındığını garanti edecek girişimlerde bulunması gerekmektedir.

Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen çocuğun kendisiyle ilgili kararlara katılımı, çocuklarla yetişkinler ve diğer paydaşlar arasında diyalog ve bilgi paylaşımı olması gerektiğini ifade etmektedir. Çocukların katılımı, 12. maddede belirtildiği gibi, yaşlarına ve olgunluk düzeylerine uygun olarak sağlanmalıdır. ÇHK'ye göre çocuğun yaşı arttıkça kendisiyle ilgili kararlarda görüşlerinin ağırlığı da artmalıdır<sup>74</sup>. Bu doğrultuda ÇHK'nin 2014 yılında yayınladığı "Dijital Medya ve Çocuk Hakları" konulu istişare yayınında, devletlerin dijital medya ve bilgi iletişim teknolojileriyle ilgili yasa, politika ve programlar oluştururken, bilgi iletişim teknolojileri şirketlerinin de girişimlerini tasarlarken ve uygularken çocukların görüş ve deneyimlerini dikkate almaları gerektiği belirtilmektedir<sup>75</sup>. Aynı belgede, ÇHK'nin daha önceki 2013 tarihli iş dünyasının çocuk hakları üzerindeki etkilerine yönelik devlet yükümlülüklerine ilişkin 16 No.lu Genel Yorum'una atıf yapılarak, devletlerin, kendi içinde faaliyet gösteren bilgi iletişim teknolojileri ve bunlarla ilgili diğer sektörlerin çocuk haklarına saygı göstermesini sağlayan açık ve öngörülebilir bir yasal sistem oluşturmaları gerektiği belirtilmektedir<sup>76</sup>. ÇHK'ye göre devletler, dijital alanda faaliyet gösteren tüm şirketlerin hesap verebilirliğini artırmak amacıyla çocuk hakları ihlallerinin soruşturulması ve giderilmesi için etkili izleme mekanizmaları oluşturmalı ve düzenleyici kurumların çocuk hakları ve bilgi iletişim teknolojileriyle ilgili standartların geliştirilmesi konusundaki sorumluluklarını güçlendirmelidir<sup>77</sup>.

İstişare yayınında çocukları hedef alan pazarlama ve reklamcılıkla ilgili ayrıca bir başlık açılmıştır. Buna göre çocuklar reklamlar ve gizlilik ihlalleriyle *ticari açıdan sömürülmeye* son derece açık olduğu gibi aynı zamanda şirketler bakımından da oldukça kârlı bir hedeftir. Bu sömürü; e-posta ya da mobil mesajlar, oyun içi reklamlar ve oyun biçiminde reklamlar gibi çok çeşitli gizli biçimlerde yapılabilmektedir. Öte yandan bu tür pazarlama tekniklerinin çocuklar üzerinde -örneğin abur cubur reklamları yoluyla çocukların sağlık hakkı ihlali gibi- son derece ciddi etkilerinin olabileceğine dikkat çekilmiştir<sup>78</sup>. Raporda yaş sınırlamasıyla ilgili dikkati çeken husus ise devletlere 12 yaşından küçük çocuklara yönelik her türlü reklamın, kullanılan ortam, destek veya araç ne olursa olsun yasaklanması, hatta mümkünse söz konusu yasağın 16 yaşına kadar uzatılması ve çocuk marka elçileri uygulamasının da yasaklanması için mevzuat geliştirmeleri yönünde tavsiyede bulunulmuştur<sup>79</sup>.

Reklam için yaş sınırlaması hususu şirketlerin girişim özgürlükleri ve ifade özgürlükleri bakımından hukuken tartışmalı olduğu kadar<sup>80</sup>, çocuk gelişimi bakımından da tartışmalı olmaktadır. Bu konuda özellikle çocukların gelişim hakkı kapsamında bağımsız karar verme becerilerinin gelişmesi ve yetişkinliğe başarılı bir geçiş yapabilmeleri için onlara belirli yetkilerin verilmesinin gerekliliği tartışılmak-

<sup>72</sup> VERDOODT, s. 8.

<sup>73</sup> CRC/GC/2003/5, s. 4.

<sup>74</sup> CRC/C/GC/14, par. 53, 54.

<sup>75</sup> CRC, *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, par. 99.

<sup>76</sup> CRC, *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, par. 96.

<sup>77</sup> CRC, *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, par. 96.

<sup>78</sup> CRC, *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, par. 70.

<sup>79</sup> Söz konusu tavsiye kültürel haklar alanındaki BM Özel Raportörünün tavsiyesine atıf yapılarak raporda yer almaktadır. CRC, *Report of the 2014 Day of General Discussion, "Digital Media and Children's Rights"*, par. 71.

<sup>80</sup> SHINER, Roger A.: "Advertising and Freedom of Expression", *The University of Toronto Law Journal*, 1995, Cilt 54, Sayı 2, s. 179-204.

tadır. Bu görüşe göre çocuklara yönelik her türlü reklamın yasaklanması çocukların gelişim hakkıyla uyumlu bir tutum olmayacaktır<sup>81</sup>. Ancak öte yandan yeni tür standart olmayan reklam biçimlerinde çocuklar izledikleri içeriğin reklam olduğunu anlayamadıkları için ortaya adil olmayan bir durum çıkmaktadır ve çocukların ekonomik açıdan sömürüsü gündeme gelmektedir.

Genel olarak şeker, çikolata, şekerli tahıllar, *fast-food*, asitli şekerli içecekler gibi çocukların tüketme eğiliminin yoğun olarak yöneldiği ürünlerin reklamları ve çocuk sağlığı arasında ilişki kurularak bu türden ürünlerin reklamlarına birçok ülkede sınırlama getirilmektedir<sup>82</sup>. Ancak dijital alandaki yemek reklamları, standart olmayan türden reklam içerikleri de düşünüldüğünde çoğu zaman yasal kontrolden kaçabilmektedir. *YouTube*'un çocuklara özel içerikleri sunduğu *YouTubeKids* uygulamasında çok sayıda bu türden ürünlerin tanıtımını ve kullanımını içeren video bulunmaktadır<sup>83</sup>. Ancak çocukların sağlık hakkı yalnızca sağlıksız yemeklerle sınırlı değildir. Dijital alandaki reklamlar, çoğu zaman ebeveynlerin desteklemediği bir takım değer yargılarını ve davranış kalıplarını çocuklara aşıl-yarak onların gelişimi üzerinde olumsuz etki yaratabilir. Bu bakımdan çocuğun sağlığı bütünsel bir kavram olarak ele alınmalıdır. Nitekim ÇHS'nin 13., 17., 18. ve 29. maddeleri<sup>84</sup> birlikte değerlendirildiğinde çocuklar; materyalizm, kendine aşırı düşkünlük, ani satın alma, markalara bağımlılık gibi ticari kültürün değerlerinden<sup>85</sup> ari olarak gelişme hakkına sahiptir. Bu bakımdan özellikle *YouTubeKids* uygulamasında yer alan *influencer* çocukların oyuncak kutusu açmasını içeren videolar ve kanallar, çocuklara mutluluğun anahtarının çok sayıda oyuncuğa sahip olmak olduğu fikrini aşıl-maktadır<sup>86</sup>. Ancak çocuklara yapılan pazarlamaların etkilerine odaklanan araştırmalar, materyalist değerlere sahip olmanın gelecekte daha sağlıksız olmakla doğrudan ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Bu açıdan düşük öz benlik, sağlıksız yeme alışkanlıkları, şiddete eğilim, alkol ve tütün kullanımına yönelme çocukların sürekli olarak maruz kaldıkları tüketim kültürünün değerleriyle ilişkilendirilmiştir<sup>87</sup>. Benzer biçimde Amerikan Psikoloji Derneğinin 2007 tarihli raporu kız çocuklarını hedef alan makyaj ürünlerinin, giysilerin, reklamların, *seksi* kostümler giyen oyuncaklar ve çizgi filmlerin, müzik videoları ve aslında genel olarak medyanın, çocukların cinsel açıdan sömürülmelerine zemin hazırladığını ortaya koymakta ve bu hususu çocuklardaki bozulmuş bilişsel performans, yeme bozuklukları, düşük öz benlik saygısı ve depresif duygularla ilişkilendirmektedir<sup>88</sup>.

## A. Dijital Reklamlar ve Çocukların Ekonomik Sömürüden Korunma Hakkı

Birleşmiş Milletler ÇHS'nin dijital alanın ortaya çıkarttığı yeni sorunlar doğrultusunda yorumlanmasına yönelik çalışmalarda Sözleşme'nin 32. maddesinde düzenlenen çocuğun ekonomik sömürüden korunması hakkı<sup>89</sup> ön plana çıkmaktadır. Bununla birlikte çocuğun esenliğine zarar verebilecek her türlü sömürüden korunması gerekliliğini düzenleyen 36. maddesi de dijital alanda söz konusu olabilir.

<sup>81</sup> VERDOODT, s. 7.

<sup>82</sup> Çeşitli dünya ülkelerinin gıda reklamlarına çocukları korumak için öngördüğü yasal sınırlamalar hakkında bililerin yer aldığı site için bkz. *Nourishing Framework Database* ([https://policydatabase.wcrf.org/level\\_one?page=nourishing-level-one](https://policydatabase.wcrf.org/level_one?page=nourishing-level-one), ET: 06.05.2023).

<sup>83</sup> CAMPBELL, s. 47-48.

<sup>84</sup> Madde 13, çocuğun düşüncesini özgürce açıklama hakkını; m. 17, çocuğun kitle iletişim araçlarından etkin olarak faydalanma ve bilgi edinme hakkını; m. 18, çocuğun yetiştirilmesinde anne ve babanın hakkını; m. 29, çocuğun eğitim hakkını ve özellikle eğitiminde kişisel özelliklere ve kültürüne uygun eğitim hakkını düzenlemektedir.

<sup>85</sup> CAMPBELL, s. 48. Ayrıca bkz. Campaign for a Commercial Free Childhood (<https://fairplayforkids.org/author/ccfc/>, ET: 06.05.2023).

<sup>86</sup> CAMPBELL, s. 48.

<sup>87</sup> KASSER, Tim / LINN, Susan: "Growing Up under Corporate Capitalism: The Problem of Marketing to Children, with Suggestions for Policy Solutions", *Social Issues and Policy Review*, 2016, Cilt 10, Sayı 1, s. 132-136.

<sup>88</sup> American Psychological Association (APA): *Report of the APA Task Force on the Sexualization of Girls*, 2007 (<https://www.apa.org/pi/women/programs/girls/report-full.pdf>, ET: 03.05.2023), s. 4-14 ve 20-27. Öte yandan Campbell, *YouTubeKids* uygulamasındaki içeriklerin çoğunun APA'nın raporundaki zararlı içeriklerin bir örneği olduğunu belirtmektedir. CAMPBELL, s. 49.

<sup>89</sup> Madde metni şu şekildedir: "*Taraf Devletler, çocuğun, ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkını kabul ederler...*".

*Verdoordt*'a göre dijital reklamlar, çocuğun yüksek yararı ilkesi ve çocuk hakları bakış açısı ile ele alınmadığında çocukların özerkliğini ve ticari karar alma süreçlerini olumsuz etkileyecektir. Bu açıdan özellikle hem kişiselleştirilmiş reklamlar hem de çocuk oyunlarının giderek ticarileşmesi çocukların haklarına -özellikle *çocukların ekonomik açıdan sömürülmesi yasağına*- aykırı sonuçlar ortaya çıkartmaktadır<sup>90</sup>. *Verdoordt*, ekonomik sömürü olgusunu dijital reklamlara uygularken BM ÇHK'nin *ekonomik ve sömürü* kavramlarına ilişkin yorumlarına atıf yapmaktadır. ÇHK'nin çocukların ekonomik açıdan sömürülmesine ilişkin 1993 tarihli genel istişare belgesinde<sup>91</sup> "ekonomik" kavramı, "*mal ve hizmetlerin üretimi, dağıtımı ve tüketimi yoluyla belirli bir kazanç veya kâr elde etme fikri*" olarak açıklanmaktadır. Belgeye göre bu maddi çıkar ister devlet ister bir topluluk ya da bir aile olsun, belirli bir birimin ekonomisi üzerinde etkiye sahiptir. "Sömürü" kavramı ise "*kişinin kendi avantajı veya çıkarı için bir başkasından haksız yere yararlanması anlamına gelmektedir ve manipülasyon, kötüye kullanım, istismar, mağduriyet, baskı veya kötü muamele durumlarını kapsamaktadır*"<sup>92</sup>. Şirketler de maddi çıkarları olan ve reklamlar yoluyla mal ve hizmetin tüketimini artırma hedefi olan kuruluşlar olarak BM belgesindeki "ekonomik" tanımına uymaktadır. Şirketlerin maddi çıkarları, çocuklar ve aileleri üzerinde doğrudan bir etkiye sahiptir. Dijital reklamların özellikle yeni türleri düşünüldüğünde çocuğun manipüle edilerek, hileli olarak ya da kişisel verileri toplanarak belli bir ürün ya da hizmeti tüketmeye yönlendirilmesi belgede yer alan "sömürü" tanımına uymaktadır. Dolayısıyla ekonomik sömürüye karşı korunma hakkı -yanıltıcı, gizli veya kişiselleştirilmiş reklamlar da dâhil olmak üzere- zararlı dijital reklamlara karşı çocukların korunması bakımından da geçerli olacaktır<sup>93</sup>.

Öğretide başka yazarlar da ÇHS'nin 32. maddesinde düzenlenen çocukların ekonomik sömürüden korunma hakkının dijital reklamcılık bakımından geçerli olduğunu savunmaktadır<sup>94</sup>. Özellikle kişiselleştirilmiş reklam biçimleriyle tüketici olarak hedeflenen çocuklar, çoğu zaman bir tüketim etkinliğinin içinde olduklarını dahi fark edemeden, tüketime yönlendirilmiş olmaktadır<sup>95</sup>. Bununla birlikte çocukların zamanlarının önemli bir kısmını dijital medya ve oyunlarla geçirdiği düşünülecek olursa çocukların oyun olgusunun ticarileşmesi karşısında yalnızca tüketim etkinliği içinde değil, oyun oynama ve boş zaman değerlendirme aktivitelerinde de ekonomik sömürüye maruz kaldıkları söylenebilir<sup>96</sup>. Bu da ÇHS'nin 31. maddesinde<sup>97</sup> güvence altına alınan çocukların kendilerine uygun bir boş zaman değerlendirme, oynama ve kültürel yaşama katılma hakkını zedelemektedir.

*Van der Hof* ve diğerlerine göre dijital reklamlar bakımından çocukların ekonomik olarak sömürülmesi üç türlü ortaya çıkmaktadır. Bunlar; (a) kişisel verilen toplanmasıyla profil oluşturma ve otomasyon sistemleriyle çocuklar hakkında otomatik karar verilmesi, (b) çevrimiçi oyunlarda oyunun bir parçası olarak reklam izlemek zorunda bırakılma ve yeni nesil oyuncularda kişisel verilerin toplanması<sup>98</sup> gibi özelliklerle oyunların ticarileşmesi, (c) *influencer, blogger* gibi olgularla şekillenen dijital

<sup>90</sup> VERDOODT, s. 9-11.

<sup>91</sup> CRC: *General Discussion on the Economic Exploitation of Children*, 1993 (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/Discussions/Recommendations/Recommendations1993.pdf>, ET: 05.05.2023). Aynı şekilde bkz. VERDOODT, s. 14.

<sup>92</sup> CRC: *General Discussion on the Economic Exploitation of Children*, s. 3 (1. Statement by Mrs. Marta Santos Pais).

<sup>93</sup> VERDOODT, s. 14-15.

<sup>94</sup> VAN DER HOF, Simone / LIEVENS, Eva / MILKAITE, Ingrida / VERDOODT, Valerie / HANNEMA, Thijs / LIEFAARD, Ton: "The Child's Right to Protection against Economic Exploitation in the Digital World", *The International Journal of Children's Rights*, 2020, Cilt 28, s. 834-836.

<sup>95</sup> VERDOODT, s. 9-11; VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 835.

<sup>96</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 844-846.

<sup>97</sup> "Taraf Devletler çocuğun dinlenme, boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun eğlence (etkinliklerinde) bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma hakkını tanırlar.

*Taraf Devletler, çocuğun kültürel ve sanatsal yaşama tam olarak katılma hakkını saygı duyarak tanırlar ve özendirirler ve çocuklar için, boş zamanı değerlendirmeye, dinlenmeye, sanata ve kültüre ilişkin (etkinlikler) konusunda uygun ve eşit fırsatların sağlanmasını teşvik ederler.*"

<sup>98</sup> Örneğin bu olgu ülkemizde de bir çalışmaya konu olmuştur. ÖZTÜRK, Nurten / GÜRBÜZ, Elif Rumeysa: "Bağlantılı Oyuncaklar Özelinde Çocuğun Kişisel Verilerinin Cezaî ve Hukukî Olarak Korunması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 1, s. 48.



çocuk işçiliğidir<sup>99</sup>. Kişisel verilerin toplanması ve otomasyon sistemleriyle profil oluşturma ve otomatik karar alınması gibi hususlar insan onuruna da aykırıdır. Şöyle ki, özellikle belli yasal güvencelere uyulmadan yapılan profil oluşturma işlemlerinde, *insanın içsel değerine ve benzersizliğine* saygı duyulmadan, insanın gerçek kimliği değil, birtakım özellikleri temelinde ait olduğu grup ve dijital kimliği temel alınmaktadır. Burada sorun, söz konusu otomasyon sistemlerinin insanları dijital alandaki belli özelliklerine göre ayırması ve hukuka aykırı olarak ayrımcılık yapmasıdır<sup>100</sup>. Öte yandan profilleme uygulamaları çocuk dostu olmadığında, çocukları gerekenden daha fazla veriyi ifşa etme yönünde ikna edebilen şeffaf olmayan ve aldatıcı unsurlar da içermektedir<sup>101</sup>. Bu şekilde çocukların ticari amaçlarla kişisel verilerinin elde edilmesi ve işlenmesi ÇHS'nin 16. maddesinde düzenlenen çocuğun mahremiyet hakkına da aykırılık teşkil edecektir.

*Campbell*'e göre dijital reklamların çocuk hakları bakımından sakıncalı yönü, çocukların bu reklamların *ikna edici niyetini anlama ve buna karşı bir savunma geliştirme* bakımından zayıf olmalarına dayanarak ortaya çıkmaktadır. Özellikle küçük çocuklar sponsorlu videoları reklam olarak tanımlama ve bu türden reklamlardaki ticari mesajları yorumlama becerisinden yoksundur<sup>102</sup>. Çocukların reklamları anlayabilmeleri için önce ticari içeriği, ticari olmayan içerikten algısal düzeyde ayırt edebilmeleri gerekmektedir. Ancak televizyon için 5 yaş olarak belirlenen bu sınır, dijital medyanın karmaşıklığı karşısında daha yüksektir<sup>103</sup>. *Campbell*, araştırmaların çocukların reklamlardaki ikna edici niyeti anlama yaşının ortalama 8 civarı olduğunu ortaya koyduğunu ancak yalnızca bir reklamdaki ikna edici niyeti anlamının reklamın çocuk üzerindeki olumsuz etkilerini hafifletmek için yeterli olmadığını belirtmektedir. Bunun yerine çocukların reklamların abartma eğiliminde olduğunu da anlaması gerekmektedir ve bu beceri yaklaşık 12 yaşında gelişmektedir. Dolayısıyla ikna edici niyeti anlayacak bilişsel kapasiteden yoksun çocuklara pazarlama yapılması, doğası gereği haksız bir eylem olacaktır<sup>104</sup>.

Günümüzdeki dijital pazarlama alanında çocuklar çok sayıda haksız eyleme maruz kalarak ekonomik açıdan sömürülmektedir. Örneğin *YouTubeKids* uygulamasının reklam politikası ilk bakışta çocuk dostu gibi görüne de<sup>105</sup> söz konusu uygulama kullanıcılar tarafından yüklenen *influencer* tarzı videoları birer reklam olarak tanımadığını ve bu nedenle şirketin reklam politikasına tabi olmadığını açıkça belirtilmektedir<sup>106</sup>. Öte yandan yine *YouTubeKids* uygulamasının kişisel verilerle ilgili kendi bilgilendirme sayfasında, çocuklara önceden izledikleri videoların benzerlerini önereceği belirtilmektedir<sup>107</sup>. Bunun anlamı, özellikle izlenecek videoların bir ebeveyn tarafından sınırlandırılmadığı durumlarda, *YouTubeKids* uygulamasının *influencer* tipi bir video izleyen bir çocuğa yine bu tip videoları

<sup>99</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 834.

<sup>100</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 838. Benzer şekilde Avrupa Konseyi de profil oluşturma insan onuruna aykırı olduğunu belirtmektedir. Council of Europe: *The Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data in Context of Profiling*, 2011 (<https://rm.coe.int/16807096c3>, ET: 06.05.2023), s. 7.

<sup>101</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 840.

<sup>102</sup> CAMPBELL, s. 38-39.

<sup>103</sup> CAMPBELL, s. 36-37. Hatta *Campbell*, burada yetişkinlerin dahi çevrimiçi ortamda sponsorlu bir içeriği tanımlamakta güçlük çektiğini ortaya koyan araştırmalara atıf yapmaktadır. Bununla birlikte çocuklara bir tanım ve birden fazla örnek verildiğinde dahi çocukların oyun biçimindeki reklamları tanımlamakta zorlandıkları ortaya koyulmaktadır. Özellikle 5 yaş ve altındaki hedef kitlesi reklamları diğer içeriklerden ayırt edebilme kapasitesinden yoksun olduğundan standart olmayan türdeki dijital reklamları, örneğin sponsorlu videoları ayırt edebilmeleri dahi düşünülemez. CAMPBELL, s. 37.

<sup>104</sup> CAMPBELL, s. 39. Bu husus ayrıca haksız rekabet kapsamında da değerlendirilebilir.

<sup>105</sup> "Adds in YouTubeKids" (<https://support.google.com/youtubekids/answer/6130541?hl=en#:~:text=We%20only%20show%20paid%20ads,more%20about%20our%20advertising%20policies>, ET: 29.04.2023). "Yalnızca aile dostu olarak onaylanan Ücretli Reklamları gösteriyoruz ve tüm Ücretli Reklamlar politikalarımıza uygunluk açısından titiz bir inceleme sürecinden geçiyor. Ücretli Reklamlar, web sitelerine veya ürün satın alma akışlarına herhangi bir tıklama içermez."

<sup>106</sup> "Kullanıcılar tarafından YouTube'a yüklenen videolar Ücretli Reklamlar değildir ve bu nedenle Reklam olarak işaretlenmezler ve reklam politikalarımıza tabi değildirler. Bu, uygulamada Reklam satın almış olabilecek şirketler hakkında veya şirketlerden gelen içerikleri de içerebilir. Örneğin, trenler için yapılan bir arama, bir kullanıcı veya oyuncak tren şirketi tarafından yüklenen tren çizgi filmleri, şarkıları ve gerçek tren videolarıyla sonuçlanabilir; bunların hiçbirini YouTube Çocuk reklam programının bir parçası olmadıkları için Ücretli Reklam olarak kabul etmiyoruz. Aynı şekilde, çikolata için yapılan bir arama, çikolata için ücretli Reklamlara izin vermemize rağmen çikolatalı şekerleme yapımı hakkında kullanıcı tarafından yüklenmiş bir video gösterebilir." "Adds in YouTubeKids".

<sup>107</sup> "Recommended videos on YouTube Kids" (<https://support.google.com/youtubekids/answer/6130531?hl=en>, ET: 29.04.2023).

önereceği ve çocuğu bitmek bilmeyen bir reklam ve tüketim sarmalına sokmuş olacaktır<sup>108</sup>. *Campbell*'e göre bir başka sorunlu alan, ürünlerin rutin olarak çocuklara yönelik içeriğe entegre edilmeleridir. Örneğin *Disney*, *Nickelodeon* gibi büyük çocuk medya şirketleri, çocuklara yönelik internet siteleri yapmakta, *YouTube* kanalı açmakta ve film karakterlerinden oluşan ürünleri, video oyunlarını ve uygulamalarını bu mecralarda tanıtılmaktadır<sup>109</sup>.

Dijital alanda çocukların giderek daha karmaşık ve şeffaf olmayan bir biçime kavuşan pazarlama stratejilerine karşı korunmaları, oyun oynarken ekonomik sömürüye maruz kalmamaları için gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Öte yandan dijital alanda çocukların çalışmasına yönelik koruyucu tedbirler içeren düzenlemeler de mutlaka yapılmalıdır. Örneğin *vlogger*, *influencer*, *e-sporlar* gibi etkinliklerde bulunan çocukların ekonomik sömürüye karşı korunmaları için mevcut *çevrimdışı dünyada* hâlihazırda geçerli olan mevzuatın dijital alana uyarlanarak yenilenmesi gerekmektedir<sup>110</sup>.

Çocuk Hakları Komitesinin çocuk hakları ve iş dünyası bakımından devletin yükümlülüklerine ilişkin 16 No.lu Genel Yorum'unda, devletlerin adil reklam ve pazarlama uygulamalarını teşvik etme konusunda önemli bir rolünün olduğu kabul edilmektedir. Komiteye göre devletler, pazarlama ve reklamcılığın çocuk hakları üzerindeki olumsuz etkilerini kaldırmaya uygun düzenlemeler yaparak ticari işletmeleri belli kurallara uymaya teşvik etmeli ve yine aynı amaç doğrultusunda şirketleri açık ve doğru ürün etiketlemeleri yapmaları yönünde teşvik edecek düzenlemeler oluşturmalıdır<sup>111</sup>.

## B. Çocuk Hakları Komitesi'nin 25 No.lu Genel Yorum'u ve Devletlerin Şirketleri Özen Yükümlülüğü (*Due Diligence*) Bakımından Denetleme Sorumluluğu

Çocuk Hakları Komitesi'nin, ÇHS'de yer alan hakların norm alanını belirlediği genel yorum yetkisi bulunmaktadır. Bu doğrultuda ÇHK, Sözleşme'de yer alan hakları güncel gelişmeler doğrultusunda yorumlamakta ve taraf devletlerin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluklarının kapsamını bu genel yorumla belirlemektedir. ÇHK'nin konumuz bakımından önemli ve güncel olan 25 No.lu Genel Yorum'u, dijital ortama ilişkin çocuk haklarını ortaya koymaktadır<sup>112</sup>. 25 No.lu Genel Yorum'da ayrıca "Ticari Reklam ve Pazarlama" ile "Çocuk Hakları ve İş Sektörü" başlıkları bulunmaktadır.

Genel Yorum'un reklamlarla ilgili olan kısımlarını irdelemeden önce onun oluşum sürecinden de bahsedilmesi gerekmektedir. ÇHK, genel yorumları oluştururken önce hazırlanması düşünülen genel yorumun genel çerçevesine ilişkin bir kavramsal not (*concept note*) hazırlamakta ve bununla birlikte konuyla ilgili çeşitli sorular sorarak konuyu tartışmaya açmaktadır. İsteyen bütün taraf devletler ve dünyanın çeşitli devletlerinden hükümet dışı kuruluşlar, akademisyenler ve konuya ilgi duyan uzmanlar ÇHK'nin gönderdiği soruları yazılı olarak yanıtlayarak kendi görüşlerini ÇHK'ye sunmaktadır. Ardından ÇHK bir taslak genel yorum hazırlamakta ve bunu da tartışmaya açarak isteyen her kurum, kuruluş ve kişiden görüş toplayıp nihai bir genel yorum kabul etmektedir. ÇHK'nin taraflardan gelen görüşleri dikkate alıp almama konusunda takdir yetkisi vardır. Tüm katkılar şeffaf bir biçimde ÇHK'nin internet sitesinde bulunmaktadır<sup>113</sup>.

İlk olarak 2019 yılı Mart ayında ÇHK, ilgili tüm tarafları 25 No.lu Genel Yorum'un kavramsal notu hakkında görüş bildirmeye davet etmiş ve nihayetinde 136 adet görüş almıştır. Buna ek olarak

<sup>108</sup> Aynı yönde bkz. CAMPBELL, s. 46.

<sup>109</sup> CAMPBELL, s. 45.

<sup>110</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 852.

<sup>111</sup> CRC/C/GC/16, par. 59.

<sup>112</sup> CRC/C/GC/25: *General comment No. 25 (2021) on children's rights in relation to the digital environment*, 2021 (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 06.05.2023).

<sup>113</sup> Bkz. <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation> (ET: 21.04.2023).

28 ülkeden toplam 709 çocuk ve gence danışılmıştır<sup>114</sup>. ÇHK, ilgili genel yorumu oluştururken 6 temel soru sormuş ve devletler, çeşitli ulusal ve uluslararası sivil toplum örgütleri, çocuk ve gençlerden oluşan topluluklar ile akademisyenler bu sorulara yanıtlarını ÇHK'ye iletmıştır. Sorular aşağıdaki gibidir:

- “1. Dijital teknolojilere erişimlerini ve bu teknolojileri kullanımlarını etkileyen politikalar ve uygulamalar oluşturulurken çocukların görüşleri ve deneyimleri nasıl ifade edilebilir ve dikkate alınabilir?”
2. Dijital dünyada tüm çocukların haklarının hayata geçirilmesini sağlamak için ayrımcılık (çevrimdışı veya çevrimiçi kaynaklı) nasıl etkili bir şekilde ele alınabilir?
3. Genel Yorum ebeveynlerin ve diğer bakıcıların rolünü nasıl ele almalıdır?
4. Dijital ortamda faaliyet gösteren işletmelerin uygulamaları çocuk haklarının hayata geçirilmesini nasıl desteklemelidir?
5. Devletler dijital ortamla bağlantılı olarak çocuk haklarına ilişkin yükümlülüklerini nasıl daha iyi yerine getirebilirler?
6. Dijital ortamda çocuk haklarının hayata geçirilmesi, diğer ortamlarda çocuk haklarının hayata geçirilmesi için gerekli midir?<sup>115</sup>”.

Yüzlerce görüşe burada tek tek yer vermek çalışmamızın kapsamını aşacağından önemli olduğunu düşündüğümüz birkaç öneriye yer vermeyi tercih ettik. Örneğin Birleşik Krallık, ÇHK'ne gönderdiği görüşte, çocukların dijital ortamda güvenliğini sağlamak için onların bilgi hizmetlerine erişimini kısıtlamak yerine internet okuryazarlığı eğitimine odaklanması gerektiğini ve interneti daha güvenli hâle getirmek için internet hizmetleri sağlayıcıları, uygulama üreticileri, sosyal medya sağlayıcıları ve diğer paydaşlar arasında ortak bir sorumluluk oluşturulmasının daha iyi bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Bununla birlikte çocukların internet ortamında kişisel verilerinin kullanılması izni için yaş sınırının 13 olduğunu, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde<sup>116</sup> bir çocuğun veri işlemeye rıza gösterebileceği asgari yaş eşiğinin 13 ila 16 yaş arasında herhangi bir yaş olarak belirlenmesine izin verildiğini belirterek ÇHK'nin de bu yaş aralığını dikkate almasını önermiştir. Öte yandan çocukların internet ortamında kişisel verilerinin paylaşılmasına rıza göstermelerine ilişkin onay kutucukları gibi uygulamaların, onların kişisel verilerini paylaşmanın sonuçlarını anlayabilecekleri biçimde, grafikler, diyagramlar, çizgi filmler gibi araçlarla açıklanarak sunulması gibi önerilerde bulunmuştur<sup>117</sup>.

Almanya, ticari işletmelerin çocuk haklarına saygı gösterme sorumluluğuna vurgu yaparak çocuklara yönelik veya çocuklar tarafından kullanılan ürün ve hizmetlerin özellikleri ve işlevleri için yol gösterici ilkeler olarak “tasarım yoluyla güvenlik”, “tasarım yoluyla gizlilik” ve “varsayılan olarak gizlilik” ilkelerinin uygulanmasını tavsiye etmiştir. Şirketlerin bilgi sağlama yükümlülükleri çocukların yaşına uygun ifade ve araçlarla yapılmalıdır. Almanya'nın gönderdiği görüşe göre medya şirketleri,

<sup>114</sup> Bkz. <https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation> (ET: 21.04.2023). Türkiye, hükümet düzeyinde söz konusu kavramsal nota bir katkıda bulunmamakla birlikte, Bahçeşehir Üniversitesinde görev yapan akademisyenler bir görüş bildirmiştir. Türkiye, hükümet düzeyinde, nihai metne ilişkin sürecin en sonunda bir görüş göndermiştir. Hükümet düzeyinde ilk kavramsal nota katkı yapan ülkeler şunlardır: Arnavutluk, Arjantin, Şili, Çin, Ekvador, Estonya, Almanya, Guatemala, Honduras, İran, İrlanda, İtalya, Lübnan, Mauritius, Meksika, Hollanda, Norveç, Polonya, Portekiz, Katar, Romanya, Sirbistan, Slovenya, İspanya, İsveç, Tunus, Ukrayna, Birleşik Krallık. Bahçeşehir Üniversitesinden görüş gönderen akademisyenlerin raporu için bkz. “Ayşegül Liman Kaban, Seda Gökçe Turan and Sinan Aşçı at Bahçeşehir University” (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 21.04.2023). Verilen bağlantıda “Other stakeholders” kısmında yer almaktadır.

<sup>115</sup> Sorular, katılımcılardan gelen belgelerde yer almaktadır.

<sup>116</sup> Regulation (EU) 2016/679, General Data Protection Regulation (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj>, ET: 25.04.2023). Aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

<sup>117</sup> 29 Numaralı Birleşik Krallık (United Kingdom) Dosyası (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GC/ChildrensDigitalEnvironment/States/UnitedKingdom.docx>, ET: 28.04.2023).

her hâlükârda 16 yaşından küçük çocukların ve gençlerin de hizmetlerini kullanabileceği ihtimalini göz önünde bulundurmamakla ve veri işlemede tam şeffaflık ve güvenlik sağlamakla yükümlüdür<sup>118</sup>.

Diğer ülkeler de genel olarak ÇHS'deki haklara atf yaparak yukarıda verilen örneklere benzer biçimde çocukların internet ortamındaki güvenliğinin sağlanması bakımından eğitimin önemine ve devletlerin önleyici ve koruyucu mekanizmalar oluşturulması gerekliliğine vurgu yapmıştır. Gelen önerilerde özel olarak dijital reklamlara ilişkin hususlar bulunmamaktadır. Ancak genel olarak çocukların internetteki kişilik hakları, gizlilik konusu ve özellikle suçtan (cinsel istismar ağırlıklı) korunmaları bakımından devletlerin gerekli yasal düzenlemeleri yapması biçiminde genel ifadeler bulunmakta ve çocuklarla ebeveynlerin internet konusunda eğitilmelerine yönelik tedbirlere yer verilmektedir. Öte yandan önerilerde dikkati çeken bir diğer husus da çok katılımlı politika oluşturulması gerektiği ve çevrimiçi alanda çocukların güvenliğinin tek taraflı olarak devlet tarafından sağlanmasının yeterli olmayacağıdır<sup>119</sup>.

Avrupa Birliği (AB) ve Avrupa Konseyi (AK) de<sup>120</sup> ÇHK'nin kavramsal notuna katkı sunmuştur. Bu katkılar, benzer şekilde, çocuklar için güvenli internet ortamının sağlanması ve eğitime ilişkin olmakla birlikte konumuz açısından şirketlerin sorumluluklarıyla ilgili kısımları önemlidir. AK kavramsal notta sorulan “*Dijital ortamda faaliyet gösteren işletmelerin uygulamaları çocuk haklarının hayata geçirilmesini nasıl desteklemelidir?*” sorusunu, şirketlerin özen gösterme yükümlülüğü (*due diligence*) bakımından sorumlu tutulmaları için hukuki çalışma yapılması gerektiğini belirterek yanıtlamıştır<sup>121</sup>.

*Due diligence* kavramı, şirketler hukukunda, hukuki işlemler bakımından şirketin sorumluluğunu ortaya çıkartmaya elverişli bir kavram olarak kullanılmaktadır. *Due diligence* Türkçe'ye “*gerekli ve makul özeni gösterme yükümlülüğü*” ya da “*özenli davranma yükümlülüğü*” olarak çevrilmiştir<sup>122</sup>. Kanımızca bu husus ayrıca önemlidir çünkü güncel olarak öğretilen ve uluslararası belgelerde şirketlerin insan hakları sorumluluklarının kapsamı tartışılmaktadır<sup>123</sup>. Öte yandan üzerindeki tartışmalar hâlen devam eden<sup>124</sup> kurumsal sosyal sorumluluk kavramı da şirketlerin topluma karşı sahip oldukları sorumluluğu ortaya koymaktadır. Bu bakımdan Almanya'da anonim şirketlerin *due diligence* yükümlülüğünün insan hakları sorumluluğu bakımından 2021 yılında yasalaşmış olması dikkate değer bir gelişmedir. Şirketlerin insan hakları ve çevrenin korunmasına ilişkin ilkelere uymakta yetersiz olduğu yönünde eleştirilerle karşılaşan Almanya'da 01.01.2023 tarihinde “Tedarik Zincirlerinde Kurumsal Özen Gösterme Yükümlülüğü Hakkında Kanun<sup>125</sup>” yürürlüğe girmiştir<sup>126</sup>. Kanun'a göre Alman şirketleri küresel tedarik zincirlerinin her basamağında insan hakları ihlalleri ve çevresel risklerin engellenmesi bakımından özen yükümlülüğüne tabidir. Tedarik zinciri, bir işletmenin mal ve hizmet üretimindeki bütün sürecini ifade eden oldukça geniş bir faaliyet alanıdır. Kanun'a göre sorumluluk, tedarik zinciri nedeniyle, şirketin kendisinin, doğrudan tedarikçilerinin ve dolaylı tedarikçilerinin faaliyetini de kap-

<sup>118</sup> 7 Numaralı Almanya (Germany) Dosyası (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GCChildrensDigitalEnvironment/States/Germany.docx> ET: 28.04.2023).

<sup>119</sup> Örneğin Birleşik Krallık, Almanya, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği görüş belgelerinde bu husus açıkça belirtilmektedir. Bkz. (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 28.04.2023).

<sup>120</sup> Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin dijital reklamcılık ve çocuk hakları bakımından düzenlemeleri bir sonraki başlıkta incelenmiştir.

<sup>121</sup> 1 numaralı Avrupa Konseyi (Council of Europe) belgesi (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GCChildrensDigitalEnvironment/RegionalOrganisationsUNAgencies/Council%20of%20Europe.docx>, ET: 28.04.2023).

<sup>122</sup> PULAŞLI, Hasan: “Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2, s. 211.

<sup>123</sup> YÜCEL DERİCİLER, Özge: “Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 11, s. 59-82.

<sup>124</sup> ÖZER, Işık: *Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 11. Kavramın tarihesi ve gelişimi hakkında bkz. ÖZER, s. 11-42.

<sup>125</sup> Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten (<https://www.bmas.de/DE/Service/Gesetze-und-Gesetzesvorhaben/Gesetz-Unternehmerische-Sorgfaltspflichten-Lieferketten/gesetz-unternehmerische-sorgfaltspflichten-lieferketten.html>, ET: 07.06.2023).

<sup>126</sup> ÖZER, s. 127.

samaktadır. Dolayısıyla şirket sorumluluğu yalnızca kendi faaliyet alanıyla değil, tüm tedarik zinciri boyunca geçerli olacaktır<sup>127</sup>. Söz konusu kanunda ayrıca 14 farklı uluslararası insan hakları sözleşmesinin ismi de zikredilmiş ve şirketlerin bu insan hakları sözleşmelerinde yer alan hakları -örneğin çocuk işçiliği, sendikal haklar, ücret hakları gibi- ihlal etmekten kaçınmaları gerektiği belirtilmiştir<sup>128</sup>. Kanun'daki önemli bir düzenleme de şirketlerin insan hakları ihlalleri ve çevresel zararlara ilişkin riskleri belirlemek, engellemek ve en aza indirmek için bir *risk yönetimi sistemi* kurmaları gerekliliğidir (Madde 3)<sup>129</sup>. Öte yandan Kanun'a göre şirketler yasal yükümlülüklerini yerine getirmediği takdirde idari para cezasıyla karşılaşabilir, hatta söz konusu idari para cezası belli bir miktarın üzerinde olduğunda şirketler kamu ihalelerine katılmaktan menedilebilir (m. 22)<sup>130</sup>.

Avrupa Konseyi de ÇHK'ye gönderdiği görüşünde, şirketlerin dijital ortamın çocuk hakları üzerindeki etkilerini belirlemek, önlemek ve azaltmak için gerekli özeni göstermeleri yönünde (*due diligence*) devletlerin yasal olarak talepte bulunmaları gerektiğini belirtmektedir. Bu açıdan şirketler, dijital teknolojiler, ürünler, hizmetler ve politikalarla ilgili olarak düzenli bir şekilde *çocuk hakları risk değerlendirmeleri* yapmalı ve bu riskleri yönetmek için makul ve orantılı önlemler aldıklarını göstermelidir. Yine şirketler, çocuk odaklı sektör politikaları, standartları ve davranış kuralları geliştirmeli, bunları uygulamalı ve düzenli olarak gözden geçirmelidir. AK'ye göre çocukların, yaşlarına uygun olmayan reklam ve pazarlama biçimlerine maruz kalmaları da dâhil olmak üzere, dijital ortamda ticari istismardan korunmaları, ticari işletmelerin çocuklara yönelik adil olmayan ticari uygulamalarda bulunmamalarını ve çocukların kişisel verilerinin ticari amaçlarla işlenmesini sınırlandırmalarını gerektirir. Devletler şirketlerin tüm bu yükümlülüklerini yasal bir çerçeveye oturtarak düzenlemelidir<sup>131</sup>. AK yukarıda örnek olarak verilen Almanya'nın görüşüne oldukça benzer bir biçimde devletlerin, çocuklara hitap eden veya çocuklar tarafından kullanılan ürün ve hizmetler için yol gösterici ilkeler olarak tasarım yoluyla güvenlik, tasarım yoluyla gizlilik ve varsayılan olarak gizlilik ilkelerini uygulamak için ticari işletmeleri teşvik etmeleri gerektiğini belirtmektedir<sup>132</sup>.

Şirketlerin sorumluluklarına ilişkin olarak AB, benzer biçimde, şirketlerin özellikle konusu suç teşkil eden çocuğun cinsel istismarı gibi konularda aktif önlemler almaları gerektiğini belirtmektedir. AB, internet altyapısının büyük ölçüde özel sektörün elinde olduğunu, bu nedenle dijital ortamda faaliyet gösteren işletmelerin, çocukların çevrimiçi cinsel istismarını tespit ederek müdahale etmelerinin diğer taraflara göre daha kolay olduğunu belirtmektedir. Bu bakımdan çocukların çevrimiçi cinsel istismarıyla mücadele etmek için sektörün içerik yönetiminde daha fazla sorumluluk alması gerekmektedir<sup>133</sup>.

<sup>127</sup> ÖZER, s. 127.

<sup>128</sup> ÖZER; s. 127.

<sup>129</sup> ÖZER, s. 128.

<sup>130</sup> ÖZER, s. 128.

<sup>131</sup> 1 numaralı Avrupa Konseyi (Council of Europe) belgesi (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GCChildrensDigitalEnvironment/RegionalOrganisationsUNAgencies/Council%20of%20Europe.docx>, ET: 28.04.2023).

<sup>132</sup> Öte yandan AK'ye göre siber şiddetin önlenmesi bakımından devletler, işletmeleri (ve diğer paydaşları) siber zorbalık, taciz ve nefret ve şiddete teşvik konularını ele alan politikalar geliştirmeye ve uygulamaya da teşvik etmelidir. Bkz. 1 numaralı Avrupa Konseyi (Council of Europe) belgesi (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GCChildrensDigitalEnvironment/RegionalOrganisationsUNAgencies/Council%20of%20Europe.docx>, ET: 28.04.2023). Oldukça uzun ve kapsamlı olan görüşlerin tümüne çalışmanın sınırlı kapsamı nedeniyle yer veremedik. Ancak konumuz bakımından önemli olan dijital reklamcılık ve şirketler ile devletlerin sorumluluğu konuları konumuz bakımından önemli olduğu için onlara ayrıca değinilmiştir.

<sup>133</sup> İşletmelerin kullanıcılarını koruma ve altyapılarının suç işlemek için kullanılmasını önleme sorumluluğu vardır ve bu nedenle şirketler, yasadışı içeriği tespit etmek, bildirmek ve kaldırmak için ellerinden geleni yaparak önleyici tedbirler almalıdır. Çünkü işletmelerin, tesislerinde dolaşan içerik ve kullanıcıların davranışları hakkında bilgi toplamak için, otomatik algılama da dâhil olmak üzere, ayrıntılı teknolojiler geliştirmek için fırsatları bulunmaktadır. Ayrıca işletmeler, sadece çocuk istismarı materyallerini tespit etmek ve bildirmek için değil, aynı zamanda kaldırmak için de teknik araçlara sahiptir. Bir şirketin birden fazla platforma sahip olduğu durumlarda, bir platformda tespit edilen çocuk istismarı materyalinin aynı şirket bünyesindeki bütün platformlardan kaldırılmasını sağlamak bakımından yetkileri vardır. Bkz. 1 numaralı Avrupa Birliği (*European Union*) belgesi (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 28.04.2023).

Çocuk Hakları Komitesi, kavramsal not hakkında gönderilen görüşlerin ardından 2020 yılı Ağustos ayında bir taslak Genel Yorum hazırlamıştır. ÇHK'ye toplam 142 görüş ulaşmış<sup>134</sup> ve Genel Yorum 2021 yılında kabul edilmiştir. Metinde ilk olarak çocuk hakları alanında hâkim olan ve bir önceki paragrafta sunulan dört ilke açıklanmış ve ardından 10 temel başlık ve çeşitli alt başlıklar altında çocuk hakları bakımından dijital alana ilişkin temel yükümlülükler yazılmıştır<sup>135</sup>. Çalışmamız bakımından “I” ve “J” başlıkları önem arz etmektedir<sup>136</sup>. Genel Yorum'da iş sektörü, kâr amacı güden veya gütmeyen ve dijital alanla ilgili hizmet ve ürün sunan (gerçek ve tüzel) kişiler olarak ele alınmakta ve devletlerin, şirketlerin bu alandaki yükümlülüklerini yerine getirmelerinden sorumlu olduğu belirtilmektedir<sup>137</sup>. İşletmelerin de ağlarını ve hizmetlerini, çocuk haklarını korumak ya da korumaya katkıda bulunmak amaçlı kullanma yükümlülüğü bulunmaktadır<sup>138</sup>. İşletmeler, *doğrudan zararlı eylemlerin faili olmasalar dahi*, dijital hizmetlerin tasarımı ve işletilmesi de dâhil olmak üzere, çocukların şiddetten korunma haklarının ihlal edilmesine neden olabilir veya katkıda bulunabilir. Bu bakımdan devletler, dijital ortamda çocukları her türlü şiddet ve hak ihlalinin koruma yükümlülüğü çerçevesinde, dijital ortamda şiddetten korunma hakkı ihlallerini önlemeyi amaçlayan yasa ve yönetmelikler oluşturmalı, dijital ortamla ilgili olarak ortaya çıkan ihlalleri etkin biçimde soruşturmalı ve faileri yargılamalı ve zararı telafi edici önlemler almalıdır<sup>139</sup>.

Genel Yorum'da şirketlerin sorumluluklarına yer verilmekte ve özellikle devletlerin, şirketlerin özen gösterme yükümlülüğüne (*due diligence*) uymaları için tedbirler almaları gerektiği belirtilmektedir<sup>140</sup>. Devletler, şirketlerin *çocuk hakları etki değerlendirmesi yapmalarını* ve bunları kamuoyuyla

<sup>134</sup> Çeşitli devletlerden, bölgesel kuruluşlardan, BM kuruluşlarından, ulusal insan hakları kurumları ve çocuk komiserlerinden, çocuk ve ergen gruplarından, hükümet dışı kuruluşlardan, akademisyenlerden, özel sektörden ve diğer kuruluş ve bireylerden görüş gelmiştir. Türkiye'nin de içinde bulunduğu devletler şunlardır: Avustralya, Kanada, Şili, Hırvatistan, Finlandiya, Almanya, Guatemala, İran, İrlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kazakistan, Malezya, Meksika, Norveç, Paraguay, Filipinler, Polonya, Kore Cumhuriyeti, Romanya, Suudi Arabistan, Singapur, İsviçre, Tunus, Türkiye, Birleşik Arap Emirlikleri, Birleşik Krallık. Bkz. (<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/general-comment-no-25-2021-childrens-rights-relation>, ET: 28.04.2023).

<sup>135</sup> CRC/C/GC/25. Genel Yorum'daki başlıklar şu şekildedir: “V. Taraf Devletler tarafından uygulamaya yönelik genel tedbirler: A. Mevzuat, B. Kapsamlı politika ve strateji, C. Koordinasyon, D. Kaynakların tahsisi, E. Veri toplama ve araştırma, F. Bağımsız izleme, G. Bilginin yaygınlaştırılması, farkındalık yaratma ve eğitim, H. Sivil toplum ile iş birliği, I. Çocuk hakları ve iş sektörü, J. Ticari reklam ve pazarlama, K. Adalete ve hukuk yollarına erişim

VI. Medeni haklar ve özgürlükler: A. Bilgiye erişim, B. İfade özgürlüğü, C. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, D. Örgütlenme ve barışçıl toplanma özgürlüğü, E. Mahremiyet hakkı, F. Doğum kaydı ve kimlik hakkı

VII. Çocuklara yönelik şiddet

VIII. Aile ortamı ve alternatif bakım

IX. Engelli çocuklar

X. Sağlık ve refah

XI. Eğitim, boş zaman ve kültürel faaliyetler: A. Eğitim hakkı, B. Kültür, boş zaman ve oyun hakkı

XII. Özel koruma önlemleri: A. Ekonomik, cinsel ve diğer sömürü biçimlerine karşı koruma, B. Çocuk adaletinin yönetimi, C. Silahlı çatışma halindeki çocukların, göçmen çocukların ve diğer hassas durumdaki çocukların korunması

XIII. Uluslararası ve bölgesel iş birliği

XIV. Yaygınlaştırma”.

<sup>136</sup> Öte yandan dijital reklamlar bakımından şirketlerin ve devletlerin yükümlülükleri, çocukların bilgiye erişim hakkı, ifade hürriyeti, düşünce ve vicdan hürriyeti ve mahremiyet hakkı bakımından da söz konusu olmaktadır. Bunlara yukarıda değinildiği için burada ayrıca yer verilmemiştir.

<sup>137</sup> CRC/C/GC/25, par. 35.

<sup>138</sup> CRC/C/GC/25, par. 36.

<sup>139</sup> CRC/C/GC/25, par. 37.

<sup>140</sup> Şirketlerin özen gösterme yükümlülüğüne hazırlık sürecinde ilişkin ilginç bir tartışma yaşanmıştır. ÇHK'nin taslak metninde -AK'nin önerisine uygun bir biçimde- devletlerin, şirketlerin özen gösterme yükümlülüğüne (*due diligence*) uymaları gerekliliğini sağlamasından söz edilmektedir. Ancak Birleşik Krallık, ÇHK'ye gönderdiği görüşünde, taslak metindeki ifadenin “BM İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler”le uyumlu olmadığını ve bu nedenle “devletler, ticari işletmeleri çocuk hakları etki değerlendirmesi yapmaya ve bunları kamuoyuna açıklamaya teşvik etmelidir...” biçiminde değiştirilmesini önermiştir. ÇHK, Birleşik Krallık görüşünü kısmen dikkate alarak Genel Yorum'da devletlerin, şirketlerin çocuk hakları etki değerlendirmesi yapmalarını ve bunları kamuoyuyla paylaşmalarını sağlayıcı tedbirlerin alınması yükümlülüğüne yer vermiş ancak şirketlerin çocuk hakları bakımından özen gösterme yükümlülüğüne (*due diligence*) ilişkin ifadeyi değiştirmemiştir. Birleşik Krallıkın atf yaptığı belge 2011 tarihli “Guiding Principles on Business and Human Rights” belgesidir. Belgeye erişim için bkz. ([https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/documents/publications/guidingprinciplesbusinessshr_en.pdf), ET: 21.04.2023). Taslak metne doğrudan ulaşılamamaktadır ancak bu kısımdaki bilgiler Birleşik Krallık'ın 2020 yılında taslak metne ilişkin gönderdiği görüşlerinden anlaşılmaktadır. 28 Numaralı Birleşik Krallık (United Kingdom) Dosyası, par. 20 (<https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRC/GCChildrensDigitalEnvironment/2020/states/united-kingdom-2020-11-16.docx>, ET: 28.04.2023).

paylaşmalarını sağlayıcı tedbirler almalı ve şirketleri çocuk hakları ihlallerinden dolayı cezalandırıcı düzenlemeler yapmalıdır<sup>141</sup>. Genel Yorum'da, dijital ortamın, gelir elde etme amacıyla kişisel verileri işleyen işlemlerle dolu olduğu için kasıtlı ya da kasıtsız olarak çocuk haklarına etki edebileceği belirtilmiştir. Burada özellikle birden fazla ticari ortağın olduğu bir *tedarik zinciri içinde* dijital reklamların yeni türlerinin çocuğun kişisel verilerini ve konum bilgisini depolayan biçimlerde ortaya çıktığına dikkat çekilmektedir<sup>142</sup>. Yukarıda verilen Almanya örneği hatırlanacak olursa bir şirketin tedarik zincirini de kapsayacak biçimde özen gösterme yükümlülüğü (*due diligence*) dijital reklamcılık bakımından da gündeme gelebilir. Kanımızca Genel Yorum, şirketlerin kurumsal sosyal sorumluluğuna çocuğun yüksek yararı merkezli bir bakış açısı eklemektedir. Buna göre devletler, çocuklara yönelik ve çocukların erişimine açık reklam ve pazarlama faaliyetlerini mevzuatla düzenlerken çocuğun yüksek yararını öncelikli olarak göz önünde bulundurmalıdır<sup>143</sup>.

Genel Yorum, çalışmamızda yer verdiğimiz standart olmayan ve çocukları manipüle eden yeni dijital reklam türlerine yönelik tedbirlere ayrıca yer vermiş ve devletlerin, çocukların ticari amaçlarla profillerinin çıkartılmasını -örneğin kişiye özgü reklamlar- öngören reklam türlerinin, nöropazarlama, duygusal analitik, sürükleyici reklamcılık ve sanal ve artırılmış gerçeklik ortamlarındaki reklamcılık uygulamalarının doğrudan ya da dolaylı olarak çocuklara erişmesini kanunlarla yasaklaması gerektiğini belirtmektedir<sup>144</sup>. Sponsorluk, ürün yerleştirme ve diğer tüm ticari amaçlı içerik biçimleri, diğer içeriklerden açıkça ayırt edilebilecek nitelikte olmalı ve reklamlarda toplumsal cinsiyet ve ırka dayalı ayrımcılık kalıpları içermemelidir<sup>145</sup>. Genel Yorum'da standart olmayan reklam türlerinden oyun içindeki reklamlar ve oyun biçimindeki reklamların çocukların oyun ve boş zamanlarını değerlendirme haklarını ihlal ettiği belirtilmektedir. Bu türden reklamlar şeffaf olmayan, reklam olduğu anlaşılabilen reklamlardır ve ikna edici özellikleri yüksektir. Devletlerin de bu bakımdan işletmelerin ticari menfaatlerini çocuğun menfaatlerine göre öncelemek üzere tasarlanmış şeffaf olmayan teknikleri kullanarak çocukları hedef almalarının önüne geçilmesine yönelik düzenlemeler yapmaları gerekmektedir<sup>146</sup>.

Genel Yorum çocukların sağlık ve refahıyla ilgili olarak devletlerin, çocukların belirli yiyecek ve içecekler, alkol, uyuşturucu, tütün ve diğer nikotin ürünleri dâhil olmak üzere sağlıksız ürünlerin tanıtımına maruz kalmalarını önlemek için bu türden ürün ve hizmetlerin dijital alandaki reklamlarına yönelik düzenleme yapmalarını vurgulamaktadır<sup>147</sup>. Bu açıdan 2023 yılı şubat ayında Almanya Federal Gıda Bakanı'nın çocuklara yönelik cips, şeker ve çikolata reklamlarının televizyon ve *YouTube* gibi bilgi iletişim araçlarında ve okullara 100 metreden yakın olan reklam panolarında, sabah saat 6 ile akşam saat 11 arasında yayınlanmasını yasaklamaya yönelik yasa hazırlığında olduklarını bildirmesi dikkat çekicidir<sup>148</sup>. Ancak Bakanlığın söz konusu girişimi muhalefet tarafından, devletin çocuklara oldukça paternalistik bir biçimde yaklaşmasıyla sonuçlanacağı yönünde eleştirilmiştir. Öte yandan muhalefete göre çocuk haklarını korumak bakımından zararlı ürünlerin reklamlarının yasaklanması ile çocukların bu ürünlerden tüketmemesi arasındaki bağlantıyı kurmak kolay değildir<sup>149</sup>.

Genel Yorum çocukların dijital ortamdaki hak ihlalleri bakımından çocukların, ebeveynlerin ve eğitimcilerin eğitilmesi ve devletin başvurulacak hukuki mekanizmalar konusunda kamuyu aydınlat-

<sup>141</sup> CRC/C/GC/25, par. 38.

<sup>142</sup> CRC/C/GC/25, par. 40.

<sup>143</sup> CRC/C/GC/25, par. 41.

<sup>144</sup> CRC/C/GC/25, par. 42.

<sup>145</sup> CRC/C/GC/25, par. 41.

<sup>146</sup> CRC/C/GC/25, par. 110.

<sup>147</sup> CRC/C/GC/25, par. 97.

<sup>148</sup> Haber için bkz. "Özdemir will Werbung für Junkfood einschränken", *Tagesschau*, 2023 (<https://www.tagesschau.de/inland/oezdemir-verbot-junkfood-werbung-101.html>, ET: 21.04.2023).

<sup>149</sup> "Özdemir will Werbung für Junkfood einschränken", *Tagesschau*, 2023 (<https://www.tagesschau.de/inland/oezdemir-verbot-junkfood-werbung-101.html>, ET: 21.04.2023).

ması gerektiğini belirtmektedir<sup>150</sup>. Öte yandan dijital alandaki hak ihlallerini gidermek bakımından telafi mekanizmaları çocukların savunmasızlığı göz önünde bulundurularak hızlı olmalıdır<sup>151</sup>. Genel Yorum'a göre dijital teknolojiler, çocuklara karşı işlenen suçlarda ulusal sınırları aşan durumlar ortaya çıkartabilir. Bu bakımdan devletler, uluslararası ortaklarla iş birliği de dâhil olmak üzere mevcut tüm önleyici, uygulayıcı ve düzeltici tedbirleri almalıdır. Kolluk kuvvetleri, savcılar ve hakimler için, uluslararası iş birliği de dâhil olmak üzere, özellikle dijital ortamla ilişkili çocuk hakları ihlalleri konusunda özel eğitim sağlanmalıdır<sup>152</sup>.

Dijital reklamlar bakımından önemli sorunlardan birisi de işletmelerin yabancı ya da çok uluslu şirketler olmasıdır. Devletler, *devlet ile ilgili davranış arasında makul bir bağlantı olması koşuluyla*, işletmelerin ülke dışı faaliyetlerinde de çocuk haklarına saygı gösterilmesi, çocuk haklarının korunması ve gereğinin yerine getirilmesi için tedbirler almalıdır<sup>153</sup>.

ÇHK'nin, dijital reklamcılık ve pazarlama alanında çocuk hakları ve çocuğun yüksek yararının bir ölçüt olması gerektiği yaklaşımı önemlidir. Ancak yine de çocukların manipülatif dijital reklamcılıktan korunması hukuki olarak ciddi sorunlar içermektedir. İnsan hakları alanında *due diligence*, üç tür yükümlülük içermektedir. Bunlar, insan hakları risklerinin belirlenmesi ve değerlendirilmesi, insan hakları üzerindeki olumsuz etkilerin önlenmesi ve hafifletilmesi ve insan hakları etkilerinin nasıl ele alındığı konusunda hesap verilmesi olarak açıklanmaktadır<sup>154</sup>. ÇHK'nin 25 No.lu Genel Yorum'u incelendiğinde dijital alan, şirketler ve çocuk hakları bakımından bu üç yükümlülüğün de yansıtılmaya çalışıldığı görülmektedir. Ancak "*çocukların reklamsız içeriğe erişebilme ve tüketim kültüründen uzak kalabilme haklarının*"<sup>155</sup> dijital alanda da korunması bakımından 25 No.lu Genel Yorum'un açık ve net olmadığı kanaatindeyiz. 25 No.lu Genel Yorum çocukların dijital alandaki haklarını belirtmekte, reklamcılık ve pazarlamaya ilişkin şirket ve devlet sorumluluklarını ortaya koymakta ancak *reklamsız içeriğe erişebilme hakkından ya da çocukların tüketim kültüründen korunmasından* açıkça söz etmemektedir. Öte yandan dijital reklamcılık alanı çoğunlukla uluslararası niteliktedir. Bu açıdan dijital reklamcılık alanında çocuk haklarını korumaya yönelik sıkı yasal tedbirleri olan devlet sayısı arttıkça uluslararası alanda faaliyet gösteren global şirketler, her ülkenin hukukuna uygun olarak farklı işletme modelleri geliştirmek çok maliyetli olacağından, BM tarafından geliştirilen ölçütlere uygun davranmayı daha kârlı bulabilir<sup>156</sup>. Bununla birlikte çocuk hakları bakımından sıkı yasal tedbirleri olan devlet sayısının artması, şirketlerin çocuk haklarına duyarlı bir reklam düzenleme alanı olmayan diğer devletleri örnek göstererek söz konusu sıkı tedbirlerin gereksiz olduğu yönündeki argümanlarını da ortadan kaldıracaktır<sup>157</sup>. Bu nedenle 25 No.lu Genel Yorum'da dijital reklamlara yönelik ayrı bir başlık açılması olumlu bir gelişmedir.

#### IV. AVRUPA BİRLİĞİ VE AVRUPA KONSEYİ: SERBEST TİCARET VE BİR TÜKETİCİ OLARAK ÇOCUK

Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyinin çocukların dijital reklamlar karşısında korunması bakımından değerlendirebileceğimiz çeşitli direktifleri ve ilke kararları bulunmaktadır. Genel olarak Avrupa

<sup>150</sup> CRC/C/GC/25, par. 43, 44, 45.

<sup>151</sup> CRC/C/GC/25, par. 46.

<sup>152</sup> CRC/C/GC/25, par. 47.

<sup>153</sup> CRC/C/GC/25, par. 48.

<sup>154</sup> CIDSE: *Human Rights Due Diligence, Policy Measures for Effective Implementation*, 2013 ([https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/HRDD\\_EN\\_Final.pdf](https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/HRDD_EN_Final.pdf), ET: 28.04.2023).

<sup>155</sup> OKUMUŞ, Mısra İzal: "Dijital Reklamlar ve Çocuk Haklarının Korunması", 2021 (<https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2021/04/19/dijital-reklamlar-ve-cocuk-haklarinin-korunmasi/>, ET: 28.04.2023). Benzer bir görüş için bkz. HATUN, Şükrü: "Tüketim Toplumundan Korunma Bir Çocuk Hakkı Konusu Olabilir Mi?", 2015 (<https://t24.com.tr/yazarlar/sukru-hatun/tuketim-toplumundan-korunma-bir-cocuk-hakki-konusu-olabilir-mi,11568>, ET: 29.04.2023).

<sup>156</sup> CAMPBELL, s. 52.

<sup>157</sup> CAMPBELL, s. 52.



bölgesinde çocukların internet kullanımını sırasında karşılaştıkları ticari risklere ilişkin sınırlı sayı ve kapsamda düzenleme bulunmakla birlikte özellikle kişisel verilerin korunması ve tüketici hukuku kapsamındaki düzenlemeler yol gösterici olmaktadır. Bununla birlikte AB'nin 2024 yılında yürürlüğe girmesi planlanan hâlihazırdaki taslak *Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Sözleşmesi*<sup>158</sup> de konumuz açısından önem arz etmektedir. Avrupa bölgesinde AB ve AK haricinde çeşitli bağımsız kuruluşlar da dijital reklamlar ve çocuk hakları üzerine ilkeler ve davranış kuralları (*code of conduct*) yayımlamaktadır<sup>159</sup>. Genel olarak Avrupa bölgesindeki kurum ve kuruluşların düzenlemeleri oldukça karmaşık ve kimi zaman birbirini tekrar eder niteliktedir.

Her iki uluslararası örgütün de genel yaklaşımı çocuğun tüketici olarak korunması ve çocuk haklarının özellikle medyanın ifade özgürlüğü yönüyle birlikte ele alınmasıdır. AB ve AK hukuku genel olarak çocuğun yüksek yararının ve haklarının korunmasını, *malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımına*<sup>160</sup> sınır getirilmesini haklı kılan bir kamu yararı gerekliliği olarak değerlendirmektedir. Avrupa Birliği bakımından oldukça önemli olan bu dört temel ekonomik özgürlük kimi zaman çocukların korunması bakımından sınırlandırılabilir. Örneğin AB Adalet Divanının *Dynamic Medien* kararında<sup>161</sup>, Almanya'da internet üzerinden satışı yapılan ve Birleşik Krallık'ta 15 yaş üstü çocuklara satışının uygun olduğu belirtilen Japon çizgi filmleri DVD'lerinin, Alman makamları tarafından çocukları korumak için satışının yasaklanması, malların serbest dolaşımı ilkesi bakımından değerlendirilmiştir. AB Adalet Divanı, Almanya'da DVD'lerin satışının yasaklanmasına temel olan yasanın amacının çocukların gelişimine zarar verebilecek bilgilerden korunması olduğunu tespit ederek davada söz konusu olan kuralların, Almanya tarafından izlenen hedefe ulaşmak için -çocukların korunması hedefi- *gerekli olanın ötesine geçmediğini* ve malların dolaşım özgürlüğüne getirilen sınırlamanın *orantısız olmadığına* karar vermiştir<sup>162</sup>. Dolayısıyla Adalet Divanı serbest ticaret ve internetin sınırsızlığı karşısında çocukların korunması ile ticaretin serbestçe devam edebilmesi arasında bir *ölçülülük* ilişkisi kurmaktadır. Bir başka ifadeyle Avrupa bölgesinde çocuk haklarının mutlak üstünlüğü karşısında serbest ticaretin sınırlandırılması bir norm olarak kabul edilmemektedir.

Çocukların korunması bakımından Avrupa hukukunun<sup>163</sup> yaklaşımını ortaya koyan el kitabında<sup>164</sup> çocukların birer tüketici olarak hakları çeşitli açılardan ele alınmıştır. Avrupa'nın genel yaklaşımı, çocukların birer tüketici olarak bilinçli seçimler yapabilmeleri için gerekli bilgilerin onlara sağlanması; adil olmayan, bir başka ifadeyle mesleki özen ilkesine uymayan ve bu şekilde çocuk tüketicilerin kararlarını etkileme potansiyeli olan ticari uygulamaların önüne geçilmesi; çocukların klinik araştırmalarda kullanılmasına ilişkin katı koşulların -özellikle uygulanan tıbbi ürünün çocuklara doğrudan fayda sağlaması söz konusuysa kabul edilebilir olması gibi- öngörülmüş olması; çocukların maruz kalabile-

<sup>158</sup> Regulation (EU) 2022/2065, Digital Services Act (<https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065/oj>, ET: 30.04.2023).

<sup>159</sup> Örneğin FEDMA (*Federation of European Direct Marketing*) gibi reklamcılık sektöründe faaliyet gösteren bağımsız kuruluş da çocuk haklarını içerecek biçimde davranış kuralları yayınlamaktadır. Bkz. "Fedma Code on E-Commerce & Interactive Marketing" (<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/2091875.pdf>, ET: 30.04.2023), s. 11-12.

<sup>160</sup> Bu ölçütler AB'nin kurucu anlaşmalarında yer alan ve AB üye devletleri arasında ticaretin haksız kısıtlamalardan korunmasını ve iç sınırların olmadığı bir alanın oluşturulmasını sağlayan iç pazarın temel sütunlarıdır. Bu dört ilke, AB kurucu anlaşmalarında yer alan dört temel ekonomik özgürlüktür. Bkz. (<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/glossary/free-movement-of-goods.html>, ET: 26.04.2023).

<sup>161</sup> CJEU, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*, T. 14.02.2008, C-244/06 (<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=3C66B7F966E98218604D18AE17405CE4?text=&docid=71569&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=299520>, ET: 26.04.2023).

<sup>162</sup> CJEU, *Dynamic Medien Vertriebs GmbH v Avides Media AG*, T. 14.02.2008, C-244/06, par. 46, 48, 49. Benzer bir dava da *Omega Spielhallen* davasıdır. Bu davada da yine malların serbest dolaşımına getirilen insan onurunun korunması gereğiyle getirilen kısıtlamanın AB hukuku ile uyumlu olduğuna karar verilmiştir. CJEU: *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, T. 14.10.2004, C-36/02 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0036>, ET: 02.05.2023).

<sup>163</sup> Avrupa hukuku kavramı; AB, AK ve Avrupa bölgesindeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi diğer tüm uluslararası örgüt ve mekanizmaları ifade etmek için bir sonraki dipnotta verilen rapor tarafından kullanılmıştır.

<sup>164</sup> Council of Europe: *Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child*, 2022 ([https://www.echr.coe.int/documents/handbook\\_rights\\_child\\_eng.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/handbook_rights_child_eng.pdf), ET: 02.05.2023), s. 3.

ceği pazarlama miktarının *yasaklamaya varmayacak biçimde* sınırlanması; çocukların fiziki ya da ahlaki olarak zarar görebilecekleri her türlü reklam ve tele-alışveriş programlarına karşı özel olarak korunması ve çocuk programlarına ürün reklamlarının yerleştirilmesinin yasaklanması biçiminde özetlenmiştir<sup>165</sup>.

### A. Avrupa Birliği ve Dijital Reklamlar

Avrupa Birliği hukukunda dijital reklamlar ve çocukların korunması, tüketici hukuku ve kişisel verilerin korunması alanlarındaki tüzük (*regulations*), direktif (*directives*), kararlar (*decisions*), tavsiyeler (*recommendations*), görüşler (*opinions*) ve çeşitli raporlarla (*reports*) sağlanmaktadır. Bunlardan tüzükler, üye devletler bakımından bağlayıcıdır. Direktifler ise devletler açısından ulaşılması gereken belirli sonuçları ortaya koymaktadır; dolayısıyla her üye devlet, söz konusu direktifi ulusal yasalara ne yönde aktaracağı bakımından bir karar serbestisine sahiptir. Ancak direktifler de hukuki olarak bağlayıcı metinlerdir. Kararlar yöneldikleri devlet tarafından bağlayıcıdır. Tavsiye ve görüşler ise bağlayıcı değildir<sup>166</sup>.

Avrupa Birliği tarafından 2005 yılında yayınlanan Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi<sup>167</sup>, haksız ticari uygulamalara karşı tüketicileri korumayı amaçlarken özellikle tüketicilerin özgürce karar vermelerini etkileyecek taciz, zorlama, yanıltıcı bilgilerle pazarlama gibi faaliyetleri yasaklamaktadır<sup>168</sup>. Söz konusu Direktif'te çocuklara ilişkin ayrı bir madde olmamakla birlikte 5. maddenin 3. paragrafında “*zihinsel veya fiziksel güçsüzlükleri, yaşları veya saflıkları nedeniyle uygulamaya veya temel ürüne karşı özellikle savunmasız olan ve açıkça tanımlanabilen bir tüketici grubundan*” söz edilmektedir. Bu tüketici grubuna çocuklar da dâhildir<sup>169</sup>. Direktif'in açıklayıcı notlarında yer alan 18 numaralı paragrafta çocuklara yönelik ticari uygulamaların etkisinin, bu grubun ortalama bir üyesinin bakış açısına göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Dolayısıyla çocukların haksız ticari uygulamalardan korunması için çocuklara yönelik reklamlara doğrudan bir yasak getirilmemekte, ölçülülük ilkesi gereği, çocukların *doğrudan satın almaya teşvik eden uygulamalardan korunmasına* atıf yapılmaktadır<sup>170</sup>. Dolayısıyla bu Direktif, çocuklara reklam yapılmasını yasaklamamakta ve serbest ticaret ortamının korunmasını amaçlamaktadır<sup>171</sup>. Söz konusu Direktif, tüketicinin aldatılmadan korunarak özgür iradesiyle bir seçim yapabilmesine olanak tanıyan kurallar içermektedir. Bu açıdan dijital reklamların çocuklar üzerindeki etkileri hatırlanacak olursa Direktif'in genel yaklaşımının dijital reklamlar bakımından da geçerli olacağı düşünülebilir. Ancak Direktif'te tarihi itibarıyla internet ortamındaki ticarete ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

Avrupa Birliği tarafından 2018 yılında gözden geçirilip yenilenen “Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi<sup>172</sup>” (*Audiovisual Media Services Directive-AVMSD*) çocukların maruz kalabileceği pa-

<sup>165</sup> Council of Europe: *Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child*, s. 234.

<sup>166</sup> Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union, madde 228: “*To exercise the Union's competences, the institutions shall adopt regulations, directives, decisions, recommendations and opinions. A regulation shall have general application. It shall be binding in its entirety and directly applicable in all Member States. A directive shall be binding, as to the result to be achieved, upon each Member State to which it is addressed, but shall leave to the national authorities the choice of form and methods. A decision shall be binding in its entirety. A decision which specifies those to whom it is addressed shall be binding only on them. Recommendations and opinions shall have no binding force.*”. Bkz. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12016E288>, ET: 02.05.2023).

<sup>167</sup> Directive 2005/29/EC, Unfair Commercial Practices Directive (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32005L0029>, ET: 02.05.2023).

<sup>168</sup> Özellikle Directive 2005/29/EC, m. 5/3, m. 6, m. 7.

<sup>169</sup> Directive 2005/29/EC, açıklayıcı (18) numaralı paragraf.

<sup>170</sup> Directive 2005/29/EC, açıklayıcı (18) numaralı paragraf.

<sup>171</sup> AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 73, Sayı 1, s. 289-290.

<sup>172</sup> Direktifin ilk hâli ve güncellemeleri için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32010L0013> (ET: 02.05.2023). En güncel hâli için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02010L0013-20181218> (ET: 02.05.2023).

zararlama miktarını, reklam süresini, kalitesini ve içeriğini sınırlandırmaya yönelik çeşitli düzenlemeler içermektedir<sup>173</sup>. Bu Direktif ilk olarak 2007 yılında, 1989 tarihli “Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi”nin (*Television Without Frontiers Directive*) yerine kabul edilmiş ve önce 2010, ardından 2018 yılında önemli değişikliklere uğramıştır. 2010 yılı ile 2018 yılı arasındaki farklardan en önemlisi, çocukların dijital medyada yer alan zararlı pazarlama teknikleri ve reklamlardan korunmasına ilişkindir. 2018 tarihli güncellenmiş Direktif’in AB üyesi devletleri tarafından uygulanabilmesi için iki adet ilke karar da yayımlanmıştır<sup>174</sup>. Bunlardan video paylaşma sitelerine ilişkin ilke kararlar<sup>175</sup> konumuz açısından önemlidir.

Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi’nde yer alan kuralların temel hedefi tüketicileri korumaktır ve çocuklar gibi özel grup tüketicilere yönelik istisnai hükümler içermektedir. 2007 yılındaki Direktif’te reklamlara ilişkin kurallar 1989 tarihli Direktif’e oranla süreler ve miktar bakımından oldukça gevşetilmekle birlikte üye devletler, çocukların korunması amacıyla çocuk programlarında sağlıksız yiyecek ve içeceklerin reklamlarının sınırlandırılmasına yönelik kuralların oluşturulması yönünde teşvik edilmektedir<sup>176</sup>. 2018 yılındaki Direktif’te ise reklamlara ilişkin hükümler daha da gevşetilmiş ancak tamamen kaldırılmamıştır. Örneğin filmler ve çocuk programları sadece otuz dakika sonra kesilebilirken dini programlarda reklama izin verilmemektedir. Reklamlara ilişkin kısıtlamaların tüketicileri aşırı reklama maruz kalmaktan koruduğu, ancak reklama bağlı hizmetler arasındaki rekabete de bir müdahale olduğu yönünde değerlendirmeler bulunmaktadır<sup>177</sup>. Bununla birlikte 2007 tarihli Direktif’te “Televizyon Yayıncılığında Çocukların Korunması” başlıklı 27. madde 2018 tarihli Direktif’te kaldırılmakta ancak 2018 tarihli Direktif çocukların medyada korunması bakımından daha geniş hükümler içermektedir. Örneğin çocukların kişisel verilerinin ticari amaçlar ya da hedefli pazarlama amacıyla kullanılmaması (m. 6a), çocuklara gösterilecek reklamların, çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimlerine zarar vermemesi, deneyimsizliklerini veya saflıklarını istismar ederek bir ürün veya hizmeti satın almaya veya kiralamaya doğrudan teşvik etmemesi, ebeveynlerini veya başkalarını reklamı yapılan mal veya hizmetleri satın almaya ikna etmeye doğrudan teşvik etmemesi, ebeveynlerine, öğretmenlerine veya diğer kişilere duydukları güveni istismar etmemesi ve onları makul olmayan bir şekilde tehlikeli durumlarda göstermemesi (m. 9/1-g) gibi güvenceler eklenmiştir.

Reklamcılık ve pazarlama alanı 2018 yılına gelindiğinde internetin yaygın kullanımıyla birlikte biçim değiştirmiştir. Günümüzde dijital alanda faaliyet gösteren firmalar olan *Google* ve *Facebook*, çevrimiçi reklamcılığın %85’ini ve genel olarak küresel reklamcılığın %20’sini elinde bulundurmaktadır<sup>178</sup>. Bu nedenle 2018 yılındaki Direktif’in temel odak noktası özellikle *YouTube* gibi dijital platformlardaki yayıncılıkla ilgili düzenlemeler getirmek olmuştur. İzleyiciler tarafından dağıtılan ve tüketilen görsel-ışitsel medya içeriğinin büyük bir kısmı Direktif’in 2007 ve 2010 versiyonlarının kapsamı

<sup>173</sup> Bu Direktif, ilk olarak 1989 yılında *Sınır Tanımayan Televizyon Direktifi* olarak kabul edilmiş versiyonuyla televizyon yayıncılığına ilişkin ilkeleri düzenlemekteydi. Ardından 2007 ve 2010 yıllarında esaslı bir değişikliğe uğrayan Direktif, bu yıllarda yalnızca televizyon yayınları değil, teknolojik gelişmeler doğrultusunda *video on demand* olarak adlandırılan ve sonradan internet üzerinden de yayın yapan platformlara da uygulanacak biçimde genişletilmiştir. Her iki versiyonda da temel ilke bir hizmetin düzenlenmiş bir medya faaliyeti olarak sınıflandırılabilmesi için editoryal sorumluluk (yayıncı sorumluluğu) ölçütünü kabul etmiş olmasıydı. BROUGHTON MICOYA, Sally: “The Audiovisual Media Services Directive: Balancing Liberalisation and Protection”, (Ed.) PARCU, Pier Luigi / BROGI, Elda: *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, s. 264.

<sup>174</sup> Bkz. (<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/audiovisual-and-media-services>, ET: 02.05.2023). Bunlardan ilki Avrupa’daki eserlere yönelik yayıncılık kurallarına ilişkin ilkelerdir. Bkz. “Guidelines pursuant to Article 13(7) of the Audiovisual Media Services Directive on the calculation of the share of European works in on-demand catalogues and on the definition of low audience and low turnover”. İkincisi ise video paylaşım platformlarına ilişkin ilkelerdir. Bkz. “Communication from the Commission Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive 2020/C 223/02”.

<sup>175</sup> Bkz. “Communication from the Commission Guidelines on the practical application of the essential functionality criterion of the definition of a ‘video-sharing platform service’ under the Audiovisual Media Services Directive 2020/C 223/02” (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52020XC0707%2802%29>, ET: 02.05.2023).

<sup>176</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 274.

<sup>177</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 274.

<sup>178</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 274. Yazar 2016 verilerini sunmaktadır.

dışında kalmaktaydı. Bu nedenle Direktif'in kullanıcılar tarafından oluşturulan videoları taşıyan hizmetleri de kapsayacak şekilde genişletilmesi için çeşitli taraflardan baskı yapılmaktaydı<sup>179</sup>. Bu husus 2018 tarihli Direktif'te *video paylaşım platformu hizmetleri sunanların sorumluluklarına* yönelik düzenlemelerin yer almasını sağlamıştır.

Kuşkusuz dijital reklamlar bakımından çocukların korunmasındaki tartışmalı hukuki sorunlardan birisi de video paylaşım platformu hizmetleri sunanların hukuka aykırı içerikten doğan sorumluluklarıdır. 2000 tarihli E-Ticaret Direktifi'ne<sup>180</sup> göre "hizmet sağlayıcıları" kategorisinde olan *YouTube* gibi platformlar, *bilgiyi değiştirmedikleri ve gerçek bilgiye sahip olmadıkları* gerekçesiyle ve platformlarında yasadışı bir içerik olduğuna dair bilgi sahibi olduklarında bunu kaldırmak veya devre dışı bırakmak için hızlı bir şekilde tepki verdikleri sürece sorumluluktan muaf tutulmaktadır<sup>181</sup>. Ancak 2007 tarihli Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'ne göre üye devletler, kendi yargı yetkisi alanındaki hizmetlerin, çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine ciddi şekilde zarar verebilecek programlar içermemesini sağlamak bakımından bir sorumluluğa sahiptir (m. 27). İşte 2018 tarihli Direktif ise bu hususu video paylaşım platformu hizmetleri sunanları da kapsayacak biçimde genişletmektedir (m. 28 a ve m. 28 b). 28b/ 1-(a) hükmüne göre üye devletler, kendi yetki alanları<sup>182</sup> dâhilindeki video paylaşım platformu sağlayıcılarının çocukların fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimlerine zarar verebilecek programlarından, kullanıcı tarafından oluşturulan videolardan ve görsel-işitsel ticari iletişimden (reklamlardan) korumak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Dolayısıyla 2018 tarihli Direktif, video platformlarının sorumluluğu bakımından E-Ticaret Direktifi'ne göre üye devletlere daha fazla sorumluluk yüklemektedir.

Direktif'in 28b/2 hükmüne göre üye devletler, kendi yargı yetkileri altındaki video paylaşım platformu sağlayıcılarının, bu video paylaşım platformu sağlayıcıları tarafından pazarlanan, satılan veya düzenlenen reklamlarla ilgili olarak m. 9(1)'de belirtilen gerekliliklere uymalarını sağlamakla da yükümlüdür. Bir başka ifadeyle devletler, *YouTube* gibi platformların çocukları korumak için gerekli standartlara uymalarını sağlamaya yönelik yasal tedbirler almalıdır. Madde 9(1)'de yer alan gereklilikler; reklamların kolayca tanınabilir olması, gizli reklamların yasaklanması, reklamlarda subliminal tekniklerin kullanılmasının yasaklanması, reklamların insan onurunu zedeleyecek biçimde olmaması, herhangi bir temele dayanan ayrımcılık içermemesi, sağlığa ve güvenliğe zarar veren davranışları özendirmemesi, çevrenin korunmasına büyük ölçüde zarar veren davranışlara özendirmemesi, sigara, elektronik sigara ve tütünle ilgili olan reklamların yasaklanması, alkollü içkilerin reklamlarının özellikle çocuklara yönelik olmaması ve aşırı tüketiminin özendirilmemesi, reçeteyele temin edilebilen tıbbi ürün ve tedavilere yönelik reklamların yasaklanması, reklamların çocukların fiziksel, zihinsel ve ahlaki gelişimlerine zarar vermemeleri, çocukların saflıklarından faydalanmaması, çocukların başkalarını reklamdaki ürünü almaları yönünde teşvik edecek nitelikte olmaması gereklilikleridir.

28 b/2 hükmünün ikinci paragrafında devletlerin, çocukları zararlı içeriklerden korumak için video paylaşım platform sağlayıcılarının, kendileri tarafından pazarlanmayan, satılmayan veya düzenlenmeyen reklamlarla ilgili olarak da m. 9(1)'de belirtilen gerekliliklere uymaları için tedbirler almalarını düzenlemektedir. Ancak devletler bu yönde birtakım tedbirler alırken bu platform sağlayıcılarının reklamlar üzerinde sınırlı bir kontrolünün olduğunu dikkate almalıdır. Aynı hükmün üçüncü paragrafına göre devletler, kullanıcılar tarafından oluşturulan videoların reklam içerdiği durumlarda, bu reklamların beyan edilmiş olması veya sağlayıcının bu durumdan haberdar olması koşuluyla, platform sağlayıcılarının kullanıcıları

<sup>179</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 277. 2018 yılındaki Direktif'in odaklandığı bir diğer konu da devletlerdeki bağımsız düzenleyici kuruluşlara ilişkin ayrıntılı standartlar oluşturma çabasıdır. Avrupa Komisyonu 2018 Direktifi'ni hazırlarken ifade özgürlüğü üzerindeki etkilerinden doğrudan bahsetmemiş olsa da düzenleyicilerin bağımsızlığı ile medyanın çoğulculuğunun garanti altına alınmasının doğrudan ilgili olduğunu belirtmiştir. BROUGHTON MICOYA, s. 277.

<sup>180</sup> Directive 2000/31/EC, Directive on Electronic Commerce (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32000L0031>, ET: 03.05.2023).

<sup>181</sup> Directive 2000/31/EC, açıklayıcı par. (46), m. 13, m. 14; BROUGHTON MICOYA, s. 278.

<sup>182</sup> Yetki alanı konusu da 28 a maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre üye devletin ülkesinde kurulan ya da üye devletin ülkesinde kurulmamakla birlikte bağlı şirketlerden birisi üye devletin ülkesinde olan kuruluşlar üye devletin yargı yetkisi dâhilinde olacaktır.

bilgilendirmelerini sağlayacak tedbirler almalıdır. 28 b/2 hükmünün son paragrafında, devletlerin çocukları özellikle trans yağ asitleri, tuz ve şeker gibi genel diyetle aşırı kullanımı tavsiye edilmeyen yiyecek ve içeceklerin reklamlarına maruz kalmalarını etkili biçimde azaltmaları gerektiği belirtilmektedir.

Görsel İşitsel Medya Hizmetleri Direktifi'nin anılan maddeleri, video paylaşım platformu sağlayıcılarının bir yayıncı sorumluluğuna sahip olduğunu açıkça kabul etmemektedir. Ancak yine de bu platformların, içeriği barındırma, etiketleme, görüntüleme ve sıralama şeklindeki içerik düzenlemeleri temelinde sorumluluğu kabul edilmekte ve devletlerin bu yönde düzenlemeler yapması öngörülmektedir<sup>183</sup>. Devletler özellikle çocukları korumak için yaş doğrulama ve ebeveyn kontrollerinin sağlanması gibi önlemleri almalıdır. Özellikle çocuk programlarında reklamlarla ilgili kısıtlamalara uyulmalıdır. *Broughton Micova*'ya göre Direktif'in güncel hâli liberal piyasa yaklaşımından biraz uzaklaşmıştır. Bu uzaklaşma, yüksek hızlı internetin yaygınlaşmasıyla birlikte güçlü küresel hizmet sağlayıcıların etkilerinin giderek artmasına Avrupa'nın verdiği bir tepkidir. Direktif'e özellikle *Amazon, Netflix, iTunes* gibi platformların yükselişine bir tepki olarak Avrupa'nın dijital alandaki kültürel egemenliğini korumak için video paylaşım platformu sağlayıcılarına ilişkin sorumluluk hükümleri de eklenmiştir. Bu hükümler, sınır dışından gelen çevrimiçi hizmetler nedeniyle dijital egemenliklerinin tehlikeye girdiğini düşünen Avrupalı devletlerin taleplerine bir karşılık olmuştur<sup>184</sup>.

Avrupa Birliği hukukunda çocuk hakları ve dijital reklamlarla ilişkilendirilebilecek bir diğer düzenleme 2016 yılında kabul edilen ve veri koruma alanındaki en kapsamlı uluslararası düzenleme olan Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'dür<sup>185</sup> (*General Data Protection Regulation*). Tüzük'te çocukların savunmasız grupta yer aldığı belirtilmektedir<sup>186</sup>. Çocuklar, kişisel verilerinin işlenmesiyle ilgili risklerin ve haklarının daha az farkında olabileceklerinden, kişisel verileriyle ilgili olarak özel bir korumayı hak etmektedir. Bu özel koruma, özellikle çocukların kişisel verilerinin pazarlama veya kullanıcı profilleri oluşturma amacıyla kullanılması ve doğrudan bir çocuğa sunulan hizmetleri kullanırken çocuklarla ilgili kişisel verilerin toplanması için geçerli olmalıdır<sup>187</sup>. Dolayısıyla Tüzük çocukların kişisel verilerini korumayı amaçlarken verilerin reklamcılık faaliyetleri için kullanılması karşısında çocukların özel olarak korunması gerekliliğini kabul etmektedir.

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün çocuklara yönelik dijital reklamlar bakımından getirdiği korumanın kapsamı iki soru ile belirginleşmektedir. Bunlardan ilki, Tüzük'ün çocukların kişisel verilerinin pazarlama amacıyla kullanımına izin verip vermediği; ikincisi, çocukların kişisel verilerinin pazarlama amacıyla kullanılırken dikkat edilmesi gereken birtakım ölçütlerin var olup olmadığıdır. Birinci sorunun yanıtı olumludur. Genel Veri Koruma Tüzüğü çocukların kişisel verilerinin pazarlama ve reklam amacıyla kullanımına izin vermektedir. İkinci sorunun yanıtı da olumludur. Tüzük, çocuklara yönelik pazarlama yapılabilmesini belli koşullarla kabul etmektedir. Tüzük'ün veri koruma etki değerlendirmesini düzenleyen 35. maddesi, veri işlemenin veri sahiplerinin hak ve özgürlükleri açısından yüksek risk teşkil edip etmeyeceğinin değerlendirilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla çocuklara yönelik reklamlar için onların kişisel verileri toplanacak ve işlenecekse bu konuda ilgili kurumun (veri sorumlusu<sup>188</sup>) bir etki değerlendirmesi yapması gerekecektir. Çocuklara gönderilecek reklamlarda genel olarak veri korumanın genel ilkelerine uygun davranmak gerekmektedir. Örneğin verilerin işlenmesi için yasal dayanağın mevcut olması, bireylere kişisel verilerin hangi amaçlar için kullanılacağına açık-

<sup>183</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 280-281.

<sup>184</sup> BROUGHTON MICOYA, s. 280-281.

<sup>185</sup> Regulation (EU) 2016/679. Tüzük ayrıca Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından Türkçeye de çevrilmiştir. (<https://www.kisiselverilerin-korunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>, ET: 02.05.2023).

<sup>186</sup> Tüzük'ün amacını açıklayan 75 numaralı paragrafta çocukların kişisel verilerin korunması bakımından özel olarak ele alınması gereken savunmasız grupta yer aldıkları belirtilmektedir. Tüzükte açıklayıcı notlar "*recital*" olarak adlandırılmaktadır. 75 numaralı açıklayıcı not için bkz. *Recital 75-Risks to the Rights and Freedoms of Natural Persons* (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-75/>, ET: 05.05.2023).

<sup>187</sup> *Recital 38-Special Protection of Children's Personal Data* (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-38/>, ET: 05.05.2023).

<sup>188</sup> Tüzük'te bu kavram "kontrolör" olarak kullanılmaktadır.

lanması, bireyin kişisel verilerin pazarlama amaçlı kullanımına itiraz etmesi hâlinde bu verilerin kullanılmaması/işlenmemesi ya da veri sahibi tarafından yapılan verilerin silinmesi talebinin gecikmeksizin yerine getirilmesi gibi hususlar önemlidir<sup>189</sup>. Çocuklara bir pazarlama mesajını göndermeden önce ya da ilk defa gönderirken, buna itiraz etme hakları hakkında bilgi verilirken onların kolayca anlayabileceği açık ve sade bir dil kullanılması gerekmektedir<sup>190</sup>. Bu husus özellikle şeffaflık ilkesi bakımından önemlidir. 58 No.lu açıklayıcı paragrafta şeffaflık ilkesinin, özellikle veri toplanmasının ve kullanımının karmaşıklaştığı çevrimiçi reklamcılık uygulamalarında önemli olduğu ve çocuklarla yapılacak her türlü ticari iletişimin açık ve anlaşılır bir dille yapılması gerekliliği belirtilmektedir<sup>191</sup>.

Tüzük'ün 8. maddesi çocuğun rızasına ilişkin koşulları düzenlemektedir. Buna göre çocuğun kişisel verilerini işleme yaşı 16'dır. 16 yaşından küçük çocuklar bakımından rıza çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verildiğinde ya da çocuk tarafından verilmiş rıza söz konusuysa velayet hakkı bulunan kişi tarafından onaylandığında hukuka uygun olacaktır. Veri sorumlusunun da mevcut teknolojiyi dikkate alarak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verildiğini veya onaylandığını doğrulamak için makul bir çaba göstermesi gerekmektedir<sup>192</sup>.

Dijital reklamcılık bakımından önemli bir konu da profil oluşturmadır. Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 4. maddesi profil oluşturmayı tanımlamakta, 22. maddesi de düzenlemektedir<sup>193</sup>. Çocuğun kişisel verileri bir pazarlama profili oluşturmak için kullanılabilir. Avrupa Veri Koruma Kurulunun<sup>194</sup> 2020 yılında yayımladığı ve 2021 yılında güncellenen Sosyal Medya Kullanıcılarının Hedeflenmesine Yönelik Kılavuz İlkeler'in<sup>195</sup> 16 numaralı paragrafında savunmasız bireylerden olan çocukların kişisel verilerinin hedefleme için kullanılmasıyla çocukların kişisel tercihlerinin ve ilgi alanlarının şekillendirilebileceği ve hedeflemenin çocukların özerkliklerini ve gelişim haklarını zedeleyeceği belirtilmektedir. Tüzük'ün 71 numaralı açıklayıcı paragrafında bireyin otomatik profil oluşturmaya dayanan bir karara -örneğin profile dayalı işe alınma ya da alınmama gibi- tabi olmama hakkından söz edilmektedir<sup>196</sup>. Dolayısıyla Tüzük'ün, profil oluşturmanın insan hakları üzerindeki etkilerinin farkında olarak bu türden uygulamaların yaygın bir uygulama hâline gelmemesi yönünde bir yaklaşım sergilediği söylenebilir. Ancak Tüzük, çocukların profil oluşturmaya tabi olmasını açıkça yasaklamamaktadır. Avrupa Komisyonunun 2017 yılında kabul edilen ve 2018 yılında güncellenen otomatik bireysel karar alma ve profil oluşturmaya ilişkin yayımladığı kılavuz ilkelerde çocuklara ayrı bir başlık ayrılmıştır<sup>197</sup>. Burada da benzer hususlar tekrarlanmakta ve çocukların davranışsal reklamlardan kolaylıkla etkilenebildikleri için pazarlama amacıyla profillerinin oluşturulmasından kaçınılması gerektiği belirtilmektedir. Özellikle çevrimiçi oyunlarda algoritmanın oyunda para harcama olasılığının yüksek olduğuna karar verdiği oyuncuları hedefleyerek kişisel reklamlar sunması gibi uygulamalar çocukların saflıklarından faydalanmaktadır<sup>198</sup>. Bu doğrultuda Tüzük'ün 40/2-g maddesinde çocukların korunmasına ilişkin davranış kurallarının hazırlanması gerektiği düzenlenmektedir<sup>199</sup>.

<sup>189</sup> Tüzük m. 6, m. 7, m. 8, m. 17 / 1 (f).

<sup>190</sup> Recital 58-The Principle of Transparency (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-58/>, ET: 05.05.2023).

<sup>191</sup> Recital 58-The Principle of Transparency (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-58/>, ET: 05.05.2023).

<sup>192</sup> Tüzük m. 8.

<sup>193</sup> Tüzük m. 4 (4): “*‘profil çıkarma’ bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını ihtiva eden her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimidir.*”.

<sup>194</sup> Bu Kurul Tüzük'ün 68. maddesi uyarınca oluşturulmuş, tüzel kişiliğe sahip bir Avrupa Birliği organıdır.

<sup>195</sup> Guidelines 8/2020 on the targeting of social media users, Version 2.0, Adopted on 13 April 2021 ([https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb\\_guidelines\\_082020\\_on\\_the\\_targeting\\_of\\_social\\_media\\_users\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/system/files/2021-04/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_en.pdf), ET: 05.05.2023).

<sup>196</sup> Recital 71-Profiling (<https://gdpr-info.eu/recitals/no-71/>, ET: 05.05.2023).

<sup>197</sup> Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679 (wp251rev.01), Article 29 Data Protection Working Party (<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053>, E.T.: 05.05.2023), s. 28-29.

<sup>198</sup> Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, s. 29.

<sup>199</sup> Örneğin FEDMA'nın 6.2. numaralı davranış kuralı: “*Çocukları hedefleyen veya hedef kitlelerinin bir bölümünü çocukların oluşturması muhtemel olan pazarlamacılar, çocukların saflığını, sadakatini, savunmasızlığını veya deneyim eksikliğini istismar etmemelidir.*”.

Avrupa Birliği düzenlemelerinden en güncel olanları 2020 yılında hazırlanan ve 19 Ekim 2022 tarihinde AB Resmî Gazetesi'nde yayınlanarak “*çevrimdışı alanda yasa dışı olan çevrimiçi alanda da yasa dışı olmalıdır*”<sup>200</sup> temel yaklaşımıyla yürürlüğe giren Avrupa Birliği Dijital Hizmetler Yasası<sup>201</sup> (*Digital Services Act*) ve Dijital Piyasalar Yasası'dır<sup>202</sup> (*Digital Markets Act*)<sup>203</sup>. Söz konusu düzenlemelerden özellikle Dijital Hizmetler Yasası çocukları dijital reklamların zararlarından korumaya yönelik hükümler içermektedir<sup>204</sup>.

Dijital Hizmetler Yasası, güvenli bir çevrimiçi ortam oluşturma amacıyla hazırlanmıştır ancak bu kapsamda büyük platformları da -örneğin *Amazon, Apple, Google, YouTube, Meta* vb.- önemli yükümlülüklerle tabi kılmıştır. Bu nedenle söz konusu Yasa, ABD basınında ve hükümetin çeşitli kademelelerinde ayrımcılığa dayalı -ABD şirketleri ile Avrupa, Çin, Rusya arasında- bir uygulama ortaya çıkartacağı yönünde yoğun eleştirilerle karşılaşmıştır. Örneğin, ABD Senatosu Finans Komitesinden iki politikacı, söz konusu yasanın internet ekonomisinde ABD'li şirketler aleyhine haksız rekabete sebep olacağından endişe duyduklarını belirterek ABD Başkanı Biden'a AB temsilcileriyle iletişime geçmesi yönünde çağrı yapmıştır<sup>205</sup>. Söz konusu düzenlemenin arka planında, elbette, dijital egemenlik rekabetiyle yeni internet ekonomisine yönelik güç çatışmasının yer aldığı kuşkusuzdur. Konunun dijital egemenlikle ilgili yönü ilerleyen yıllarda şekillenecektir. Ancak Yasa'nın açıklayıcı notlarında çok büyük platformların toplumun geneli bakımından oluşturduğu risklerden açıkça söz edilmekte ve bu türden platformları kontrol altına alma gayesi dikkati çekmektedir<sup>206</sup>.

Dijital egemenlik ve ekonomik alandaki çatışma iddialarının temeli Yasa'nın özellikle büyük çevrimiçi platformlar için öngördüğü çeşitli yükümlülüklerle dayanmaktadır. Bunlar arasında çevrimiçi platformlar için çeşitli şeffaflık önlemleri, çevrimiçi alanın karmaşıklığını ele almaya yönelik bir denetim yapısı, çevrimiçi yasadışı mal, hizmet veya içeriğe karşı çeşitli önlemler ve araştırmacılar için temel verilere erişim konuları bulunmaktadır. Örneğin çevrimiçi platformların uyması gereken şeffaflık yükümlülükleri arasında, raporlama faaliyetleri, temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması için hizmet şartlarına ilişkin çeşitli gereklilikler, kullanıcılara bilgi sağlama yükümlülüğü, çevrimiçi rek-

<sup>200</sup> “What is illegal offline, should be illegal online”.

<sup>201</sup> Regulation (EU) 2022/2065.

<sup>202</sup> Regulation (EU) 2022/1925, Digital Markets Act (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32022R1925>, ET: 05.05.2023).

<sup>203</sup> “Digital Services: landmark rules adopted for a safer, open online environment”, *News EU Parliament*, 2022 (<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220701IPR34364/digital-services-landmark-rules-adopted-for-a-safer-open-online-environment>, ET: 05.05.2023).

<sup>204</sup> Dijital Hizmet Yasası, başlı başına ayrı bir çalışmanın konusu olacak kadar kapsamlı olduğu için burada yalnızca çocuk hakları bakımından dijital reklamlarla ilgili kısımlara yer verilmiştir.

<sup>205</sup> “Lawmakers Argue Pending European Tech Laws Disadvantage American Firms”, *NextGov*, 2022 (<https://www.nextgov.com/policy/2022/02/lawmakers-argue-pending-european-tech-laws-disadvantage-american-firms/361480/>, ET: 29.04.2023). Finans Komitesi üyelerinin mektubu için bkz. United States Senate Committee on Finance (<https://www.finance.senate.gov/chairmans-news/finance-committee-leaders-wyden-and-crapo-biden-administration-must-fight-back-against-discriminatory-digital-trade-policies>, ET: 29.04.2023). SATARIOANO, Adam: “E.U. Takes Aim at Big Tech's Power With Landmark Digital Act”, 2022 (<https://www.nytimes.com/2022/03/24/technology/eu-regulation-apple-meta-google.html>, ET: 29.04.2023).

<sup>206</sup> Bu husus Yasa'nın 79 numaralı açıklayıcı paragrafında belirtilen risklerden anlaşılabilir: “Çok büyük çevrimiçi platformlar ve çok büyük çevrimiçi arama motorları, çevrimiçi güvenliği, kamuoyunun ve söylemin şekillenmesini ve çevrimiçi ticareti güçlü bir şekilde etkileyecek şekilde kullanılabilir. Hizmetlerini tasarlama biçimleri genellikle reklam odaklı iş modellerine fayda sağlayacak şekilde optimize edilmiştir ve bu da toplumsal birtakım kaygılar ortaya çıkartabilir. Risklerin ve ortaya çıkabilecek toplumsal ve ekonomik zararın etkin bir şekilde tespit edilip azaltılması için etkin düzenleme ve yaptırım gereklidir. Bu Tüzük kapsamında, çok büyük çevrimiçi platformların ve çok büyük çevrimiçi arama motorlarının sağlayıcıları, hizmetlerinin tasarrumundan, işleyişinden ve kullanımından kaynaklanan sistemik risklerin yanı sıra hizmetin alıcıları tarafından olası kötüye kullanılmaları da değerlendirmeli ve temel hakları gözeterek uygun hafifletici tedbirleri almalıdır. Olası olumsuz etki ve sonuçların önemini belirlerken, sağlayıcılar olası etkinin ciddiyetini ve tüm bu sistemik risklerin olasılığını göz önünde bulundurmalıdır. Örneğin, potansiyel olumsuz etkinin çok sayıda kişiyi etkileyip etkilemeyeceğini, potansiyel geri döndürülemezliğini veya potansiyel etkiden önceki durumu düzeltmenin ve eski haline getirmenin ne kadar zor olduğunu değerlendirebilirler.” 95 numaralı açıklayıcı nota da büyük platformlarda reklam sunulmasıyla ilgili risklerden söz edilmektedir. “Çok büyük çevrimiçi platformlar veya çok büyük çevrimiçi arama motorları, örneğin yasadışı reklamlar veya manipülatif teknikler ve halk sağlığı, kamu güvenliği, sivil söylem, siyasi katılım ve eşitlik üzerinde gerçek ve öngörülebilir bir olumsuz etkisi olan dezenformasyonla ilgili olarak, çevrimiçi reklam dağıtımından kaynaklanan yeni risklerin denetlenmesini ve araştırılmasını kolaylaştırmak için çevrimiçi arayüzlerinde sunulan reklam havuzlarına kamunun erişimini sağlamalıdır.” Bkz. (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>, ET: 29.04.2023).

lamcılıkta kullanıcıya yönelik şeffaflık sağlama, bilgiye erişim için kullanıcı tercihlerinin ön planda olması gibi yükümlülükler bulunmaktadır<sup>207</sup>. Yasa’da, çevrimiçi platformların gerekli özeni gösterme sorumluluğu da (*due diligence*) düzenlenmektedir. Özellikle AB yetkilileriyle iletişim için bir irtibat noktası bulundurmak, yasal temsilci bulundurmak, platformların daha sorumlu ve özenli davranması için düşünülmüş önlemlerdir. Çok büyük platformların geniş çaplı risk değerlendirmesi yapmayı içeren sistemik riskleri yönetme yükümlülükleri bulunmaktadır (m. 33, 34, 35, 36). Risk değerlendirmelerinde küçüklerin korunmasına yönelik ciddi olumsuz sonuçlara ilişkin her türlü mevcut veya öngörülebilir olumsuz etkiler de göz önünde bulundurulmalıdır (m. 34/ 1-d).

Örneğin bir çocuk kullandığı bir internet sitesinde belli bir içeriğe erişmek için kolaylıkla kişisel bilgilerini verebilir ya da kendisine yöneltilen kişisel soruları -”Neleri yapmaktan hoşlanırsınız?”, “Hangi yemekleri yersiniz?”, “Nereleri gezersiniz?” gibi- hiçbir sorgulama yapmaksızın cevaplayabilir. Çocuklar sağlıksız ürünleri tercih etmek ya da farkında olmadan internette para harcamak bakımından da hassas bir gruptur. Dijital reklamlar çocukları doğrudan hedef alarak onların zihinsel, fiziksel ve ahlaki gelişimlerini olumsuz etkileyebilir. Çocuklar dijital ortamda çoğu zaman kendilerine bir pazarlama yapıldığını anlamaz ve böylelikle pazarlamanın içeriğini eleştirel bir biçimde değerlendiremez. İşte Dijital Hizmetler Yasası, özünde, bu türden olayları bir risk kategorisi olarak görerek platform sağlayıcılarından söz konusu risklerin değerlendirmesinin yapılmasını ve riskleri azaltma yollarının ortaya konmasını istemektedir. Kısaca Dijital Hizmetler Yasası, kullanıcıların temel haklarının korunması, çevrimiçi platformların denetlenmesi, yasadışı içeriğin çevrimiçi yayılmasının önlenmesi, çevrimiçi platformların kötü niyetli aktörler tarafından dezenformasyon yaymak için kötüye kullanılmasının önlenmesi, haksız tüketici uygulamalarının ve ticari uygulamaların önlenmesi, büyük çevrimiçi platformların pazar gücünü kötüye kullanmasının önlenmesi, küçük şirketlerin ölçek büyütmesine imkân tanınması, algoritmaların şeffaf olmasının sağlanması, dijital hizmetlere yönelik ortak ve net tanımlar sunulması ve vergiden kaçınmanın önlenmesi sorunlarına çözüm üretmeyi hedeflemektedir<sup>208</sup>.

Dijital Hizmetler Yasası’nın 28. maddesi çocukların çevrimiçi korunmasına ilişkindir. Buna göre çocukların erişebildiği çevrimiçi platformların sağlayıcıları, çocukların güvenliğini ve gizliliğini en yüksek düzeyde sağlamakla yükümlüdür. Öte yandan platform sağlayıcıları, hizmet alıcısının reşit olmadığını *makul bir kesinlikle bildikleri durumlarda*, hizmet alıcısının kişisel verilerini kullanarak profil oluşturmaya dayalı reklamları arayüzlerinde sunmazlar (m. 28/2). Bununla birlikte 28. madde, platform sağlayıcılarının hizmet alıcısının reşit olup olmadığını değerlendirmek için kişisel verilerin fazladan işlenmesine izin vermemektedir. Dijital Hizmetler Yasası’nın, Genel Veri Koruma Tüzüğü’ne oranla çocukların profil oluşturmaya dayalı reklamlardan korunması bakımından daha etkin bir koruma sağladığı ve çocuklara reklam sunmak için kişisel verilere dayalı profil oluşturulmasını açıkça yasakladığı görülmektedir<sup>209</sup>. Platformlar risklerin azaltılması için çocuk haklarını korumaya yönelik sorun odaklı tedbirler almakla yükümlüdür. Örneğin platformların, yaş doğrulama ve ebeveyn kontrolünün sağlanmasına yönelik araçlar ve reşit olmayanların internette uğradıkları istismarı bildirmelerine veya destek almalarına yardımcı olan araçlar oluşturma sorumlulukları bulunmaktadır (m. 34 /1-j, m. 44/1-j). Çocuklara yönelik her türlü bilgilendirmenin onların anlayacağı bir biçimde yapılması gerekmektedir (m. 14/ 3).

Dijital Hizmetler Yasası’nda dijital reklamcılığın standartlarına ilişkin ayrıca düzenlemeler bulunmaktadır. Yasanın açıklayıcı paragraflarında reklamcılığın, platformlar bakımından önemli bir gelir kaynağı olduğu kabul edilmekle birlikte, zararlı içeriklerle yasadışı ürün ve hizmetlerin teşvik edilmesi

<sup>207</sup> TURILLAZZIA, Aina / TASSWOA, Mariarosaria / FLORIDIA, Luciano / CASOLARI, Federico: “The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications”, *Law, Innovation and Technology*, 2023, Cilt 15, Sayı 1, s. 87. Bu yenilikler Yasa’nın III. ve IV. bölümlerinde yer almaktadır. III. bölümün 3. ve 4. başlıkları özellikle çevrimiçi platformlar ve büyük çevrimiçi platformların sorumluluklarına ayrılmıştır.

<sup>208</sup> TURILLAZZIA / TASSWOA / FLORIDIA / CASOLARI, s. 89.

<sup>209</sup> Yukarıda değinildiği gibi Genel Veri Koruma Tüzüğü, çocukların profiline oluşturulmasını açıkça yasaklamamakta, belli şartlara uyulması hâlinde kabul etmektedir. Dijital Hizmetler Yasası’nın 71 numaralı açıklayıcı notunda bu husus dile getirilmektedir.



için de kullanılabilmesi belirtilmiştir. Bu nedenle çevrimiçi platform sağlayıcılarının, kullanıcılar tarafından reklamın ne zaman ve kimin adına sunulduğunu anlamaları için gerekli olan bilgilere sahip olmalarını sağlamaları gerekmektedir (m. 26, m. 39). Avrupa Komisyonunun, bilgilendirme ve şeffaflık koşullarının yerine getirilmesi için 18 Şubat 2025 tarihine kadar davranış kurallarının geliştirilmesini ve 18 Ağustos 2025 tarihine kadar bu kuralların uygulanmasını teşvik edeceği belirtilmektedir (m. 46). Bununla birlikte kullanıcıların reklamın kendilerine sunulma nedenini anlamalarına imkân veren bilgilerin de -örneğin profil oluşturmanın amacı ve metodu gibi- onlara sağlanması gerekmektedir. Çocuklar bakımından mutlaka onların anlayacağı bir dil kullanılmalıdır. Reklam iletmek amacıyla kişisel verilerin toplanmasına ilişkin Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde yer alan kurallara uyulması gerekmektedir<sup>210</sup>. Bunun nedeni teknolojik gelişmelerle birlikte verilerin birden çok defa ve birden çok tarafça kullanılıp istismar edilebilmesidir. Örneğin bir internet sitesi, bir çocuğun davranışsal verilerini gerçek zamanlı bir teklif verme sırasında en yüksek teklifi verene satabilir (istismar anı 1); aynı internet sitesi söz konusu bilgiyi belirli bir ürünü satın alması umuduyla bu çocuğa reklam göndermek için kullanılabilir (istismar anı 2); çocuğun verilerini satın alan internet sitesi de aynı şekilde davranabilir<sup>211</sup>. Bu hususlarda çoğu zaman çocukların anlayabileceği dilden bilgilendirmeler yapılmamaktadır.

Avrupa Birliği'nin güncel düzenlemesi dikkate alındığında dijital reklamlar karşısında çocuk haklarının korunmasına, kişisel verileri koruma hukukunun yaklaşımından daha fazla ağırlık verildiği söylenebilir. Ancak, kanımızca, Dijital Hizmetler Yasası'nda kullanılan "çok büyük platform" olgusu gelecek aylarda ekonomik özgürlükler ve ifade özgürlüğü gibi konularda üzerinde hukuki çekişmelerin yaşanacağı bir olgu olacaktır. AB, 17 Şubat 2023 tarihli kullanıcı verilerini dikkate alarak bir çok büyük platformlar listesi oluşturmuş ve bu listede yer alan platformların 25 Ağustos 2023 tarihine kadar Dijital Hizmet Yasası'nda öngörülen kurallara uymalarını, aksi hâlde yıllık cirolarının %6'sına varan oranlarda para cezası uygulanacağını belirtmiştir<sup>212</sup>. AB tarafından hazırlanan liste aşağıdaki gibidir:

*Çok büyük çevrimiçi platformlar: Alibaba AliExpress, Amazon Store, Apple AppStore, Booking.com, Facebook, Google Play, Google Maps, Google Shopping, Instagram, LinkedIn, Pinterest, Snapchat, TikTok, Twitter, Wikipedia, YouTube, Zalando.*

*Çok büyük arama motorları: Bing, Google Search*<sup>213</sup>.

Sonuç olarak AB'nin dijital platformları düzenlemeye yönelik çabası, bu platformların kullanıcıları tahakküm altına almamalarını, süreçlerinde şeffaf olmalarını ve hesap vermelerini sağlayan, dezenformasyonu azaltmayı amaçlayan ve çocuk haklarının korunmasını güvence altına almaya çalışan bir yaklaşıma sahiptir. Ancak, kanımızca, Yasa'da çocuk hakları kavramı oldukça muğlaktır ve Yasa daha çok çocukların reklamlarla aldatılmalarını ve onların kişisel verilerinin profil oluşturma amacıyla kullanılmasını engellemeye yönelik düzenlemeler içermektedir. Çocukların reklamsız içeriğe erişim hakkından ya da bir bütün olarak tüketimden korunma hakkından söz edilmemektedir. Öte yandan Yasa'nın açıklayıcı notlarında çocukların korunmasına yapılan vurgu daha çok onların kişisel verilerinin toplanma ve kullanım biçimleri ile zararlı içeriklerdeki reklamlara maruz kalmamalarına yöneliktir. Bununla birlikte Yasa bir bütün olarak okunduğunda, gerçekten de, küresel çapta hizmet veren büyük internet hizmeti şirketlerinin egemenliğini kısıtlama çabası göze çarpmaktadır. Kanımızca yine de Dijital Hizmetler Yasası'nın çocukları dijital reklamlardan korumaya yönelik düzenlemeleri, konuya uluslararası alanda önemli bir somutluk kazandırdığı için önemlidir.

<sup>210</sup> Regulation (EU) 2022/2065, 68 numaralı ve 69 numaralı açıklayıcı paragraflar (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>, ET: 29.04.2023).

<sup>211</sup> VAN DER HOF / LIEVENS / MILKAITE / VERDOODT / HANNEMA / LIEFAARD, s. 840.

<sup>212</sup> "Digital Services Act: Commission Designates First Set of Very Large Online Platforms and Search Engines", 2023 ([https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_23\\_2413](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2413), ET: 01.05.2023).

<sup>213</sup> "Digital Services Act: Commission Designates First Set of Very Large Online Platforms and Search Engines".

Avrupa Komisyonunun 2012 yılında başlayıp 2023 yılı Mayıs ayında dördüncüsünü yayımlayacağı “Çocuklar İçin Daha İyi İnternet Haritası” başlıklı bir araştırma raporu serisi bulunmaktadır<sup>214</sup>. Bu rapor serisinde dijital reklamcılık ve aşırı harcama çocuklar bakımından bir risk olarak tanımlanmış ve 27 AB üye ülkesindeki mevzuat karşılaştırılmıştır<sup>215</sup>. 2020 yılında yayımlanan mevcut üçüncü rapora göre 27 üye devletin 21’i çevrimiçi profillemeye ve davranışsal reklamcılıkla ilgili mevzuata uyulmasını sağlamak için ulusal düzeyde faaliyetler bulunduğunu; 19 devlet, uygunsuz reklamlara ilişkin sektörün davranış kuralları (*code of conduct*) oluşturmasını desteklediklerini; 18 devlet, davranış kurallarının uygulanmasını denetlediğini belirtmiştir<sup>216</sup>. Bu oranlar 2018 yılındaki oranlara göre daha fazla<sup>217</sup> olduğundan dijital reklamlar karşısında çocukların korunması konusunun AB ülkelerinde belli açılardan giderek yaygınlaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

## B. Avrupa Konseyi ve Dijital Reklamlar

Avrupa Konseyinin dijital reklamlar ve çocuk haklarının korunması bakımından çeşitli çabaları bulunmaktadır. Bunlardan ilki doğrudan dijital reklamlarla ilgili olmamakla birlikte televizyon reklamlarına yönelik çeşitli düzenlemeler içeren görece eski tarihli<sup>218</sup> Avrupa Sınır Ötesi Televizyon Sözleşmesi’dir<sup>219</sup> (*European Convention on Transfrontier Television*). Sözleşme’de yayıncının; çocukların ve gençlerin fiziksel, zihinsel veya ahlaki gelişimine zarar verme ihtimali olan programları yapmaması yönünde bir sorumluluğunun olduğu belirtilmiş, pornografik yayımlarla ırkçı nefreti içeren yayımlar açıkça yasaklanmıştır (m. 7/1 ve m. 7/2). Reklamcılık ve tele-alışverişin çocukları satın almaya teşvik etmemesi ve çocuklara yönelik reklamların da onların çıkarlarına zarar vermeyecek biçimde yapılması gerekmektedir (m. 11/3 ve m. 11/4). Sözleşme’de çocuk programlarının planlanan sürelerinin otuz dakikadan az olduğu durumlarda reklam ya da tele-alışveriş ile kesilemeyeceği düzenlenmektedir (m. 14/5).

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili AK düzenlemesinde de çocuklarla ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunlardan ilki 1981 yılında imzaya açılan 1985 yılında yürürlüğe giren 108 No.lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’dir<sup>220</sup>. Bu Sözleşme, 2018 tarihinde gözden geçirilmiş ve değiştirilmiştir. Yeni gözden geçirilmiş Sözleşme ise en geç 11 Ekim 2023 tarihinde yürürlüğe girecektir<sup>221</sup>. Gözden geçirilmiş 108 No.lu Sözleşme’de yeni teknolojilerle birlikte giderek zorlaşan çevrimiçi mahremiyet, hassas veri türünün genişletilmesi (genetik ve biyometrik verinin yanına sendika üyeliği, etnik köken gibi verilerin de dâhil edilmesi), veri işlemede şeffaflık, yapay zeka ve algoritmalar karşısında daha fazla hak ve güvenceler, veri sorumlusunun sorumluluğunun kapsamının genişletilmesi, tasarım yoluyla gizlilik ilkesinin uygulanması gerekliliği, sınır ötesi veri akışına ilişkin açık bir rejim, veri koruma makamlarının yetkilerinin ve bağımsızlıklarının güçlendirilmesi ve uluslararası işbirliği için yasal dayanağın artırılması alanlarında düzenlemeler yapılmıştır<sup>222</sup>. Gözden geçirilmiş Sözleşme’de, önceki metinde yer almayan kişisel verilerin korunması bakımından çocukları

<sup>214</sup> Better Internet for Kids: *Policy Map* (<https://www.betterinternetforkids.eu/policy/bikmap>, ET: 01.02.2023).

<sup>215</sup> Better Internet for Kids: *The Third Better Internet for Kids Policy Map Implementing the European Strategy for a Better Internet for Children in European Member States*, 2020 (<https://www.betterinternetforkids.eu/documents/167024/2637346/BIK+Policy+Map+2020+-+FINAL+for+publication+-+November+2020.pdf/2eb2c71f-c6b7-8e16-cbf8-224e52f9008a?t=1606326324655>, ET: 01.02.2023), s. 69-71.

<sup>216</sup> Better Internet for Kids: *The Third Better Internet for Kids Policy Map Implementing the European Strategy for a Better Internet for Children in European Member States*, 2020, s. 70.

<sup>217</sup> Better Internet for Kids: *The Third Better Internet for Kids Policy Map Implementing the European Strategy for a Better Internet for Children in European Member States*, 2020, s. 70.

<sup>218</sup> Sözleşme 5 Mayıs 1989 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Mayıs 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>219</sup> ETS No. 132, European Convention on Transfrontier Television (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=132>, ET: 02.05.2023).

<sup>220</sup> ETS No. 108, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=108>, ET: 02.05.2023).

<sup>221</sup> CETS No. 223, Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=223>, ET: 02.05.2023).

<sup>222</sup> CETS No. 223 (108 No.lu Sözleşme’yi değiştiren Protokol) (<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treaty-num=223>, ET: 02.05.2023).

da içeren hassas gruplara yönelik tedbirler alınması gerekliliği ve Sözleşme'ye uygunluğu denetleyecek ulusal otoritelerin bu konuyu göz önünde bulundurmaları gerektiği belirtilmektedir<sup>223</sup>. Söz konusu sözleşmede veri koruma ile ilgili öngörülen güvenceler genel güvencelerdir. Dolayısıyla bu güvencelere çocuklara yönelik dijital reklamların hazırlanması ve sunulması sürecinde de uyulması gerekmektedir.

Avrupa Konseyinin 108 No.lu Sözleşmesi'nin Danışma Komitesi 2020 yılında, veri koruma alanında temel ilkeleri ortaya koyan ve yasa koyuculara, politika yapıcılara, veri sorumlularına ve internet endüstrisinin geneline yönelik kişisel veriler alanındaki hakların nasıl korunacağına yönelik kılavuz ilkeler hazırlamıştır<sup>224</sup>. Bu ilkelerden veri sorumlularına öneriler sunulan başlıkta, çocukların kişisel verilerinin rızayla ilgili koşullara uyularak yasayla belirlenen meşru bir amaç doğrultusunda toplanıp işlenebileceği, ancak reklamların söz konusu meşru gerekçelerden olmadığı belirtilmektedir<sup>225</sup>. Aynı belgenin endüstri için öneriler kısmında ise çocukların eğitim yazılımları aracılığıyla toplanan kişisel verilerinin davranışsal/hedefleyici reklamlar sunmak, gerçek zamanlı açık artırma reklam teknolojisinde kullanmak, uygulama içi reklamlar sunmak, çocuklara veya ailelere pazarlama hizmeti sunmak gibi çeşitli pazarlama teknikleri amacıyla kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir<sup>226</sup>.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 2018 yılında, "Dijital Ortamda Çocuk Haklarına Saygı Gösterilmesi, Korunması ve Yerine Getirilmesi İçin Kılavuz İlkeler"<sup>227</sup> yayımlanmıştır. Söz konusu kılavuz ilkeler çocuğun yüksek yararına atıf yaparak dijital ortamın çocukların yaş ve gelişimlerine uygun farklı ihtiyaçlarına cevap verecek nitelikte olması gerektiğini ifade etmektedir<sup>228</sup>. Kılavuz ilkelere göre aynı zamanda BM ÇHS'de de temel ilkeler olan ayrımcılık yasağı ile çocuğun dinlenilmesi ilkeleri, dijital ortamdaki güvenceler bakımından esas alınmalıdır<sup>229</sup>. Zaten kılavuz ilkelerin başlığında yer alan "saygı gösterme, koruma ve gereğini yerine getirme sorumluluğu", BM'nin öngördüğü insan hakları sorumluluğudur. Kılavuz ilkelere reklam, çocuğa zarar verme potansiyeli olan unsurlar arasında sayılmıştır (par. 52). Bu açıdan devletler çocukların dijital ortamda ticari istismardan korunmaları bakımından gerekli her türlü tedbiri almalıdır (par. 57). Bunlar diğer uluslararası ilkelere uyumlu biçimde çocuğun reklamı ayırt etmesinin sağlanmasına yönelik tedbirler, haksız ticari uygulamalara maruz kalmamalarına ilişkin tedbirler, kişisel verilerinin ticari amaçlar için kullanılmasını sınırlandırmaya yönelik tedbirler olabilir; veri sorumlularından çocuğun korunması amacıyla önlem almaları talep edilebilir (par. 57, par. 64). Çocukların kişisel tercihlerini, tutum ve davranışlarını analiz etmek amacıyla kişisel verilerini profil oluşturma amacıyla kullanmak açıkça yasaklanmıştır (par. 37). Bu durum elbette profil oluşturmaya dayanan pazarlamanın da yasak olduğu anlamına gelmektedir.

Avrupa Konseyinde ele alınan dijital reklamlar konusu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de etkisiyle, AB direktiflerine oranla çocuk haklarına daha fazla vurgu yapmaktadır. Nitekim AK'nin iş dünyasının insan hakları yükümlülüklerine yönelik 2016 yılında yayımladığı Tavsiye Kararı'nda doğrudan BM ÇHS ile ÇHK'nin çeşitli genel yorumlarına atıf bulunmaktadır<sup>230</sup>. Tavsiye Kararı'nda her devletin, kendi yargı yetkisi dâhilinde bulunan ticari işletmelerin çocuk haklarına saygı göstermesini sağlama yükümlülüğünün olduğu belirtilmektedir. Üstelik dev-

<sup>223</sup> CETS No. 223, m. 19, 108 numaralı Sözleşme'nin 15. maddesine çocuklarla ilgili kısmı eklemiştir. Ayrıca 108+ olarak adlandırılan gözden geçirilmiş yeni Sözleşme için bağlantı: (<https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>, ET: 02.03.2023).

<sup>224</sup> Children's Data Protection in an Education Setting-Guidelines, Consultative Committee of the Convention for the Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, Convention 108, 20 Kasım 2020, T-PD(2019)06BISrev5 (<https://rm.coe.int/t-pd-2019-6bisrev5-eng-guidelines-education-setting-plenary-clean-2790/1680a07f2b>, ET: 02.05.2023).

<sup>225</sup> Children's Data Protection in an Education Setting-Guidelines, s. 14, par. 7.1.10.

<sup>226</sup> Children's Data Protection in an Education Setting-Guidelines, s. 22, par. 8.3.7.

<sup>227</sup> Council of Europe: *Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment*, 2018 (<https://rm.coe.int/guidelines-to-respect-protect-and-fulfil-the-rights-of-the-child-in-th/16808d881a>, ET: 02.05.2023).

<sup>228</sup> Council of Europe: *Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment*, s. 12.

<sup>229</sup> Council of Europe: *Guidelines to Respect, Protect and Fulfil the Rights of the Child in the Digital Environment*, s. 12.

<sup>230</sup> Council of Europe: *Human Rights and Business, Recommendation CM/Rec(2016)3 of the Committee of Ministers to member states*, 2016 (<https://rm.coe.int/human-rights-and-business-recommendation-cm-rec-2016-3-of-the-committee/16806f2032>, ET: 02.05.2023).

letler kendi yargı yetkisi dâhilinde bulunan işletmelerin yurtdışında yürüttüğü faaliyetlerde de bu güvenceyi sağlamalıdır (par. 61). Dolayısıyla dijital alanda faaliyet gösteren Avrupalı şirketler, daha düşük koruma düzeyi olan Avrupa bölgesi dışındaki bir ülkede faaliyet gösterirken o ülkenin değil, Avrupa bölgesinin ölçütlerine uymak zorundadır. Bu husus ayrıca bir devletin, kendi yargı yetkisine tabi bir ticari şirketin, başka devletlerde yaşayan insanların haklarına verdiği zararlardan da sorumlu tutulmalarına ilişkin önemli bir yaklaşımı yansıtmaktadır.

## V. EKONOMİK KALKINMA VE İŞBİRLİĞİ ÖRGÜTÜ (OECD), DİJİTAL REKLAMLAR VE TÜKETİCİ OLARAK ÇOCUK

Türkiye'nin de kurucu üyelerinden biri olduğu Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü'nün (OECD) çocukların dijital dünyada korunmasıyla ilgili ilk tavsiye kararı 2012 yılında yayınlanmıştır<sup>231</sup>. Çocukların Çevrimiçi Korunmasına İlişkin Tavsiye Karar, 16 Şubat 2012 tarihinde OECD Konseyi tarafından kabul edilmiş, ardından 31 Mayıs 2021 tarihinde Konsey tarafından yenilenmiş ve "Dijital Ortamda Çocuklara İlişkin Tavsiye Karar" olarak yeniden adlandırılmıştır<sup>232</sup>. 2012 yılında kabul edilen Tavsiye Kararı'nın amacının, 18 yaş altındaki çocukların çevrimiçi alanda korunmalarını sağlamak olduğu belirtilmektedir. Çocuklar bakımından çevrimiçi riskler, iletişim riskleri, bir tüketici olarak çocukla ilgili riskler ve çocukların bilgi güvenliği ve gizlilikle ilgili riskler olarak üç kategoriye ayrılmakta; paydaşlar ise hükümetler, sivil toplum ve internet topluluğu ve güvenli bir internet ortamının sürdürülmesi ve çocukların eğitilmesiyle ilgili diğer kuruluşlar olarak sayılmaktadır<sup>233</sup>.

Tavsiye Karar'da dikkati çeken husus, çocukların internet ortamındaki riskler karşısında eğitim aracılığıyla güçlendirilmesi ve söz konusu risklere karşı çocuğun korunması bakımından sorumluluğu devlet ve ebeveynler arasında paylaşmasıdır<sup>234</sup>. Öte yandan karara göre çocukların korunması, internetin açık bir platform olarak çalışmasını sağlayan koşullara zarar vermeden, internetteki diğer kullanıcıların menfaati bakımından adil bir denge gözeterek gerçekleştirilmelidir. Çocukları çevrimiçi alanda korumak için tasarlanan politikaların diğer ekonomik ve sosyal internet politikaları ile tutarlılığı, önceden dikkatle değerlendirilmelidir. Çocukları çevrimiçi korumaya yönelik politikalar, çocuklar da dâhil olmak üzere, tüm bireyler için geçerli olan demokratik toplum yapısının temel değerleriyle tutarlı olmalıdır. Özellikle ifade özgürlüğünü, mahremiyetin/gizliliğin korunmasını ve serbest bilgi akışını desteklemelidir<sup>235</sup>. OECD, 2012 yılında yayınladığı Tavsiye Karar'da çocuk hakları ile tüketim sistemindeki diğer aktörlerin hakları arasında bir denge kurmaya özen göstermiş ve çocuğun tüketim sistemi içinde bir tüketici olarak zarar görememesine yönelik tedbirlere ağırlık vermiştir.

Örgüt, yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte 2021 yılında çocukların internet ortamından yaşadığı risklere ilişkin kanıta dayalı araştırmalara dayanan yeni bir tavsiye kararı yayınlanmıştır. Karar'a dayanak olan risk analizi belgesinde<sup>236</sup>, dört kategori risk tanımlanmıştır: içerik riskleri, davranış riskleri, iletişim riskleri ve *tüketici riskleri*. Söz konusu dört risk çocukların gizliliğini, sağlık ve refahını olumsuz etkilemektedir. Siber zorbalık, zararlı içerikler, farklı türdeki istismarlar -örneğin müstehcen görüntüleri yayma şantajı ya da tehdit gibi- yanlış bilgi, akranlar arası davranış riskleri gibi çok fazla risk bulunmaktadır. Söz konusu güncel belgede dikkati çeken husus ise çocukların gelişen internet etkinlikleriyle birlikte maruz kalacağı ticari risklerin ve tüketici risklerinin yeni türden riskler olarak tanımlanmasıdır<sup>237</sup>. Aşağıdaki paragraflarda risk analizi belgesinde yer alan önemli konulara kısaca değinilmektedir.

<sup>231</sup> OECD/LEGAL/0389: *Recommendation of the Council on the Protection of Children Online*, 2012.

<sup>232</sup> OECD: *Recommendation of the Council on Children in the Digital Environment*, 2021 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389>, ET: 20.04.2023).

<sup>233</sup> OECD, *Recommendation of the Council on the Protection of Children Online*, 2012, I. ii), iii).

<sup>234</sup> OECD, *Recommendation of the Council on the Protection of Children Online*, 2012, 3-a.

<sup>235</sup> OECD, *Recommendation of the Council on the Protection of Children Online*, 2012, 3-b. ii), iii).

<sup>236</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, OECD Digital Economy Papers, No. 302, 2021.

<sup>237</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 10.

Belgeye göre çocuklar, yeni tür yanıltıcı veya hileli ticari faaliyetlerle karşı karşıya kalmaktadır. Buna ek olarak çocuklar günümüzde neyin ticari içerik olup neyin olmadığı konusundaki çizginin bulanıklaştığı, potansiyel olarak zararlı pazarlama stratejilerine de maruz kalmaktadır. Çocuklar, kendilerinden toplanan kişisel verilere dayalı reklamlarla hedeflenebilmekte, bu da mahremiyetin yanı sıra hem finansal ve hem de güvenlik endişelerini beraberinde getirmektedir. Ayrıca çocukların ürün yerleştirmeleriyle kolayca anlaşılabilen kumar, bahis gibi yasa dışı ürün ve hizmetlerin reklamları ve alkol, flört siteleri gibi yaşlarına uygun olmayan ürünlerin reklamlarına maruz kaldığı durumlar da söz konusudur. Çocukların saflıkları ve deneyimsizlikleri istismara açık olduğundan çocuklar, çevrimiçi dolandırıcılık gibi ekonomik risk yaratan durumlara daha çok maruz kalmaktadır, hatta çocukların kendilerinden toplanan kişisel verilere dayalı olarak dijital ortamda asli hedef olmaları da muhtemeldir<sup>238</sup>.

Belgede, çocukların *tüketici riskleri* örneklendirilerek dört grupta toplanmıştır: *pazarlama riskleri*, *ticari profilme riskleri*, *finansal riskler* ve *güvenlik riskleri*. Bu riskler çocuklar üzerinde ticari baskı oluşturarak çocukları uygunsuz mesajlara veya ürünlere maruz bırakabilir<sup>239</sup>. Pazarlama riskleri, özellikle şeffaf olmayan *influencer* tipi reklamcılık, *güzellik*, *seyahat*, *fitness blogger*ları, ödüllü etkinlikler ve oyun içeriği içeren ama aslında reklam olan içerikler (*advergemes*) gibi pazarlama stratejileri çocuklar için birer tehdittir. Bu türden reklamlarda çocuklar, izledikleri içeriğin ne olduğunu fark etmeyebilir ve reklam tarafından kolay ikna edilebilir<sup>240</sup>. *Influencer*lar çocuk tüketiciler üzerinde oldukça etkilidir ve hizmet ve ürünlerini *takipçilerine* (yani sosyal medya kitlelerine) tanıtmak için şirketlerle ortaklık kurmaktadır. Çocuklar çoğu zaman bu kişileri birer rol model olarak gördüğünden, verilen mesajın ikna ediciliği ve bu nedenle zarar verici potansiyeli de artmaktadır. Söz konusu belge, yine benzer şekilde, ödüllü etkinlikler biçiminde ortaya çıkan pazarlama stratejilerinin zararlı etkilerine de atıf yapmaktadır. Bu türden uygulamalar çocukları, bir ödül karşılığında pazarlama konusu olan hizmet ya da ürünü *beğenme* ve *paylaşmaya* yönlendirerek onları bir işletmenin pazarlama faaliyetlerinin bir parçası hâline getirmektedir. Bu strateji, çocuktan çocuğa bir paylaşım dayandığı için etkinliğin ticari niteliğini gizlemiş olur<sup>241</sup>.

Çocuklar, çoğu zaman ticari işlemlerde sunulan bilgileri tam olarak anlama ve değerlendirme kapasitesine sahip değildir. Bu açıdan özellikle çevrimiçi oyun oynayan küçük çocuklar birçok tuzağa maruz kalmaktadır. Çocuklar, gerçek para birimi ile oyun para birimi arasındaki ilişkiyi anlayamayabilir ve maddi açıdan da zor durumda kalabilir. Özellikle ücretsiz olarak reklamı yapılan abonelikler çocuklar bakımından risk oluşturabilir. Yine bilgisizlik sonucu ortaya çıkan bir diğer husus, kişisel verilerin işlenmesine verilen onaylardır. Bu bağlamda pek çok çocuk, özellikle kişisel verilerinin kullanımıyla ilgili olarak, dijital ortamda karşılaştıkları açıklamaları anlamak için yeterli dijital okuryazarlık becerilerine sahip değildir<sup>242</sup>.

Çocuklarla ilgili tüketici riskleri dijital ortamda karşılaşılabilecek çeşitli güvenlik risklerini de kapsamaktadır. Örneğin kötü amaçlı yazılım içeren ücretsiz oyunlar, uygulamanın geliştiricilerine kişisel bilgilere izinsiz erişim imkânı sağlayan sosyal ağ uygulamaları ve kimlik hırsızlığını kolaylaştıran yemleme (*phishing*) faaliyetleri internette yaygın olarak bulunmaktadır. Risk analizi belgesi, OECD'nin daha önce gerçekleştirdiği bir ankete atıf yaparak, birkaç ülke dışında çoğu ülkedeki yasaların çocuklara yönelik tüketici risklerini ele almadığını belirtmektedir<sup>243</sup>.

OECD'nin 2020 tarihinde 34 ülkenin çevrimiçi alana yönelik yasal düzenlemelerini konu edindiği önemli bir çalışması bulunmaktadır<sup>244</sup>. Söz konusu çalışmada çevrimiçi alanda meydana gelebilecek

<sup>238</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 10-13.

<sup>239</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 11.

<sup>240</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 11.

<sup>241</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 12.

<sup>242</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 12.

<sup>243</sup> OECD: *Children in The Digital Environment Revised Typology of Risks*, s. 12.

<sup>244</sup> OECD: *Protecting Children Online an Overview of Recent Developments in Legal Frameworks And Policies*, OECD Digital Economy Papers, No. 295, 2020.

çocuklara yönelik tehditler ve riskler birçok başlık altında toplanarak çeşitli ülkelerin ilgili tehdit ve risklere karşı geliştirdikleri yasal önlemler sunulmuştur. Ancak raporun *tüketici riskleriyle* ilgili olan kısmında anket gönderilen 34 ülkenin çoğunda çocuklara yönelik risklerin yasalarda özel olarak ele alınmadığı, çocuklara yönelen uygunsuz dijital reklamları önlemeye yönelik özel yasaların mevcut olmadığı belirtilmektedir<sup>245</sup>.

Bu belgeler doğrultusunda yayınlanan OECD'nin 2021 tarihli gözden geçirilmiş Tavsiye Kararı'nda<sup>246</sup> ilk dikkati çeken husus, 2012 tarihli kararda yer almayan "dijital servis sağlayıcılarına" ve onların sorumluluklarına da yer vermesidir. Bir diğer önemli fark, 2012 tarihli kararda "ölçülülük ve temel değerler" olan başlığın "ölçülülük ve insan hakları" olarak değiştirilmiş olması ve çocukların risklerden korunması ile dijital ortamın sağlayacağı fırsatları teşvik etmek arasında bir denge kurmayı gözetirken çocuğun yüksek yararının da göz önünde bulundurulacağını belirtmesidir<sup>247</sup>. Karar, daha çok çocuğun internet ortamındaki mahremiyetini ve kişisel verilerini korumaya odaklanmakta ve çocuğu 18 yaşın altındaki herkes olarak tanımlamaktadır. Karar'a göre dijital ortam çok katmanlı ve karmaşık yapıya olduğundan çocukların bu ortamdaki risklerden korunması bakımından çok katımlı ve çok taraflı eylem planlarının oluşturulması gerekmektedir. Politikaların oluşturulmasında taraflar; hükümetler, çocuklar, dijital servis sağlayıcıları, ebeveynler ve eğitimcilerdir.

Çocukların dijital reklamların zararlarından korunması bakımından ticari okuryazarlık eğitimi ve ebeveyn sorumluluğuna yapılan vurgu elbette gereklidir. Ancak *Campbell*, çocuk ve ebeveyn arasındaki tüketim ilişkisine yönelik araştırmaların, ebeveynlerin çocukların satın alma taleplerine yüksek oranda boyun eğdiğini ve tüketim konusunun çocukla ebeveyn arasında önemli bir çatışma kaynağı olduğunu ortaya koyduğunu belirtmektedir<sup>248</sup>. Öte yandan çocuklar internette çok fazla zaman geçirdiğinden, ebeveynlerin çocukların internetteki tüm zamanını izleyip kontrol etmesi ve çocukların dijital reklamlara maruz kalmasını sınırlandırması mümkün olmamaktadır. Hatta bu mümkün olsa bile yeni tür reklamları ebeveynler dahi fark edememektedir<sup>249</sup>.

Çocukların dijital alandaki risklerden korunması bakımından ebeveynlerin eğitimine ve öğretmenlerin rolüne yapılan vurgunun yanında, politika oluşturulmasında iş dünyası ve servis sağlayıcılarının katılımı da teşvik edilmektedir. Bununla birlikte taraf devletlere dijital hizmet sağlayıcıları için yine OECD'nin yayınladığı kılavuz ilkeleri tanıtılmaları tavsiye edilmekte ve dijital hizmet sağlayıcılarını, dijital ortamda çocukları doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilecek eylemlerde bulunurken kılavuz ilkelere uymaya çağırılmaktadır<sup>250</sup>. Dijital Servis Sağlayıcıları İçin Kılavuz İlkeleri'nde ise çocukların bilgi güvenliğine yönelik tedbirlerin alınması sorumluluğuna yer verilmiş ve dijital hizmet sağlayıcıların, hizmetlerine erişen tüm çocukların yüksek yararını gözetecek politika ve usullere sahip olması gerektiği belirtilmiştir. Bu bakımdan hizmet sağlayıcılar, çocukların haklarını korumak için yürürlükte olan tüm devlet politikalarına ve yasalara uygun davranmakla yükümlüdür. Öte yandan Dijital Servis Sağlayıcıları İçin Kılavuz İlkeler'de dijital hizmet sağlayıcılarının çocuklara yönelik veya *çocuklar*

<sup>245</sup> OECD: *Protecting Children Online an Overview of Recent Developments in Legal Frameworks And Policies*, s. 30.

Raporda yer alan çeşitli örnekler şunlardır: (1) Birleşik Krallık: Tüketici koruma kurallarının, uygulama içi satın alma işlemlerine nasıl uygulanacağına ilişkin, Adil Ticaret Ofisi (*Office of Fair Trading*) tarafından oluşturulan uygulama içi satın alma rehber ilkeleri. (2) Meksika: Tüketiciyi koruma yasaları çerçevesinde çocuklar ve toplumun savunmasız üyelerini yanıltmaya yönelik pazarlama ve tanıtım stratejileri yasaklamaktadır. (3) Amerika Birleşik Devletleri: Çocukların Çevrimiçi Gizliliğini Koruma Yasası (CORPA, 1998) bulunmaktadır. İlgili Yasa, bilgilendirilmiş ve önceden alınmış ebeveyn izni olmaksızın, 13 yaşın altındaki çocukların kişisel bilgilerinin toplanması, kullanılması ve yayılmasını yasaklamakta ve bu şekilde 13 yaşın altındaki çocukları hedef alan reklamları sınırlandırmaktadır. Bu Yasa, internet sitesi operatörlerine 13 yaşın altındaki çocuklardan kişisel bilgi toplamadan önce doğrulanabilir ebeveyn izni alma yükümlülüğü getirmektedir. Söz konusu yasa yalnızca 13 yaşından küçük çocuklara yönelik olan veya işletmecinin hizmeti kullanan kişinin bu yaştan küçük olduğu konusunda gerçek bilgiye sahip olduğu internet siteleri ve çevrimiçi hizmetler için geçerlidir.

<sup>246</sup> OECD/LEGAL/0389: *Recommendation of the Council on Children in the Digital Environment*, 2021 (<https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0389>, ET: 21.04.2023).

<sup>247</sup> OECD/LEGAL/0389, II-3.

<sup>248</sup> CAMPBELL, s. 44.

<sup>249</sup> CAMPBELL, s. 44.

<sup>250</sup> OECD/LEGAL/0389, V. ve VI.

*tarafından erişileceği veya kullanılacağı makul ölçüde öngörülebilir hizmetleri tasarlarken ve sunarken* ihtiyati bir yaklaşım benimsemeleri, tasarım yoluyla güvenlik yaklaşımını uygulamaları ve çocuklara zarar verecek içeriklere erişimi düzenli olarak önlemek için gerekli adımları atmaları gerektiği belirtilmektedir<sup>251</sup>.

Kanımızca dijital servis sağlayıcılarına yönelik ilkelerle tamamlanmış 2021 tarihli gözden geçirilmiş Tavsiye Kararı'nda, çocuğun yüksek yararı ilkesi ile insan haklarına yapılan vurgu oldukça önemli olmakla birlikte, *dijital okuryazarlığın ve sorumlu ticari davranışların*, çocuklar bakımından güvenli bir internet alanı oluşturmak ve çocukları dijital alanda korumak için *temel birer araç* olarak teşvik edilmelerine yapılan vurgu, çocukların internetin sınırsızlığı içinde birer tüketici olarak korunmalarına yönelik bir çaba olarak değerlendirilebilir. Gerçekten de dijital reklamcılık bakımından sorumluluğun belirlenmesi kolay bir iş değildir. Dijital reklamcılık, hukukun teknolojiye yetişemediği alanlardan birisidir. Özellikle internette belli bir yaş sınırlaması olan uygulama ve etkinliklerde çocuklar yaşları ile ilgili gerçeğe aykırı bilgiler verdiğinde, hizmet sağlayıcılarının sorumlu tutulabilmelerine yönelik *gerçek bilgiye* sahip olma koşulu ortadan kalkmış olmaktadır<sup>252</sup>. Bu açıdan çocukların korunması nihai hedefiyle düzenlenmesi ve sınırlandırılması oldukça zor olan bir alanda dijital okuryazarlık eğitimine önem verilmesi oldukça anlaşılabilir bir husustur. OECD belgeleri sorumluluk konusunda yumuşak bir dil kullanarak daha çok çocuğunun kendisinin ve ebeveynlerinin eğitimi yoluyla çocukların reklamların zararlı etkilerinden korunmasına ağırlık vermektedir<sup>253</sup>.

## SONUÇ

Çalışmamızda incelenen belgeler doğrultusunda ulaştığımız dört önemli çıkarım bulunmaktadır.

- (a) Sorumluluk: Zamanlarının azımsanmayacak bir kısmını internette geçiren çocukların hakları dijital reklamlar nedeniyle zarar görebilmektedir. Dijital reklamların çocuklar bakımından ortaya çıktığı tehlikeler uluslararası hukukta da kabul edilmekte ve özellikle çocukların ekonomik sömürden korunma haklarının dikkate alınması gerekliliği vurgulanmaktadır. Ancak bir bütün olarak çocukların reklamsız içeriğe erişme hakları ya da tüketim kültüründen korunma hakları gibi hususlar açıkça kabul edilmemektedir. Uluslararası düzenlemeler çoğunlukla konuyu kişisel verilerin korunması hukuku ve tüketici hakları kapsamında değerlendirmektedir.

Çocukların dijital reklamlar karşısında korunması bakımından asli sorumluluk devlette olmakla birlikte, bu sorumluluğun devlet, şirketler, aileler/bakıcılar, eğitimciler ve hatta çocuğun kendisi arasında paylaştırılmasına yönelik bir eğilim olduğu söylenebilir. Bu durum elbette internetin sınırsız özgürlük ortamının ortaya çıkardığı fırsatların zedelenmemesi isteğinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle incelenen belgelerden ulaşılan sonuç, küresel ticareti zedeleyecek kısıtlayıcı tedbirlerin alınması bakımından çocuk haklarının bir bütün olarak değil, yalnızca belli açılardan sınırlandırıcı olduğudur. Örneğin çocuğun saflığından faydalanarak hile ve aldatma yoluyla belirli ürünleri almasının teşvik edilmesi gibi hususların yasaklanmasına ağırlık verilmiştir. Ancak çocukların reklam içeriğini eleştirel olarak değerlendiremeyip tercih özgürlüğünü kullanamamaları konusunda belirgin bir yaklaşım bulunmamaktadır. Bu husus, özellikle standart olmayan reklam türleri bakımından ortaya çıkmaktadır. Aslında uluslararası düzenlemelerin çocuğun *bir tüketici olarak* hakları ile *bir insan olarak* haklarının korunması arasında kaldığı söylenebilir.

Son dönemde büyük platformların sorumluluğu düzenlenmiştir ancak bu husus henüz çok yeni olduğundan ve arka planında küresel ekonomik çatışmaları içerdiğinden sorumluluğun nasıl şekillene-

<sup>251</sup> OECD: *Guidelines For Digital Service Providers*, 2021, (<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/272/5803627d-b49b-4894-8dbe-35f67fd10007.pdf>, ET: 21.04.2023).

<sup>252</sup> CAMPBELL, s. 27-28.

<sup>253</sup> OECD/LEGAL/0389, "II., 2. 2. *Empowerment and Resilience*" başlığında yer alan tavsiyeler yalnızca çocuklar, onların bakımından sorumlu kişiler ve ebeveynler için yazılmıştır.

ceğini gelecek uygulamalar gösterecektir. Öte yandan şirketlerin insan haklarına uyma yükümlülüğü de ulusal hukuklar bakımından şekillenecektir. Kanımızca şirketler için öngörülen *risk değerlendirme-si* hususuna çocuk hakları, insan onuru, çocuğun yüksek yararı gibi evrensel ölçütler açıkça dâhil edilmelidir.

- (b) Çocuk Kavramı: Kanımızca dijital alandaki ticari etkinlikler söz konusu olduğunda çocuk kavramına ilişkin yaş aralıkları esnekleşmektedir. Bu da korunması gereken menfaati belirsizleştirmektedir. Bununla birlikte belli bir yaş seçilirken, neden o yaştan bir sınır olarak seçildiğine ilişkin açıklamalar da bulunmamaktadır. Çocuk 18 yaşını doldurmuş kişidir ancak çok küçük yaşta dahi (örneğin 7) çocuklar ticari etkinliğe dâhil olmaktadır. Özellikle sosyal medya kullanıcı sözleşmeleri bakımından bir yaş standardı geliştirilmelidir ve kanımızca bu, çoğu ülkede örgün lise eğitimin tamamlandığı evrensel olarak kabul edilen 18 yaş olmalıdır.
- (c) Yasaklama-Bilinçlendirme İkilemi: İncelenen belgelerde göze çarpan önemli bir husus da çocukların dijital reklamlardan korunması bakımından yasaklayıcı bir tutumdansa eğitici/bilinçlendirici bir tutumun tercih edilmiş olmasıdır. Ancak reklamcılık sektörünün yaratıcı niteliği gereği, yalnızca eğitim ve bilinçlendirme faaliyetlerine yönelik politikalar, çocukların belli zararlardan korunması bakımından yetersiz kalacaktır. Bu açıdan standart olmayan belirli dijital reklam türlerine yönelik sıkı denetim mekanizmalarının oluşturulması gereklidir. Bununla birlikte güncel belgelerde profil oluşturma yoluyla kişiselleştirilmiş reklamların çocuklar bakımından yasaklanması gerektiği açıkça düzenlenmektedir. Çocukların reklam olduğunu fark edemeyeceği türden reklamlar da çocuk hakları bakımından problemlidir. Hatta bir araştırmaya göre çocuklara standart olmayan türden reklamlara yönelik bir eğitim verildikten sonra dahi çocuklar kendilerine gösterilen videoların reklam olduğunu anlayamamıştır<sup>254</sup>. Dolayısıyla eğitim ve bilgilendirme politikalarının yanında çocuğun üstün yararını temel alan bir reklamcılık hukuku mevzuat çalışması yapılmalıdır.
- (d) Küresel Ekonomik Çıkar Çatışmaları ve Dijital Egemenlik: Konunun ekonomik yönü göz ardı edilmemelidir. Özellikle AB'nin güncel direktiflerinde bu husus açıkça göze çarpmaktadır. Nitekim Atlantik Konseyinin 2020 yılında yayınladığı "*Avrupa Birliği ve Dijital Egemenlik Arayışı: 'Avrupa Kalesi' İnşa Etmek mi Yoksa Yeni Bir Dünyaya Hazırlanmak mı?*" başlıklı raporu, AB'nin dijital egemenliği kurmaya yönelik üç temel çabasını tanımlamış ve bu çabaları değerlendirmiştir. Rapora göre bu çabalardan ilki, AB'nin kendi sınırları içinde teknoloji gelişimini desteklemeye yönelik güçlü bir kararlılık göstermesidir; ikincisi AB'nin veri akışının ve dijital ortamın yönetilmesi için küresel normları detaylandırma çabasıdır; üçüncü çabası ise AB pazarındaki AB dışı aktörlere daha fazla kısıtlama getirmesidir<sup>255</sup>.

<sup>254</sup> CAMPBELL, s. 37.

<sup>255</sup> BURWELL, Frances G. / PROPP, Kenneth: *The European Union and the Search for Digital Sovereignty: Building "Fortress Europe" or Preparing for a New World?*, Atlantic Council, 2020 ([https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/digital-sovereignty-in-practice-the-eus-push-to-shape-the-new-global-economy/#:~:text=The%20report%20identifies%20three%20common,actors%20in%20the%20EU%20market](https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/digital-sovereignty-in-practice-the-eus-push-to-shape-the-new-global-economy/#:~:text=The%20report%20identifies%20three%20common,actors%20in%20the%20EU%20market.)). ET: 19.07.2023), s. 15-16.



**KAYNAKÇA**

- AKSOY, Mehmet Ali: “2005/29/AT Haksız Ticari Uygulamalar Direktifinde Düzenlenen Haksız Rekabet Halleri ve Uygulama Örnekleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, Cilt 73, Sayı 1, s. 279-318.
- AKTAN, Ertuğrul: “Büyük Veri: Uygulama Alanları, Analitiği ve Güvenlik Boyutu”, *Bilgi Yönetimi Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 1-22.
- ALVER, Füsün: “Neil Postman’ın Çocukluğun Yok Oluş Sürecinde İletişim Teknolojisinin Eleştirisinin Eleştirisi”, *İletişim Araştırmaları Dergisi*, 2004, Cilt 2, Sayı 2, s. 129-141.
- AVŞAR, Zakir / ÖZENİRLER, Işıl: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Çocuklara Yönelik Reklam Düzenlemeleri”, *Uşak Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2015, Cilt 8, Sayı 1, s. 285-310.
- BAHTİYAR, Mehmet / BİÇER, Levent: “Adi İş/ Ticari İş / Tüketici İşlemi Ayrımı ve Bu Ayrımın Önemi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Sayı 3, s. 395-436.
- BROUGHTON MICOYA, Sally: “The Audiovisual Media Services Directive: Balancing Liberalisation and Protection”, (Ed.) PARCU, Pier Luigi / BROGI, Elda: *Research Handbook on EU Media Law and Policy*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2021, s. 264-281.
- BURWELL, Frances G. / PROPP, Kenneth: *The European Union and the Search for Digital Sovereignty: Building “Fortress Europe” or Preparing for a New World?*, Atlantic Council, June 2020 (<https://www.atlanticcouncil.org/in-depth-research-reports/report/digital-sovereignty-in-practice-the-eus-push-to-shape-the-new-global-economy/#:~:text=The%20report%20identifies%20three%20common,actors%20in%20the%20EU%20market,ET:19.07.2023>).
- CAHALAN, Susannah: “Big Tech wants your kid to be its consumer, even if it harms them”, 2022 (<https://nypost.com/2022/10/22/big-tech-wants-your-kid-to-be-its-consumer-at-all-costs/>, ET: 01.05.2023).
- CAMPBELL, Angela J.: “Rethinking Children’s Advertising Policies for the Digital Age”, *Loyola Consumer Law Review*, 2017, Cilt 29, Sayı 1, s. 1-54.
- CAUFMANN, Caroline: “Editorial: Discrimination in Online Advertising”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2021, Cilt 28, Sayı 3, s. 283-286.
- CLIFFORD, Damian / VERDOODT, Valerie: “Ad-Blocking - The Dark Side of Consumer Empowerment: A New Hope or Will The Empire Strike Back?”, (updated draft of the article which was presented at The Bileta Conference), 2016.
- COOK, Daniel Thomas: “Taking Exception With the Child Consumer”, *Childhood*, 2013, Cilt 20, Sayı 4, s. 423-428.
- DAL, Nil Esra: “Tüketim Toplumu ve Tüketim Toplumuna Yöneltilen Eleştiriler Üzerine Bir Tartışma”, *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 19, s. 1-21.
- DUYGULU, Serap: “Sosyal Medyada Çocuk Fotoğrafi Paylaşımlarının Mahremiyet İhlâli ve Çocuk İstismarı Açısından Değerlendirilmesi”, *TRT Akademi*, 2019, Cilt 4, Sayı 8, s. 428-487.
- ERDEMİR, Murad: *Das “Janusgesicht” der Menschenwürde Regulierung im Spannungsfeld von Medienrecht und Medienethik*, Öffentliche Antrittsvorlesung am 28. Mai 2014 an der Georg-August-Universität Göttingen, 2014.
- FORTIN, Jane: *Children’s Rights and the Developing Law*, 2. Baskı, Cambridge University Press, Cambridge, 2005.
- GİRGİN, Ömer Ali / GÖNAL, Seray: “Çocuğun Kişisel Verilerinin Sosyal Medyada Ebeveyn Tarafından Paylaşılmasının Hukuki Sonuçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 44, s. 99-127.
- GODOY, Maria: “Kid YouTube stars make sugary junk food look good to millions of young viewers”, 2023 (<https://www.npr.org/sections/health-shots/2023/02/16/1157303521/kid-youtube-stars-make-sugary-junk-food-look-good-to-millions-of-young-viewers>, ET: 06.05.2023).

- GUNTER, Barrie / FURNHAM, Adrian: *Children as Consumers-A Psychological Analysis of Young People's Market*, Routledge, London and New York, 1998.
- HATUN, Şükür: "Tüketim Toplumundan Korunma Bir Çocuk Hakkı Konusu Olabilir Mi?", 2015 (<https://t24.com.tr/yazarlar/sukru-hatun/tuketim-toplumundan-korunma-bir-cocuk-hakki-konusu-olabilir-mi,11568>, ET: 29.04.2023).
- HOLM, Nicholas: *Advertising and Consumer Society, A Critical Introduction*, 2. Baskı, Routledge, London-New York, 2023.
- KASSER, Tim / LINN, Susan: "Growing Up under Corporate Capitalism: The Problem of Marketing to Children, with Suggestions for Policy Solutions", *Social Issues and Policy Review*, 2016, Cilt 10, Sayı 1, s. 122-150.
- KETİZMEN, Muammer / KART, Aslıhan: "Kişisel Veri ve Rekabet Hukuku Kapsamında 'Big data'", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 1, s. 64-76.
- MCSTAY, Andrew John: *Digital Advertising*, 2. Baskı, Palgrave, New York, 2016.
- MEYER, Marisa / ADKINS, Victoria / YUAN, Nalingna / WEEKS, Heidi / CHANG, Yung-Ju / RADESKY, Jenny: "Advertising in Young Children's Apps: A Content Analysis", *Journal of Developmental & Behavioral Pediatrics*, 2019, Cilt 40, Sayı 1, s. 32-39.
- OKUMUŞ, Mısra İzel: "Dijital Reklamlar ve Çocuk Haklarının Korunması", 2021 (<https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2021/04/19/dijital-reklamlar-ve-cocuk-haklarinin-korunmasi/>, ET: 28.04.2023).
- ÖZCAN, Gizem: "Çocuk Hakları İhlali ve Çocuk İstismarı Açısından Çocuk Youtube Kanalları", *Disiplinlerarası Çocuk Hakları Araştırması Dergisi*, 2023, Cilt 3 Sayı 5, s. 64-72.
- ÖZER, Işık: *Anonim Şirketlerde Kurumsal Sosyal Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZTÜRK, Nurten / GÜRBÜZ, Elif Rumeysa: "Bağlantılı Oyuncaklar Özelinde Çocuğun Kişisel Verilerinin Cezai ve Hukuki Olarak Korunması", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2023, Cilt 14, Sayı 1, s. 43-57.
- PARK, Yong Jin: "Structural Logic of AI Surveillance and Its Normalisation in the Public Sphere", *Javnost-The Public Journal of the European Institute for Communication and Culture*, 2021, Cilt 28, Sayı 4, s. 341-357.
- POSTMAN, Neil: *Çocukluğun Yokoluşu*, 1. Baskı, (Çev.) İNAL, Kemal, İmge Kitabevi, Ankara 1995.
- PULAŞLI, Hasan: "Şirket Satın Alma ve Birleşmelerinde İşletme Değerlemesi ve Due Diligence", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2007, Cilt 24, Sayı 2, s. 265-299.
- SATARIOANO, Adam: "E.U. Takes Aim at Big Tech's Power With Landmark Digital Act", 2022 (<https://www.nytimes.com/2022/03/24/technology/eu-regulation-apple-meta-google.html>, ET: 29.04.2023).
- SHINER, Roger A.: "Advertising and Freedom of Expression", *The University of Toronto Law Journal*, 1995, Cilt 54, Sayı 2, s. 179-204.
- SHOR, Juliet: *Born to Buy-The Commercialized Child and the New Consumer Cult*, Scribner, New York, 2004.
- STAHL, Bernd Carsten: *Artificial Intelligence for a Better Future, An Ecosystem Perspective on the Ethics of AI and Emerging Digital Technologies*, Springer, (Yayın Yeri Belirtilmemiş), 2021.
- ŞİMŞEK, A. Aslı: "İnsan Hakları Hukuku ve İş Dünyası İlişkisi: Hukuki Yükümlü ile Kurumsal Sorumlu Arasında", *Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 1161-1197.
- TEVETOĞLU, Mete / ÇOLAK, Betül: "Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 43-86.
- TURILLAZZIA, Aina / TASSWOA, Mariarosaria / FLORIDIA, Luciano / CASOLARI, Federico: "The Digital Services Act: An Analysis of Its Ethical, Legal, and Social Implications", *Law, Innovation and Technology*, 2023, Cilt 15, Sayı 1, s. 83-106.
- VAN DER HOF, Simone / LIEVENS, Eva / MILKAITE, Ingrida / VERDOODT, Valerie / HANNEMA, Thijs / LIEFAARD, Ton: "The Child's Right to Protection against Economic Exploitation in the Digital World", *The International Journal of Children's Rights*, 2020, Cilt 28, s. 833-859.

- VERDOODT, Valerie / CLIFFORD, Damian / LIEVENS, Eva: “Toying with Children’s Emotions, the New Game in Town? The Legality of Advergaming in the EU”, *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, 2016, Cilt 32, Sayı 4, s. 599-614.
- VERDOODT, Valerie: “The Role of Children’s Rights in Regulating Digital Advertising”, *International Journal of Children’s Rights*, 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 455-481.
- WACINKIEWICZ, Ewelina Cała: “Consumer’s Rights as a Special Category of Human Rights”, *International Journal on Consumer Law and Practice*, 2013, Cilt 1, s. 14-22.
- YILDIRIM, Engin: “‘Lanetlenecek Bir Ruh, Tekmelenecek Bir Beden’: Şirketlerin, ‘İnsan’ Hakları Olabilir Mi?”, *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 2, Sayı 2, s. 63-93.
- YÜCEL DERİCİLER, Özge: “Şirketlerin İnsan Haklarına İlişkin Yükümlülüklerinin Niteliği ve Temellendirilmesi Sorunu: Saygı Gösterme Sorumluluğu Ne Yükler?”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 11, s. 59-82.



## İdari Eylemlerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bir Bozma Nedeni Olarak Husumet<sup>(\*)</sup>



*Hostility as a Reason for Reversal in Full Remedy Actions Resulting  
Arising from Administrative Actions*

**Zehra KARAKUŞ IŞIK**



Doktor Öğretim Üyesi

*Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuad Başgil Hukuk Fakültesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Tam Yargı Davası,  
İlk İnceleme,  
Husumet,  
Kanun Yolları,  
Bozma Kararı.*

### Öz

İdari eylem ve idari işlem den kaynaklanan zararın tam ve zamanında karşılanabilmesi için davalı tarafın doğru belirlenmesi gerekir. İdari yargıda davalı, idaredir. 2577 sayılı Kanun'da davalı olabilme durumu, "husumet" kavramı ile ifade edilir. Mahkeme ilk inceleme aşamasında veya dava devam ederken davalı makâmın yanlış belirlendiğini tespit ederse gerçek davalı makâmı belirler ve dava dilekçesinin ilgili makâma tebliğ edilmesine karar verir. Böylece zarar veren idari eylemi veya işlemi gerçekleştiren makâmın iddia ve savunma hakkı korunmuş olur. Husumetin yanlış makâma yöneltildiği kanun yolları aşamasında tespit edildiğinde ise kararın bozulmasına ve dosyanın yeniden karar verilmek üzere ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilir. Yargılamanın yeniden başlayacak olması davanın karara bağlanma sürecini uzatacağı için husumete ilişkin Danıştayın kullandığı ölçütlerin bilinmesi gerekir. Bu çalışmayla yargı kararlarından örnekler verilmek suretiyle Danıştayın idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında davalı makâmı belirlerken kullanmış olduğu ölçütlere açıklık getirilmesi amaçlanmıştır.

### Keywords

*Full Remedy Action,  
Initial Examination,  
Hostility,  
Legal Remedies,  
Decision of Reversal.*

### Abstract

For the damage caused by an administrative action and administrative act to be fully and promptly compensated, it is necessary to determine the correct defendant. The status of being a defendant is expressed with the concept of hostility in Law No. 2577. If the court reveals that the defendant authority was incorrectly determined during the initial examination phase or while the case is pending, it determines the real defendant authority and decides to serve the petition to the relevant authority. Thus, the right to claim and defense of the authority that carries out the damaging administrative action or administrative act are protected. When it is determined at the stage of legal remedies that the hostility is directed to the wrong authority, the decision is reversed, and file is sent to the court that has made the decision for re-decision. Since the restart of the trial will prolong the process of reaching a verdict, it is necessary to know the criteria used by the Council of State regarding hostility. This study aims to clarify the criteria used by the Council of State in determining the defendant authority in full remedy cases from administrative action by providing examples from judicial decisions.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 02.05.2023, Kabul Tarihi: 12.07.2023.

## GİRİŞ

Husumet de tıpkı “görev” ve “yetki” gibi tarafların talebinden bağımsız olarak yargı organlarınınca yargılamanın her aşamasında re’sen inceleme konusu yapılabilir. Davalı makamın yanlış belirlenmesinin veya hiç belirlenmemesinin ilk derece aşamasında davacı bakımından herhangi bir yaptırımı yoktur. Böyle bir durumda yargı organları husumeti doğru makama yöneltip dava dilekçesinin ve eklerinin gerçek hasma gönderilmesine karar verirler. Mahkemenin bu kararına karşı herhangi bir başvuru yolu da öngörülmemiştir. Ancak husumetin yanlış makama yöneltildiği kanun yolları aşamasında tespit edilirse bu durum bir bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. Dava konusu edilen idari eylem ise husumetin doğru makama yöneltilmemiş olması, zarar gören kişinin tazminata erişiminin önünde usûli bir engel olarak ortaya çıkmaktadır. Kanun yolları aşamasında husumetin doğru makama yöneltildiği tespit edildiğinde de tamamlanan hukuki süreç yeniden başlamaktadır.

Öncelikle belirtilmelidir ki çalışmanın konusu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun<sup>1</sup> (İYUK) 13. maddesi kapsamında salt idari eylemlere karşı açılan tam yargı davaları ile sınırlanmıştır. Çalışmada hukuk yargılamasında husumet kavramına ve husumetin idari yargılama usûlündeki önemine değinilecektir. Bu bağlamda Danıştayın tam yargı davalarında davalı makamın belirlenmesi bakımından kararlarında kullandığı ölçütlerden yola çıkarak çalışma konusu izah edilmeye çalışılacaktır.

## I. HUSUMET KAVRAMI VE HUKUK YARGILAMASINDA HUSUMET

Dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişiler biçimsel açıdan o davanın taraflarıdır<sup>2</sup>. Husumet, genel olarak, “davanın açılmasıyla taraflar arasında oluşan (hasım olma) durumunu”, daha dar anlamda ise “davada karşı taraf, yani davalı olma” durumunu ifade eder<sup>3</sup>. Aktif husumet, medeni yargılama hukukunda bir hakkı dava etme yetkisinin o hakkın sahibine ait olmasıdır. Diğer yandan bir hakkın kendisinden istenebilecek durumda olan kişi ise borçlu olarak adlandırılır ve bu kişinin bulunduğu durum pasif husumet şeklinde ifade edilir. Bir davada aktif ve pasif husumetin yokluğu mahkeme tarafından re’sen gözetilir<sup>4</sup>.

Hukuk yargılamasında davanın esastan karara bağlanabilmesi için tarafların o davada gerçekten davacı ve davalı sıfatını taşımaları gerekir. Hukuk yargılamasında bir davada taraf olarak gösterilen kişiler taraf ve dava ehliyeti ile davayı takip yetkisine sahip olsalar bile bu kişilerden birinin o davada gerçekten davacı veya davalı olma sıfatı bulunmuyor ise dava konusu hakkın esasına ilişkin bir karar verilemez<sup>5</sup>.

Hukuk yargılamasında taraf sıfatına sahip olma, yani husumet, dava konusu sübjektif hakla ilişkilendirilir. Bir kişinin belli bir davada davalı sıfatına sahip olup olmadığı hususu, sadece usûl hukuku sorunu olmayıp dava konusu (sübjektif) hakkın özüne ilişkin bir maddi hukuk sorunudur. Bu sebeple bir davada davalı, taraf sıfatına sahip değilse mahkeme davanın esası hakkında karar veremez ve sıfat (husumet) yokluğundan davanın reddine karar verir<sup>6</sup>. Bu karar aleyhine de kanun yollarına başvurulabilir<sup>7</sup>. Hukuk yargılamasında sıfat yokluğu bir def’i değil, davada taraf olarak görünen kişiler arasında dava konusu hakkın doğumuna engel olan itirazdır<sup>8</sup>. Dolayısıyla hukuk yargılamasında bir kimsenin

<sup>1</sup> 20.01.1982 tarihli ve 17580 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> Yargıtay, HGK, T. 27.11.2013, E. 2013/439, K. 2013/1595 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

<sup>3</sup> IŞIKLAR, Celal: “659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Husumete İlişkin Esaslar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, Sayı 10, s. 383.

<sup>4</sup> Yargıtay, 20. HD, T. 24.04.2014, E. 2013/8043, K. 2014/4983; Yargıtay, 13. HD, T. 02.02.2015, E. 2014/17523 K. 2015/2192 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

<sup>5</sup> Yargıtay, HGK, T. 27.11.2013, E. 2013/439, K. 2013/1595; Yargıtay, HGK, T. 18.04.2007, E. 2007/5-233, K. 2007/221, Kazancı Hukuk, (https://khyk.kazancihukuk.com/, ET: 04.05.2023).

<sup>6</sup> Yargıtay, HGK, T. 27.11.2013, E. 2013/439, K. 2013/1595 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

<sup>7</sup> Yargıtay, 14. HD, 03.04.2008 E. 2008/2815, K. 2008/4549; Yargıtay, 5. HD, T. 28.03.2016, E. 2015/17419, K. 2016/6402 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

<sup>8</sup> Yargıtay, HGK, T. 27.11.2013, E. 2013/439, K. 2013/1595 (www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

hak sahibi olup olmadığı veya borçlu olup olmadığı davanın esasına girildikten sonra tespit edilebileceğinden taraf sıfatının dava şartı olmadığı ifade edilir<sup>9</sup>.

## II. İDARİ YARGILAMA USULÜNDE HUSUMET

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre dava dilekçesinde “ *tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adreslerinin*” bulunması gerekir (m. 3/2/a). Ayrıca idari yargılama usulünde dava dilekçeleri üzerinde yapılacak ilk inceleme aşamasında husumetin doğru makama yöneltilip yöneltilmediğine bakılır (İYUK m. 14/3/f). Davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması hâlinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğ edilmesine karar verilir (İYUK m. 15/1/c). Davacı tarafından eylemi veya işlemi gerçekleştiren idarenin net olarak gösterilmesi ve yargı organlarının ilk inceleme aşamasında hangi idarelerin hasım mevkiine alınması gerektiğini belirlemesi, usul ekonomisi bakımından önemlidir<sup>10</sup>.

İdari davalarda davalının idare olması, medeni hukuktaki tüzel kişiliğe ilişkin kuralların idare hukukuna uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu akıllara getirebilir. 2577 sayılı Kanun'un 31. maddesinde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na<sup>11</sup> yapılan davacının taraf olma ve dava açabilme ehliyetine ilişkin olan atfın, husumet ehliyetini kapsamadığını ifade etmek gerekir<sup>12</sup>. Doktrinde idare hukukundaki kamu tüzel kişiliği kavramının medeni hukuktaki tüzel kişilik kavramı ile açıklanmasının mümkün olmadığı<sup>13</sup>, davalının taraf olabilme ve kendisine karşı açılmış davayı yürütebilme yeteneğine sahip olması hususlarında idare hukuku kurallarına göre hareket edilmesi gerektiği ifade edilir<sup>14</sup>. Bu kapsamda idari yargılama usulünde davalı olabilme durumu idari makamların kamu tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığı esasına göre şekillenmiştir. İdari davaya konu olabilecek işlem veya eylemi gerçekleştirmek ve kamu hizmetini yürütebilmek için idarenin veya onun gibi kamu gücü ayrıcalıklarına sahip olan tarafın varlığı gerekir<sup>15</sup>.

İdari yargıda husumetin yanlış belirlenmesinin veya hiç belirlenmemesinin ilk derece aşamasında herhangi bir yaptırımı yoktur. Mahkemenin vermiş olduğu hasım düzeltme kararı, bir ara karar niteliğindedir. Dolayısıyla bu karara karşı herhangi bir başvuru yolu öngörülmemiştir<sup>16</sup>. Bunun yanı sıra her ne kadar madde metninde yer verilmemiş olsa da doktrinde ve yargı kararlarında “ *idari yargıda davalı idaredir*” kuralı<sup>17</sup> çerçevesinde gerçek kişiye husumetin yönetilemeyeceği yaklaşımı kabul görmektedir<sup>18</sup>. Öte yandan idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda istisnai olarak özel hukuk kişilerinin de davalı olarak gösterilebildiğini de ifade etmek gerekir<sup>19</sup>.

<sup>9</sup> PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 208.

<sup>10</sup> ÇEVİK, Harun / BADEMCİ TURAN, Fatma: *İdare Mahkemelerinde Husumet*, İdari Yargılama Usulü El Kitapları Serisi, No 6, 2022 (<https://rm.coe.int/el-kitabi-no-6-husumet-web-2776-6675-6614-1/1680a865e5>, ET: 01.05.2023), s. 11.

<sup>11</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>12</sup> KAPLAN, Gürsel: “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 69, Sayı 1-2 (2011), s. 358-359; IŞIKLAR, s. 388.

<sup>13</sup> KAPLAN, 2011, s. 359. Benzer yönde açıklamalar için bkz. IŞIKLAR, s. 388-389.

<sup>14</sup> KAPLAN, 2011, s. 359. Yazar, ayrıca, yargılama sürecinde davalı sıfatıyla yapılabilecek işlemlerin geçerli kabul edilebilmesi için davalı tarafın, ehil bir iradeye sahip olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu kapsamda husumet ehliyeti konusunda 6100 sayılı Kanun'a atıf yapılmamış olsa da idari yargı organlarının genel yasal kriterlerden tamamen bağımsız hareket edilemeyeceği ifade edilmektedir. KAPLAN, 2011, s. 359.

<sup>15</sup> IŞIKLAR, s. 389-390. Danıştay, davalı ve davacı arasında meydana gelen yargısal ilişkiyi husumet kavramı ile ifade etmektedir. Husumet ehliyetini (taraf ehliyeti) belirli bir davayı açmak ve takip etmek yetkisi olarak ikiye ayırmakta ve davalı olmaya ehil olan bir tarafın davacı da olabileceğini vurgulamaktadır. Danıştay, İBGK, T. 08.03.1979, E. 1971/1 K. 1979/1 (06.02.1980 tarihli ve 16892 sayılı Resmî Gazete).

<sup>16</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022, s. 351.

<sup>17</sup> Bu değerlendirme yapılırken yasama ve yargı organlarının da idari fonksiyona ilişkin faaliyetleri nedeniyle idari yargıda davalı konumda olabileceklerinden “kural olarak” ifadesinin tercih edildiği ifade edilmektedir. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 400.

<sup>18</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 400.

<sup>19</sup> ÇELİKKOL, Hüseyin: “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *Adalet Dergisi*, 1985, Sayı 3, s. 770; IŞIKLAR, s. 397. Benzer yönde açıklamalar için bkz. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 400.

İdari yargılama usûlünde husumet kamu düzenine ilişkin bir dava şartı olarak kabul edilir. Bu bağlamda, davanın her aşamasında taraflarca husumetin yanlış makama yöneltildiği ileri sürülebilir veya re'sen araştırma yetkisi kapsamında mahkeme husumeti farklı bir idareye yöneltebilir<sup>20</sup>.

Dava türleri bakımından bir ayırım yapıldığında iptal davalarında, davanın dava konusu işlemi tesis eden idarenin husumetiyle görülüp karara bağlanması gerekir. Daha açık bir ifadeyle husumetin, kesin ve yürütülebilir işlemi tesis eden ve uygulayan idari makama veya onun en üst makamına yöneltilmesi gerekir<sup>21</sup>. Böylece idarenin tesis etmiş olduğu idari işlemde hukuki durumu etkilenenlerin idari yargıda açmış oldukları iptal davası aracılığıyla idarenin hukuk dışı davranışı önlenmeye çalışılır<sup>22</sup>. İptal davalarında, re'sen araştırma yetkisine dayanarak mahkeme gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri ilgili makamdan talep edebileceğinden husumetin yanlış makama yöneltilmesinin davaya bakacak hâkim bakımından pek ehemmiyeti olmadığı ifade edilir<sup>23</sup>. Ancak bu değerlendirmenin doğru olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira husumetin doğru makama yöneltilmesiyle tarafların savunma hakkı korunur. Böylece taraf sıfatına sahip olan makam, yürütmenin durdurulması kararına itiraz edebileceği gibi kanun yollarına da başvurabilir<sup>24</sup>.

İptal davalarında yargılanan idare değil uyuşmazlık konusu idari işlem ise de işlemin hangi makam tarafından ve hangi idari usülle tesis edildiğini belirleyebilmek önemlidir. Bu bağlamda işlemi tesis eden gerçek makama, işleminin hukuka uygunluğunu savunma olanağı tanımak ve yargılama sonucunda verilen kararın uygulanmasını kolaylaştırmak bakımından davalı idare doğru tespit edilmelidir<sup>25</sup>. İptal davalarında aslında denetim konusu olan idari işlemin kendisidir. İsbetli ve sağlıklı bir denetim yapılabilmesi için davaya konu idari işlemin yapılmasında etkisi olan maddi ve hukuki sebeplerin bilinmesi gerektiğinden, husumetin idari işlemi tesis eden makama yöneltilmesi gerekir<sup>26</sup>. Bu çerçevede, işlemi tesis eden ancak kamu tüzel kişiliği bulunmayan idarelere karşı da iptal davası açılabilmesi mümkündür<sup>27</sup>.

2577 sayılı Kanun'un 14. maddesinde dava dilekçelerinin husumet yönünden inceleneceğine ilişkin kural tam yargı davaları bakımından da geçerlidir. Tam yargı davalarında davalı taraf, zarara sebep olan idaredir<sup>28</sup>. İdarenin, yargılama sonucunda tazminat ödemeye mahkûm edilebileceğinden tam yargı davalarında davalı makamın her zaman kamu tüzel kişiliğine sahip olması gerektiği görüşü doktrinde kabul görmemekte, kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan idarelerin de tam yargı davalarında davalı

<sup>20</sup> IŞIKLAR, s. 384; ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 350; AKYILMAZ / SEZGİNLER / KAYA, s. 398-399. Benzer ifadeler için bkz. GÜNDAY, Metin: *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 358.

<sup>21</sup> ÇELİKKOL, s. 767; YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel: *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 501; IŞIKLAR, s. 391. Danıştay kararına konu olan bir olayda Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığının sınırlı yetkili acentelik sözleşmelerinde damga vergisi ve harç alınmasına ilişkin tesis etmiş olduğu işlemin noter odası başkanlıklarına ve noterlere duyurulması amacıyla hazırlanan Türkiye Noterler Birliği genelgesinin iptali talep edilmiştir. İlk derece aşamasında sadece Türkiye Noterler Birliği husumetiyle görülen davada Danıştay, aslında dava konusu edilen işlemin, Gelir İdaresi Başkanlığının düzenleme yapma yetkisine dayanarak damga vergisi ve harç matrahının belirlenmesine ilişkin olduğu ifade ederek Başkanlığın da hasım mevkiine alınmasına karar vermiştir. (Danıştay, VDDK., T. 22.01.2010, E. 2009/419, K. 2010/32, www.lexpera.com.tr, ET: 15.04.2023).

<sup>22</sup> CANDAN, Turgut: "Takdir Komisyonlarının Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Hasım Sorunu", *Danıştay Dergisi*, 1987, Yıl 17, Sayı 64-65, s. 13.

<sup>23</sup> AYÇAN, Ramazan: "İdari Davalarda Husumet Tevcihi", *Türk İdare Dergisi*, 1963, Sayı 282, s. 13, ([http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar\(2\)/1951-1975/1963/Yil34\\_282\\_1963\\_.pdf](http://www.tid.gov.tr/kurumlar/tid.gov.tr/tum-sayilar(2)/1951-1975/1963/Yil34_282_1963_.pdf), ET: 30.12.2022) Benzer açıklamalar için bkz. ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt III*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1783.

<sup>24</sup> ÇAĞLAYAN, s. 349.

<sup>25</sup> Danıştay, 2. D., T. 16.06.2008, E. 2008/4266, K. 2008/2851 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>26</sup> CANDAN, s. 11.

<sup>27</sup> AKYILMAZ / SEZGİNLER / KAYA, s. 400; ÇAĞLAYAN, s. 353; KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022 (2022), s. 419-420; IŞIKLAR, s. 390. Bu yöndeki karar için bkz. Danıştay, İBK., T. 08.03.1979, E. 1971/1, K. 1979/1 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu (24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete).

<sup>28</sup> AKYILMAZ / SEZGİNLER / KAYA, s. 399-400.



olabileceği kabul edilmektedir<sup>29</sup>. *Işıklar*, bu yaklaşımı daha somutlaştırarak, tam yargı davalarında davalı taraf belirlenirken kamu tüzel kişiliğinin bulunup bulunmadığından ziyade zararı tazmine yetkili makam olup olmadığına bakılması gerektiğini ifade eder. Bu bağlamda özel düzenlemelerle bazı makamlara temsil ve taraf ehliyeti tanındığı veya bütçeden harcama yetkisinin tanındığı gözetildiğinde tam yargı davalarında husumetin tüzel kişiliği olmayan makama yöneltilmesinin önünde hukuki bir engel bulunmadığı görülür<sup>30</sup>. Zaten Danıştay da öteden beri kamu tüzel kişiliği bulunmayan idarelere husumetin yöneltilebileceği kanaatindedir<sup>31</sup>.

Ayrıca 02.11.2011 tarihli ve 28103 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 659 sayılı KHK’da yer alan, idarelerin<sup>32</sup> “*kendi iş ve işlemleriyle ilgili olarak açılacak adli ve idari davalar ile tahkim yargılaması ve icra işlemlerinde taraf sıfatını haiz*” (m. 6/1) olduğuna ilişkin hüküm uyarınca kamu tüzel kişiliği bulunmuyorsa da kurum, 5018 sayılı Kanun’da<sup>33</sup> yer verilen I ve II sayılı cetvellerde yer alıyorsa davalı makam olarak gösterilmesi mümkündür<sup>34</sup>.

Zarar görmüş kişilerin haklarının bir an önce temin edilebilmesi ve aynı zamanda kişilerin maddi haklarına erişimde olası bir usûli engelin çıkmaması için yargılamanın en başında husumetin doğru belirlenmesi önemlidir<sup>35</sup>. Tam yargı davalarında aslında hâkim davalıya bir borç yüklediğinden<sup>36</sup> husumetin bu yükümlülüğü yerine getirecek olan makama yöneltilmesi gerekir<sup>37</sup>. Zarar doğurucu eylemi gerçekleştirilmeyen idarenin yargı kararıyla da olsa hasım mevkiine alınması mümkün değildir. Bu bağlamda husumet, kanun yolları aşamasında tek başına bir bozma nedeni olarak kabul edilmiştir.

İdari yargıda davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması hâlinin yaptırımının olmamasının sebebi, doğru hasımın davacı tarafından belirlenmesindeki güçlüktür<sup>38</sup>. İdare hukukunda kamu idarelerinin görev ve yetkileri mevzuatta dağıntık şekilde düzenlenmiştir. Davacıların hakkını ihlal eden eylemi gerçekleştiren idarenin tespit edilmesindeki güçlük sebebiyle davacı tarafından salt davalı makamın yanlış belirlendiğinden bahisle davanın reddedilmeyerek hasımın düzeltilmesi yoluna gidilmesine<sup>39</sup> ilişkin kural, yargı organlarınca geniş yorumlanmıştır. Bu çerçevede davalının özel hukuk kişisi olarak belirlendiği veya zarar veren makamın birden fazla olduğu ve davalı makamın yanlış veya eksik gösterildiği durumlarda husumetin kime yöneltilmesine yargı kararları ile açıklık getirilmiştir.

<sup>29</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 400-401; KAPLAN, s. 370-371; IŞIKLAR, s. 390. Bu konuda ayrıca: “Her idari birimin yargılama bakımından sınırsız ve belli bir esasa dayanmayan şekilde ehliyetli olduğunu kabul etmek, hukuk tekniği ve mantığı ile bağdaşmaz. Bir kere idari işlem yapılırsa bile her idari birime dava tarafı olabilme yetkisi tanımak birçok güçlüğü ve karışıklığa yol açacaktır.” görüşü dile getirilmiştir. Bkz. IŞIKLAR, s. 389. *Kaplan*, kamu tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı iptal ve tam yargı davası açılabilmesini gerekli ve doğru bir uygulama olmadığını ileri sürmektedir. Fakat kamu tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlara karşı iptal davası açılabilirdiği takdirde zorunlu olarak aynı kuruluşlara karşı tam yargı davasının da açılabilmesinin kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için KAPLAN, 2011, s. 371-372.

<sup>30</sup> IŞIKLAR, s. 393-394. Özel düzenlemeyle davalı sıfatı tanınmış kurumlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. IŞIKLAR, s. 415-417.

<sup>31</sup> Danıştay, İBĞK, T. 08.03.1979, E. 1971/1 K. 1979/1 (06.02.1980 tarihli ve 16892 sayılı Resmî Gazete). Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. KAPLAN, 2022, s. 419-420.

<sup>32</sup> Mevzuatta geçen idare tanımı, “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) ve (II) sayılı cetvellerde belirtilen kamu idarelerini” ifade eder şekilde kullanılmıştır (659 sayılı KHK m. 2).

<sup>33</sup> 24.12.2003 tarihli ve 25326 sayılı Resmî Gazete.

<sup>34</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 401.

<sup>35</sup> Örneğin ilk derece mahkemesi tarafından zarar gören kişinin zararının karşılanması yönünde 2016 yılında hüküm tesis edilen bir dosyada Danıştay, 2021 yılında husumetin başka bir idari makama yöneltilmesi gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın anılan mahkemeye gönderilmesine karar vermiştir. Bkz. Danıştay, 10. D., T. 20.09.2021 E. 2016/2144, K. 2021/4111 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>36</sup> ONAR, s. 1783.

<sup>37</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Yönetmelik Yargı*, 30. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 279.

<sup>38</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 399.

<sup>39</sup> Danıştay, 10. D., T. 25.04.2022, E. 2021/5333, K. 2022/2324 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 04.05.2023).

### III. TAM YARGI DAVALARINDA DAVALI TARAFIN BELİRLENMESİNDE KULLANILAN ÖLÇÜTLER

Tam yargı davalarında husumet karara karşı değil, idari eylemi veya eylemsizliği<sup>40</sup> gerçekleştiren idareye yöneltilmektedir<sup>41</sup>. Davanın başında davacı tarafından belirlenen<sup>42</sup> makamın yargı organlarının yapacağı re'sen araştırma uyarınca değişmesi mümkündür. Yargı organları, davacının beyanından bağımsız olarak hasım mevkiine alınan tarafın zarar verici eylemi gerçekleştirip gerçekleştirmediğini ve varsa zarara katılan gerçek veya tüzel kişilerin zararın ortaya çıkışındaki etkisini araştırmaktadır. Bu bağlamda, öncelikle, “idari yargıda davalı idaredir” kuralı çerçevesinde davalının özel hukuk kişisi olup olmadığı incelenmektedir. Husumetin idareye yönelildiği durumlarda da davalı idarenin sorumluluk alanını belirleyebilmek için mevzuatta ilgili idareye tanımlanmış görevlere bakılmaktadır.

#### A. Özel Hukuk Kişisi Olmama

İdari davalarda özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin davalı sıfatına sahip olamayacağı ancak<sup>43</sup> istisnai olarak idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklarda, idare dışında sözleşmenin karşı tarafının da davalı makam olarak gösterilmesinin mümkün olduğu ifade edilir<sup>44</sup>.

İdarelerin kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında özel hukuk tüzel kişilerinden yardım alabilmeleri mümkündür. Doktrinde, kamu hizmetini yürütmekte olan özel hukuk kişilerinin üstün kamusal yetkiler kullanarak tesis etmiş oldukları işlemlerin idare hukukuna tabi olduğu<sup>45</sup> ve hizmetten yararlanan üçüncü kişilerin, istisnai olarak, kamu hizmetini yürüten özel hukuk kişilerini hasım göstermek suretiyle hizmetin yürütülmesine ilişkin kamusal işlemlere karşı idari yargıda iptal davası açılacağı ifade edilir<sup>46</sup>.

Tam yargı davaları, idarenin eylem veya işlemlerinden doğan zararların kusur veya kusursuz sorumluluk esaslarına göre karşılandığı davalardır. İdarenin hizmet kusurunun bulunduğu durumlarda zarar doğurucu eylemi gerçekleştiren kamu görevlisinin belirlenmesi gerekli olmadığı gibi bazen bu mümkün de olmayabilir. Kamu hizmetinin yürütülmesinde, işleyişinde veya teşkilatlanmasında meydana gelen düzensizlik veya eksiklik hâlleri idarenin hizmet kusuruna işaret eder ve<sup>47</sup> bu durumda Anayasa'nın ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanun'un<sup>48</sup> amir hükümleri gereğince husumeti ilgili

<sup>40</sup> Örneğin kendisine ait taşınmazda ekimini yaptığı pamuğun, yeterli su verilmemesi nedeniyle kurduğundan bahisle zarara uğradığına ilişkin açılan davada idarenin eylemsizliği zarar doğurucu davranış olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Danıştay, 10. D., T. 20.09.2021 E. 2016/2144, K. 2016/4111 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>41</sup> AYÇAN, s. 14.

<sup>42</sup> 2577 sayılı Kanun'un idari davaların açılması başlıklı üçüncü maddesinde dava dilekçesine, “ *tarafların ve varsa vekillerinin veya temsilcilerinin ad ve soyadları veya unvanları ve adresleri ile gerçek kişilere ait Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarası*”nın yazılması gerektiği düzenlenmiştir.

<sup>43</sup> Bu yöndeki açıklamalar için bkz. AYÇAN, s. 6; CANDAN, s. 7. Mülga 521 sayılı Danıştay Kanunu'nun 31. maddesinde: “*Danıştaya temyiz yola ile başvurma için belli olan sürenin geçmesi ile temyiz hakkı düşer. Ancak, taraflardan biri, süresi içinde temyiz yoluna başvurduğu takdirde diğer taraf, cevap verme süresi içinde temyiz davası açabilir.*” hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm çerçevesinde temyiz davalarında, il ve ilçe kuraları tarafından alınan kararlar üzerine idare tarafından açılacak davalarda husumetin gerçek kişiye yöneltilmesinin mümkün olması idari yargıda husumetin gerçek kişiye yöneltilmeyeceği kuralının bir istisnası olarak kabul edilmişti. Bkz. AYÇAN, s. 6.

<sup>44</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 400; GÖZÜBÜYÜK, s. 278; IŞIKLAR, s. 397; KAPLAN, 2011, s. 372. Bu konuda *Ulusoy*, uygulamada pek rastlanılan bir husus olmasa da idarenin, sözleşmenin tarafı olan özel hukuk kişisine karşı sözleşme hükümlerini uygulaması kapsamında idari yargıda dava açabileceğini ifade etmektedir. ULUSOY, Ali D.: *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 816. Ayrıca üçüncü kişilerin, idari sözleşmeye dayanarak idarenin tesis ettiği işlem veya eylemlere karşı idari yargıda açacakları davalarda kural olarak idarenin hasım olarak gösterilmesi gerektiğini ifade eden yazarlar bulunmaktadır. YENİCE / ESİN, s. 503; KAPLAN, 2011, s. 372; IŞIKLAR, s. 397.

<sup>45</sup> YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 329. Danıştay, idari karar alma yetkisine ve gücüne sahip olan özel hukuk kişilerinin, kamu hizmetini yerine getirirken kamu makamı olarak hareket ettiğine işaret ederek işlemlerinin idare hukuku kurallarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Bu kapsamda yüksek mahkeme, ruhsat usulü ile elektrik dağıtım hizmeti yürüten özel şirketin tek yanlı olarak hizmetten yararlanan kişinin hukukunda değişiklik yapan ve idari işlem niteliğinde olan kararına karşı idari yargıda dava açılmasını ve özel hukuk kişisinin davalı olarak gösterilmesini hukuka uygun bulmuştur. Bkz. Danıştay, 13. D., T. 06.02.2013, E. 2012/1871, K. 2013/276 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 07.07.2023). Bu yöndeki açıklamalar için ayrıca bkz. ULUSOY, s. 817.

<sup>46</sup> ULUSOY, s. 817.

<sup>47</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 534-535.

<sup>48</sup> 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

idareye yöneltilmesi gerekir<sup>49</sup>. Tam yargı davaları özelinde Anayasa'nın<sup>50</sup> 129/5 ve 40/2 maddelerinin idari yargılama usûlünde davalı makamın gerçek kişi olarak belirlenmesinin önünde hukuki engel olduğu kabul edilebilir<sup>51</sup>. Bu çerçevede doktrinde kamu hizmeti, sözleşme ile özel hukuk kişilerince yürütülse dahi, hizmetin asıl sahibi ve sorumlusunun idare olduğundan bahisle husumetin idareye yöneltililebileceği ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

Davalı makamın tespit edilmesi aynı zamanda idari yargının görev alanı konusu ile doğrudan ilgilidir. Bu yüzden “idari yargıda davalı idaredir” kuralı bir uyumsuzluğun görev alanının da belirlenmesinde bir ölçüt olarak öne çıkmaktadır<sup>53</sup>. Uyuşmazlık Mahkemesi ise de bazı özel hukuk tüzel kişilerini “kamu kurumu niteliği ağır basan” veya “kamu tüzel kişiliğine yaklaşan” kavramlarıyla<sup>54</sup> ifade ederek “davalı taraf idaredir” kuralını aşmaya çalışmıştır<sup>55</sup>.

Tam yargı davalarında husumet gerçek kişiye yöneltilmişse dava konusu uyumsuzluğun idari yargının görev alanına girip girmediğine göre ikili bir ayırım yapmak mümkündür. İdari yargının görev alanına girmeyen bir uyumsuzlukta husumet gerçek kişiye yöneltilmiş ise mahkeme davanın görev yönünden reddine karar verebilir. İdari yargının görev alanına giren bir uyumsuzlukta husumet gerçek kişiye yöneltilmiş ise doktrinde birden fazla ihtimal üzerinde durulmaktadır. Yargı organlarının davanın görev yönünden reddine, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine veya dilekçenin reddine olmak üzere üç farklı karar vermesi mümkündür<sup>56</sup>. Danıştay, idari makamın yanında gerçek kişinin de davalı olarak gösterildiği davalarda gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak mahkemece tespit edilen idarenin davalı konuma alınmasını hukuka uygun bulmamaktadır. Bu bağlamda husumetin sadece gerçek kişiye yöneltildiği durumlarda idari yargı organlarının tespit ettikleri davalı makamı hasım mevkiine almaları ve gerçek kişi bakımından davanın reddine karar vererek hasım konumuna alınan idare yönünden uyumsuzluğun çözülmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>57</sup>.

<sup>49</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 568.

<sup>50</sup> 09.11.1982 tarihli ve 17863 sayılı Resmî Gazete.

<sup>51</sup> “Kişinin, Resmî görevler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” (Anayasa m. 40/2), “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” (Anayasa m. 129/5) ve “Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.” (657 sayılı Kanun m. 13) düzenlemeleri uyarınca kamu görevlilerinin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararlardan dolayı dava ancak idareye karşı açılabilir.

<sup>52</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 413. Danıştayın aksi yöndeki 1966 tarihli bir kararında, “İmtiyaz mukavelesi ile kendisine amme hizmeti tevdi edilen şirketin bu işlerin yapılması sırasında iras edilen zarardan dolayı çıkan ihtilâflarda husumet mevkiinde bulunması gerekirken dilekçede yazılı olduğu şekilde Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün hasım gösterilmesinde isabet bulunmadığı”na karar verilmiştir. Bkz. Danıştay, 12. D., T. 29.09.1966, E. 1965/4166, K. 1966/2826 (Danıştay Kararlar Dergisi, 1967, Sayı 107-110, Yıl 30, s. 539, <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2022-12-26-11-44-9529904.pdf>, ET: 07.07.2023).

<sup>53</sup> KAPLAN, Onur: “Elektrik Dağıtım Faaliyetiyle İlgili Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İdari Davalarda Husumet Kavramını Yeniden Düşünmek”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2 (Elektrik), s. 1566.

<sup>54</sup> Gözler, “kamu kurumu benzeri bir kuruluş”, “karma nitelikli bir kamu tüzel kişisi”, “kamu benzeri bir kuruluş” ve “kamu tüzel kişiliğine yaklaşan yeni bir müessese” gibi kavramlarla üçüncü bir tür kamu tüzel kişiliği oluşturulamayacağı kanaatindedir. GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s. 244-245. Bu kapsamda, kamu tüzel kişisi olmamakla birlikte görev ve yetkileri sebebiyle organize sanayi bölgelerine, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına, Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketine ve Türkiye Jokey Kulübüne husumetin yöneltilmesine ilişkin idari yargı kararları bulunduğunu ifade etmek gerekir. AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 411-412.

<sup>55</sup> KAPLAN, *Elektrik*, s. 1568. Yazar çalışmasında ayrıca, uyumsuzluk mahkemesi kararlarında elektrik dağıtım faaliyeti bakımından görevli kuruluş olan Türkiye Elektrik Dağıtım Anonim Şirketi'nin (TEDAŞ) tesis ettiği tek yanlı işlemler için idari yargıda dava açılabilirliğinin kabul edildiğini ancak diğer dağıtım şirketi tarafından yapılan işlemler veya eylemler bakımından doğan uyumsuzlukların adli yargının görev alanına bırakıldığını vurgulamaktadır. KAPLAN, *Elektrik*, s. 1570-1572. Ancak Danıştayın, elektrik dağıtım hizmeti şirketi olarak faaliyet gösteren ve özel hukuk kişisi olan ... A.Ş. Genel Müdürlüğü'nün kamu hizmetinin yürütülmesini teminen tek yanlı olarak tesis edilen ve ilgilinin hukukunda değişiklik işleminin yargısal denetiminin idari yargıda yapılmasını uygun bulan kararı gözetildiğinde Uyuşmazlık Mahkemesi ile aynı görüşte olmadığını ifade etmek gerekir. Bkz. Danıştay, 13. D., T. 06.02.2013, E. 2012/1871, K. 2013/276 (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, ET: 07.07.2023).

<sup>56</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 412-413. *Gözübüyük*'e göre tam yargı davalarında gerçek kişinin gösterilmesi hâlinde idari yargı organları davanın görev yönünden reddine karar vermelidir. Bkz. GÖZÜBÜYÜK, s. 374. *Işıklar*'a göre kamu görevlisinin kişisel kusuruna dayanmayan bir uyumsuzlukta kamu görevlisi davalı olarak gösterilmiş ise yargı organları görevsizlik kararı vermeyerek dilekçenin reddine karar vermelidir. Bu görüşünü de özel şahsın görev kusuru veya kusursuz sorumluluk hâllerinden birinin söz konusu olabileceği ihtimallerine dayandırmaktadır. Bkz. İŞIKLAR, s. 384.

<sup>57</sup> Uyuşmazlık konusu olayda, sürekli dilekçe vererek aynı kişilerden ve konulardan bahsederek şikâyette bulunan kişinin, ruhsal yapısı ve akli melekeleri yönünden rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti amacıyla cumhuriyet savcısı tarafından kolu mühürlenerek has-

Kanaatimizce idari yargının görev alanına giren uyuşmazlıklarda özel hukuk kişinin yanında idari makamın da davalı olarak gösterilmiş olduğu hâllerde, 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi uyarınca aynı dilekçe ile dava açabilmesi mümkün olmadığından mahkemenin dilekçenin reddine karar vermesi uygun olacaktır<sup>58</sup>. Nihayetinde tam yargı davalarında davacı dava açarken uyuşmazlık konusu olayda görev kusuru, hizmet kusuru veya kişisel kusurun olup olmadığından ziyade zararını karşılayabileceği bir muhatap bulmak gayretinde olabilir. Bu durumda davacının Anayasa'nın ve 657 sayılı Kanun'un öngördüğü süreçten bağımsız olarak kendince verilen hizmetten ve hizmetin sunum şartlarından doğan bir aksaklığı hizmeti yürüten kamu görevlisine atfederek husumeti gerçek kişiye yöneltmiş olması mümkündür. Diğer yandan davacının, davalıyı gerçek kişi olarak belirlediği durumlarda davacı, zararının karşılanmasından ziyade doğrudan zarar verdiğini düşündüğü kamu görevlisinin davalı konumda olacağı bir yargılama sürecini başlatmak gayretinde olabilir. Kanaatimizce Anayasa'nın 36. maddesinde yer alan, "*herkes meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" düzenlemesi gereğince husumet özel hukuk kişisine yöneltilmişse idari yargı organlarının dilekçenin reddine karar vererek dava açmak isteyen kişiye seçimlik hak tanınması gerekir.

## B. İdari Eylemi Doğrudan Gerçekleştiren Makam Olmak

Danıştay kararlarında idari eylem eylemsizliği de kapsayacak şekilde, "*idarenin işlevi sırasındaki bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği*" olarak tanımlamış ve eylem, "*idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir deyişle; öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarruf*" olarak ifade edilmiştir<sup>59</sup>. Tam yargı davalarında hizmetten doğan zararların karşılanabilmesi için husumetin nihai olarak zararı tazmin yetkisi olan makama yöneltilmesi gerekmektedir<sup>60</sup>.

Kamu idareleri, kamu hizmetlerini yürütürken hizmetin işleyişini sürekli denetlemekle ve hizmet yerine getirilirken gerekli önlemleri almakla yükümlü oldukları için<sup>61</sup> gereken önlemlerin alınmaması hâlinde idarenin sorumluluğuna gidilebilir<sup>62</sup>. Dolayısıyla idarelerin yapmakla yükümlü olduğu görevi özel veya tüzel kişilere yaptırmasının ve zararın bu hizmetin niteliğini değiştirmeyeceğinden idarenin eylemsizliğinin de zararın meydana gelmesinde etkisi olduğu gerekçesiyle ilgili idareye husumet yö-

taneye gönderilmesi üzerine uğranılan zararın karşılanması talebiyle dava açılmıştır. Bu davada davacı davalı olarak cumhuriyet savcısını gösterdiğinden ilk derece aşamasında davanın görev yönünden reddine karar verilmiştir. Dosyayı temyizen inceleyen Danıştay, uyuşmazlığı idari yargının görev alanında değerlendirerek davanın görev yönünden reddedilmesini hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir. Öte yandan "*gerçek kişi hasım gösterilerek açılan davalarda, gerçek kişinin hasım mevkiinden çıkarılarak onun yerine, mahkemece tespit edilen idarenin davalı konumuna alınması mümkün olmamakla birlikte; hasım olarak gösterilen gerçek kişinin yanında idarenin de hasım konumuna alınması suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesine*" karar verilmiştir. Bkz. Danıştay, 10. D., T. 26.11.2008, E. 2006/7165, K. 2008/8312 (www.lexpera.com.tr, ET: 05.04.2023).

<sup>58</sup> 2577 sayılı Kanun uyarınca dava dilekçesi 3. ve 5. maddeye uygun olmadığında dilekçenin reddine karar verilmesi gerekmektedir (İYUK m. 14/3/g- m. 15/1/d). 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, "*Her idari işlem aleyhine ayrı dava açılır. Ancak, aralarında maddi veya hukuki yönden bağılılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunan birden fazla işleme karşı bir dilekçe ile de dava açılabilir. Birden fazla şahsın müşterek dilekçe ile dava açabilmesi için davacıların hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması ve davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması gerekir.*" hükmü yer almaktadır. Anayasa ve 657 sayılı Kanun hükümleri ile 2577 sayılı Kanun'un 5. maddesi dikkate alındığında "aynı dilekçe ile dava açılabilir" hâllerden birinin oluşmadığı da muhakkaktır.

<sup>59</sup> Danıştay, 10. D., T. 18.04.2006, E. 2004/8703, K. 2006/2507 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>60</sup> 1949 tarihli Danıştay Dava Daireleri Kurulu kararında da "*hizmet kusurunun vukuuna sebebiyet veren, hizmeti nihai olanak tanzim yetkisine malik bulunan en yüksek idari makam aleyhine*" dava açılabilirliği ifade edilmiştir (Danıştay, DDK., T. 01.04.1949, E. 1948/153-1949, K. 1949/44, Danıştay Kararlar Dergisi, 1949, Sayı 43-44, Yıl, 13, s. 56, <https://www.danistay.gov.tr/assets/pdf/yayinlar/dergi/2022-12-26-11-23-9365693.pdf>, ET: 07.07.2023). Çelikkol da tam yargı davalarında husumetin ita amiri durumunda bulunan en yüksek idari makama yönetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. ÇELİKKOL, s. 769.

<sup>61</sup> Danıştay, 6. D., T. 30.03.2021, E. 2020/10212, K. 2021/4621 (www.lexpera.com.tr, ET: 25.03.2023).

<sup>62</sup> Konuya ilişkin bir Danıştay kararında idarelerin gerekli önlemleri almadığı ve denetimi yapmadığından bahisle sorumlu olduklarına dikkat çekilmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, bir iş hanında meydana gelen patlama sonucunda davacı şirket tarafından sigortalı olan iş hanı içerisindeki işyerlerinin hasara uğraması nedeniyle polişe sahiplerine ödenen miktar ilgili idarelerden talep edilmiştir. Danıştay, zarar gören işyerlerinin içinde yapı kullanma izni verilmeyen ve/veya alınmayan yapıların olduğu vurgulamıştır. Bu bağlamda zarar gören işyerlerinin söz konusu izinler bulunmamasına rağmen davalı idareler tarafından sunulan hizmetlerden yararlandırıldığı gözetilerek sigortalı şirketlerin tüm zarara katlanması davalı idarelerin yürüttüğü hizmetten kaynaklanan sorumluluğunu bertaraf edebileceğinden ilçe belediyesinin müterafik kusurunun bulunduğuna karar verilmiştir (Danıştay, İDDK., T. 25.04.2022, E. 2021/3296, K. 2022/1635, <https://karararama.danistay.gov.tr/>, ET: 27.03.2023).

neltimesi mümkündür<sup>63</sup>. Ancak idarenin eylemsizliğine hukuki sonuç bağlayabilmek için idareye belli bir şekilde hareket etme zorunluluğunun mevzuatta düzenlenmiş olması gerekir<sup>64</sup>.

Örneğin bir uyuşmazlıkta sahihsiz köpeklerin saldırısına uğrayıp zarar gören kişinin açmış olduğu dava, ilçe belediye başkanlığının husumetiyle görülüp karara bağlanmıştır. Karar, kanun yollarına gitmeden kesinleşmiş ve Danıştay savcısı ilk derece yargılaması aşamasında husumetin yanlış makama yöneltildiği gerekçesiyle kanun yararına temyiz yoluna<sup>65</sup> başvurmuştur. Kararda dikkat çekici olan husus, idari yargıda husumetin kanun yararına temyiz yoluna gidilebilecek kadar ciddi bir hukuka aykırılık olarak değerlendirilmiş olmasıdır. Danıştay kararında, sahihsiz hayvanların korunması, bakım ve gözetimi, saldırgan olanların eğitilmesi ve sahiplendirilmesi gibi konuların hasım mevkiine alınan idarelerin görev ve sorumluluğunda olduğunu vurgulamıştır. Nihayetinde 5393 sayılı Belediye Kanunu<sup>66</sup>, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu<sup>67</sup> ve Hayvanların Korunmasına Dair Uygulama Yönetmeliği<sup>68</sup> kapsamında yerel yönetimlere verilen görevler dikkate alınarak Konya Valiliğinin ve Konya Büyükşehir Belediyesinin de hasım konumuna alınmasına karar verilmiştir<sup>69</sup>.

Bilindiği üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesinde hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği düzenlenmiştir. Bu bağlamda, bir uyuşmazlığın çözümünün özel veya teknik bir bilgiyi gerektirmesi durumunda, mahkemelerin gerekçesini de belirtmek suretiyle bilirkişi raporlarının aksi yönünde karar vermesi mümkündür. Sorumlu idarenin tespit edilebilmesi amacıyla bilirkişiye başvuru bir uyuşmazlıkta Danıştay, bilirkişi raporunun somut veriler dikkate alınmadan hazırlandığı gözetilmeden karara esas alınmasını bir bozma nedeni olarak kabul etmiştir.

Danıştay kararına konu olan olayda, Şile Belediyesi sınırları içerisinde bulunan "İstanbul Kamp Sahil Plaj" adlı işletmeye ait plajda, denizde boğularak hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından açılan davada, idare mahkemesince yapılan bilirkişi incelemesi neticesinde Afet ve Acil Durum Başkanlığı (AFAD), Sahil Güvenlik Komutanlığı, Sahilköy Jandarma Komutanlığı, Şile Belediyesi ve İstanbul Büyükşehir Belediyesinin raporda belirlenen oranda sorumlu olduğuna karar verilmiştir. Danıştay ise bilirkişi raporunda davalı idarelerin ayrı başlıklar hâlinde ve hangi mevzuat hükümleri çerçevesinde sorumluluklarının bulunduğu tereddütte yer vermeyecek şekilde ortaya koyulmadığını ifade ederek bölge idare mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>70</sup>.

<sup>63</sup> Danıştay, 6. D., T. 30.03.2021, E. 2020/10212, K. 2021/4621, İdare Mahkemesi Gerekçesi (www.lexpera.com.tr, ET: 25.03.2023). Uyuşmazlık, heyelan sebebiyle oturulamaz duruma gelen bina ve eklentilerinin bedelinin, bölgenin imara kapatılması nedeniyle arsa rayiç değer kaybının, ağaç ve ürün bedellerinin, oluşan kira kaybının ve ev eşyalarında meydana gelen zararın karşılanması talebine ilişkindir. Danıştay, ilk derece mahkemesince hasım mevkiine alınan Belediye Başkanlığı, Karayolları Genel Müdürlüğü ve davalılar yanında davaya katılan ... İnşaat Ticaret Madencilik ve San. Ltd. Şti, davacılar, arsa sahipleri, yapı müteahhitleri, fenni mesuliyet üstlenenler gibi dava konusu zararda sorumluluğu bulunanların ve kusur oranlarının tespit edilmediği gerekçesiyle kararın bozulmasına karar vermiştir.

<sup>64</sup> Taşınmaza ekilen pamuğa, yeterli su verilmemesi nedeniyle kurduğundan bahisle uğranılan zararın tazmini talebiyle açılan davada Danıştay, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün hasım mevkiinden çıkarılarak sadece Sulama Birliği yönünden hüküm kurulmasını usul hükümlerine uygun bulmamıştır. Olay tarihinde yürürlükte olan 6200 sayılı Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne Yürütülen Hizmetler Hakkında Kanun'da Müdürlüğe verilmiş görevlerin dikkate alınmayarak sadece Sulama Birliğinin hasım mevkiine alınarak davacıya 53.947.47 TL'nin ödenmesi yönündeki ilk derece mahkemesinin kararın bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. Danıştay, 10. D., T. 20.09.2021 E. 2016/2144, K. 2021/4111 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>65</sup> 2577 sayılı Kanun'un 51. maddesinde, "İdare ve vergi mahkemeleri ile bölge idare mahkemelerinin kesin olarak verdiği kararlar ile istinaf veya temyiz incelemesinden geçmeden kesinleşmiş bulunan kararlardan niteliği bakımından yürürlükteki hukuka aykırı bir sonucu ifade edenler, ilgili bakanlıkların göstereceği lüzum üzerine veya kendiliğinden Başsavcı tarafından kanun yararına temyiz olunabilir." hükmü yer almaktadır.

<sup>66</sup> 13.07.2005 tarihli ve 25874 sayılı Resmî Gazete.

<sup>67</sup> 01.07.2004 tarihli ve 25509 sayılı Resmî Gazete.

<sup>68</sup> 12.05.2006 tarihli ve 26166 sayılı Resmî Gazete.

<sup>69</sup> Danıştay, 8. D., T. 12.03.2021, E. 2020/7528, K. 2021/ 1532 (01.07.2021 tarihli ve 31528 sayılı Resmî Gazete).

<sup>70</sup> Danıştay, 8. D., T. 12.04.2022, E. 2018/775, K. 2022/2601 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 04.05.2023). Kararda, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun belediyelerin görev ve sorumluluklarını düzenleyen 14. ve 15. maddeleri kapsamında ilçe belediyesinin ve zararın meydana geldiği yıl yapılan cankurtaran hizmetleri alımı ihalesinde bu plajı ihale kapsamına almayan ilgili büyükşehir belediyesinin sorumluluğuna dikkat çekilmiştir. Mahkeme, işletmenin insanları ölüm tehlikesi konusunda uyarıp bölgede denize girmemeyi tavsiye eden hatta yasaklayan levhaları bulundurmadığını gözeterek bilirkişinin bu duruma raporunda yer vermemiş olmasını bir eksiklik olarak yo-

Yukarıda bahsedilen örnekte olduğu gibi salt idari eylemden kaynaklanan uyuşmazlıklarda kusurlu idarelerin belirlenmesine yönelik olarak alınan bilirkişi raporları, hasım mevkiine alınacak idarenin tespitinde belirleyici olabilir. Ancak bilirkişi raporu hazırlanırken zararda etkisi olan idari makamların görevlerinin tespit edilmesine ilişkin mevzuat hükümlerinden bağımsız bir rapor hazırlanmaması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

### C. Birden Fazla Makamın Davalı Olması Hâli

Tam yargı davalarında, idarenin faaliyetlerinden zarara uğrayan kişilere kusur veya kusursuz sorumluluk esaslarına göre belli bir miktar paranın ödenmesi öngörülmüştür. Ancak idarenin hukuki sorumluluğu prensibi ile amaçlanan “*lütuf ve atıfet duygularıyla*” kişilere belirli miktarda paranın ödenmesi değil, içtihatlarla idarenin hukuki sorumluluk alanının ve sebeplerinin ortaya koyulabilmesidir<sup>71</sup>. Zararın birden çok kamu kuruluşunun katkısıyla meydana gelmesi durumunda hepsinin bir arada davalı makam olarak gösterilmesi mümkündür<sup>72</sup>. Bu hâlde davayı açan kişinin davalı olarak göstermiş olduğu her bir idareye başvurulması gerekir<sup>73</sup>.

Tam yargı davalarında davacının ya da mahkemenin birden fazla idareyi davalı konuma alması davanın husumet yönünden bozulmasını engellemeye yönelik olumlu bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Ancak yargı organları kanun yolları aşamasında davalı makamın yanlış belirlendiğini tespit ederlerse bunu bir bozma sebebi olarak dikkate alırlar. Nihayetinde husumetin doğru belirlenmesi hâlinde zarar verici eylemi ifa eden idareye görevleri hatırlatılır ve husumetin doğru belirlenmesi ile yargı kararının uygulanması aşamasında zararı kimin karşılayacağına ilişkin tereddütler ortadan kaldırılmış olur.

Tam yargı davaları bakımından, zarar doğurucu eylemin hangi idarenin sorumluluk alanı içerisinde bulunduğu açıkça çıkarılması ve sorumlu idarenin hizmet kusurunun belirlenebilmesi için<sup>74</sup> davalı makamın doğru belirlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla davalı makamın hiç belirlenmemesi veya yanlış belirlenmesi kadar ortaya çıkan zarardan tek bir idarenin sorumlu olduğu durumlarda birden fazla idareye hasım mevkiinde yer verilmiş olması da Danıştay tarafından bozma sebebi olarak kabul edilmiştir. Davacının köyde kendi bahçesi içerisinde boz ayının saldırması neticesinde ölmesi üzerine açılan davada Tarım ve Orman Bakanlığının yanına başka bir bakanlığın ve valiliğin de davalı olarak belirlenmesi uygun bulunmuş ve dosya bu hâliyle karara bağlanmıştır. Ancak Danıştay, 4915 sayılı Kara Avcılığı Kanunu<sup>75</sup> hükümleri ve olayın gerçekleştiği yıl Merkez Av Komisyonu kararını dikkate alarak Tarım ve Orman Bakanlığı tarafından yaban hayvanlarını koruma görevi kapsamında mutlak koruma altına alınan boz ayının saldırısı sonucunda ölen kişinin zararının kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca karşılanması gerektiğinden ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına karar vermiştir. Mahkeme kararında, zarar doğurucu eylem ile ilgisi bulunmayan idarelerin hasım mevkiinden çıkarılması ve uyuşmazlığın sadece Tarım ve Orman Bakanlığı husumetiyle görülmesi gerektiğini ifade etmiştir<sup>76</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki birden fazla idareye husumetin yöneltildiği ve idarelerin yargı-lamanın her aşamasında davayı takip ettiği durumda, nihai karar aşamasında bazı idareler bakımından

---

rumlamıştır. Sonuç olarak olayın vuku bulduğu yerde Türk Arama Kurtarma Yönetmeliği uyarınca Sahil Güvenlik Komutanlığının arama kurtarma faaliyetlerinin etkin şekilde koordinasyonundan sorumlu olduğunu ifade ederek bu idarenin hasım mevkiine alınmasına ve dava konusu olayda herhangi bir sorumluluğunun bulunmadığı kanaatine varılan Afet ve Acil Durum Yönetimi Başkanlığının hasım mevkiinden çıkarılması gerektiğine karar verilmiştir.

<sup>71</sup> Danıştay, 10. D., T. 10.11.2020, E. 2015/3965, K. 2020/4680 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023); Danıştay, 8. D., T. 12.04.2022, E. 2018/775, K. 2022/2601 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 04.05.2023).

<sup>72</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 378.

<sup>73</sup> Danıştay, 10. D., T. 25.04.2022, E. 2021/5333, K. 2022/2324 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 04.05.2023).

<sup>74</sup> Danıştay, 10. D., T. 07.03.2006, E. 2003/198, K. 2006/1755 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>75</sup> 11.07.2003 tarihli ve 25165 sayılı Resmî Gazete.

<sup>76</sup> Danıştay, 10. D., T. 10.11.2020, E. 2015/3965, K. 2020/4680 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023). Her ne kadar çalışmanın bu kısmına kadar yapılan açıklamalar ve yargı kararları idarenin eylemsizliği hususunda idarenin kusur sorumluluğuna işaret ediyor olsa da bu kararda idarenin eylemsizliğinden doğan zararların idarenin kusursuz sorumluluk çerçevesinde de sorumlu olabileceğini görülmektedir.

sorumluluğun bulunmadığı kanaatine varılırsa ilgili idarelerin sadece hasım mevkiinden çıkarılması yeterli olmamakta, aynı zamanda ilgili idareler bakımından davanın reddine karar verilmesi gerekmektedir<sup>77</sup>.

Danıştayın bazı kararlarında da zararın ihmaller zinciri olarak farklı idarelerin katılımıyla ortaya çıktığının tespit edildiği görülür. Örneğin Edremit’te bulunan sağlık ocağında yapılan beşli karma aşı sonrasında görülen yan etkiler sonrasında, önce Edremit Devlet Hastanesinde, sonra Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinde yürütülen tedavide ihmaller zinciri olması sebebiyle sağlık hizmetinin kusurlu olarak işletildiği gerekçesiyle açılan davada, husumet Sağlık Bakanlığı ve Ege Üniversitesine yöneltmiştir<sup>78</sup>. Bir başka olayda, yağın yağmur nedeniyle derenin taşması sonucu gümrüklenmek üzere depoda bulunan malların hasara uğramasından kaynaklanan zarar sigorta şirketi tarafından karşılanmış ve ödenen bedelin karşılanması talebiyle idare aleyhine açılan davada şirketin talebinin reddine karar verilmiştir. Bu karar aleyhine kanun yollarına başvurulması üzerine<sup>79</sup> dosyayı inceleyen Danıştay 8. Dairesi, ortaya çıkan zarardan dere yatağına yerleşim izni veren ve taşın derenin bakımını yapmayan belediyenin<sup>80</sup> ve yağmur sularının tahliyesi konusunda İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi (İSKİ) Genel Müdürlüğünün sorumlu olduğuna karar vermiştir<sup>81</sup>. Kararın bozularak ilk derece mahkemesine gönderildiği uyuşmazlıkta, mahkemenin kararında ısrar etmesi üzerine İdari Dava Daireleri Kurulu, 5393 sayılı Belediye Kanunu ve 3194 sayılı İmar Kanunu’nda<sup>82</sup> yer alan hükümler uyarınca İlçe Belediyesinin de davalı konuma alınmasına karar vermiştir<sup>83</sup>.

İdarenin hizmet kusurunun bulunduğu ve zararın sadece bir idari makamın eyleminden meydana gelmesi hâlinde husumet, yalnızca kusuru bulunan idareye yöneltilenektir. Birden fazla idarenin katılımıyla meydana gelen zararda, zarar doğurucu eylemin niteliğine bakılarak idari makamların tespit edilebilmesi mümkündür.

Birden fazla idarenin katılımıyla oluşan zararlarda Danıştayın yaklaşımı, ortaya çıkan zararlarda sorumluluğu bulunan idarelerin ve kusur oranlarının bilirkişi raporları aracılığıyla tespit edilmesi yönündedir<sup>84</sup>. Bilirkişi raporlarında, davalı idarelerin ayrı ayrı ve hangi mevzuat çerçevesinde sorumlu

<sup>77</sup> Danıştay, 10. D., T. 25.04.2022, E. 2021/5333, K. 2022/2324 (<https://karararama.danistay.gov.tr/>, ET: 04.05.2023).

<sup>78</sup> Danıştay, 15. D., T. 03.03.2015, E. 2015/1076, K. 2015/1226 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), ET: 16.04.2023). Ayrıca bkz. [https://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal\\_baslangic.uyap?param=user](https://vatandas.uyap.gov.tr/danistay/portal_baslangic.uyap?param=user) (ET: 04.05.2023). Dava konusu uyuşmazlık aslında görevli mahkemenin belirlenmesine ilişkindir. Balıkesir İdare Mahkemesinde açılan davada Mahkeme, zarara birden fazla idarenin yol açtığının ileri sürülmesi karşısında söz konusu eylemlerin Balıkesir ve İzmir İdare Mahkemesi yargı çevresine dâhil illerde yapıldığından davayı görev yönünden redderek dava dosyasının Danıştaya gönderilmesine karar vermiştir. Danıştay da hizmetin sonlandığı yer Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi olduğundan davanın İzmir İdare Mahkemesinde görülmesine karar vermiştir.

<sup>79</sup> Dava konusu uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi idarenin hizmet kusuru olmadığından davanın reddine karar verirken, temyiz incelemesinde Danıştay 8. Dairesi İSKİ Genel Müdürlüğü ve belediyenin müştereken sorumlu olduğuna karar vermiştir.

<sup>80</sup> Danıştay 8. Dairesi burada Büyükşehir Belediyesini kastetmektedir. Zaten İdari Dava Daireleri Kurulu da kararında 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu’nun büyükşehir ve ilçe belediyelerinin görev ve sorumlulukları başlıklı 7. maddesinin (r) fıkrasında yer alan, “Su ve kanalizasyon hizmetlerini yürütmek, bunun için gerekli baraj ve diğer tesisleri kurmak, kurdurmak ve işletmek; derelerin ıslahını yapmak; kaynak suyu veya arıtma sonunda üretilen suları pazarlamak” hükmüne yer vererek büyükşehir belediyesinin sorumluluğunu işaret etmiştir. Bkz. Danıştay, İDDK., T. 19.03.2015, E. 2013/1514, K. 2015/ 837 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), ET: 23.01.2023).

<sup>81</sup> 2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun’un 2/b maddesinde, kullanılmı şular ile yağış sularının toplanması, yerleşim yerlerinden uzaklaştırılması ve zararsız bir biçimde boşaltım yerine ulaştırılması veya bu suların yeniden yararlanılması için abonelerden başlanarak bu suların toplanacakları veya bırakılacakları noktaya kadar her türlü tesisin etüt ve projesini yapmak ve yaptırmak; gerektiğinde bu projelere göre tesisleri kurmak ya da kurdurmak; kurulu olanları devralıp işletmek ve bunların bakım ve onarımını yapmak, yaptırmak ve gerekli yenilemelere girişmek İSKİ’nin görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

<sup>82</sup> 09.05.1985 tarihli ve 18749 sayılı Resmî Gazete.

<sup>83</sup> Danıştay, İDDK., T. 19.03.2015, E. 2013/1514, K. 2015/837 ([www.lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr), ET: 23.01.2023). Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, “... davalı idarelerin hizmet kusuru ile zararın meydana geldiği işyerinin mevzuata aykırı şekilde gerekli bütün ruhsatları almadan faaliyette bulunması nedeniyle oluşan kusur durumlarının birlikte değerlendirilmesi suretiyle bulunacak kusur oranları çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, davalı idarenin tazmin sorumluluğu bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddi yolunda verilen İdare Mahkemesinin ısrar kararında” hukuki isabet görülmediğine karar vermiştir.

<sup>84</sup> Davacının heyelan felaketinde bina ve eklentilerinin zarar gördüğü gerekçesiyle açtığı davada ilk derece mahkemesi davacıya maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir. Mahkeme gerekçesinde bölgenin heyelan riski olduğu resmi raporlar ile tespit edilmiş iken bölgenin özelliklerinin dikkate alınmayarak bölgenin imara açılmasında ilçe belediyesinin hizmet kusuru olduğunu ve karayolları genel müdürlüğünün bölgede karayollarının bakım, yapım ve onarım görevini tüzel kişilere yaptırmasının idarenin yüklenici firma ile birlikte

olduklarının tereddüde yer vermeyecek şekilde açıklanmasıyla<sup>85</sup> zararı kimin ve hangi oranda karşılayacağı hususu açıklığa kavuşmuş olur.

#### IV. İDARİ MERCİİ TECAVÜZÜ KARARININ HASIM DÜZELTME KARARINA ETKİSİ

2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin birinci fıkrasına göre: "İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve herhâlde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir." Bu madde uyarınca davalı makam kendisine başvuru ve zararı ödemeyi reddeden idaredir<sup>86</sup>. Zorunlu idari başvuru yolu öngörülmüş olmasına rağmen davacının doğrudan dava açması hâlinde yargı organlarının 2577 sayılı Kanun'un 14. maddesi uyarınca idari merci tecavüzü olduğu yönünde karar verip dava dilekçesini görevli idari mercie göndermesi gerekir.

Kanun koyucunun bu yaklaşımına benzer şekilde idari makamlar da kendilerine yapılan başvuruları başka idari makamlara tevdi edebilmektedirler. Bu durumda husumetin hangi makama yönelileceği sorunu, davacının her iki idareyi de hasım mevkiine alarak dava açması ile çözümlenmiş gözükse de ilk başvuru yapılan makamın dilekçeye cevap vermesi gerektiği gerekçesiyle kararın bozulması söz konusu olabilir. Danıştayın bu konudaki yaklaşımı zarar gören kişilerin hakka erişimini kolaylaştırır niteliktedir. Örneğin bir uyuşmazlıkta terör olayları olarak nitelendirilen eylemlerden doğan manevi zararların 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre karşılanması talebiyle İçişleri Bakanlığına yapılan başvuru Bakanlıkça Valiliğe gönderilmiştir. Valiliğin cevabı üzerine açılan davada Danıştay, "... manevi tazminat ödenmesi istemiyle 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi kapsamında genel hükümlere göre İçişleri Bakanlığına yapılan başvurunun, İçişleri Bakanlığı tarafından incelenip, karar verilmesi gerekmele birlikte, İçişleri Bakanlığının dilekçeyi gereğinin yapılması için Diyarbakır Valiliğine göndermesinin, davacıların manevi tazminat istemlerinin zımnen reddine dair ön karar niteliğinde bir işlem olduğunun kabulü ile hüküm kurulması dava sonucunu değiştirmeyeceğinden" usûl ekonomisi ilkesi gereğince kararın bu kısmı hukuka ve hakkaniyete aykırı bulunmamıştır<sup>87</sup>. Bu karar özelinde iki yorum yapılması mümkündür. Danıştay, 13. madde kapsamında yapılan başvurunun usûli bir prosedür olduğunu ve sadece bir idari makama başvurulmuş olmasının tam yargı davasında yeterli kabul edilebileceğini ya da kendisine başvuru yapılan makamın sorumluluğunun bulunduğu durumda başvuru dilekçesini başka makama tevdi ederek aslında kendisine yapılan başvuruyu zımnen reddetmiş olacağını kabul etmektedir.

Öncelikle 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesi uyarınca idari eylemden dolayı doğrudan tam yargı davası açılacak hâllerde hangi idareye başvurulacağı hususunda mevzuatta bir açıklık bulunmadığını ifade etmek gerekir. Yargı yoluna başvurmadan önce kendine göre ilgili idareye başvuran davacıya, başvurduğu makamca konunun bir başka idareyle ilgili olduğu bildirilmemiş olabilir. Bu bağlamda yargı organının ilgili idareyi davalı konuma alması hâlinde, mahkemenin belirlediği bu idari makama da başvuru şartının aranmasının idari davanın bir an önce sonuçlandırılması kuralıyla bağdaşmadığı ifade edilir<sup>88</sup>. Doktrinde tam yargı davası açılmadan önce idareye başvuran kişinin bu başvurusunun

---

sorumluluğunu ortadan kaldırmadığını ifade etmiştir. Davalı ilçe beldesinin itirazı üzerine dosyayı inceleyen istinaf mercii ilçe belediye başkanlığının yüklediği yasal görevler bağlamında bir hizmet kusuru bulunmadığından tazmin sorumluluğunun kaldırılması yönünde karar vermiştir. Bkz. Ankara BİM, 5. İDD., T. 26.06.2020, E. 2019/1402, K. 2020/45 (www.lexpera.com.tr, ET: 28.01.2023). Kararı temyizden inceleyen Danıştay ise "... heyelan nedeniyle oluşan zararlardan kimlerin (Karayolları Genel Müdürlüğü, ... Belediye Başkanlığı, ... İnşaat Ticaret Madencilik ve San. Ltd. Şti., davacılar, arsa sahipleri, yapı müteahhitleri, fenni mesuliyet üstlenenler gibi) sorumluluğunun bulunduğu, kusur oranlarının ne kadar olduğunun tespit edilmediği"ni ifade etmiştir. Bu bağlamda, "... idarelerin tazminat istemine konu zararların oluşmasındaki kusurlarının belirlenerek tazminat miktarının kusur oranları nispetinde idarelere ayrı ayrı yükletilmesi ve neticesinde göre yeniden karar verilmesi" gerekçesiyle istinaf mercii kararını bozulmasına karar verilmiştir. Bkz. Danıştay, 6. D., T. 30.03.2021, E. 2020/10212, K. 2021/4621 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 25.03.2023).

<sup>85</sup> Danıştay, 8. D., T. 12.04.2022, E. 2018/775, K. 2022/2601 (www.lexpera.com.tr, ET: 17.04.2023).

<sup>86</sup> GÜNDÜZ, F. Ebru: *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 254.

<sup>87</sup> Danıştay, 10. D., T. 17.05.2022, E. 2019/8316, K. 2022/2576 (www.lexpera.com.tr, ET: 07.07.2023).

<sup>88</sup> Danıştay Başsavcısı Görüşü, Danıştay, 8. D., T. 12.03.2021, E. 2020/7528, K. 2021/1532 (01.07.2021 tarihli ve 31528 sayılı Resmî Gazete). Aksi görüşte olan Kaya, yanlış idareye müracaat üzerine tam yargı davası açılması hâlinde zorunlu idari başvuru şartının yerine getirilmiş sayılacağına ilişkin bir istisnanın 13. maddeyle öngörülmediğini ifade etmektedir. KAYA, Cemil: "Tam Yargı Davalarında Hasım Düzeltmeye İlişkin Danıştay Onuncu Dairesinin İncelenmesi", *Türk Hukuk Dergisi*, 2008, Sayı 134, s. 13-14.



başka idareyi ilgilendirdiği hususunda bilgilendirmediği hâllerde, mahkemenin idari mercii tecavüz kararı değil hasım düzeltme kararı vermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>89</sup>. Danıştay da bu görüşü benimseyerek davacının ilgili idareye başvurmak suretiyle açmış olduğu tam yargı davasında konunun başka idareyle ilgili olduğu hususunda kendisine bilgi verilmemesi durumunda, yargı yerince davalı konuma alınan idareye de davacının başvuru şartının aranmasının gerekmediği kanaatindedir<sup>90</sup>.

İdari davanın bir an önce sonuçlandırılması bağlamında dava açmadan önce ilgili idareye başvuran ve konunun bir başka idareyle ilgili olduğu kendisine bildirilmeyen davacının, tam yargı davası açma şartını yerine getirmiş olduğu kabul edilir. Böylece, yargı yerince davalı konumuna alınan idareye de başvuru şartının aranmasına gerek olmadan hasım düzeltme kararı verilerek davalı konumuna alınan idarenin husumetiyle dava karara bağlanır<sup>91</sup>. Aslında dava dilekçesinin gerçek hasma tebliğine karar verilmesi ile ilgili idare idari eylemden ve bu eylemin zarara sebebiyet verdiğiinden haberdar olmaktadır. Böylece idare bilgilendirilerek zararın öncelikle sulh yolu ile giderilmesi sağlanmaya çalışılmaktadır. Davacının zarar veren idareyi hasım mevkiinde göstermesine rağmen dava açmadan önce ilgili idareye başvurmadığının tespit edilmesi üzerine ilk derece mahkemesi tarafından doğrudan ilgili idareye dava dilekçesinin tebliğ edildiği durumda, idari mercii tecavüzü kararı alınmamasında usûl hükümlerine uygunluk olmasa da mahkemenin yapmış olduğu tebligat ile merciiine tevdi kararından beklenen faydanın gerçekleşmiş olduğundan söz etmek mümkündür<sup>92</sup>.

## V. TAM YARGI DAVALARINDA HUSUMET YOKLUĞUNA İLİŞKİN İTİRAZ

Husumet, 1964 yılında yürürlüğe giren 521 sayılı Danıştay Kanun'un<sup>93</sup> 74. maddesinde ilk inceleme konuları arasında sayılmış ve davalı makam doğru belirlenmemişse anılan Kanun'un 75. maddesinde davanın doğru hasım aleyhine açılmak üzere dilekçenin reddine karar verilmesi gerektiği düzenlenmişti<sup>94</sup>. İdari teşkilat yapısının genişliği ve karmaşıklığı sebebiyle davalı makamı belirlemek her zaman kolay olmadığından<sup>95</sup> idari yargıda husumet nedeniyle davanın reddedilmesi hakkaniyete uygun kabul edilmemektedir.

1982 yılında yürürlüğe giren 2577 sayılı Kanun'da husumet, ilk inceleme konuları arasında sayılarak, "*davanın hasım gösterilmeden veya yanlış hasım gösterilerek açılması halinde, dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine*" karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin

<sup>89</sup> BERK, Kahraman: "İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 46; İŞÇİ, Jülide: *İdari Mercii Tecavüzü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 180; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 254-255. Aksi görüşte olan *Kaya*, mahkemenin dava dilekçesinin görevli idare merciiine tevdiine karar vermesi gerektiğini ifade etmektedir. KAYA, s. 15-16.

<sup>90</sup> Danıştay, 8. D., T. 12.03.2021, E. 2020/7528, K. 2021/1532 (01.07.2021 tarihli ve 31528 sayılı Resmî Gazete); Danıştay, 10. D., T. 07.03.2006, E. 2003/198, K. 2006/1755 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023). Danıştay kararına konu bir olayda, zarara sebep olan sel felaketinin Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nün sorumluluğunda bulunan Havuçlu Deresinin taşması nedeniyle meydana geldiği ve bu yüzden davalı belediye idaresine yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle ilk derece aşamasında davanın reddine karar verilmiştir. Temyiz incelemesinde Danıştay, belediye idaresinin hasım gösterilerek açılmış olan bu davada mahkemenin resen Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü'nü hasım mevkiine almaksızın davanın reddi yönünde hüküm tesis etmesini hukuka uygun bulmamıştır. Bkz. Danıştay, 8. D., T. 18.04.2018, E. 2012/7070, K. 2018/2187 (www.lexpera.com.tr, ET: 24.03.2023).

<sup>91</sup> Danıştay, 10. D., T. 07.03.2006, E. 2003/198, K. 2006/1755 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>92</sup> Danıştay, 10. D., T. 25.04.2022, E. 2021/5333, K. 2022/2324 (https://karararama.danistay.gov.tr/, ET: 04.05.2023). Söz konusu uyuşmazlıkta gölette gerçekleşen boğulma neticesinde ölen kişinin yakınları olan davacılar uğramış oldukları zararın tazmini talebiyle DSİ Genel Müdürlüğüne ve Keçiören Belediye Başkanlığına başvuruda bulunmuşlardır. Ancak davacılar dava dilekçelerinde bu idarelerin yanında Sarayköy Belediye Başkanlığına hasım mevkiinde yer vermişse de bu idareye başvurmamışlardır. Usûli eksikliği fark eden ilk derece mahkemesi Sarayköy Belediyesine dava dilekçesini tebliğ etmiş ve tebliğ edilen dilekçenin geri dönmesi üzerine Sarayköy Belediyesinin devredildiği Pursaklar Belediyesine gerekli tebligatı yaparak üç idari makamın hasım mevkiinde olduğu uyuşmazlıkta davacılar lehine hüküm tesis etmiştir. Uyuşmazlığı temyizen inceleyen Danıştay, davalı idarelerden olan Pursaklar Belediyesi hakkında idari mercii tecavüzü kararı verilmeksizin doğrudan dava dilekçesini ilgili idareye tebliğ edilmesini usûli bir eksiklik olarak değerlendirirse de bu durumu bir bozma nedeni olarak kabul etmemiş ve kararı, DSİ Genel Müdürlüğü bakımından davanın süresinde açılmadığı gözetilmeden karar verildiği gerekçesiyle bozmuştur.

<sup>93</sup> 31.12.1964 tarihli ve 11896 sayılı Resmî Gazete.

<sup>94</sup> https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\_KARARLAR/kanuntbmmc048/kanuntbmmc048/kanuntbmmc04800521.pdf (ET: 12.03.2023).

<sup>95</sup> GÖZÜBÜYÜK, s. 374.

usûl ekonomisine uygun olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte bu karara karşı herhangi bir itiraz yolunun öngörülmemiş olması usûli bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır<sup>96</sup>.

Doktrinde husumetin doğru makama yöneltilmesi ile birlikte sadece davanın kendisine karşı yürütüleceği makam değiştiği için dava açan kişinin mahkemeye başvurma hakkı ve Anayasa'nın 36. maddesi ile güvence altına alınmış olan hak arama özgürlüğünün engellenmediği ifade edilir. Bu bağlamda, davacı bakımından önemli bir değişiklik yaratmadığı varsayımından hareketle davacının hasım düzeltme işlemine karşı koymasında hukuki yarar bulunmadığı kabul edilir<sup>97</sup>. Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Hasım düzeltme kararı, özel bir itiraz yolu öngörülmemiş bir ara karar niteliğinde olsa da husumet yokluğunun kanun yolları aşamasında hâkim tarafından re'sen dikkate alınarak bozma kararı verilmesiyle birlikte davanın tarafları bakımından ciddi emek ve zaman kaybı meydana gelmiş olur<sup>98</sup>.

Husumet, ilk inceleme konuları arasında sayılmış olsa da kamu düzenine ilişkin olduğundan davanın her aşamasında hâkim tarafından re'sen ya da yargılama sürecinde yapılan itiraz üzerine inceleme konusu yapılabilir<sup>99</sup>. Konuya ilişkin bir uyuşmazlıkta, İstanbul Valiliği husumetiyle yürütülmesi gereken dava Çevre ve Şehircilik Bakanlığı husumetiyle görüşülüp karara bağlanmıştır. İlk derece yargılamasında davalı idare tarafından herhangi bir husumet itirazında bulunulmaması ve dosyanın tekemmül ettiği gerekçesiyle istinaf merci usûl ekonomisini gözeterek davanın İstanbul Valiliği yerine Çevre ve Şehircilik Bakanlığı husumetiyle neticelendirilmesinde istinaf aşamasında usûl kurallarına bir aykırılık görülmemiştir<sup>100</sup>. Ancak Danıştay, yargı yerince yapılan inceleme sonucunda davalı tarafın hatalı gösterilmiş olması durumunda mahkemenin husumetin düzeltilmesine re'sen karar verebileceğini ifade ederek diğer kararlarında olduğu gibi husumete yönelik veya yanlışlık içeren bir kararın usûl hükümlerine aykırılık taşıyacağını vurgulamış ve istinaf merciinin kararının bozulmasına karar vermiştir<sup>101</sup>. Böylece 2016 yılında verilen para cezasının iptali talebiyle açılan dava, Danıştayın 2018 yılında bozma kararı vermesi üzerine yeniden istinaf merciine gönderilmiştir.

İlk inceleme aşamasından sonra ancak karar vermeden önce husumetin doğru makama yöneltilmediği fark edilirse yine aynı şekilde "dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma" tebliğine karar verilir ve gerekli tüm usûl işlemleri doğru hasma karşı yapılır<sup>102</sup>. Husumetin yanlış makama yöneltildiği ancak ara karara cevap, savunma ve yürütmenin durdurulması kararına itiraz dilekçelerinin gerçek hasım tarafından sunulduğu durumda dahi bu durum usûlü bir hata olarak değerlendirilmekte ve doğru hasımın davalı konuma alınarak dosyanın yeniden tekemmül ettirilmek suretiyle karar verilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>103</sup>. Yargı organları, yargılama sürecinde gerçek hasımın başka bir makam oldu-

<sup>96</sup> Bu yöndeki görüş için bkz. BURTAN, Çağlar Burak: *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 139-140. Yazar ilk inceleme aşamasında dava dilekçesinin tespit edilecek gerçek hasma tebliğine ilişkin karara karşı, hak düşürücü süre niteliğinde bir itiraz yolu tanınması gerektiğini fakat düzenlenecek olan sürenin yedi günden fazla olmaması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre bu vesileyle hem hukuk devletinin gereklerinden olan itiraz hakkı sağlanmış olacak hem de davanın uzaması gibi bir ihtimal meydana gelmemiş olacaktır.

<sup>97</sup> KAPLAN, 2011, s. 365.

<sup>98</sup> Örneğin 2004 yılında kamu görevini icra etmekte iken teröristlerce yapılan silahlı saldırı sonucu hayatını kaybeden polis memurunun yakınlarının maddi ve manevi tazminat talebiyle İçişleri Bakanlığına karşı açtığı davada idare mahkemesi, maddi tazminat talepleri için Batman Valiliği, manevi tazminat talepleri için İçişleri Bakanlığı husumetiyle dava açılması gerektiğini ifade ederek 2007 yılında dilekçenin reddine karar vermiştir. Davacının dilekçesini yenileyerek açtığı dava ise ilk derece aşamasında 2011 yılında aleyhine sonuçlanmıştır. Bu karar aleyhine temyiz yoluna başvurulması üzerine verilen bozma kararı üzerine dosya dava açıldıktan beş yıl sonra yeniden ilk derece mahkemesine gönderilmiştir. Bkz. Danıştay, 15. D., T. 18.10. 2012, E. 2012/189, K. 2012/7048 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>99</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdari Yargılama Hukuku, Cilt II*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 787-788; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 398-399.

<sup>100</sup> İstanbul BİM, 5. İDD, T. 07.11.2017, E. 2017/1242, K. 2017/1579 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023). Dava konusu uyuşmazlık "İstanbul İli, Kartal İlçesi, A1 Caddesinde faaliyet gösteren davacı şirkete ait işletmede davalı idare elemanları tarafından denetimlerde atık yönetimi yönetmeliği hükümlerine aykırı olarak çevreye zarar verecek şekilde atık depolanması nedeniyle 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 8.maddesinin ihlal edildiğinden bahisle, aynı Kanun'un 20 (r) maddesi uyarınca davacı şirkete 147.285,00-TL idari para cezası verilmesine ilişkin" işleminin iptali istemine ilişkindir.

<sup>101</sup> Danıştay, 14. D., 06.02.2018, E. 2018/294, K. 2018/363 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>102</sup> GÖZÜBÜYÜK / TAN, s. 788; AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 399; ÇAĞLAYAN, s. 352.

<sup>103</sup> Samsun BİM, 4. İDD, T. 20.03.2020, E. 2020/158, K. 2020/309 (www.lexpera.com.tr, ET: 27.01.2023).

ğunun tespiti hâlinde hasım düzeltme kararı alınarak hem husumetin doğru makama yöneltmesini hem de dilekçelerin doğru hasım tarafından sunulmasını usûli bir gereklilik olarak kabul etmektedir. Örneğin bir uyuşmazlıkta, ilk derece aşamasında davanın Devlet Su İşleri (DSİ) Genel Müdürlüğü husumetiyle görülüp karara bağlanması gerekirken hatalı hasım olan Samsun Valiliği husumetiyle görülüp karara bağlanmıştır. İstinaf mercii; savunma dilekçelerinin, ara karar cevabının ve yürütmenin durdurulması kararına itiraz dilekçesinin doğru hasım olan DSİ Genel Müdürlüğü tarafından verilmiş olmasının usûli hatayı ortadan kaldırmadığı gerekçesiyle doğru hasım olan DSİ Genel Müdürlüğünün hasım konumuna alınarak dosyanın yeniden tekemmül ettirilmesi gerektiğini ifade etmek suretiyle dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.<sup>104</sup>

Dosya tekemmül ettikten sonra gerçek davalı makamın hasım mevkiine alınıp karar metninde yer alması hâlinde, sadece şekilsel olarak husumet şartı yerine getirilmiş olacaktır. İstinaf mercileri dava dosyası tekemmül ettirildikten sonra gerçek hasım olarak tespit edilen makamın, diğer idari makamın yanında karar aşamasında hasım mevkiine alınarak dosyanın yeniden tekemmülü sağlanmaksızın işin esası hakkında karar verilmesini usûl hükümleri bakımından bir eksiklik olarak kabul etmektedir.<sup>105</sup> Burada belirleyici olan dosyadaki savunma ve savunmaya cevap dilekçelerinin gerçek hasım tarafından sunulmasıdır. Zira husumetin yanlış makama yöneltmesi ile birlikte gerçek davalı makam kendisini savunabilme imkânından mahrum kalacağından, gerçek davalı makam karar metninde yer almış olsa bile, davacının iddia ve savunmalarına cevap verememiş olacaktır.

Husumet yokluğunun olağan kanun yolları aşamasında fark edilmemesi durumunda olağanüstü kanun yollarına konu olması mümkündür.<sup>106</sup> Bu sebeple tıpkı yürütmenin durdurulması kararında<sup>107</sup> ya da adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlarda<sup>108</sup> olduğu gibi hasım düzeltme kararına ve hasım düzeltme talebinin reddine ilişkin karara itiraz yolunun öngörülmesi gerekir. Bu itiraz süreci adli yardım talebinin reddine ilişkin itiraz yolunda olduğu gibi birden fazla dairenin olduğu yerlerde numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde tek bir idare mahkemesinin bulunması hâlinde en yakın bölge idare mahkemesinin bulunduğu yer idare mahkemesine yapılabilmesi mümkün olmalıdır.

<sup>104</sup> Samsun BİM, 4. İDD., T. 20.03.2020, E. 2020/158, K. 2020/309 (www.lexpera.com.tr, ET: 27.01.2023).

<sup>105</sup> Bu dava, eczane açmak için yapılan başvurunun reddine ilişkin Antalya Valiliği işleminin ve bu işlemin dayanağını teşkil eden Sağlık Bakanlığı kararının iptali talebiyle açılmıştır. İlk derece aşamasında Antalya Valiliği husumetiyle görülen davada, savunma ve savunmaya cevap dilekçeleri Antalya Valiliği adına yapıldığı ancak esas kararda hasım mevkiine ayrıca Sağlık Bakanlığı alındığından dava konusu işlemin iptaline karar veren ilk derece mahkemesini kararının kaldırılması talep edilmiştir. İstinaf merciiince yapılan incelemede, ilk derece aşamasında doğru hasım olan Sağlık Bakanlığı husumetiyle dosyanın tekemmül ettirilmemesi ve mahkemece hasım düzeltme yönünden alınan bir ara kararın bulunmadığı, görüşme tutanağında sadece işin esası hakkında verilen kararın yer aldığı görülmüştür. Bu bağlamda hasım düzeltme yönünde bir ara karar alınmadığı anlaşılmıştır. İstinaf mercii, toplantı tutanağı ile karar metnindeki hususların aynı olması gerekliliğinin ilk derece mahkemesince dikkate alınarak karar verildiğini gözeterek davalı Antalya Valiliğinin istinaf isteminin kabulüne karar vermiştir. Bkz. Konya BİM, 5. İDD., T. 02.06.2020, E. 2019/2208, K. 2020/822 (www.lexpera.com.tr, ET: 27.01.2023). Benzer şekilde idare mahkemesince uyuşmazlığın Mardin Su Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü husumetiyle çözümlenmesi gerekirken, herhangi bir hasım düzeltme işlemi yapılmadan Mardin Büyükşehir Belediyesinin hasım mevkiine alınarak davanın esası hakkında karar vermesi ve yanlış hasma itiraz dilekçesi tebliğ edilerek usûlüne uygun olarak tekemmül ettirilmemesi usûl hükümlerine uygun bulunmamıştır. Bkz. Gaziantep BİM, 2. İDD., T. 04.01.2017, E. 2016/668, K. 2017/7 (www.lexpera.com.tr, ET: 16.04.2023).

<sup>106</sup> Daniştaş, 8. D., T. 12.03.2021, E. 2020/7528, K. 2021/1532 (01.07.2021 tarihli ve 31528 sayılı Resmî Gazete).

<sup>107</sup> “Yürütmenin durdurulması istemleri hakkında verilen kararlar; Daniştaş dava dairelerince verilmişse konusuna göre İdari veya Vergi Dava Daireleri Kurullarına, bölge idare mahkemesi kararlarına karşı en yakın bölge idare mahkemesine, idare ve vergi mahkemeleri ile tek hâkim tarafından verilen kararlara karşı bölge idare mahkemesine (...) (2) kararın tebliğini izleyen günden itibaren yedi gün içinde bir defaya mahsus olmak üzere itiraz edilebilir. İtiraz edilen merciler, dosyanın kendisine gelişinden itibaren yedi gün içinde karar vermek zorundadır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir.” (2577 sayılı Kanun m. 27/7).

<sup>108</sup> 6100 sayılı Kanun’un adli yardım talebinin incelenmesi başlıklı 337. maddesinde 2013 yılında yapılan değişiklikte adli yardım talebinin reddine ilişkin kararlara karşı itiraz yolu açılmıştır. Kanun’un ilgili maddesine göre “Mahkeme, adli yardım talebi hakkında duruşma yapmaksızın karar verebilir. Ancak, talep hâlinde inceleme duruşmalı olarak yapılır. Adli yardım taleplerinin reddine ilişkin mahkeme kararlarında sunulan bilgi ve belgelerin kabul edilmeme sebebi açıkça belirtilir. Kararına itiraz edilen mahkeme, itirazı incelemesi için dosyayı o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin birden fazla dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye, son numaralı daire için birinci daireye, o yerde adli yardım talebi yapılan hukuk mahkemesinin tek dairesi bulunması hâlinde ise aynı işlere bakmakla görevli en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz incelemesi neticesinde verilen karar kesindir. Adli yardım talebi reddedilirse, ödeme gücünde sonradan gerçekleşen ciddi bir azalmaya dayanılarak tekrar talepte bulunulabilir. Adli yardım, daha önce yapılan yargılama giderlerini kapsamaz.”.

İlk bakışta yargılamayı uzatacak bir prosedür olarak görülebilirse de ilk derece aşamasında mahkemenin hatalı tespit yapmasını önleyebilmek için taraflara hasım düzeltme kararına karşı bir itiraz yolunun öngörülmesi ile bu sakınca aşılabılır. Uygulamada taraflar mahkemenin hasım düzeltme kararına karşı yine aynı mahkemeye başvurarak mahkemenin kararını yeniden gözden geçirmesini talep etmesinde hukuki bir engel bulunmamaktadır. Ancak hukuken geçerli bir itiraz müessesinden bahsedebilmek için bu itirazın da başka bir makama yapılması gerekmektedir.

## SONUÇ

İdari yargıda davalı tarafın yanlış belirlenmesi veya davalı makamın hiç belirtilmemesi hâllerinde mahkeme tarafından doğru makamın tespit edilerek dava dilekçesinin ilgili makama tebliğ edilmesi, ilk derece yargılamasında davacının işini kolaylaştıran bir usûl işlemidir. İlk derece aşamasında husumete yönelik itirazları kabul edilemeyen tarafın kanun yolları aşamasında itiraz hakkı bulunmakla birlikte husumetin doğru makama yöneltilmediğinin kanun yolları aşamasında tespit edilmesi durumunda dosya usûl kurallarına aykırı olarak tekemmül ettirildiğinden kararın bozulmasına ve dava dosyasının ilgili mahkemeye gönderilmesine karar verilir. Böylece davacının zararının karşılanması bir süre daha gecikir. Husumetin doğru makama yöneltilip yöneltilmediği yargı organlarıncada davanın her aşamasında re'sen gözetilecek olsa da taraflarca da husumetin doğru makama yöneltilmediğinin davanın her aşamasında ileri sürülmesi mümkündür. Ancak uygulamada asıl sorun bu itirazın yine aynı mahkeme tarafından inceleniyor olmasıdır.

Danıştayın husumet konusundaki içtihatları incelendiğinde görülen tutarsızlığın sebebi tam yargı davalarında zarar doğuran eylemi gerçekleştiren makamın belirlenmesinde yaşanan güçlütür. Bu bakımdan ilk derece yargılaması aşamasında husumet konusunda da tıpkı adli yardım veya yürütmenin durdurulmasında olduğu gibi bir itiraz müessesesinin öngörülmesi yoluyla yargı organlarının kararlarını yeniden gözden geçirmelerine imkân verilebilir. Böylece husumete ilişkin eksikler nihai karar verilmeden giderilir ve zarar gören kişilerin zararları kısa sürede karşılanmış olur.

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 7. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2022.
- AYÇAN, Ramazan: “İdari Davalarda Husumet Tevcihi”, *Türk İdare Dergisi*, 1963, Cilt 34, Sayı 282, s. 3-20.
- BERK, Kahraman: “İdare Hukukuna ve İdari Yargıya İlişkin Değerlendirmeler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2007, Cilt 65, Sayı 2, s. 35-48.
- BURTAN, Çağlar Burak: *İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet*, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- CANDAN, Turgut: “Takdir Komisyonlarının Kararlarına Karşı Açılacak Davalarda Hasım Sorunu”, *Danıştay Dergisi*, 1987, Cilt 17, Sayı 64-65, s. 5-13.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan: *İdari Yargılama Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÇELİKKOL, Hüseyin: “İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *Adalet Dergisi*, 1985, Sayı 3, s. 749-770.
- ÇEVİK, Harun / BADEMCİ TURAN, Fatma: *İdare Mahkemelerinde Husumet*, İdari Yargılama Usulü El Kitapları Serisi, No 6, 2022 (<https://rm.coe.int/el-kitabi-no-6-husumet-web-2776-6675-6614-1/1680a865e5>, ET: 01.05.2023).
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku*, Cilt I, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdari Yargılama Hukuku*, Cilt II, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref: *Yönetmelik Yargı*, 30. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010.
- GÜNDAY, Metin: *İdari Yargılama Hukuku*, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- GÜNDÜZ, F. Ebru: *İdari Davalarda Ehliyet ve Husumet*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- İŞIKLAR, Celal: “659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname Sonrası İdari Yargıda Husumete İlişkin Esaslar”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2012, Sayı 10, s. 381- 420.
- İŞÇİ, Jülide: *İdari Merci Tecavüzü*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KAPLAN, Gürsel: “Danıştay Kararları ve İlgili Özel Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde İdari Yargıda Ehliyet ve Husumet”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2011, Cilt 69, Sayı 1-2, s. 349-390 (2011).
- KAPLAN, Gürsel: *İdari Yargılama Hukuku*, 8. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2022. (2022).
- KAPLAN, Onur: “Elektrik Dağıtım Faaliyetiyle İlgili Uyuşmazlık Mahkemesi Kararları Çerçevesinde İdari Davalarda Husumet Kavramını Yeniden Düşünmek”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 2, s. 1559-1576 (Elektrik).
- KAYA, Cemil: “Tam Yargı Davalarında Hasım Düzeltmeye İlişkin Danıştay Onuncu Dairesinin Kararının İncelenmesi”, *Türk Hukuk Dergisi*, 2008, Sayı 134, s. 13-17.
- ONAR, Sıddık Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt III, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ULUSOY, Ali D.: *Türk İdare Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- YENİCE, Kazım / ESİN, Yüksel: *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.
- YILDIRIM, Turan / YASİN, Melikşah / KAMAN, Nur / ÖZDEMİR, H. Eyüp / ÜSTÜN, Gül / OKAY TEKİNSOY, Özge: *Türk İdare Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.



## Kıymet Takdirinin Yapılmasına İlişkin Bazı Meseleler ve Enflasyonun Kıymet Takdirine Etkisi<sup>(\*)</sup>



*Some Issues Related to Valuation and The Effect of Inflation on Valuation*

**Mehmet KODAKOĞLU**



Doktor Öğretim Üyesi

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Kıymet Takdiri,  
Kıymet Takdirinin  
Yapılması,  
Kıymet Takdirine  
Şikâyet,  
Enflasyon,  
Mülkiyet Hakkı.*

### Öz

İcra dairesince yapılan veya yaptırılan kıymet takdirinin, çoğunlukla şikâyet yoluyla mahkemeye taşınması, malın satılmasını geciktiren bir diğer neden olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu sürecin de adilane ve süratli şekilde çözümlenmesi amacıyla söz konusu düzenlemede değişiklikler yapılması yerinde olacaktır. Aynı zamanda Kanun'daki iki yıllık sürenin başlama anı da kıymet takdirinin hangi icra organı tarafından yapıldığına bağlı olarak belirlenmekte ve bu durum, elbette, iki yıllık sürenin hesaplanması noktasında önem arz etmektedir.

Kıymet takdirinin yapılmasından, malın satılmasına kadar geçen sürenin oldukça uzun olması ve mahcuz malın değerinde, bu sürede enflasyona bağlı olarak yaşanan artış dikkate alındığında, takip borçlusunun malının önceden yapılan değer üzerinden satışa çıkarılması, şüphesiz mülkiyet hakkının ihlali anlamına gelmektedir.

Kanun'a göre iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılamayacağından, enflasyon neticesinde malın satış bedeli, borçlunun takip borcunun oldukça altında bir bedeli karşılayabilecek hâle gelebilir. Bu nedenle her ne kadar enflasyon, iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabilmesinin istisnalarından biri olarak Kanun'da açıkça sayılmamışsa da mahcuz malın gerçek değerinin, enflasyona bağlı olarak iki yıllık süre dolmadan, yeniden takdir edilmesi yerinde olacaktır. Nihayetinde konunun, mülkiyet hakkı (AY m. 35) kapsamında ele alınması ve ilgili hükmün, üst norm olan Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması gerekir.

### Keywords

*Valuation,  
Appraisal of Valuation,  
Complaint to  
Valuation,  
Inflation,  
Property Rights.*

### Abstract

The fact that the appraisal made by the execution office is often brought to the court through a complaint is another reason that delays the sale of the property. In order to resolve this process in a fair and expeditious manner, it would be appropriate to make amendments to the said regulation. At the same time, the moment of commencement of the two-year period in the Law is determined depending on the enforcement body by which the valuation is made, and this situation is of course important for the calculation of the two-year period.

Considering the fact that the period from the valuation to the sale of the goods is quite long, and the increase in the value of the encumbered goods due to inflation during this period, the sale of the property of the debtor of the proceedings at the value previously determined, undoubtedly means a violation of the right to property.

According to the Law, since revaluation cannot be made before the expiry of two years, the sale price of the property may become able to cover a price well below the debtor's debt of follow-up as a result of inflation. For this reason, although inflation is not explicitly listed in the Law as one of the exceptions to the re-appraisal before the expiry of two years, it would be appropriate to re-appraise the real value of the property before the expiry of the two-year period due to inflation. Ultimately, the issue should be considered within the scope of the right to property (Art. 35 of the Constitution) and the relevant provision should be interpreted in accordance with the Constitution, which is the supreme norm.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 27.04.2023, Kabul Tarihi: 16.07.2023.

## I. GENEL OLARAK

Mahcuz malın taşınır veya taşınmaz olmasına bağlı olarak kıymet takdiri, takip prosedürü içinde haciz ve satış aşamalarında olmak üzere iki ayrı aşamada yapılabilir. Haciz aşamasında kıymet takdiri, borçlunun borca yetecek kadar malının haczedilmesini ve dolayısıyla ölçülülük ilkesini (AY m. 13) sağlamayı amaçlarken, satış aşamasında kıymet takdiri ise malın muhammen kıymetinin tespiti ile satışın en az hangi bedel üzerinden yapılacağını belirlemeyi amaçlar. Bu sebeple mahcuz malın kıymet takdiri, tarafların menfaati göz önünde bulundurularak titiz ve güvenli bir şekilde yapılmalıdır. Zira mahcuz malın kıymetinin gerçeğe en yakın miktar olarak belirlenmesi hem alacaklının hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin menfaatine uygundur. Öte yandan mahcuz malın satış süreci, kıymet takdirinin yapıldığı haciz ve/veya satış aşamalarında, ancak icra dairesinin kural olarak satış kararı vermesiyle başlayacağından<sup>1</sup>, kıymet takdiri işlemi gerçekleşmeden mahcuz malın satılması da mümkün değildir.

Haczi yapan memur, sicile kayıtlı taşınır ve taşınmaz mallar hariç olmak üzere haczedtiği malın kıymetini takdir eder (İİK m. 87, 1, c. 1). İcra memuru, gerekli görürse, bu hususta bilirkişiye başvurabilir (İİK m. 87, 1, c. 2). Ancak ilgili maddenin ikinci fıkrasına dikkat edilecek olursa, İcra ve İflâs Kanunu<sup>2</sup>'nda 7343 sayılı Kanun<sup>3</sup> değişikliği ile sicile kayıtlı malların kıymet takdirinin her hâlükârda bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde ise listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunluluğu getirilmiştir (İİK m. 87, 2). Sicile kayıtlı olmayan malların kıymetini ise icra memuru bizzat kendisi takdir edebileceği gibi bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde ise listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırması da mümkündür (İİK m. 87, 1)<sup>4</sup>.

Çalışmamızın asıl konusunu oluşturan ve 4949 sayılı Kanun<sup>5</sup> değişikliği ile 2003 tarihinde İcra ve İflâs Kanunu'na ilave edilen 128/a maddesi, haczi yapan memur veya bilirkişi tarafından yapılan kıymet takdirine karşı başvurulabilecek hukuki yolu düzenlemiş olup kıymet takdirine yönelik kötü niyetli başvurular neticesinde, takibin gecikmesinin engellenmesinin ve buna bağlı olarak alacaklının ve borçlunun menfaatlerinin ihlal edilmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle 4949 sayılı Kanun ile getirilen tedbirlerden biri, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren bir yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenmesinin mümkün olmamasıdır. Ne var ki bu bir yıllık süre, 2004 tarihinde İcra ve İflâs Kanunu'nda yapılan 5092 sayılı Kanun<sup>6</sup> değişikliği ile yeniden iki yıla çıkarılarak söz konusu düzenleme, 4949 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki şekline kavuşturulmuştur.

Uzun süren takip sürecinde ortaya çıkan ekonomik dalgalanmalar göz önünde bulundurulduğunda, mahcuz malın satılmasını kolaylaştırmak amacıyla getirilen bu iki yıllık sürenin, zaman içinde tarafların menfaatine aykırı sonuçlar doğurduğu görülmektedir. Her ne kadar 2004 tarihinde 5092 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'na ilave edilen 128/a maddesinin ikinci fıkrasında, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde yeniden kıymet takdiri istenebileceği hüküm altına alınmış olsa da bu sayılan istisnai hâllerin, ülkemizde son yıllarda yaşanan yüksek enflasyon karşısında taraf menfaatini sağlama noktasında yeterli olup olmadığı

<sup>1</sup> ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: *İcra Dairesi Kararı*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 165, dn. 95, 166-167.

<sup>2</sup> 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

<sup>3</sup> 30.11.2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmî Gazete.

<sup>4</sup> İcra memuru, listelere kaydedilmemiş olan kişiler arasından bilirkişi görevlendirmişse, bilirkişiye göreve başlamadan önce yemin veremez (bkz. ve karşı. HMK m. 271, 2, c. 1). Zira yemin verdirmeye yetkisi mahkemeye tanınmış olup ayrıca yemine ilişkin tutanağın hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanması gerekir (HMK m. 271, 2, c. 2). O hâlde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenleme mahkemeye özgü olduğundan, liste dışından atanan bilirkişiye icra memurunun yemin ettirme hakkı bulunmadığını söyleyebiliriz. Ancak bilirkişinin, yeminsiz olarak oy ve görüşünü açıklaması, hukuki sorumluluğunu (HMK m. 285) ortadan kaldırmaz.

<sup>5</sup> 30.07.2003 tarihli ve 25184 sayılı Resmî Gazete.

<sup>6</sup> 21.02.2004 tarihli ve 25380 sayılı Resmî Gazete.



ğı, üzerinde durulması gereken meseledir. Zira mahcuz malın kıymetinin belirlenmesi hem alacaklının hem de borçlunun mülkiyet hakkı (AY m. 35) ile doğrudan ilgilidir.

Taşınmazların satışına ilişkin hükümler içinde düzenlenmiş olan İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesinin sadece taşınmazlara özgü bir düzenleme olup olmadığını tespiti ise iki yıllık süre ile bu sürenin istisnalarının taşınır satışları için de uygulanıp uygulanmayacağı açısından oldukça önemlidir.

İcra ve İflâs Kanunu'nda kıymet takdirine ilişkin düzenlemeler, birden fazla takip yolu içinde ve hatta icra ve iflâs hukuku ile konkordato hukukuna ilişkin hükümlerde dağınık ve oldukça karmaşık bir şekilde bulunmaktadır. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nda birden fazla takip yolunun öngörülmesi, her takip yolunun farklı özellikler taşıması, Kanun'un belirli ve düzenli bir sistematığının olmaması ve Kanun'da günümüze kadar çeşitli değişiklikler ve eklemeler yapılması, kıymet takdiri konusunun anlaşılmasını ve dolayısıyla da uygulanmasını zorlaştırmaktadır<sup>7</sup>.

İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nda genel haciz yoluyla takipte (SchKG Art. 92, 2; 97, 1; 112, 1; 115, 2; 140; 143b, 1), iflâs hukukunda (SchKG Art. 227; 257, 3), ihtiyati hacizde (SchKG Art. 276, 1) ve konkordato hukukunda (SchKG Art. 299, 2-3; 305, 2; 327, 2) kıymet takdirine ilişkin çeşitli düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Öte yandan haciz yoluyla takipte, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte ve iflâs yoluyla takipte satışı düzenleyen “*Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken*”de<sup>8</sup> (VZG) de kıymet takdirine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim bu yönetmeliğin hükümleri, İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) 655. maddesi anlamında İsviçre'de bulunan taşınmazlar için geçerlidir (VZG Art. 1, 1).

Alman hukukunda ise Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 813. maddesinde haciz aşamasında yapılan kıymet takdiri düzenlenmiştir. Alman hukukunda taşınmazların cebri icra yoluyla satışı, “*Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung*” (ZVG) adlı ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Bu Kanun'un 74a maddesinin beşinci fıkrasında, taşınmazın kıymet takdirinin, icabında bilirkişilere başvurulduktan sonra mahkeme tarafından belirleneceğinden, artırmaya giren taşınır malların kıymetinin ise tüm koşullar dikkate alınarak serbestçe takdir edileceğinden bahsedilmiştir.

İcra ve İflâs Kanunumuzun 87, 128. ve 128/a maddeleri, kıymet takdirinin yapıldığı aşamaya göre hangi organ tarafından, nasıl yapılacağını ve sonuçlarını düzenlerken, 106 ve 111/a maddeleri ise kıymet takdirinin, mahcuz malın satış aşamasındaki öneminden bahsetmektedir. Bu bakımdan genel haciz yoluyla takipte kıymet takdiri hem haciz hem de satış aşamalarında olmak üzere takibin iki farklı aşamasında düzenlenmektedir. Öte yandan kambiyo senetlerine özgü haciz yolu (İİK m. 167-176) ile kiralanan taşınmazların tahliyesine ilişkin takip yolu (İİK m. 269-275), genel haciz yoluyla takibe paralel bir şekilde düzenlenmiş olup takibin son üç aşaması olan haciz, satış ve paraların paylaşılması aşamaları genel haciz yoluyla takip ile aynıdır<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> İcra hukukunda yeni bir sistem önerisi için bkz. ÖZEKES, Muhammet: “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, s. 921-940; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Kıymet Takdiri), s. 58.

<sup>8</sup> Kısaltma, 05.06.1996 tarihli Federal Yüksek Mahkeme Yönetmeliği'nin I. maddesi ile eklenmiş olup 01.01.1997 tarihinden itibaren yürürlüktedir.

<sup>9</sup> İlamların icrasında; haciz, satış ve paraların paylaşılması aşamalarında genel haciz yoluyla takipteki hükümler dikkate alınmaktadır (m. 41). Bu sebeple konusu para ve teminat olan ilamların icrasında (m. 32), kıymet takdiri açısından m. 128 ve 128/a hükümlerinin uygulama alanı bulacağına şüphe yoktur. Ancak İcra ve İflâs Kanunu'nun, konusu paradan başka bir şey olan ilamların icrası bağlamında, taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasını düzenleyen 24. maddesinin dördüncü ve beşinci fıkralarında bahsi geçen kıymet takdiri açısından, İİK'nin 128 ve 128/a hükümlerinin uygulama alanı bulmaz. Zira Kanun'un 128/a maddesi ile 24. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, taraflarca kıymet takdirine yönelik yapılan şikâyetlerin nitelik itibarıyla esasen kıymet takdirine şikâyet olarak nitelendirilemeyeceği, İİK m. 24 uyarınca yapılan işlemin mahcuz malın satımına ilişkin olmayıp sadece taşınırın değerinin tespitine dair bir işlem olduğu, bu sebeplerle kıymet takdirinin kesinleşmesinin, yani 128/a, 2'de geçen iki yıllık sürenin taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasında uygulanamayacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Öte yandan gerek Kanun'un 24. maddesinin 128/a maddesine herhangi bir atıfta bulunmaması gerek taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasının farklı bir usule tâbi olması da bu tespiti haklı kılan bir diğer sebeptir. Nitekim Yargıtay da taşınır teslimine ilişkin ilamların icrasına yönelik verdiği bir kararda, icra müdürünün yaptığı şikâyete konu işlemin İİK'nin 128/a maddesi kapsamında kıymet takdirine şikâyet olmayıp icra dairesince İİK'nin 24. maddesine göre takibe konu edilen ilam konusu taşınırın değerinin tespitine dair bir işlem olduğuna işaret etmiştir. Karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 12.10.2020, E. 2020/6944, K. 2020/8414 (www.e-uyar.com, ET: 02.04.2023).

Türk hukukunda, İcra ve İflâs Kanunu'ndan başka diğer muhtelif kanunlarda da kıymet takdirine yönelik birçok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümlerden bazıları 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda<sup>10</sup> (m. 134, 6), 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nda<sup>11</sup> (m. 11), 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda<sup>12</sup> (m. 74), 4706 sayılı Hazineye Ait Taşınmaz Malların Değerlendirilmesi ve Katma Değer Vergisi Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'da<sup>13</sup> (m. 7, 6) ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'da<sup>14</sup> (m. 81; 91) bulunmaktadır.

## II. KIYMET TAKDİRİNİN YAPILMA USULÜ

İcra ve İflâs Kanunu'nda hem haciz hem de satış aşamasında, farklı amaçlar ve menfaatler doğrultusunda kıymet takdiri yapılması öngörülmüştür<sup>15</sup>. Haciz aşamasında kıymet takdiri yapılmasının amacı, takip konusu alacak, faiz ve takip masraflarını karşılayabilecek malların haczedilip haczedilmediğinin tespit edilerek eksik veya aşkın haczin önüne geçmektir (İİK m. 85, 1; SchKG Art. 97)<sup>16</sup>. Elbette haciz sırasında yapılan kıymet takdirinin amacı sadece bundan ibaret değildir. Haciz sırasında yapılan kıymet takdiri neticesinde, icra memurunca takdir edilen kıymete göre borçlunun haczi kabil mallarının yetersizliği anlaşıldığı takdirde, haciz tutanağı geçici aciz belgesi yerine geçeceğinden (İİK m. 105, 2; SchKG Art. 115, 2), alacaklı tasarrufun iptali davası açabilir (İİK m. 105, 2; 277). Öte yandan borçlunun hacizden sonra taksitle ödeme teklifinin geçerli sayılması da yine haciz sırasında yapılan kıymet takdirine bağlıdır (İİK m. 111). Zira borçlunun borca yeter miktar malının haczedilmiş bulunması, hacizden sonra taksitle ödeme teklifinin şartlarından biridir (İİK m. 111, 2). Satış aşamasında kıymet takdiri yapılmasının amacı ise satışın en az hangi bedel üzerinden yapılacağını belirlemektir (İİK m. 114; VZG Art. 9, 1)<sup>17</sup>.

Taraf menfaati açısından da haciz ve satış aşamalarında yapılan kıymet takdirlerinde farklılık bulunmaktadır. Nitekim haciz aşamasındaki kıymet takdirinde, alacaklının ve borçlunun menfaatleri söz konusu iken satış aşamasında yapılan kıymet takdirinde ise alacaklının, borçlunun ve ilgili üçüncü kişilerin menfaatleri söz konusudur<sup>18</sup>.

İcra ve İflâs Kanunu'nda kıymet takdirinin yapılması, malın taşınır veya taşınmaz olmasına, sicile kayıtlı bulunup bulunmamasına göre farklı usule tâbi tutulmuştur.

<sup>10</sup> 01.11.2005 tarihli ve 25983 sayılı Resmî Gazete (Mükerrer).

<sup>11</sup> 08.11.1983 tarihli ve 18215 sayılı Resmî Gazete.

<sup>12</sup> 10.01.1961 tarihli ve 10703 sayılı Resmî Gazete; 11.01.1961 tarihli ve 10704 sayılı Resmî Gazete; 12.01.1961 tarihli ve 10705 sayılı Resmî Gazete.

<sup>13</sup> 18.07.2001 tarihli ve 24466 sayılı Resmî Gazete.

<sup>14</sup> 28.07.1953 tarihli ve 8469 sayılı Resmî Gazete.

<sup>15</sup> İsviçre hukukunda da Türk hukukunda olduğu gibi, haciz (SchKG Art. 97) ve satış (SchKG Art. 140; VZG Art. 44) aşamalarında olmak üzere iki aşamalı olarak kıymet takdiri yapılmaktadır.

<sup>16</sup> BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, s. 138, Rn. 2; STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art 1-158 SchKG*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010, s. 961; KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (El Kitabı), s. 421; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, s. 160; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 256; DÖNMEZ, R. Murat: *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Taşınmaz Mal), s. 186 vd.; ATALI, Murat: "Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi", *Prof. Dr. Selçuk Öztekin'e Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 373; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: "İcra Hukukunda Aşkın Haciz", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 4, s. 27. Haciz aşamasında yapılan kıymet takdirinin işlevine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 61 vd.

<sup>17</sup> ZELLER, Friedrich / STÖBER, Kurt: *Zwangsvorteigerungsgesetz*, 10. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 1996, § 74a, Rn. 7.2; KNEES, Klaus-Niels: *Zwangsvorteigerung und Zwangsverwaltung: Der Vollstreckungsablauf von der Verfahrensordnung bis zur Erlösverteilung*, Gruyter, Walter de GmbH Verlag, Berlin, 2013, s. 81-82; STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 962, Rn. 5; s. 1312, Rn. 138d; PRUTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus: *ZPO Kommentar*, 4. Baskı, Luchterhand-Fachverlag, Köln, 2012, s. 1838, Rn. 1; KURU, *El Kitabı*, s. 659, dn. 63; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 69-70; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 302; ATALI, s. 373. Taşınmazların satışı aşamasında kıymet takdirinin diğer işlevlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 71 vd.

<sup>18</sup> STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 962, Rn. 2; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 70.

Haciz aşamasında kıymet takdiri hem taşınır hem de taşınmaz mallar bakımından Kanun'un 87. maddesinde düzenlenmiştir<sup>19</sup>.

Taşınır bir malın haczi için mahallinde bir tutanak tutulur. Bu haciz tutanağına; alacaklının ve borçlunun isim ve şöhretleri, alacağın miktarı, haczin hangi gün ve saatte yapıldığı, haczedilen mallar ve takdir edilen kıymetleri ve varsa üçüncü kişilerin iddiaları yazılır ve bu tutanak haczi yapan memur tarafından imza edilir (İİK m. 102, 1). Haczi yapan memur, eğer haczedilen taşınır mal sicile kayıtlı değilse bu malın kıymetini bizzat kendisi takdir edebileceği gibi bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde ise listede kayıtlı diğer bilirkişilere kıymet takdirini yaptırabilir (İİK m. 87, 1, c. 1-2). Sicile kayıtlı bir taşınır malın kıymet takdiri ise her hâlükârda bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde, listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılmalıdır (İİK m. 87, 2). İcra memuru, bilirkişinin kıymet takdirine ilişkin verdiği rapor ile bağlıdır ve aksine bir değerlendirme yapamaz (HMK m. 282)<sup>20</sup>.

Taşınır malın haczedilmesi üzerine alacaklı, icra dairesinden kıymet takdirinin yapılmasını talep etmezse borçlu da mahcuz taşınırın kıymet takdirinin yapılmasını isteyebilir (İİK m. 111/a, 1).

Haciz aşamasında, sicile kayıtlı taşınmaz malların kıymet takdiri ise haczi yapan memur tarafından değil, bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Adalet Bakanlığınca izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde, listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılmalıdır<sup>21</sup>. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun haciz aşamasında yapılan kıymet takdirini düzenleyen 97. maddesinin birinci fıkrasına göre icra memuru, haczedilen şeylerin kıymetini takdir eder; icabında kıymet takdiri, bilirkişi marifetiyle yaptırılabilir<sup>22</sup>. Bu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunumuzda 7343 sayılı Kanun ile haciz aşamasında yapılan kıymet takdirini düzenleyen 87. maddemizin birinci fıkrasında yapılan değişiklikten önceki hâli ile aynıdır. Ancak 7343 sayılı değişiklikten sonra, İcra ve İflâs Kanunumuzun 87. maddesinin birinci fıkrası, haczi yapan memurun, sicile kayıtlı mallar hariç olmak üzere, haczettiği malın kıymetini takdir edeceğini, icabında bilirkişiye başvurabileceğini düzenlemektedir. Kanun'a göre sicile kayıtlı olmayan taşınmaz malın kıymet takdirinde, haciz yapan memur gerekirse bilirkişiye başvuracaktır. Ne var ki sicile kayıtlı olmasa da taşınmaz malların değeri fazla olduğundan, haciz yapan memur kıymetin belirlenmesi açısından takdirini her hâlde bilirkişiye başvurulması yönünde kullanmalıdır<sup>23</sup>.

Taşınmaz mal haczedilmişse icra dairesi, 91. madde gereğince, haczi ait olduğu icra dairesine tebliğ eder ve mahallinde tutulacak tutanakta taşınmazın türünü, niteliğini, sınırlarını ve gerekli diğer özelliklerini gösterir (İİK m. 102, 2). Kanunen taşınmazların haczinde, icra dairesince taşınmazın bulunduğu yere gidilip haciz tutanağı (İİK m. 102, 2) düzenlenmesi (Yön. m. 38, 1) gerekirse de uygulamada, taşınmaz hacizlerinde sadece taşınmazın tapu kaydına haciz konmakla yetinilmekte ve ayrıca bir haciz tutanağı düzenlenmemektedir. Nihayetinde tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın haciz talebi üzerine, icra dairesince ilgili tapu müdürlüğüne, haciz kararı verilmesi için haciz müzekkeresi gönderilir<sup>24</sup> ve tapu müdürlüğünce tapu siciline haciz şerhi işlenir<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde haciz aşaması bulunmadığından, bu takip yolunda kıymet takdiri sadece satış aşamasında yapılacaktır.

<sup>20</sup> BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter: *Zivilprozessordnung*, 72. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2014, s. 2290, Rn. 8.

<sup>21</sup> Ancak icra memuru, sicile kayıtlı olmayan her malın değerini de kendisi takdir etmemelidir. Zira satışı yapılacak malın niteliği ve değeri göz önünde bulundurulduğunda, malın değerinin tespit edilmesi belirli bir uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiriyorsa icra dairesince bilirkişiye başvurulmalıdır (bkz. ve karşı. HMK m. 266; Bil. Yön. m. 49, 1). Aksi takdirde icra memurunun yaptığı kıymet takdiri esas alınarak gerçekleştirilen ihalenin feshine karar verilmesi gerekir.

<sup>22</sup> İsviçre hukukunda kıymet takdirinin bilirkişi aracılığıyla yapılmasının masraflı olabileceği durumlarda, bilirkişinin yardımından kaçınılabilecektir (ZOPFI, Markus: *Kurz Kommentar VZG Zur Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken*, Stutz Medien AG Verlag, Wädenswil, 2011, s. 42, Rn. 2).

<sup>23</sup> Değerli mallar açısından her zaman bilirkişiye başvurulması gerektiği yönünde bkz. ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 10.1.

<sup>24</sup> KURU, *El Kitabı*, s. 437, dn. 112.

Alacaklının veya borçlunun satış talebinden (İİK m. 106, 1) sonra, satışa hazırlık işlemi niteliğinde, taşınmaz malların kıymet takdirini, haciz aşamasından sonra bir de satış aşamasında yeniden yapılır (İİK m. 128). Ancak kıymet takdirinin yapılması için icra dairesine yapılan satış talebi tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda mükellefiyetler listesinin hazırlanması (İİK m. 125; 126, 3) ve kesinleşmesi (İİK m. 128, 1) de gerekir<sup>26</sup>. Kanun'un, taşınmazın kıymet takdirine ilişkin 128. maddesi, sadece taşınmazlara özgü olup taşınır malların satışında, haciz aşamasından ayrı olarak yeniden bir kıymet takdirini yapılmaz. Zira taşınır mallarda, haciz aşamasında yapılan kıymet takdirini, satış aşamasında da dikkate alınır.

İcra dairesi, tapu siciline kayıtlı taşınmazın kıymetini her hâlükârda bilirkişiye takdir ettirir<sup>27</sup>, taşınmazın kıymetinin takdirinde, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetlerin kıymete olan etkisi de dikkate alınır (İİK m. 87, 2; 128, 2, c. 1). Taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde, icra dairesi satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirir (İİK m. 128, 2, c. 2; SchKG Art. 140, 3; VZG Art. 44)<sup>28</sup>. Elbette bu aşamada takdir edilen kıymet, haciz aşamasında takdir edilen kıymetten düşük olabileceği gibi yüksek de olabilir<sup>29</sup>. O hâlde, taşınmazın kıymet takdirinden sonra, malın kıymetini etkileyen yeni mükellefiyetler ortaya çıkmazsa, bu durumun taşınmazın değerine etkisi olmayacağından, yeniden kıymet takdirini yapılmayacak ve taşınmaz mal, haciz tarihinde belirlenen kıymeti üzerinden (İİK m. 128/a, 3) satışa çıkarılacaktır<sup>30</sup>.

Mükellefiyetler listesinin hazırlanmasından sonra yapılacak olan kıymet takdirini (İİK m. 128, 2) ise haciz esnasında yapılan kıymet takdirinden (İİK m. 87) tamamen farklıdır. Esasen hacizden sonra, özellikle de satış ilanı üzerine bildirilen mükellefiyetler, haciz tarihinde tespit edilen kıymeti etkileyebileceğinden, icra müdürü, mükellefiyetler listesinin kesinleşmesi üzerine yeniden kıymet takdirini yaptırmalıdır. Ne var ki uygulamada, taşınmazlar açısından genellikle haciz sırasında yapılan kıymet takdirini satışta da esas alındığından, icra müdürü yeniden kıymet takdirini yaptırmamaktadır<sup>31</sup>.

Nihayetinde, takip prosedüründe mahcuz taşınır veya taşınmaz malın kıymet takdirinin yapılması için, kural olarak, mevcut takibin kesinleşmesi şarttır. Ancak İcra ve İflâs Kanunu, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takip özelinde, taşınmaz malın kıymet takdirinin yapılma aşamasına istisnai bir düzenleme getirmiştir. Buna göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra dairesi, takip talebi üzerine satış hazırlıklarına başlar ve daha takip kesinleşmeden kıymet takdirini yaptırır (İİK m. 150/d).

<sup>25</sup> Yargıtay, taşınmazın usulüne uygun olarak haczedildiğinin kabulü için icra dairesince "haciz kararı" verilmesinin yeterli olduğuna, haczin geçerliliği ve tamamlanmış sayılması için ayrıca tapu siciline şerh verilmesinin zorunlu olmadığına, tapuya haciz hususunun işlenmesinin "haczin kurucu unsuru" olmayıp "bildirici" nitelik taşıdığına ve bu sebeple satış tarihinde geçerli bir haciz bulunup bulunmadığı hususunun "haczin tapuya şerh verildiği tarih"e göre değil "haciz kararının verildiği tarih"e göre saptanması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 10.12.2015, E. 2015/28857, K. 2015/31140; Yargıtay, 12. HD, T. 22.11.2022, E. 2022/5598, K. 2022/12080, (www.karamercanhukuk.com, ET: 02.04.2023).

<sup>26</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 66, 138, 160; DÖNMEZ, R. Murat: "Mükellefiyetler Listesi (İİK Madde 128/1)", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 377-378; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 309.

<sup>27</sup> Birden fazla taşınmazın satışı söz konusu ise bu taşınmazlar için kıymet takdirleri işlemleri her biri için ayrı yapılır ve her bir taşınmazın birim ve toplam değerlerinin bilirkişi raporlarında ayrı ayrı gösterilmesi zorunludur.

<sup>28</sup> Maddeyle, taşınmazın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen yeni mükellefiyetlerin ortaya çıkması hâlinde, icra dairesinin satışa esas olmak üzere taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirmesi imkânı geçirilmek suretiyle, malın gerçek değeri üzerinden satışa sunulurken daha çabuk satılması ve böylece ilân ve ihale masraflarından tasarruf edilerek takibin sürüncemede kalmaması amaçlanmıştır (4949 sayılı Kanuna Ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi). İcra dairesi taşınmazın kıymetini yeniden takdir ettirmese, denetim makamına başvuruda bulunulabilir. Bkz. BAUER / STAEHELIN, s. 166, Rn. 138c.

<sup>29</sup> "Taşınmazların değeri, mahkemece 30.03.2012 tarihinde yapılan keşifle yeniden belirlenmiş ise de, 25.02.2013 tarihli haciz esas alınarak ihale yapıldığına göre, konulan son haciz nedeniyle yeniden kıymet takdirini yapılması gerekirken, 16.06.2006 tarihli hacze dayalı kıymet takdirini esas alınarak ihalenin yapılması usulsüzdür". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 18.06.2015, E. 2015/12681, K. 2015/17036 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023). Aynı yönde bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 266; KURU, El Kitabı, s. 659, dn. 63; ASLAN, Elif Kısmet: *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004, s. 97; DÖNMEZ, *Taşınmaz Mal*, s. 186; UYAR, Talih: "4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli 'İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Sayı 49 (Yenilikler), s. 179.

<sup>30</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İcra Hukuku Esasları*, 3. Baskı, Formül Matbaası, İstanbul, 1982, s. 493; UYAR, Yenilikler, s. 179; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 222; ASLAN, s. 97.

<sup>31</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 222.

İcra mahkemesine yapılan şikâyet neticesinde, kıymet takdirinin kesinleşmesi süreci oldukça uzun sürmektedir. Elbette bu da borçlunun borcunu geç ödemesine ve dolayısıyla alacaklının da alacağına geç ulaşmasına sebep olmaktadır. Taraf menfaati de göz önünde bulundurulduğunda, sicile kayıtlı malların kıymet takdirinin doğrudan icra mahkemesi tarafından yaptırılmasına ilişkin bir kanun değişikliği ile bu sürecin kısaltılacağı ve takip ekonomisinin (HMK m. 30) de sağlanacağı kanaatindeyiz. Zira sicile kayıtlı mallar özelinde hem icra dairesinde hem de kıymet takdirine şikâyet edildiğinde icra mahkemesinde bilirkişiye başvurulmaktadır (İİK m. 87, 2; HMK m. 266; BilK. m. 49, 1). Kaldı ki her iki icra organı da aynı bilirkişilik bölge kurulundan aynı konuda uzman bir bilirkişi atamaktadır. O hâlde, icra dairesinin atadığı bilirkişinin kıymet takdirine karşı icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurulunca, mahkemece yeniden bilirkişi atanması, takibin makul süre içinde yürütülmesini engellediği gibi gereksiz gider yapılmasına da sebep olmaktadır (HMK m. 30)<sup>32</sup>. Son tahlilde, sicile kayıtlı bir malın haczedilmesi üzerine kıymet takdirinin yapılması amacıyla, icra memuru dosyayı hemen icra mahkemesine göndermeli ve icra mahkemesi, yapacağı inceleme (bilirkişi ve keşif) neticesinde varacağı kanaate göre, kıymet takdirine ilişkin kararını kesin olarak vermelidir.

Alman hukukunda, haczedilen mala haciz sırasındaki normal piyasa değeri üzerinden değer biçilir<sup>33</sup>. Değerli malların (örneğin değerli metaller veya taşlar, sanat eserleri, antikalar)<sup>34</sup> değerinin takdiri, bir bilirkişiye tevdi olunur. Diğer hâllerde icra mahkemesi, alacaklının veya borçlunun talebi üzerine bilirkişiye kıymet takdiri yaptırabilir (ZPO § 813, 1; ZVG Art. 74a, 5). İcra mahkemesinin kararı olmadan diğer malların kıymet takdirinin yapılması için icra memuru bilirkişi görevlendiremez<sup>35</sup>. Eğer haciz sırasında kıymet takdiri yapılması mümkün değilse gecikmeksizin yapılır ve sonucu sonradan haciz tutanağına geçirilir. İcra dosyalarının elektronik ortamda tutulması hâlinde kıymet takdirinin sonucu ayrı bir elektronik belgeye kaydedilir. Bu belge haciz tutanağı ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olmalıdır (ZPO § 813, 2).

### III. KIYMET TAKDİRİNE İLİŞKİN ŞİKÂYET

Mahcuz taşınır veya taşınmaz malın kıymetinin gerçeğe yakın miktarda belirlenmesi hem alacaklının hem borçlunun hem de üçüncü kişilerin menfaatine uygundur<sup>36</sup>. Zira mahcuz malın oldukça düşük veya yüksek bir bedelle satışa çıkarılması, alacaklının, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatini zedeleyebilir. İcra dairesince belirlenen kıymet değeri, tamamen takdire dayandığından, uyuşmazlığa

<sup>32</sup> Kıymet takdiri, icra hukuk mahkemelerinde açılan ve çıkan davalardaki ilk beş dava türü arasında şikâyetten sonra ikinci sırada yer almaktadır. Bkz. Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler*, Ankara, 2021, s. 193. Kıymet takdirine şikâyet yoluna ilişkin icra mahkemelerinde 2021 yılında 25.204 başvuru bulunmaktadır. Bkz. Adli İstatistikler, s. 150. Bu başvurulardan 11.483 dosya hakkında tam kabul, 1.396 dosya hakkında kısmen kabul kısmen ret, 310 hakkında dosya zamanaşımı ve hak düşürücü süre sebebiyle ret, 1.847 dosya hakkında yetkisizlik, 203 dosya hakkında görevsizlik, 5.333 dosya hakkında sübut bulmadığından ret, 1.342 dosya hakkında feragat sebebiyle ret ve 703 dosya hakkında ise dava şartı yokluğundan ret kararı verilmiştir. Bkz. Adli İstatistikler, s. 152.

<sup>33</sup> Taşınmazların rayiç değerinin belirlenmesinde ise “*Die Verordnung über Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken* (ImmoWertV)” adlı Yönetmelik, 2021 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik’in 1. maddesi, Yönetmelik’in kapsamını ve kıymet takdiri yapılacak malları düzenlemektedir. Kıymet takdiri, değerlendirme tarihindeki emlak piyasasındaki genel değer koşullarına dayanacaktır (ImmoWertV Art. 2, 1). Kıymet takdiri, kıymet takdirinin yapıldığı tarihi itibarıyla, arazi piyasasındaki genel ekonomik durumun, sermaye piyasasındaki koşulların ve bölgedeki demografik gelişmelerin toplamına dayanır (ImmoWertV Art. 2, 2). Öte yandan taşınmazın kıymet takdirinde, emlak piyasasının değeri üzerinde etkili olduğu malın özellikleri dikkate alınır (ImmoWertV Art. 8, 1). Taşınmazın değerinin belirlenmesinde, kural olarak, değerin belirlenmesinde karşılaştırmalı değer yöntemi, kazanç değeri yöntemi, maddi değer yöntemi veya bu yöntemlerden birkaçı kullanılır (ImmoWertV Art. 6, 1).

<sup>34</sup> THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: *Zivilprozessordnung*, 31. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2010, s. 1105, Rn. 5.

<sup>35</sup> THOMAS / PUTZO, s. 1105, Rn. 5.

<sup>36</sup> STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 962, Rn. 2; ZOPFI, s. 42, Rn. 1; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra ve İflâs Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 123; ÖZEKES, Muhammet: *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 (İlkeler), s. 214; ÇİFTÇİ, Pınar: *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 316; BELGESAY, M. Reşit: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I, İcra*, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945, s. 5-9; BELGESAY, M. Reşit: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Baskı, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954 (Şerh), s. 9-10; ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960, s. 2; BERKİN, M. Necmeddin: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 15-16; BERKİN, M. Necmeddin: *Taahhütçülere İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979, s. 12-13; POSTACIOĞLU, s. 3-4; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 31-32.

yol açmaya müsaittir<sup>37</sup>. Ancak kıymet takdiri neticesinde tespit edilen değer, sadece takip hukuku sürecinde açık artırma prosedürü bakımından önemli ve etkili olup malın maddi hukuk bakımından değerini göstermez<sup>38</sup>.

Yapılan kıymet takdirinin denetlenerek bu menfaat dengesinin sağlanması amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nda icra mahkemesi nezdinde kıymet takdirine karşı şikâyet yolu<sup>39</sup> öngörülmüştür (bkz. İİK m. 128/a)<sup>40</sup>. Zira icra mahkemesi, icra dairesince yapılan kıymet takdirini resen inceleyip değerlendirme yetkisine sahip değildir<sup>41</sup>.

Kıymet takdirine ilişkin şikâyet yolunda (İİK m. 128/a), satışa konu malın icra dairesince yapılan veya bilirkişi marifetiyle yaptırılan değer tespitinin yerinde olmadığı ya da bilirkişiye başvurulması zorunlu hâllerde kıymetin bilirkişiye yaptırılmaması yahut icra dairesince kıymet takdirinin konusunda uzman bir bilirkişiye yaptırılmadığı iddia edilmektedir<sup>42</sup>. Böylelikle icra dairesince belirlenen kıymetin, malın gerçek değerini yansıtmadığı ve dolayısıyla icra dairesinin kıymet takdirine ilişkin işleminin doğru ve kabul edilebilir olup olmadığı denetlenir. Ne var ki denetim, sadece değer gerçeği yansıtmadığı ile sınırlı olmayıp aynı zamanda değer belirlenmesinde icra dairesince kullanılan ölçütlerin doğruluğu (örneğin bilirkişiye başvurulup başvurulmadığı, keşif incelemesinin yapıp yapılmadığı vb.) da denetimin kapsamındadır. Bu sebeple, icra dairesi tarafından yapılan kıymet takdiri işlemine şikâyet olup olmaması, işin doğruluğu ve kabul edilebilirliği açısından önemli bir ölçüttür. İcra mahkemesi, başvurduğu bilirkişinin yapmış olduğu inceleme neticesinde, icra dairesinin kıymet takdiri yaptığı veya yaptırdığı tarih itibarıyla mahcuz malın değerini belirleyerek icra dairesinin işlemini denetler<sup>43</sup>. Zira kıymet takdirine şikâyet, icra dairesince haczedilen malın tespit edilen kıymeti ile piyasadaki gerçek değeri arasında ciddi oranda bir farklılık olduğunu ve dolayısıyla bu belirlemenin doğru olmadığına yönelik başvuru geniş anlamda bir kanun yoludur.

İcra ve İflâs Kanunu, haciz ve satış aşamalarında yapılan kıymet takdirlerine ilişkin şikâyeti de farklı hükümlere tâbi tutmuştur.

Haciz aşamasında yapılan kıymet takdirine karşı şikâyet yolunda, Kanun'da özel bir şikâyet usulü ve süresi öngörülmediğinden, şikâyete ilişkin genel hükümler uygulanmalıdır (İİK m. 16-18). Haciz aşamasında, kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer, raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinde, kıymet takdirinin miktarı ile ilgili, işlemin hadiseye uygun olmaması gerekçesiyle, şikâyette bulunabilirler (İİK m. 16, 1). Ancak ilgili, talepte bulunmasına rağmen icra dairesince kıymet takdiri yapılmazsa, süresiz şikâyet yoluna başvurulup (İİK m. 16, 2) şikâyetin mahkemece kabulü hâlinde, kıymet takdirinin icra dairesince yapılmasına karar verilmelidir.

<sup>37</sup> STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 962, Rn. 2.

<sup>38</sup> KNESS, s. 82.

<sup>39</sup> Kanun'da açıkça "kıymet takdirine ilişkin şikâyet" ifadesi geçmesine (bkz. m. 128/a; 363, 1) ve takip hukuku açısından icra dairelerinin işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvurulacağı kabul edilmesine (m. 16) rağmen, yargı kararlarında hatalı olarak bu hukuki yol için "kıymet takdirine itiraz" ifadesi kullanılmaktadır. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 27.10.2022, E. 2022/10997 K. 2022/11129; Yargıtay, 12. HD, T. 28.06.2022, E. 2022/6639, K. 2022/7894 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023).

<sup>40</sup> BAUER / STAEHELIN, s. 139, Rn. N16c.

<sup>41</sup> BAUER / STAEHELIN, s. 139, Rn. N16c.

<sup>42</sup> "Satış bedelinin, taşınmazın muhammen bedelinin üzerinde olsa da, satış ilanı ve kıymet takdiri tebliğlerinin usulsüz olduğu görülmüş olup borçlunun kıymet takdiri tebliğinin usulsüz olduğu iddiası kıymet takdirine itiraz olarak kabul edilir". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 07.04.2022, E. 2022/2357, K. 2022/4616 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023). Ayrıca bkz. STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 965, Rn. 25; PRUTTING / GEHRLERIN, s. 1839, Rn. 10; AMONN, Kurt / WALTHER, Fridolin: *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 9. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2013, § 22, Rn. 51.

<sup>43</sup> "Kıymet takdirine itiraz davasının; İİK'nin 128/a maddesinde düzenlenmiş olup, icra müdürlüğünce satışa konu malın bilirkişi marifetiyle yaptırılan değer tespitinin yerinde olup olmadığını tespiti yönelik bir şikâyet olduğu; bu şikâyette ilgilinin, icra müdürlüğünce yaptırılan değer tespitinin yerinde olmadığı, malın belirlenen değerinin gerçek kıymetini yansıtmadığı iddiasıyla mahkemeye başvurmuş olduğu; mahkemece yapılacak işin; icra müdürü tarafından belirlenmiş olan değer, taşınmazın gerçek değerini yansıtmadığı, bir başka ifadeyle icra memurunun işleminin doğru olup olmadığını denetlemekten ibaret olduğu; dolayısıyla mahkemenin, oluşturduğu bilirkişi kurulu ile, icra müdürünün kıymet takdiri yaptırdığı tarih itibarıyla taşınmazın değerini belirleyeceği ...". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 30.06.2021, E. 2021/5840, K. 2021/7214 (www.e-uyar.com, ET: 12.04.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 16.06.2020, E. 2017/12-742, K. 2020/406 (www.e-uyar.com, ET: 12.04.2023).

Haciz aşamasında yapılan kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulduğunda, Kanun'da satış aşamasında olduğu gibi "kıymet takdirinin kesinleşmesi" şeklinde bir ifade (bkz. İİK m. 128/a) bulunmadığından, Kanun'un 22. maddesine göre, icra mahkemesince satışın durdurulmasına karar verilmediği sürece, söz konusu malın satış işlemlerine devam edilecektir<sup>44</sup>. Bu nedenle icra mahkemesince bu konuyla ilgili çelişkili kararlar verilmesi ihtimaline karşı, haciz aşamasında yapılan kıymet takdirine ilişkin şikâyet özelinde bir düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Satış aşamasında yapılan kıymet takdirine ilişkin şikâyet yolunda ise hem şikâyete ilişkin genel hükümler (İİK m. 16-18) hem de satış aşamasında kıymet takdirine ilişkin şikâyet yolunu ayrıca düzenleyen özel hükümler (m. 128/a) dikkate alınacaktır. Satış aşamasında yapılan kıymet takdirine ilişkin şikâyetin (İİK m. 128/a) özel olarak düzenlenmesi, şikâyetin icra mahkemesinde incelenmesi aşamasında kötü niyetli başvurularla kıymet takdirinin kesinleşmesini engellemeye yönelik davranışların ve buna bağlı olarak tarafların hak ve zaman kayıplarının önlenmesini amaçlamaktadır<sup>45</sup>.

Satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyet imkânını ve sürenin başlangıcı ile yetkili ve görevli mahkemeyi düzenleyen İİK m. 128/a hükmü, "Taşınmazların satışı" başlığı altında düzenlenmiş olup taşınmaz satışları özelinde uygulanmaktadır. Buradaki asıl mesele, söz konusu düzenlemenin, taşınmazların satışı açısından da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Nitekim Kanun'da, taşınmazların satışı ile ilgili kıymet takdirine ilişkin herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar taşınır (İİK m. 88) ve taşınmaz malların (İİK m. 91) haczedilmeleri farklı usule tâbi olsa da taşınmaz mallara yönelik yapılan kıymet takdirlerine ilişkin şikâyetlerin ve bu şikâyete ilişkin verilen kararların satış aşamasında, taşınır mallar için de kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>46</sup>. Bu sebeple İİK'nın 128/a maddesinin taşınmazlar açısından da uygulanacağına ilişkin olarak Kanun'da açık bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

Satış aşamasında kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer, raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde, yaptırılan değer tespitinin yerinde olmadığı, malın belirlenen değerinin gerçek kıymetini yansıtmadığı iddiasıyla, raporu düzenleyen icra dairesinin bulunduğu yerdeki icra mahkemesinde şikâyete bulunabilir (İİK m. 128/a, 1, c. 1; ayrıca bkz. ve karşı. HMK m. 30). Eğer kıymet takdirine birden çok ilgili tarafından şikâyet edilirse bu şikâyetlerin icra mahkemesinde birleştirilerek (bkz. ve karşı. HMK m. 166) tek dosyadan alınacak rapora göre malların satışına başlanması gerekir. Satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulması hâlinde, icra mahkemesince bu konuda bir karar verinceye kadar, mahcuz malın satışı yapılamaz<sup>47</sup>.

Her ne kadar genel anlamda şikâyet yoluna (İİK m. 16-18), icra dairesinin işleminden hukuki menfaati ihlal edilen herkes başvurabilmekte ise de satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyete, sadece kıymet takdirinin tebliğ edildiği ilgililer (İİK m. 128, 2, c. 3) başvurabilir. İsviçre hukukunda ise kıymet takdirine karşı başvurabilecek kişiler, Türk hukukuna nazaran geniş tutulmuş olup hukuki yararı olan herkesin kıymet takdirine şikâyet yoluna başvuru hakkı (VZG Art. 9, 2) bulunduğu kabul edilmektedir<sup>48</sup>.

Yukarıda da belirtildiği üzere kıymet takdirine karşı şikâyet, kıymet takdirine ilişkin raporun tebliğinden itibaren yedi gün içinde yapılmalıdır. Ancak kıymet takdirine ilişkin rapor tebliğ edilmemişse

<sup>44</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 240.

<sup>45</sup> PEKCANITEZ, Hakan: "4949 Sayılı Kanun'la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Sayı 49, s. 152.

<sup>46</sup> "İİK'nın 128/a-2 maddesinin Dairemizin içtihatları ile taşınır satışlarında da uygulandığı düşünüldüğünde...". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 29.03.2022, E. 2022/2203, K. 2022/4074; Yargıtay, 12. HD, T. 06.12.2021, E. 2021/11307, K. 2021/11023 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 05.10.2021, E. 2021/7351, K. 2021/8428; Yargıtay, 12. HD, T. 24.04.2014, E. 2014/7018, K. 2014/11962; Yargıtay, 12. HD, T. 15.05.2013, E. 2013/12790, K. 2013/18835; Yargıtay, 12. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/4452, K. 2013/11876 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023).

<sup>47</sup> DÖNMEZ, *Taşınmaz Mal*, s. 190.

<sup>48</sup> KNEES, s. 85. Alman öğretisinde, istihkak iddiasında bulunanların kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvuramayacağı ifade edilmektedir. Bkz. AMONN / WALTHER, § 22, Rn. 51; STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, Art 97, s. 965, Rn. 26.

veya kıymet takdiri işlemi yapılmamışsa şikâyet eden o işlemi hangi tarihte öğrendiğini iddia ediyorsa süre, o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

İsviçre hukukunda kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna, takdir edilen değeri içeren haciz tutanağının (SchKG Art. 112) tebliğinden itibaren on gün içinde (SchKG Art. 17, 2) masraflarını peşinen ödemek şartıyla başvurulabilir<sup>49</sup>. Kıymet takdirinin miktarı konusundaki uyuşmazlıklar, kantonal denetim makamınca nihai olarak karara bağlanır (VZG Art. 9, 2). Satış aşamasında ise icra dairesi, taşınmaz üzerindeki mükellefiyetleri dikkate alarak hazırladığı kıymet takdirini ilgililerle paylaşır (SchKG Art. 140, 3; VZG Art. 44). Satış aşamasında yapılan kıymet takdirine karşı ilgililer, haciz aşamasında olduğu gibi, masrafları peşin olarak yatırarak bilirkişi marifetiyle yeniden kıymet takdiri yapılmasını talep edebilir (VZG Art. 9, 2; 44).

Kıymet takdirine ilişkin şikâyet yetkisiz icra mahkemesine yapılırsa icra mahkemesi, dosya üzerinde inceleme yaparak başvuru tarihinden itibaren en geç on gün içinde usulden ret kararı ile yetkisizlik kararı verir ve masrafını gider avansından karşılamak suretiyle dosyayı resen yetkili icra mahkemesine gönderir (İİK m. 128/a, 4). Dikkat edilecek olursa, satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyetin yetkisiz icra mahkemesine yapılması hâli ve bunun sonuçları, HMK'daki yetkisizlik kararının hüküm ve sonuçlarından (HMK m. 20) farklılık göstermektedir. Ezcümle icra mahkemesinin dosya üzerinden inceleme yapmasının zorunlu tutulması, mahkemenin yetkisizlik kararını vermesinin on günlük süreye bağlanması ve dosyanın resen yetkili mahkemeye gönderilmesi gibi düzenlemeler, kötü niyetle yetkisiz mercilere başvurarak kıymet takdirine ilişkin kararın kesinleşmesini engelleyen davranışların önüne geçmek için, HMK'daki söz konusu düzenlemeden farklı olarak getirilmiştir.

Satış aşamasında, şikâyet tarihinden itibaren yedi gün içinde mahkeme tarafından belirlenecek olan gerekli masraf ve ücretin icra mahkemesi veznesine yatırılması hâlinde yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilir, aksi hâlde başka bir işleme gerek olmaksızın şikâyet kesin olarak usulden reddedilir (İİK m. 128/a, 1, c. 2). Söz konusu düzenleme ile kıymet takdirine ilişkin şikâyetin bir an önce sonuçlanması amacıyla, şikâyet yoluna başvuran tarafın bilirkişi ücretini, şikâyetten itibaren yedi gün içinde mahkeme veznesine yatırması istenerek gereksiz zaman kaybı önlenmek istenmiştir<sup>50</sup>. Esasen, bir delil avansı olan bilirkişi ücreti (HMK m. 283), mahkemece verilen kesin süre içinde yatırılmadığı takdirde, bilirkişi incelemesinden vazgeçilmiş sayılacağı sonucuna varılır (HMK m. 120, 3; 324, 1-2) ve ispat yükü üzerinde olan taraf iddiasını ispat edemediğinden, dava esastan sonuçlanır. Ne var ki kıymet takdirine şikâyet bağlamında, bilirkişi ücretine ilişkin HMK'dan farklı olarak, bilirkişi ücreti yatırılmadığı takdirde şikâyet esastan değil, usulden reddedilecektir. Zira İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesindeki "bilirkişi ücreti", bir delil avansı (HMK m. 324) değil, bir gider avansı (HMK m. 120) olarak değerlendirilmiş ve buna göre sonuç bağlanmıştır.

Yargıtay, kıymet takdirine şikâyet üzerine noksan ücret ve masrafların miktarı da belirtilerek mahkeme veznesine yatırılması için kesin süre verilmeden mahkemece şikâyetin reddine karar verilmesinin hatalı olduğuna hükmetmiştir<sup>51</sup>. Öte yandan Anayasa Mahkemesi, aynı konuyla ilgili olarak, başvuru tarafından tamamlanabilecek masraf ve ücreti tamamlamak için noksan ücret ve masrafların miktarını da belirterek mahkeme veznesine yatırılması için başvurucuya kesin süre verebilecekken, katı bir yorumla davanın esasının incelenmeksizin reddine karar vermek suretiyle ulaşılmak istenen amaç için daha hafif bir müdahale aracı yerine, en başta başvurunun mahkemeye erişimini imkânsız kılan ağır bir aracın tercih edilmemesinin gereklilik ilkesine uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Zira Anayasa Mahkemesi, kıymet takdirine şikâyet yoluna, raporun tebliğinden itibaren yedi günlük hak düşürücü süre içinde başvurulması gerektiğinden hareketle, şikâyetin gerekli masrafların yatırılmamış olması nedeniyle esasa ilişkin değerlendirme yapılmadan reddedilmesi hâlinde, yeni bir dava açılma-

<sup>49</sup> STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 1312, Rn. 138b; BAUER / STAEHELIN, s. 139, Rn. N16c.

<sup>50</sup> BAUER / STAEHELIN, s. 139, Rn. N16c.

<sup>51</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 12.01.2022, E. 2021/12591, K. 2022/296 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023).



sının imkânsız olmasını ve mahkemenin noksan masraf ve ücreti tamamlama yoluna başvurmadan daha hafif olan bu müdahale aracına başvurmamasını, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir<sup>52</sup>.

Mahcuz malın değerinin gerçeğe en yakın şekilde belirlenmesi; alacaklının, borçlunun ve hatta üçüncü kişilerin menfaatine uygun olacağından, icra mahkemesi incelemesini yaparken, bu hususu göz önünde bulundurmalıdır. Zira mahcuz mala, gerçek değerinden düşük kıymet takdir edilmesi hâlinde tarafların mülkiyet hakkı (AY m. 35) ihlal edilecekken, fazla kıymet takdir edilmesi hâlinde ise yete-rince alıcı çıkmamasına bağlı olarak satış yapılamayacaktır<sup>53</sup>.

İcra mahkemesince, şikâyet yoluna başvurunun gerekçesi dikkate alınarak, yapılacak inceleme neticesinde mahkeme, şikâyet talebinin reddine veya kabulüne karar verir<sup>54</sup>. Ancak icra mahkemesi, icra dairesince kıymet takdirinin yanlış veya eksik bir değerlendirme yapıldığına ve bu sebeple şikâyet talebinin kabulüne karar verse dahi malın üzerindeki haciz geçerliliğini korur<sup>55</sup>.

Satış aşamasında yapılan kıymet takdirinin bir önemi de kıymet takdirine karşı şikâyetin, aynı zamanda ihalenin feshi yoluna başvuru sebebi sayılmasıdır. Satış aşamasında mahcuz malın kıymetinin takdiri bakımından yapılan hukuka aykırılıklar sebebiyle ihalenin feshi (İİK m. 134) istenebilir<sup>56</sup>. Kıymet takdirine karşı şikâyetin, aynı zamanda ihalenin feshi sebebi sayılması ile kıymet takdirine şikâyet üzerine verilen kararın kesin olmasının (İİK m. 128/a, 5; 363, 1) bir önemi kalmamaktadır. Zira kıymet takdirine ilişkin kararlara karşı kanun yolu kapatılarak sürecin uzaması engellenmeye çalışılmak istense de kıymet takdirine karşı şikâyet neticesinde icra mahkemesinin verdiği kararın doğru olup olmadığının tespiti, aynı zamanda ihalenin feshinin konusunu oluşturması ve icra mahkemesinin ihalenin feshine ilişkin kararına karşı pekâlâ kanun yoluna başvurulabilmesi, hukuki belirlilik ve takip ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) ile çelişmektedir<sup>57</sup>. Kanun'da kıymet takdirine ilişkin şikâyetin kesin olması ile amaçlanan sonuç göz önünde bulundurulduğunda, kıymet takdirine ilişkin yapılan incelemenin, aynı zamanda ihalenin feshi sebebi sayılmaması ve dolayısıyla ihalenin feshinin istenememesi gerektiği kanaatindeyiz.

İcra mahkemesi, borçlunun şikâyet ettiği kıymet takdirinden daha düşük bir bedele hükmederse bu bedel üzerinden ihale yapılamaz; ilk belirlenen değer ihaleye esas alınmalıdır<sup>58</sup>. Ancak satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurmayan taraf, ihalenin feshi yoluna başvuramaz<sup>59</sup>.

<sup>52</sup> AYM, *Nkt Teknoloji Dağıtım Ticaret Ltd. Şti.*, B. No: 2018/26844, T. 24.02.2021 (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, ET: 08.02.2023).

<sup>53</sup> ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 9.4.

<sup>54</sup> Öğretide *Akil*, şikâyet üzerine icra mahkemesince başvuru bilirkişi incelemesi sonunda takdir edilen değer, daha önce belirlenen değerden düşük çıkması hâlinde, şikâyet talebinin reddedilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. AKİL, Cenk: "İcra Hukukunda Mükellefi-yetler Listesi", *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 151-152.

<sup>55</sup> AMONN / WALTHER, § 22 Rn. 49; STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 964, Rn. 19; STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 1312, Rn. 138a.

<sup>56</sup> "Satışa hazırlık işlemlerine yönelik şikâyet üzerine mahkemece verilecek kararlar kesin olmakla beraber, süresinde şikâyet hakkının kullanıldığı hâllerde, icra mahkemesi kararının, ihalenin feshi aşamasında incelenmesi mümkündür". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 06.10.2022, E. 2022/10499, K. 2022/9969; Yargıtay, 12. HD, T. 15.02.2022, E. 2022/284, K. 2022/1793 (www.e-uyar.com, ET: 03.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 28.06.2022, E. 2022/6639, K. 2022/7894; Yargıtay, 12. HD, T. 29.01.2015, E. 2014/34478, K. 2015/2231; Yargıtay, 12. HD, T. 11.02.2014, E. 2013/35958, K. 2014/3330 (www.e-uyar.com, ET: 04.03.2023).

<sup>57</sup> EKECİK, Şükran: "Yargıtay Kararlarında Kıymet Takdirine Şikâyetin İcra Mahkemesince Reddinin İhalenin Feshi Davasında Fesih Sebebi Olarak Görülmesi", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 21, s. 40-41; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 273.

<sup>58</sup> "Borçlunun kıymet takdirine itirazı üzerine aleyhine hüküm tesis edilmiş olmakla, icra mahkemesinin bu şekilde belirlediği değer esas alınarak yapılan ihalelerin feshi gerekir". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 02.07.2013, E. 2013/17208, K. 2013/24699 (www.e-uyar.com, ET: 04.03.2023). "Borçlu vekilinin icra müdürlüğüne belirlenen değer düşük olduğunu ileri sürerek kıymet takdirine itirazı sonucu icra mahkemesince daha düşük kıymet bulunarak itirazın reddine karar verilmesi halinde, satışın icra müdürlüğüne belirlenen değer yerine icra mahkemesince belirlenen daha düşük değer üzerinden yapılması usulsüzdür". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 11.04.2019, E. 2019/4451, K. 2019/6230 (www.e-uyar.com, ET: 03.03.2023).

<sup>59</sup> "Kıymet takdirine süresinde itiraz etmeyerek yasanın öngördüğü bu olanağı kullanmayanlar, kıymet takdirine ilişkin hususları ihalenin feshi sebebi olarak ileri süremez". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 10.10.2016, E. 2106/19919, K. 2016/21085, www.e-uyar.com, ET: 04.03.2023).

İcra mahkemesinde görülen kıymet takdirine şikâyet yargılaması oldukça uzun sürmekte ve buna bağlı olarak da mahcuz malın satılması gecikmektedir. İşte tam da bu noktada, yargılamayı uzatmaya yönelik kötü niyetli davranışların önüne geçmek ve taraf menfaatini sağlamak amacıyla şikâyet süreci ile ilgili bazı tedbirler alınmasının gerektiği kanaatindeyiz. Ezcümle, şikâyet yargılamasının daha kısa sürede sonlandırılması için mahkemece atanan bilirkişinin görev alanı doğru bir şekilde belirlenmeli (HMK m. 273) ve bilirkişinin raporunu hazırlaması için verilen süre (HMK m. 274, 1, c. 2) noktasında hassas davranılmıdır (HMK m. 30). Nitekim İsviçre hukukunda da gerek gerçek değer tespit edilmesi gerek kıymet takdiri sürecinin uzamaması amacıyla en fazla iki ayrı bilirkişiden kıymet takdirine ilişkin rapor alınması<sup>60</sup>, değer tespitinde raporlar arasında farklılık bulunması hâlinde ise denetim makamınca her iki bilirkişi raporunun ortalamasının alınarak malın değerinin tespitine karar verileceği ifade edilmektedir<sup>61</sup>.

#### IV. KIYMET TAKDİRİNİN KESİNLEŞMESİ

“Kıymet takdirinin kesinleşmesi” ile “mahkeme kararlarının kesinleşmesi” farklı kavramlardır. Zira Kanun’un 128/a maddesinde, icra mahkemesinin kıymet takdirine ilişkin verdiği kararın kesinleşmesinden değil, icra dairesince yapılan kıymet takdirinin kesinleşmesinden söz edilmektedir<sup>62</sup>.

Bir icra takip işlemi olan kıymet takdirinin kesinleşmesi ve kesinleşmesinin işlevi, kıymet takdirinin hangi icra organı tarafından ve takibin hangi aşamasında yapıldığına göre farklılık gösterir.

Haciz aşamasında yapılan kıymet takdirine ilişkin şikâyet (İİK m. 16), mahcuz malın kıymetinin yeniden belirlenmesine yöneliktir<sup>63</sup>. Haciz aşamasında borçlu veya alacaklı, kıymet takdirinin kendilerine tebliğ edildiği tarihten, bunlar dışındaki ilgililer ise kıymet takdirinin öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde kıymet takdirine karşı icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna (İİK m. 16) başvuramazlarsa bu yedi günlük sürenin bittiği tarih itibarıyla icra dairesinin yaptığı kıymet takdiri kesinleşir<sup>64</sup>.

Eğer haciz aşamasında yapılan kıymet takdirine karşı yedi gün içinde icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurulmuşsa icra mahkemesinin şikâyet üzerine karar verdiği anda kıymet takdiri kesinleşir. Zira icra mahkemesinin kıymet takdirine ilişkin verdiği karar kesindir (İİK m. 128/a, 5; 363, 1). Öte yandan icra mahkemesinin şikâyete ilişkin verdiği karar, maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmese de<sup>65</sup>, icra mahkemesinin kararları sadece aynı takip açısından kesin hüküm teşkil ettiğinden, icra mahkemesinin şikâyet neticesinde verdiği karar üzerine yeniden yapılan kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulması mümkün değildir.

Haciz aşamasında kıymet takdirinin kesinleşmesi, mahcuz malın satılması bakımından önem arz eder. Ancak kıymet takdiri yapılmamışsa veya yapılan kıymet takdiri kesinleşmemişse mahcuz mal satılamasa da satış talebinde bulunulması mümkündür. Bu sebeple kıymet takdirine şikâyet edilmesinin ve kıymet takdirinin kesinleşmesinin, satış isteme süresine bir etkisi bulunmayıp alacaklının ve

<sup>60</sup> İkinci bilirkişi raporu, tamamlayıcı bir bilirkişi raporu olmayıp yeni bir kıymet takdiri yapılan ve ilk bilirkişi raporundan bağımsız bir rapordur (BGer, 07.07.2011, 5A\_338/2011).

<sup>61</sup> STAEHELIN / BAUER / STAEHELIN, s. 964, Rn. 16; s. 1312, Rn. 138d; ZOPFI, s. 46, Rn. 10.

<sup>62</sup> Her ne kadar medeni usul ve icra ve İflâs hukukunda “kesinleşme” kavramı genellikle mahkeme kararları için kullanılmış olsa da (örneğin bkz. HMK m. 302, 303, 350, 363 ve 367) medeni usul hukukunda “bilirkişi raporları” bakımından da “kesinleşme” kavramının kullanıldığı görülmektedir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 281. maddesinin gerekçesinde tarafların, rapora itiraz süresi içerisinde, itirazlarını dile getirmemeleri hâlinde bilirkişi raporunun, taraflar bakımından kesinleşeceği, yani tarafların rapora itiraz olanağını tümüyle kaybedecekleri belirtilmiştir. Öte yandan yargı kararlarında da bilirkişi raporuna itiraz edilmediği ya da itiraz süresi geçirildiği takdirde, bilirkişi raporunun taraflar bakımından kesinleştiğine ve usuli müktesep hak teşkil ettiğine yönelik kararlara rastlanılmaktadır. Ayrıca bkz. Yargıtay, HGK, T. 18.02.2021, E. 2018/94, K. 2021/111; Yargıtay, 3. HD, T. 21.10.2021, E. 2021/6267, K. 2021/10532; Yargıtay, 6. HD, T. 05.02.2013, E. 2013/10304, K. 2013/1625 (www.e-uyar.com, ET: 03.03.2023).

<sup>63</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 24.02.2014, E. 2014/2511, K. 2014/4972; Yargıtay, 12. HD, T. 28.01.2016, E. 2015/31748, K. 2016/2650 (www.e-uyar.com, ET: 03.03.2023). Aynı yönde bkz. BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 231; NAMLI, Mert: *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 184; MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalelerin Feshi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (İhalelerin Feshi), s. 118.

<sup>64</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 202; MUŞUL, *İhalelerin Feshi*, s. 118.

<sup>65</sup> PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 508-515.

borçlunun satış isteme süreleri (İİK m. 106, 1) işlemeye devam eder<sup>66</sup>. Öte yandan haciz tutanağının geçici aciz belgesi niteliğini haiz olabilmesi için kıymet takdirinin kesinleşmiş olması gerekir<sup>67</sup>.

Satış aşamasında kıymet takdirinin kesinleşmesi usulü ve etkisi, haciz aşamasına nazaran farklıdır. Satış aşamasında kıymet takdirinin kesinleşmesi, takdir edilen kıymetin artık satışa esas alınabilir hâle geldiğini göstermektedir.

Satış aşamasında kıymet takdirinin tebliğinden itibaren yedi gün içinde şikâyet yoluna başvurulmazsa bu yedi günlük sürenin sona erdiği tarihte, icra dairesinin kıymet takdirine ilişkin kararı kesinleşir. Kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulmuş ancak başvurma tarihinden itibaren yedi gün içinde gerekli masraf yatırılmamışsa icra mahkemesinin şikâyet talebini reddettiği tarih itibarıyla (İİK m. 128/a, 1), eğer gerekli masraf yatırılmışsa icra mahkemesince şikâyet hakkında karar verildiği an itibarıyla kıymet takdiri kesinleşir (İİK m. 128/a, 5; 363, 1). İcra mahkemesinin kararları aynı takip açısından kesin hüküm teşkil ettiğinden, kıymet takdiri işlemine karşı yeniden şikâyet yoluna başvurulamaz. Ancak icra mahkemesi, görevsizlik veya yetkisizlik ya da gerekli giderlerin yatırılmaması sebebiyle kıymet takdiri talebini usulden reddedeceğinden, yine şikâyet süresi içinde olmak kaydıyla, yeniden kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulabilmesi pekâlâ mümkündür. İcra mahkemesi, yeniden yapılan bu şikâyet talebi üzerine esasa ilişkin bir karar verirse işte o an itibarıyla artık kıymet takdiri kesinleşmiş olur.

Öğretide, kıymet takdirine karşı kanun yoluna başvuru imkânının kapatılmasının hak arama özgürlüğüne müdahale niteliği taşıdığı ve bu sebeple icra mahkemesinin kıymet takdirine ilişkin şikâyete karşı verdiği kararlar için istinaf yoluna başvurulabilmesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>68</sup>. Ancak gerek satış sürecinin daha da uzamaması gerek kıymet takdirinin çözümlenmesinin hukuki bir bilgiden ziyade özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi ve bu sebeple kıymet takdirinin belirlenmesinde en büyük rolün icra hâkiminden ziyade bilirkişiye ait olması gerekçeleriyle icra mahkemesinin kıymet takdirine ilişkin verdiği kararların kesin olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Satış aşamasında kıymet takdirinin kesinleşmesi, malın satılması bakımından da önemlidir. Zira satış aşamasında kıymet takdiri kesinleşmeden satış ilanı ilgililere tebliğ edilemeyeceği gibi satış da yapılamaz<sup>69</sup>. Eğer kıymet takdiri kesinleşmeden satış yapılırsa bu durum, tek başına, ihalenin feshi sebebidir<sup>70</sup>.

## V. İİK m. 128/a'DAKİ "İKİ YILLIK SÜRE" NİN AMACI

Takibin, alacaklının ve borçlunun hak ve menfaatlerini ihlal etmeden, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaat dengesini bozmadan sürdürülmesi gerekir<sup>71</sup>. Bu sürecin adilane bir şekilde yürütülebilmesi için İcra ve İflâs Kanunu'nda, özellikle satış aşamasında, mevcut takibe karşı yapılan ve süreci uzat-

<sup>66</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 18.11.2021, E. 2021/10044, K. 2021/10347; Yargıtay, 12. HD, T. 24.02.2016, E. 2015/27882, K. 2016/5096; Yargıtay, İBK, T. 16.02.2018, E. 2016/4, K. 2018/1; Yargıtay, 12. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/30644, K. 2018/2738; Yargıtay, 12. HD, T. 11.02.2016, E. 2015/26501, K. 2016/3472; Yargıtay, 12. HD, T. 05.04.2016, E. 2016/4589, K. 2016/10046 (www.e-uyar.com, ET: 03.03.2023). KURU, *El Kitabı*, s. 1021; YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 209.

<sup>67</sup> DELİDUMAN, Seyithan: "Muvakkat Borç Ödemeden Aciz Belgesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998, Sayı 3, s. 1082; AKİL, Cenk: "Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 3, s. 165.

<sup>68</sup> ÇİFTÇİ, s. 93; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 273.

<sup>69</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 205; NAMLI, s. 472. Aynı yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 15.03.1995, E. 1994/12-795, K. 1995/180; Yargıtay, 12. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/6479, K. 2021/11721; Yargıtay, 12. HD, T. 31.05.2012, E. 2012/4151, K. 2012/18630; Yargıtay, 23. HD, T. 23.06.2011, E. 2011/11442, K. 2011/13037 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>70</sup> "Somut olayda, şikâyetçi borçlu tarafından 08.03.2012 tarihinde Bodrum İcra Mahkemesi'nde kıymet takdirine itiraz olunmuş, mahkemece 11.05.2012 tarihinde 124/317 sayılı kararla süresinde yapılmayan şikâyetin reddine karar verilmiş, ancak kıymet takdirinin kesinleşmesi beklenmeden 04.05.2012 tarihinde ihale yapılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere kıymet takdiri kesinleşmeden satışın yapılması usulsüz olup, mahkemece bu nedenle ihalelerin feshine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir...". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 24.10.2013, E. 2013/24703, K. 2013/33467 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 21.12.2021, E. 2021/6479, K. 2021/11721; Yargıtay, 12. HD, T. 18.12.2012, E. 2012/26725, K. 2012/38465; Yargıtay, 12. HD, T. 31.05.2012, E. 2012/4151, K. 2012/18630; Yargıtay, 23. HD, T. 23.06.2011, E. 2011/11442 K. 2011/13037; Yargıtay, HGK, T. 15.03.1995, E. 1994/12-795, K. 1995/180 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023). NAMLI, s. 472; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 203, 205; MUŞUL, *İhalenin Feshi*, s. 126.

<sup>71</sup> ÇİFTÇİ, s. 316.

maya yönelik kötü niyetli şikâyetlerin önlenmesine amacıyla bazı tedbirler alınmıştır. İşte bu tedbirlerden biri, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdirinin istenemeyeceğine ilişkin düzenlemedir (İİK m. 128/a, 2, c. 1). Nitekim söz konusu düzenleme (İİK m. 128/a, 2), bu yönüyle, hem dürüstlük kuralı (TMK m. 2; HMK m. 29) hem de kıymet takdiri işleminin makul sürede tamamlanmasına yönelik bir tedbir olmasından dolayı, takip ekonomisi ilkesi (HMK m. 30) ile doğrudan bağlantılıdır<sup>72</sup>.

Kıymet takdirinin yeniden yapılması, Kanun'da olduğunun aksine, herhangi bir süreye bağlı olmazsa aynı takip içinde birden fazla kez kıymet takdiri yapılabilecektir. İşte bu sınırsız kıymet takdiri yapılmasına ilişkin başvuru imkânı ise takiplerin sürüncemede bırakılmasına ve satışın geciktirilmesi, buna bağlı olarak alacaklının alacağına geç ulaşmasına, borçlunun da borcunu geç ödemesine ve dolayısıyla taraf menfaatinin zarara uğramasına sebep olacaktır.

Kıymet takdirine ilişkin iki yıllık süre (İİK m. 128/a, 2), malın değerinde oluşabilecek muhtemel değişimler nedeniyle hem alacaklının hem de borçlunun menfaatlerini korumaya yönelik olduğundan, kamu düzenine ilişkin olup resen gözetilmesi gerekir<sup>73</sup>. Öğretide, kıymet takdirinin yapılmasından sonra iki yıldan fazla zaman geçmiş ise yeniden kıymet takdiri yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>74</sup>. Eğer iki yıllık süre geçmiş olmasına rağmen yeniden kıymet takdiri yapılmadan mal satılmışsa ihale feshedilmelidir<sup>75</sup>. Kanaatimizce, yapılan kıymet takdirinin geçerlik süresi iki yıl olmayıp iki yıldan sonra yeniden kıymet takdiri yapılması da bir zorunluluk teşkil etmemektedir. İki yıldan sonra malın değerinde, çeşitli sebeplerle değişiklikler ortaya çıkması hâlinde, menfaat dengesinin sağlanması ve mülkiyet hakkının korunması bakımından yeniden kıymet takdiri yapılması pekâlâ mümkündür.

Öte yandan kıymet takdirinin iki yıl boyunca değişmeden kalmasının amacı, taşınır veya taşınmaz malın değerinde çok önemli değişiklikler olmadığı sürece, o malın satılmasının engellenmesini önlemektir. Özellikle taşınır veya taşınmaz malın kıymeti belirlendikten sonra o malla ilgili ortaya çıkan olağanüstü değişiklikler, şüphesiz, o malın değerinde de önemli değişikliğe yol açacağından, Kanun'da bu iki yıllık süreye istisnai hâller getirilmiştir (bkz. İİK m. 128/a, 2, c. 2).

İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesi ile ilgili olarak öğretide *Yılmaz*, mükerrer ve kötü niyetli işlemlerin önlemesi için kötü niyetli borçlulara farklı yaptırımlar uygulanması gerektiğini, söz konusu düzenlemenin iyi niyetli borçluları zarara uğratabileceğini ve mahcuzun değerinde ortaya çıkabilecek büyük değişikliklerin dikkate alınmaması sonucunu doğuracağı görüşündedir<sup>76</sup>.

*Umar*, maddedeki iki yıllık süreyi, Turgut Özal döneminden kalan bir vicdansızlık başyapıtı olarak nitelendirmekte ve bu iki yıllık sürenin bir yıla indirilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>77</sup>.

<sup>72</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 33; 39; 44.

<sup>73</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 04.11.2021, E. 2021/10195, K. 2021/9747; Yargıtay, HGK, T. 16.02.2021, E. 2017/2258, K. 2021/94; Yargıtay, 12. HD, T. 22.12.2016, E. 2016/31683, K. 2016/25925; Yargıtay, 12. HD, T. 18.02.2014, E. 2014/475, K. 2014/4207; Yargıtay, 12. HD, T. 10.12.2013, E. 2013/32133, K. 2013/39331; Yargıtay, 12. HD, T. 12.02.2013, E. 2013/31855, K. 2013/3675 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>74</sup> KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II*, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990 (C. II), s. 1298; KURU, El Kitabı, s. 662; NAMLI, s. 475; MUŞUL, *İhale Feshi*, s. 823. Öğretide aksi görüşte olan *Atalı* ise iki yıllık sürenin asgari bir zaman dilimini ifade ettiği, Kanun'da iki yıllık süreden sonra yeniden kıymet takdiri yapılması zorunluluğunun bulunmadığı ve aksinin kabulünün sürecin kötüye kullanılmasına sebebiyet vereceği düşüncesindedir. Bkz. ATALI, s. 383-384.

<sup>75</sup> “Kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıldan fazla süre geçtikten sonra ihale gerçekleştirilmiş olup, bu hususun ayrıca resen gözetilmesi gerektiğinden, ilk derece mahkemesince ihalenin feshine karar verilmesi gerekir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 07.06.2022, E. 2022/5556, K. 2022/6838 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 09.06.2021, E. 2021/4886, K. 2021/6269; Yargıtay, 12. HD, T. 16.01.2013, E. 2013/27616, K. 2013/692; Yargıtay, 12. HD, T. 25.03.2013, E. 2013/3076, K. 2013/11160; Yargıtay, 12. HD, T. 01.11.2013, E. 2013/26253, K. 2013/34110; Yargıtay, 12. HD, T. 11.10.2012, E. 2012/1694, K. 2012/29027; Yargıtay, HGK, T. 26.02.1992, E. 1990/4-70, K. 1990/130 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023). Ayrıca bkz. KURU, C. II, s. 1431; KURU, *El Kitabı*, s. 702; MUŞUL, *İhale Feshi*, s. 823; NAMLI, s. 475. Aksi görüş için bkz. ATALI, s. 383-384.

<sup>76</sup> YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 122. Aynı yönde bkz. BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 206.

<sup>77</sup> UMAR, Bilge: “Son 4949 Sayılı Yasa ile Getirilen İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 50, s. 88.

5092 sayılı Kanun değişikliğinden önce, kesinleşen kıymet takdirinin geçerlilik süresi taşınır mallarda bir yıl, taşınmaz mallarda ise iki yıl ile sınırlıydı. Ne var ki 5092 sayılı değişiklik ile taşınır ve taşınmaz mallardaki bu iki ayrı süre kaldırılmış ve her iki malda da süre yeknesak hâle getirilip iki yıl olarak belirlenmiştir.

*Pekcanitez* ise 4949 sayılı Kanun değişikliği neticesinde getirilen bu iki yıllık sürenin, o dönemde ilginç bir süreçten geçerek yasalaştığına dikkat çekerek Adalet Komisyonu ve Mecliste sürenin iki yıl olarak kararlaştırılmasına rağmen Adalet Komisyonu Başkanı'nın, sürenin bir yıl olması gerektiğini ve bunun bir tapaj hatası olduğunu belirttiğini ifade etmektedir. Nitekim Adalet Bakanı, önergeye katılmış ancak söz konusu madde oylanmadan diğer maddelere geçilmiş ve nihayetinde kıymet takdirine ilişkin süre, oylanana maddede iki yıl olarak kabul edilmesine rağmen Resmî Gazete'de bir yıl olarak yayımlanmıştır<sup>78</sup>.

Kanun'un 128/a maddesinin 2. fıkrasında yer alan iki yıllık süre, malın değerinde oluşacak muhtemel değişiklikler neticesinde tarafların menfaatlerini korumaya yönelik bir süre olup söz konusu fıkranın ikinci cümlesindeki “doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hallerde yeniden kıymet takdiri istenebilir” düzenlemesi de bu sürenin malın gerçek değerinden satılmasını amaçladığını göstermektedir.

Ülkemizde son dönemde oldukça sık yaşanan ekonomik dalgalanmalar neticesinde ortaya çıkan yüksek enflasyona bağlı olarak taşınır veya taşınmaz malın değerinde meydana gelebilecek değişiklikler de göz önünde bulundurulduğunda, kıymet takdirindeki bu iki yıllık sürenin oldukça uzun bir süre olduğu kanaatindeyiz. Öte yandan kıymet takdirine ilişkin bu sürenin ülkemizdeki ekonomik gelişmeler dâhilinde uzun bir süre olması ve buna bağlı olarak paradaki değer kaybı sebebiyle, ekonomik anlamda taraf menfaatine aykırı bir durum ortaya çıkabilecektir.

Ülke ekonomimizde yaşanan veya yaşanma ihtimali bulunan küçük veya büyük çaplı ekonomik krizler karşısında, kıymet takdirine ilişkin 128/a maddesindeki iki yıllık süre bakımından yeniden bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Elbette söz konusu sürenin belirlenmesinde, kötü niyetli işlemlerin önlenmesi ile taraf menfaatlerinin dengelenmesi hususları göz ardı edilmemelidir. Bu bağlamda malın daha süratli bir şekilde satılması ve buna bağlı olarak ekonomik dalgalanmalar karşısında alacaklının, borçlunun ve üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunabilmesi için kıymet takdirinin iki yıl geçmedikçe yeniden yapılamayacağına ilişkin hükmün (İİK m. 128/a, 2, c. 1) acilen “bir yıl” olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz<sup>79</sup>.

Karşılaştırmalı hukukta ise mehzaz İsviçre İcra ve İflâs Kanunu (SchKG) ve (VZG) ile Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) ve (ZVG)'de İcra ve İflâs Kanunumuzdaki kıymet takdirine ilişkin öngörülen iki yıllık süreye dair herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak *Zeller/Stöber*, daha önce yapılan kıymet takdirinin üzerinden 4,5 yıl geçmişse yeniden değer tespitinin gerekliliği olduğu görüşündedir<sup>80</sup>.

## VI. İİK m. 128/a'DAKİ İKİ YILLIK SÜRENİN BAŞLANGIÇ TARİHİ

İcra ve İflâs Kanunu'nda, kıymet takdirinde iki yıllık sürenin başlangıç tarihi, kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak belirtilmiş (İİK m. 128/a, 2)<sup>81</sup> olsa da kıymet takdirinin ne zaman yapılmış sayılacağı, bu iki yıllık sürenin hesaplanması açısından, üzerinde durulması gereken bir meseledir. Zira satışın, kıymet takdirinin esas alındığı tarihten itibaren iki yıl sonra yapılmasının başlı başına bir ihalenin feshi sebebi sayılması ve iki yıllık sürenin bitiminden itibaren yeniden kıymet takdirinin yapıla-

<sup>78</sup> PEKCANITEZ, s. 152.

<sup>79</sup> Aynı yönde bkz. BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 207; UYAR, *Yenilikler*, s. 180.

<sup>80</sup> ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 7.20.

<sup>81</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 25.02.2003, E. 2003/1114, K. 2003/3503 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

bilmesi, bu sürenin başlangıç anının doğru tespit edilmesine bağlıdır<sup>82</sup>. Başka bir deyişle kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren ancak iki yıl geçtikten sonra yeniden kıymet takdiri yapılması gerekir. Nitekim taşınır veya taşınmaz mal, iki yıl önceki değeri üzerinden satışa çıkarılamaz.

Kanun'a göre iki yıllık sürenin başlangıcı, sonradan kesinleşmesi kaydıyla, kıymet takdirinin yapıldığı tarihtir<sup>83</sup>. İki yıllık sürenin “kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren” başlatılması, taraf menfaatlerinin sağlanması ve takibin sürüncemede bırakılmaması bakımından yerindedir. Zira bu iki yıllık süre, kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren başladığı takdirde, icra mahkemesinde şikâyet hakkında karar verinceye kadar dolacak ve dolayısıyla kısa süre içinde yeniden kıymet takdiri yapılması gerekecek ki bu da takibin uzamasına neden olacaktır<sup>84</sup>.

İki yıllık sürenin başlangıç anının belirlenmesi, kıymet takdirinin icra dairesi mi yoksa icra mahkemesi tarafından mı yapıldığına göre değişiklik göstermektedir.

Sicile kayıtlı olmayan bir malın kıymet takdirinin, haczi yapan memur tarafından fiilen yapıldığı tarih, satışa esas şekilde mahcuz malın kıymetinin belirlendiği tarih olarak değerlendirilir<sup>85</sup>. Başka bir deyişle haczi yapan memur, haciz aşamasında taşınır ve sicile kayıtlı olmayan taşınmaz malların, haciz ve kıymet takdiri işlemlerini aynı anda yapmışsa kıymet takdiri, elbette, haczin yapıldığı an olarak kabul edilir. Ancak kıymet takdirinin haciz işlemi uygulanırken yapılması mümkün değilse haczi yapan memur tarafından haciz işleminin tamamlanmasından sonra icra dairesinde yapılmalıdır. Böyle bir durumda, haczi yapan memur tarafından, mahcuz malın haczin yapıldığı andaki değeri dikkate alınarak, malın kıymetinin derhal belirlenip haciz tutanağına yazıldığı tarihte kıymet takdirinin yapıldığının kabulü gerekir<sup>86</sup>.

İcra memuru, sicile kayıtlı olan veya olmayan bir malın kıymet takdirinin yapılması için bilirkişiye başvurmuşsa (İİK m. 87, 1, c. 2; 87, 2), bilirkişinin kıymet takdirini fiilen yaptığı keşif tarihi, kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak esas alınmalıdır<sup>87</sup>. Öte yandan bilirkişiye başvuran memurun, bilirkişiye kıymet takdirine ilişkin raporunu hazırlayıp icra dairesine teslim etmesi için makul bir süre vermesi yerinde olacaktır (bkz. ve karşı. HMK m. 30).

İcra memurunun kendisinin veya görevlendirdiği bilirkişinin belirlediği kıymete karşı, icra mahkemesi nezdinde şikâyet yoluna başvurulmuş olabilir. İşte böyle bir durumda, kıymet takdirinin yapıldığı tarihin, bilirkişinin raporunu düzenlediği tarih mi, mahkemece keşfin yapıldığı tarih mi yoksa mahkemenin şikâyet talebini karara bağladığı tarih mi olduğu noktasında öğretide ve Yargıtay kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır.

Öğretide iki yıllık sürenin, kıymet takdirine karşı başvuru şikâyet talebinin reddedilmesi veya şikâyet neticesinde kıymet takdiri bedelinin, icra dairesinin yaptığı kıymet takdiri ile aynı çıkması hâlinde, icra dairesince belirlenen tarihten; şikâyet talebinin kabul edilmesi hâlinde ise icra mahkemesince yapılan keşif tarihinden itibaren başlayacağı görüşü hâkimdir<sup>88</sup>. Nitekim Yargıtayın da, öğretide-

<sup>82</sup> “İİK m. 128/a, 3'teki iki yıllık sürenin geçip geçmediği, satış talebi üzerine icra müdürlüğüne, ihalenin feshi istemi üzerine icra mahkemesince doğrudan doğruya gözetilir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 14.01.2005, E. 2005/23409, K. 2005/639; Yargıtay, 12. HD, T. 17.02.2004, E. 2004/25861, K. 2004/3023; Yargıtay, 12. HD, T. 23.06.2000, E. 2000/9475, K. 2000/10508 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>83</sup> Yargıtay, HGK, T. 26.02.1992, E. 1992/4-70, K. 1992/130; Yargıtay, 12. HD, T. 01.12.2011, E. 2011/8876, K. 2011/25551; Yargıtay, 12. HD, T. 19.12.2011, E. 2011/10638, K. 2011/29421; Yargıtay, 12. HD, T. 08.11.2005, E. 2005/17029, K. 2005/21569; Yargıtay, 12. HD, T. 13.01.2005, E. 2005/22911, K. 2005/454 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>84</sup> PEKCANITEZ, s. 153.

<sup>85</sup> Yargıtay, HGK, T. 26.02.1992, E. 1992/4-70, K. 1992/130; Yargıtay, 12. HD, T. 23.03.2007, E. 2007/2908, K. 2007/5536; Yargıtay, 12. HD, T. 27.4.2007, E. 2007/6021, K. 2007/8400; Yargıtay, 12. HD, T. 12.04.2005, E. 2005/4691, K. 2005/7862; Yargıtay, 12. HD, T. 14.01.2005, E. 2004/23409, K. 2005/639 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>86</sup> PRUTTING / GEHRLEIN, s. 1839, Rn. 8.

<sup>87</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 27.04.2007, E. 2007/6021, K. 2007/8400; Yargıtay, 12. HD, T. 23.03.2007, E. 2007/2908, K. 2007/5536 (www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023).

<sup>88</sup> DÖNMEZ, *Taşınmaz Mal*, s. 194; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 210; ATALI, s. 379; NAMLI, s. 474; OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan: *İİK Şerhi (Madde 100-176/b)*, Cilt 3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 3152. Öğretide *Dönmez*, bilirkişiye başvurulmuş ve bilirkişi tarafından hazırlanan rapor, keşif tarihinden sonra verilmiş olsa dahi, yine keşif tarihinin esas alınması gerektiği görüşündedir. Bkz. DÖNMEZ, *Taşınmaz Mal*, s. 192.

ki bu görüşlere paralel şekilde, keşif fiilen yapıldığı tarihi, kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak kabul ettiğine yönelik kararları mevcuttur<sup>89</sup>.

Öte yandan Yargıtay diğer kararlarında, keşif incelemesi yapılmış olup olmadığı fark etmeksizin, her hâlükârda bilirkişi raporunun alındığı tarihin kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak kabul ettiğini<sup>90</sup>, raporun ilgililere tebliğ tarihinin, kıymet takdirinin yapılma tarihi bakımından herhangi bir öneminin olmadığını belirtmiştir<sup>91</sup>.

Nihayetinde Yargıtay, son tarihli kararlarında ise kıymet takdirinin başlangıç zamanının keşif fiilen yapıldığı veya bilirkişi raporunun mahkemeye verildiği tarih olarak kabulünün mümkün olmadığına, bu yöntemin şikâyet işleminin ruhuna aykırı olacağına; bu sebeple keşif incelemesinin sonunda bilirkişiden rapor alınmışsa, bilirkişinin değerlendirme yaptığı tarihin kıymet takdirinin yapıldığı tarih olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>92</sup>. Ancak bilirkişi, hangi tarih itibarıyla değerlendirme yapılmış olduğunu raporunda açıkça belirtmemişse Yargıtay, bilirkişi raporu tarihinin esas alınması gerektiğine işaret etmiştir<sup>93</sup>. Eğer bilirkişiden ek rapor istenmişse (HMK m. 281, 2), ek rapordaki değerlendirme, ilk tespit tarihi olan kök rapora göre yapıldığından, kıymet takdirinin yapıldığı tarih, ek raporun alındığı değil kök raporun alındığı tarih olarak kabul edilmelidir<sup>94</sup>.

Yukarıda da ifade edildiği üzere meseleyi, kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulup başvurulmamasına göre iki yönlü incelemekte fayda görmekteyiz.

Haczi yapan memur, kıymet takdirini ister kendisi yapmış ister bilirkişi marifetiyle yaptırmış olsun (İİK m. 87), yapılan bu kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulmamışsa, icra dairesince yapılan kıymet takdiri kesinleştiğinden, iki yıllık sürenin başlangıcı icra dairesinin değerlendirme yaptığı veya bilirkişinin fiilen keşif yaptığı tarihtir<sup>95</sup>.

Kıymet takdirine karşı şikâyet yoluna başvurulması hâlinde ise iki yıllık sürenin başlangıç tarihi, icra dairesi ve icra mahkemesi tarafından takdir edilen değerlerin aynı veya farklı çıkması ihtimaline göre değişmektedir.

Eğer icra dairesinin yaptığı kıymet takdiri ile şikâyet neticesinde icra mahkemesi tarafından yaptırılan kıymet takdiri değerleri aynı çıkmışsa, yani şikâyet talebi reddedilmişse, icra dairesince kıymet takdirinin yapıldığı (örneğin keşif yapıldığı) tarihin iki yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak dikkate alınması gerekir<sup>96</sup>. Zira kıymet takdirine karşı şikâyet yoluyla icra dairesi tarafından takdir edilen değe-

<sup>89</sup> Yargıtay, HGK, T. 26.02.1992, E. 1992/4-70, K. 1992/130; Yargıtay, 12. HD, T. 17.05.2021, E. 2021/3183, K. 2021/4769; Yargıtay, 12. HD, T. 21.01.2014, E. 2013/35322, K. 2014/1325; Yargıtay, 12. HD, T. 07.05.2013, E. 2013/11887, K. 2013/17560; Yargıtay, 12. HD, T. 14.03.2013, E. 2013/1902, K. 2013/9342 (www.e-uyar.com, ET: 06.03.2023).

<sup>90</sup> “Kıymet takdirine itiraz üzerine mahkemece hükme esas alınan bilirkişiler tarafından düzenlenen raporda, değerlemenin yapıldığı tarih açıkça belirtildiğinden, iki yıllık sürenin, icra müdürlüğü değerlendirme tarihinden değil, bilirkişi raporunda belirtilen tarihten başlayacağı ve ihalenin feshi isteminin buna göre değerlendirilmesi gerekir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/6924, K. 2020/8959. Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 08.11.2005, E. 2005/17029, K. 2005/21569 (www.e-uyar.com, ET: 05.03.2023).

<sup>91</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 09.07.2002, E. 2002/14187, K. 2002/14994; Yargıtay, 12. HD, T. 30.09.2003, E. 2003/14988, K. 2003/18859 (www.e-uyar.com, ET: 06.03.2023).

<sup>92</sup> Yargıtay, HGK, T. 16.02.2021, E. 2017/12-2258, K. 2021/94 (www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023); Yargıtay, 12. HD, T. 08.10.2020, E. 2020/5971, K. 2020/8335; Yargıtay, 12. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/6924, K. 2020/8959 (www.karamercanhukuk.com, ET: 08.03.2023).

<sup>93</sup> “Mahkemece hükme esas alınan raporlarda bilirkişiler tarafından hangi tarih itibari ile değerlendirme yapılmış olduğu açıkça belirtilmemiş olup, borçlu tarafından icra müdürlüğüne alınan rapora itiraz edildiğinden iki yıllık süre, icra müdürlüğüne aldırılan rapordaki değerlendirme tarihinden başlayacağından, satış tarihi itibarıyla İİK'nun 128/a-2. maddesinde öngörülen iki yıllık sürenin geçtiği, bu durumda, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıldan fazla süre geçtikten sonra ihale gerçekleştirilmiş olmakla ve bu husus resen gözetilmesi gerekir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 12.01.2022, E. 2021/12597, K. 2022/299; Yargıtay, 12. HD, T. 20.02.2020, E. 2020/505, K. 2020/1559 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 09.06.2021, E. 2021/4886, K. 2021/6269; Yargıtay, 12. HD, T. 08.10.2020, E. 2020/5971, K. 2020/8335; Yargıtay, 12. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/6924, K. 2020/8959 (www.karamercanhukuk.com, ET: 12.03.2023).

<sup>94</sup> Bkz. ve karşı. Yargıtay, 12. HD, T. 19.10.2010, E. 2010/10882, K. 2010/23989 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023).

<sup>95</sup> Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 21.02.2014, E. 2014/562, K. 2014/4878; Yargıtay, 12. HD, T. 08.10.2015, E. 2015/20340, K. 2015/23630 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023).

<sup>96</sup> DÖNMEZ, *Taşınmaz Mal*, s. 194; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 210.

rin malın gerçek değerini yansıtip yansıtmadığı, dolayısıyla memur işleminin doğru olup olmadığının denetlenmesi amaçlandığından ve şikâyet neticesinde icra dairesinin işlemi doğru kabul edildiğinden bu sonuca varmak yanlış olmayacaktır.

Ancak icra mahkemesince yaptırılan kıymet takdiri, icra memurunun yaptığı kıymet takdirinden farklı çıkmışsa iki yıllık sürenin, öğretilerdeki görüşlerin ve yargı kararlarının aksine, icra mahkemesince keşif incelemesinin veya bilirkişi değerlendirilmesinin yapıldığı tarihin iki yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak kabulünün mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira kıymet takdirine şikâyet üzerine icra mahkemesi bilirkişiye başvurarak, icra memurunun kıymet takdiri yaptığı tarih itibarıyla mahcuz malın değerinin gerçek değerini yansıtip yansıtmadığını belirlemekte, yani memurun işlemi denetlemektedir<sup>97</sup>.

Şikâyet konusu işlem hatalı olmasına rağmen bozulması gerekli değilse icra mahkemesi işlemi düzeltir. Nitekim icra mahkemesinin bu yetkisi, Yargıtayın değiştirerek ve düzelterek onama (HMK m. 370, 2) kararına benzemektedir<sup>98</sup>. Kıymet takdirini yapma yetkisi esasen icra dairesine verilmiş olup (İİK m. 87) icra mahkemesi, icra dairesine ait bu yetkiyi kullanamayacağından<sup>99</sup>, icra mahkemesi şikâyet yargılamasında yeni bir kıymet takdiri yapmamakta, başka bir deyişle, icra mahkemesi icra dairesinin vermediği kararı onun yerine vermemekte, sadece bilirkişiye başvurup yeniden araştırma yaparak icra dairesinin kıymet takdiri işlemi denetlemektedir (bkz. İİK m. 17). Bu durumda icra mahkemesi, icra dairesince yapılan kıymet takdirini iptal etmediği gibi kıymet takdirinin düzeltilmesi için dosyayı yeniden icra dairesine de geri göndermemektedir.

Kanaatimizce, kıymet takdirine şikâyet yargılamasında, icra mahkemesince icra memurunun kıymet takdiri yaptığı tarih itibarıyla malın değeri belirlenerek memurun işlemi denetlendiğinden, şikâyetin kabulü hâlinde malın değeri, icra dairesince ilk etapta yapılan kıymet takdirinin tarihine göre tespit edilmiş olmalı ve m. 128/a, 2'de öngörülen iki yıllık süre de icra dairesince yapılan kıymet takdiri tarihinden başlamalıdır<sup>100</sup>. Zira malın, kıymet takdirinin yapıldığı tarihteki değeri ile kıymet takdirine şikâyet neticesindeki değeri, zamana ve ekonomik dalgalanmalara bağlı olarak değişkenlik gösterebileceğinden, malın değerinin icra dairesince takdir edildiği tarih itibarıyla gerçeğe uygun olup olmadığı denetlenmekte olup icra mahkemesinin kararı ile yeni bir değer belirlenmemektedir<sup>101</sup>. Ancak İsviçre hukukunda, kıymet takdirine karşı kantonel denetim makamına başvurulması hâlinde, malın kıymetinin yeniden belirlenmesine yönelik bir işlem yürütüldüğü ifade edilmektedir<sup>102</sup>.

## VII. İKİ YILLIK SÜRE DOLMADAN YENİDEN KIYMET TAKDİRİ YAPILMASI

4949 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 128. maddesinden sonra gelmek üzere eklenmesi öngörülen 128/a maddesinin 2. fıkrasına, kıymet takdirini etkileyen doğal afetler, imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde iki yıl dolmadan önce, yeniden kıymet takdiri yapılabilmesini sağlamak amacıyla bir cümle ilave edilmiştir. Böylelikle Kanun'da, iki yıllık süre dolmadan hangi istisnai hâllerde kıymet takdirinin yapılabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer verilerek malın gerçek değerinden satılması kolaylaştırılmıştır. Nitekim öğretilerde de taşınmazın değeri belirlendikten sonra, örneğin deprem, heyelan gibi doğal afet hâllerinde, taşınmazın değerinin değiştiği, Kanun'un eski hâlinde bu duruma ilişkin bir düzenleme bulunmadığından taşınmazın satılmadığı ifade edilmektedir<sup>103</sup>.

<sup>97</sup> "Mahkeme, oluşturduğu bilirkişi kurulu ile, icra memurunun kıymet takdiri yaptırdığı tarih itibarıyla taşınmazın değerini belirleyerek icra memurunun işlemi denetler". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 04.02.2021, E. 2020/9131, K. 2022/1077; Yargıtay, 12. HD, T. 08.10.2020, E. 2020/5971, K. 2020/8335, www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023).

<sup>98</sup> KURU, *El Kitabı*, s. 75, dn. 43.

<sup>99</sup> BELGESAY, *Şerh*, s. 65; PEKCANITEZ / SİMİL, s. 401.

<sup>100</sup> Aynı yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 16.02.2021, E. 2017/12-2258, K. 2021/94 (www.e-uyar.com, ET: 14.03.2023).

<sup>101</sup> Benzer yönde bkz. ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 7.20.

<sup>102</sup> ZOPFI, s. 45-46, Rn. 9.

<sup>103</sup> PEKCANITEZ, s. 153.



Burada üzerinde durulması gereken ilk mesele, Kanun'un 128/a maddesinin 2. fıkrasının, taşınır malların satışı açısından da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Zira Kanun'da, taşınırların satışı ile ilgili kıymet takdirine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Her ne kadar satış aşamasında kıymet takdirine ilişkin şikâyet yolu, "Taşınmazların satışı" başlığı altında düzenlenmiş ve ilk etapta ikinci fıkradaki "doğal afet" ve "imar durumu" gibi kavramlar, taşınmaz satışına özgü kavramlar gibi görünse de "doğal afet", sadece taşınmazların değil aynı zamanda taşınırların da değerini etkilemektedir. Nihayetinde, malın gerçek değerinden satılarak taraf menfaatinin sağlanması gerekliliği düşünüldüğünde, taşınmaz mallara yönelik iki yıl dolmadan kıymet takdiri istenebilecek istisnai hâllere ilişkin düzenlemenin (İİK m. 128/a, 2), taşınır mallar için de kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz<sup>104</sup>.

İkinci mesele ise 128/a maddesinin 2. fıkrasındaki, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde, yeniden kıymet takdiri istenebileceğine ilişkin istisnai hâllerin tahdidi olup olmadığıdır. Ancak bu tartışmaya girmeden önce ve konunun da daha iyi anlaşılabilmesi açısından söz konusu düzenlemedeki istisnai hâllerin incelenmesinde fayda görmekteyiz.

Kanun'un 128/a, 2 maddesindeki istisnai hâllerden ilki, "doğal afetler"dir. Dünya genelindeki doğal afetler göz önünde bulundurulduğunda, otuz bir çeşit doğal afetin yirmi sekiz tanesinin meteorolojik afetlerden oluştuğu görülmektedir. Doğal afetler, yavaş gelişen doğal afetler ve ani gelişen doğal afetler olmak üzere ikiye ayrılır. Şiddetli soğuklar, kuraklık, kıtlık vb. yavaş gelişen doğal afet iken depremler, seller, su taşkınları, toprak kaymaları, kaya düşmeleri, çığ, fırtınalar, hortumlar, volkanlar ve yangınlar vb. ise ani gelişen doğal afetlerdir<sup>105</sup>.

Ülkemizde 06.02.2023 tarihinde dokuz saat arayla gerçekleşen, merkez üsleri sırasıyla Gaziantep'in Şehitkâmil ilçesi ve Kahramanmaraş'ın Ekinözü ilçesi olan, 7,8 Mw ( $\pm 0,1$ ) ve 7,5 Mw büyüklüklerindeki iki deprem olayı yaşanmıştır. Nitekim bu doğal afet neticesinde, bölgede bulunan birçok mahcuz taşınır ve taşınmaz mal zarar görmüştür. İşte deprem sonrasında borçlunun taşınır veya taşınmaz malın değerindeki bu değişiklik, şüphesiz, Kanun'daki iki yıllık süre beklenmeden yeniden kıymet takdiri yapılması gereken bir hâldir.

Ancak her afet, bir doğal afet olmayıp afetler, doğal afetlere göre daha geniştir. Nitekim afetler; jeolojik afetler (deprem, heyelan, kaya düşmesi vb.), iklimik afetler (dolu, hortum, sel, tipi, orman yangınları vb.), biyolojik afetler (erozyon, salgınlar<sup>106</sup> vb.), sosyal afetler (savaşlar, terör saldırıları vb.) ve teknolojik afetler (biyolojik, nükleer, kimyasal silahlar ve kazalar vb.) olarak sınıflandırılabilir<sup>107</sup>. Ezcümle doğal afetten öte bir sosyal afet olarak nitelendirilen terör saldırıları bulunan bir bölgede veya biyolojik afet türü olan salgın hâlinde malın kıymetinin yeniden takdir edilmesi yerinde olacaktır. Bu nedenle Kanun'un 128/a, 2 maddesindeki istisnai hâlleri "doğal afetler" ile sınırlı tutmayıp "doğal afetler" ifadesi yerine daha genel anlamda "afetler" ifadesinin kullanılmasının, maddenin amacına daha iyi hizmet edeceği kanaatindeyiz.

Kanun'daki ikinci istisna ise "imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâller"dir.

Şehirlerin ve ilçelerin sosyal ve ekonomik etkenlerle hızla gelişip büyümelerine bağlı olarak ülkemizde acilen karşılanması gereken bazı ihtiyaçlar da ortaya çıkmaktadır<sup>108</sup>. İmar planının bilimsel,

<sup>104</sup> "İİK'nin 128/a-2 maddesinin Dairemizin içtihatları ile taşınır satışlarında da uygulandığı düşünüldüğünde ...". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 29.03.2022, E. 2022/2203, K. 2022/4074; Yargıtay, 12. HD, T. 06.12.2021, E. 2021/11307, K. 2021/11023 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 05.10.2021, E. 2021/7351, K. 2021/8428; Yargıtay, 12. HD, T. 15.05.2013, E. 2013/12790, K. 2013/18835; Yargıtay, 12. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/4452, K. 2013/11876 (www.e-uyar.com, ET: 15.03.2023).

<sup>105</sup> <https://www.afad.gov.tr/afadem/dogal-afetler> (ET: 15.03.2023).

<sup>106</sup> Covid-19 salgınının doğal afet olarak değerlendirilmesi ve tarafların bu sebeple yeniden kıymet takdiri talep edebilmesi gerektiğine ilişkin bkz. ARSLANDOĞAN, Birce: "İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 2, s. 1459.

<sup>107</sup> <https://www.afad.gov.tr/afadem/dogal-afetler> (ET: 15.03.2023).

<sup>108</sup> AKIŞ, Ercüment: "Belediyenin İmar Planını Değiştirmesi ve Hukuki Sonuçları", *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1997, Cilt 6, Sayı 4, s. 47 vd.

ekonomik ve hatta uygulamadan doğan birtakım zorunluluklar (kent planlarının uygulanmaması veya kentsel gelişmelerin planların uygulanmasını imkânsız hâle getirmesi) neticesinde değiştirilmesi gerekebileceği gibi imar planının sonradan kamusal ihtiyaçları karşılayamaması ya da verilerin doğru saptanamaması, gelişme yön ve hacminde yanlışlıklar yapılması da imar planında değişiklik yapılmasını gerektiren diğer sebepler arasında sayılabilir<sup>109</sup>. Örneğin sanayi bölgesi olarak planlanan bölgelerdeki fabrikaların çeşitli ekonomik nedenlerle kapanması veya sanayi bölgeleri çevresinde beklenmeyen bir nüfus yoğunluğu artışı neticesinde, mevcut imar planları tekrar gözden geçirilebilir. Ayrıca mevcut planın nüfusun yerleşim ihtiyaçlarını karşılamaması, kamu yatırımı ve özel sektör yatırımı gereksinimi, göç ve doğal afet gibi sonradan ortaya çıkabilecek ve bölgesel etkiye yol açabilecek nedenlerle arazi kullanım taleplerinin oluşması, çevre kirliliğinin önlenmesi ve çevrenin korunması gibi gerekçeler de planı işlevsiz kılabilecek veya plandan beklenen faydayı sağlamayı engelleyebilecektir.

İmar planı değişiklikleri, kamusal ihtiyaçlar ve parsel sahiplerinin mülkiyet hakkına bağlı değişiklikler olarak ikiye ayrılır<sup>110</sup>. Kamusal ihtiyaçlar; konut alanlarının okul alanına çevrilmesi, yol ağının genişletilmesi ve kamu kurumlarının ihtiyaçları doğrultusunda talep edilen değişiklikleri kapsamaktadır. Parsel sahiplerinin mülkiyet hakkına bağlı değişiklikler ise park veya yol ağı içinde bulunan bir parselin konut alanına dönüştürülmesi, emsal artışı, kat artışı ve ticaret alanına dönüştürme değişiklikleri, kaçak yapıların veya bazı yapılardaki kaçak katların yasal duruma dönüştürülmesi ile imar sınırları haricindeki arazilerin imarlı hâle dönüştürülme talepleri yer almaktadır<sup>111</sup>.

İmar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren hâller, elbette, sadece taşınmazlara özgü olup taşınmazlar için uygulanamaz. Eğer imar durumunda çok önemli bir değişiklik ortaya çıkmış ve bu değişiklik neticesinde taşınmazın değeri artmış veya azalmış ise iki yıllık süre beklenmeden yeniden kıymet takdiri yapılması gerekir.

5393 sayılı Belediye Kanunu'nun<sup>112</sup> "Kentsel dönüşüm ve gelişim alanı" başlıklı 73. maddesine göre belediye, belediye meclisi kararıyla konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiden kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir. Bu bağlamda mahcuz taşınmazın kıymet takdiri yapıldıktan sonra, satışa hazırlık evresinde bu taşınmazın kentsel dönüşüm kapsamına alınması ve dolayısıyla değerinde ciddi bir artış meydana gelecek olması nedeniyle, iki yıllık süre dolmadan (İİK m. 128/a, 2) icra dairesince yeniden kıymet takdiri yapılması gerekir<sup>113</sup>.

Ancak Kanun'daki iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılması hâlinin, sadece imar durumuna özgülenmiş olması da menfaat dengesine uygun düşmemektedir. Özellikle taşınmazın kıymeti belirlendikten sonra o malla ilgili doğrudan veya dolaylı ortaya çıkan çok önemli değişiklikler, şüphesiz, o malın değerinde de önemli değişikliğe yol açacağından, Kanun'da bu iki yıllık süreye istisnai hâlin imar durumundaki değişiklik ile sınırlanmaması gerekir. Örneğin taşınmazın yanına büyük bir alışveriş merkezi veya adliye yapılmış olması ya da önünden yol geçmesi de o taşınmazın değerinde önemli bir değişiklik meydana getirebilir. Bu nedenle Kanun'un 128/a, 2 maddesindeki istisnai hâlleri

<sup>109</sup> AKIŞ, s. 47 vd.

<sup>110</sup> ÇOLAK, Nusret İlker / ÖNGÖREN, Gürsel: *İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları*, 2. Baskı, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2014, s. 168.

<sup>111</sup> İNCEYOL, Yaşar: "Uygulama İmar Planı Tadilatlarında Plan Değişikliği Ölçütlerine Uygunluğun Araştırılması", *Gümüşhane Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2021, Sayı 11/4, s. 1325.

<sup>112</sup> 13.07.2005 tarihli ve 25874 sayılı Resmî Gazete.

<sup>113</sup> UYAR, Talih: "Satışa Konu Taşınmazın İhaleden Önce; Kentsel Dönüşüm'den Yararlanırlı Duruma Gelmesi Halinde, İhaleden Önce Bu Taşınmaza Yeniden Kıymet Takdiri Yapılması (İİK. m. 128a/III) Gerekir Mi? Takip Konusu İpotekle Temin Edilmiş Kredi Borcunun, Borçlu Dışında (Yerine) Başka Bir Kişi Tarafından Ödenmesi Halinde, Alacaklının Alacağı Şona Ermiş 'TBK. m. 83' Olur Mu?" ([www.e-uyar.com](http://www.e-uyar.com), ET: 18.03.2023).

“imar durumundaki değişiklik” ile sınırlı tutmayıp taraf menfaati açısından daha geniş anlamda ve imar durumundaki değişikliği de kapsayacak şekilde “malın değerinde ortaya çıkan önemli değişiklik” ifadesinin kullanılmasının, maddenin amacına daha iyi hizmet edeceği kanaatindeyiz.

İki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri istenemeyeceğine ilişkin hüküm (İİK m. 128/a, 2), kıymet takdirinden sonra malın değişikliğe uğramaması ile sınırlıdır<sup>114</sup>. Borçlu veya alacaklı, ihale tarihinden önce ve iki yıllık süre dolmadan taşınır veya taşınmaz malda değişiklikler meydana geldiğini ve değerinin önemli ölçüde değiştiğini iddia ediyorsa, yeniden kıymet takdirinin yapılması talebini icra dairesine bildirmelidir. Bunun üzerine icra dairesi, gerekirse bilirkişi incelemesi de yaptırmak suretiyle, başvuru tarihi itibarıyla malın değerini çok önemli ölçüde etkileyecek bir değişiklik (örneğin imar durumu) olup olmadığını tespit ettikten sonra<sup>115</sup>, taraf menfaatini de göz önünde bulundurarak, iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri yapıp yapılmayacağına ilişkin bir karar verir<sup>116</sup>.

İcra dairesi, borçlunun veya alacaklının, iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılması talebini yerine getirmese icra dairesinin bu kararına karşı süresiz şikâyet yoluna başvurulması mümkündür (İİK m. 16, 2)<sup>117</sup>. İcra mahkemesince şikâyet talebi reddedildiği takdirde ise aynı sebeple ihalenin feshinin istenemeyeceği kanaatindeyiz. Zira icra mahkemesinin şikâyete ilişkin verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmese de gerek aynı takip açısından kesin hüküm teşkil etmesinden gerek aynı konuya ilişkin, şikâyetin özel bir türü olan ihalenin feshine başvurulmasında hukuki yarar bulunmadığından, bu sonuca ulaşmaktayız. İhale konusu taşınır veya taşınmaz malın değerini önemli ölçüde etkileyecek bir değişiklik olmasına rağmen, şikâyet yoluna başvurulmamışsa, icra dairesince yeniden kıymet takdiri yapılmadan gerçekleştirilen ihale feshedilir<sup>118</sup>.

Eğer ihale konusu taşınır veya taşınmaz malın değerini önemli ölçüde etkileyecek bir değişiklik olmamasına rağmen iki yıllık süre (İİK m. 128/a, 2) dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılmış ve mal, ikinci kıymet takdirinde belirlenen değer üzerinden satılmışsa yapılan ihalenin feshedilmesi gerekir<sup>119</sup>.

İlk etapta, taşınmaz mallara özgü olarak tasarlanarak kaleme alındığı izlenimini veren İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesinin ikinci fıkrası, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde, yeniden kıymet takdiri istenebileceğini hüküm altına almıştır.

<sup>114</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 21.09.1990, E. 1990/7424, K. 1990/8874 (www.e-uyar.com, ET: 18.03.2023).

<sup>115</sup> “Satışa arz olunan gayrimenkullerin ihaleden evvel son durumunun imar ve belediye dairelerinden sorularak alınacak cevabın satış ilanına ve artırma şartnamesine yazılması lüzumuna ve alakadarların menfaatlerine daha uygun olduğu...”. Bkz. Yargıtay, İBK, T. 18.06.1958, E. 1958/11, K. 1958/13 (14.02.1958 tarihli ve 9834 sayılı Resmî Gazete).

<sup>116</sup> “Tapuda tarla vasfında olan ancak imar uygulaması ile arsa vasfını kazandığı belirtilen taşınmaz yönünden, imar uygulaması sonucu borçlunun tasarruf edebileceği alanın, üzerinden geçtiği belirtilen yüksek gerilimli enerji nakil hattının taşınmazın ne kadarlık alanından faydalanmayı imkânsız hale getirdiği gibi değer kaybına ve artışına neden olan unsurların tam olarak ortaya konulması sağlanarak feshin istemine konu olan ihaledeki parseller yönünden esas alınan muhammen bedellerin doğru olup olmadığının tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 17.11.2014, E. 2014/29412, K. 2014/27300 (www.e-uyar.com, ET: 02.04.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 27.02.2018, E. 2016/28666, K. 2018/2021; Yargıtay, 12. HD, T. 09.09.2014, E. 2014/17005, K. 2014/20665 (www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023).

<sup>117</sup> “Şikâyetçi vekilince, ihale tarihinden önce, taşınmazın imar durumunda olağanüstü değişiklikler yapıldığı ve değerinin önemli ölçüde değiştiği ileri sürülmüş olup bu husus, taşınmazda değer artırıcı unsurları etkileyeceğinden ve şikâyetçinin menfaatine olacağından şikâyet konusu yapılabilir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 13.05.2016, E. 2016/6757, K. 2016/14179, (www.e-uyar.com, ET: 10.03.2023). “Borçlular vekili icra mahkemesine başvurusunda, taşınmazın imar durumunun ilgili belediyeden sorulmadığını ve kıymet takdirinde de imar durumunun dikkate alınmadığını iddia etmiş, yine temyiz dilekçesinde ‘büyükşehir belediyesince onaylanan imar planına göre ihale konusu taşınmazın değerinin düşük tespit edildiğini belirterek, imar planının bir örneğini sunmuştur. O halde, mahkemece, taşınmazın değerine, dolayısıyla satışa etkili olabileceğinden, satış tarihine kadar mevcut imar durumu ile varsa imar durumu değişikliğinin araştırılarak, ihale konusu taşınmazın değerine etkisinin belirlenerek, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme neticesinde yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi isabetsizdir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 11.03.2014, E. 2014/4823, K. 2014/6848 (www.e-uyar.com, ET: 10.03.2023).

<sup>118</sup> “Artırmaya çıkarılan bir taşınmazın tapu kaydındaki son durumunun şartnamede açıkça gösterilmesi ve böylece artırmaya giren kişilerin, taşınmazın imar durumunu ve miktarını bilerek artırmaya girmelerinin sağlanması gerektiği; satışa konu taşınmazların tapu kaydındaki söz konusu değişiklikler değer artırıcı nitelikte olduğundan yeni imar planı ve son tapu kaydı sorulmadan ihale yapılmasının, ihalenin feshi nedenidir”. Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/458, K. 2013/11874 (www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 04.03.2014, E. 2014/3557, K. 2014/5978 (www.e-uyar.com, ET: 08.03.2023).

<sup>119</sup> Yargıtay, 12. HD, T. 04.04.2013, E. 2013/4711, K. 2013/13066; Yargıtay, 12. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/4452, K. 2013/11876; Yargıtay, 12. HD, T. 02.07.2012, E. 2012/10324, K. 2012/23259 (www.e-uyar.com, ET: 13.03.2023).

Buradaki asıl mesele, cümledeki “benzer hâller” ifadesinin, yeniden kıymet takdiri istenebileceğine ilişkin istisnai hâlleri, tadadi hâle getirip getirmediğidir.

Öğretide *Kuru*, “benzer hâllerde” ifadesinden hareketle, bunun dışında malın önceden takdir edilen kıymetini etkileyen hâllerde satışa esas olmak üzere yeniden kıymet takdirinin yapılabileceği görülmüştür.<sup>120</sup>

*Boran Güneysu*, maddede geçen “benzer hâllerde” ifadesi sebebiyle, Kanun’da tahdidi bir sayım yapılmadığını ifade etmektedir.<sup>121</sup>

*Muşul* ise İİK m. 128/a, 2’deki doğal afetler ve imar durumunda çok önemli değişiklik meydana getiren benzer hâllerin örnek olarak sayıldığını belirtmektedir.<sup>122</sup>

Lafzî yorum yapıldığında, “benzer hâller” ifadesinin, esasen mahcuz maldaki imar durumunda çok önemli değişiklikler meydana getirilmesine özgülendiği görülecektir. Zira söz konusu düzenleme, “doğal afetler, imar durumundaki çok önemli değişiklikler ve benzer hâllerde yeniden kıymet takdiri istenebilir” şeklinde değildir. Bu sebeple, Kanun’daki düzenleme gereği, mahcuz malda çok önemli değişiklik meydana getiren her hâlin, aslında istisna olarak sayılamayacağı ve istisnai hâllerin sadece doğal afet ve imar durumunda çok önemli değişiklik meydana getiren benzer hâl ile sınırlı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ancak Kanun’un lafzî çok dar olup amaçsal yorum yapılması, adalete uygun sonuçlar doğuracaktır. Zira kanuni düzenlemeler, lafızlarının yanında, kanun koyucunun o kuralla gerçekleştirmek istediği amaca göre de yorumlanıp uygulanmalıdır.

Kanunda bir olaya ilişkin kuralın kapsamının çok geniş tutulup gerekli istisnalara yer verilmemesi sebebiyle kuralın uygulanmasının hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2) sonucunu doğurması hâlinde örtülü boşluktan söz edilir.<sup>123</sup> Örtülü boşlukta yeterince istisnai duruma yer verilmeyen bir hükmün uygulanması sorunu olduğundan, hâkimin amaca uygun sınırlama yoluyla bu boşluğu doldurması gerekir.<sup>124</sup> Nitekim bu durumda, görünürde bir kanun hükmü olmasına rağmen Kanun’un amacı ve somut olay adaleti esas alındığında, istisnai hâller bakımından eksiklik söz konusu olup ilgili maddede bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira Kanun’da sayılan bu iki istisnai hâlden başka; ekonomik krizler, enflasyon, devalüasyon, paranın değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi olağanüstü ekonomik değişiklikler ile taşınmazın kendisinde değil ancak çevresinde ortaya çıkan olumlu değişiklik (örneğin taşınmazın bulunduğu mahallin olumlu yönde gelişmesi), iki yıllık süre açısından istisna olarak kabul edilmelidir.

Artırmada, mala alıcı çıkmadığından veya asgari ihale bedeli teklif edilmediğinden ya da en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmadığından mal satılamamış olsa dahi 128/a’daki istisnalardan biri olmadığı sürece yeniden kıymet takdiri yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.<sup>125</sup>

Alman hukukunda da malın değerinin artırılmasını veya azaltılmasını gerektiren yeni koşullar ortaya çıktığı takdirde (örneğin yangın, taşınmazın değerinin artması gibi), tespit edilen değerini değiştiren

<sup>120</sup> KURU, *El Kitabı*, s. 662, dn. 77. Aynı yönde bkz. GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 304.

<sup>121</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 213. Aynı yönde bkz. AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 274.

<sup>122</sup> MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 485-486.

<sup>123</sup> KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 96; ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat: “İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun’un 24/a-III’üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun’un 85/II’inci Maddesinin Durumu”, *Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s. 251; ATAAY, Aytekin: *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 238 vd., 241; EDİS, Seyfullah: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987, s. 94 vd.

<sup>124</sup> KIRCA, s. 98-99; İŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap: *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 229-230.

<sup>125</sup> KNESS, s. 83.

rilmesi için icra mahkemesine başvurulabileceği gibi mahkemenin yeni olguların ortaya çıktığını tespit etmesi hâlinde, resen yeniden bir değerlendirme yapılabileceği ifade edilmiştir<sup>126</sup>. Nihayetinde taraf menfaatinin korunması amacıyla Türk hukukunda da icra mahkemesine bu konuda yetki verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

## VIII. ENFLASYONUN MÜLKİYET HAKKI İLE İLİŞKİSİ

Mülkiyet hakkı, Anayasa'nın 35. maddesinde ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek (1) No.lu Protokol'ün 1. maddesinde düzenlenmiştir. 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa Mahkemesinin görev ve yetkileri arasına "bireysel başvuruları karara bağlamak" da eklenmiştir. Mülkiyet hakkının ihlali iddiasıyla bireysel başvuru yapılabilmesi, Anayasa m. 148, 3'te yer alan "*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir*" hükmünün bir neticesidir.

Anayasa Mahkemesi, mülkiyet hakkına dair başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile benzer metodu takip ederek karara bağlamaktadır. Buna göre Anayasa Mahkemesi, öncelikle mülkün varlığını tespit etmekte, sonrasında başvuruyu kanunilik, meşru amaç ve ölçülülük olmak üzere üçlü teste tabi tutarak incelemektedir.

Enflasyon karşısında alacağın değer kaybı da mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin bir türünü oluşturmakta olup Anayasa Mahkemesi bu hususta pek çok karar vermiştir. Alacak ve tazminatlara ilişkin ödemelerin veya bu konudaki kararların icrasının gecikmesi hâlinde bedelin enflasyon karşısında aşırı ölçüde değer kaybettiği durumlarda, Anayasa Mahkemesi ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermektedir<sup>127</sup>.

Ekonomide, fiyatların genel seviyesinde yaşanan sürekli artışa enflasyon denir<sup>128</sup>. Enflasyon belirli bir mal veya hizmetin fiyatının tek başına artması değil, fiyatların genel seviyesindeki artıştır. Enflasyonun yüksek olduğu dönemde, paranın değerinin düşmesi ile alım gücü azalır ve alacak miktarı değerini yitirir.

Anayasa Mahkemesi bir norm denetimi kararında, enflasyon ile mülkiyet hakkı ilişkisini şu şekilde kurmaktadır:

*"Bir eşyanın devir tarihindeki bedelinin daha sonra ödenmesi durumunda arada geçen sürede enflasyon nedeni ile paranın değerinde oluşan hissedilir aşınma ile mülkiyetin gerçek değeri azaldığı gibi bu bedelin tasarruf veya yatırım aracı olarak getirisinden yararlanmak imkânı da bulunmamaktadır. Bu şekilde kişiler mülkiyet haklarından mahrum edilerek haksızlığa uğratılmaktadır"*<sup>129</sup>.

Anayasa Mahkemesi, norm denetiminde verdiği bu kararını bireysel başvurularda güncelleyerek uygulamaktadır. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları da Anayasa Mahkemesi ile aynı yöndedir<sup>130</sup>. Her iki mahkeme de konusu para veya para ile ölçülebilen bir alacağa ilişkin mahkeme kararının icrasının geciktirildiği enflasyonist ekonomilerde, bu gecikmenin mülkiyet hakkına yapılan

<sup>126</sup> ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 7.15; Rn. 7.20; KNESS, s. 83.

<sup>127</sup> AYM, *ANO İnşaat ve Ticaret Ltd. Şti. [GK]*, B. No: 2014/2267, T. 21.12.2017 (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, ET: 20.03.2023).

<sup>128</sup> ÜNSAL, Erdal: *İktisada Giriş*, 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 321.

<sup>129</sup> AYM, T. 10.02.2011, E. 2008/58, K. 2011/37 (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, ET: 20.03.2023).

<sup>130</sup> AYM, *Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, T. 23.09.1998 (http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf?library=ECHR&id=001-120468&filename=CASE%20OF%20AKA%, ET: 16.06.2023); AYM, *Dökmeci/Türkiye*, B. No: 74155/14, T. 06.12.2016 (https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-174029&filename=CASE%20OF%20D%C3%96KMEC I%20v.%20TURKEY%20-%20%5BT, ET: 16.06.2023).

bir müdahale olduğunu tespit etmekte ve ardından bu müdahalenin ölçülü/orantılı olup olmadığını incelemektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; devletin, enflasyon sebebiyle ortaya çıkan değer kayıplarını telafi etmesi yükümlülüğüne işaret ederek devletin, enflasyon ve diğer ekonomik dalgalanmalar karşısında, malın değerini koruma pozitif yükümlülüğüne dair karar vermiştir<sup>131</sup>. Aynı şekilde Anayasa Mahkemesi, Türkiye’de kamulaştırma bedellerinin geç ödenmesi ve enflasyon sonucu bedelin değerinde aşınma olması ile arada geçen sürede bedele faiz ödenerek durumun telafi edilmemesi veya ödenen faizin enflasyonun oldukça altında olması sonucu tespit edilen bedelin, değerini koruyucu nitelikte olmaması nedeniyle, birçok davada başvuruların üzerinde meşru kamu yararıyla haklı gösterilemeyecek orantısız ve aşırı bir yük bindiği, mülkiyet haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır<sup>132</sup>.

Anayasa Mahkemesi, alacağın enflasyon karşısında değer kaybına uğratılarak ödenmesi durumunda alacaklıya aşırı külfet yüklenip yüklenmediğine bakarak karar vermektedir<sup>133</sup>. Bu doğrultuda Anayasa Mahkemesi, mahkemelerce hükmedilen alacak veya tazminatların enflasyon karşısında aşırı ölçüde değer kaybettiği başvurularda, ölçülülük yönünden mülkiyet hakkının ihlal edildiğine işaret etmektedir<sup>134</sup>.

Ayrıca dava tarihi itibarıyla tespit edilen kamulaştırma bedelinin, faiz işletilmeden enflasyon karşısında değer kaybına uğratılarak ödenmesi<sup>135</sup>, kamulaştırma bedeline, faiz işletilmesine rağmen enflasyon karşısında değer kaybına uğratılarak ödenmesi<sup>136</sup>, sosyal güvenlik alacağının değer kaybına uğratılarak ödenmesi<sup>137</sup> gibi başvurularda Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Paranın değer kaybını önlemek ve mülkiyet hakkının korunması (AY m. 35) amacıyla İcra ve İflâs Kanunu’ndaki ilk düzenleme, 17.07.2003 tarihli ve 4949 sayılı Kanun ile getirilmiştir. Bu değişiklik ile İcra ve İflâs Kanunu’nun 134. maddesine 5. fıkra eklenerek icra müdürünün, ihalenin feshine yönelik şikâyet sonucunda verilecek karar kesinleşinceye kadar ihale bedeli olarak yatırılan parayı bankalarda nemalandıracağı hüküm altına alınmıştır<sup>138</sup>.

Sıra cetveline itiraz davaları ve tehir-i icra talepleri ile iflâs masasının aktifindeki paralarla, iflâs idaresinin tahsil ettiği paraların nemalandırılmasına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu’nda açık bir yasal düzenleme olmadığından, icra ve iflâs dairelerine yatırılan bu paraların nemalandırıp nemalandırılmayacağı, mülkiyet hakkı (AY m. 35) kapsamında yargı kararlarına konu olmaktadır<sup>139</sup>. Ayrıca Anayasa Mahkemesi 05.04.2023 tarihli ve 2023/48 E. ve 2023/72 K. sayılı kararı ile icra ve iflas dairelerince borçludan tahsil edilen paraların nemasının hazineye ait olmasını öngören 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 36. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa’ya aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir<sup>140</sup>.

<sup>131</sup> AYM, *O.N. v. Bulgaria*, B. No: 35221/97, T. 06.04.2000, (<http://hudoc.echr.coe.int>, ET: 20.03.2023).

<sup>132</sup> AYM, *Aka/Türkiye*, B. No: 19639/92, T. 23.09.1998, §§ 48-50; AYM, *Akkuş/Türkiye*, B. No: 19263/92, T. 09.07.1997, §§ 28-31; AYM, *Yetiş/Türkiye*, B. No: 40349/05, T. 06.07.2010, §§ 57-60 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023).

<sup>133</sup> “Ödenen tutarların enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi yani alacağına hak kazanıldığı tarih ile ödeme tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybını telafi edecek biçimde faiz uygulanması, mülkiyet hakkı kapsamındaki alacağın enflasyon karşısında değer kaybetmesini önleyebilecek bir araçtır”. Bkz. AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, T. 19.12.2013, § 42 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023)..

<sup>134</sup> AYM, *Abdulhalim Bozboğa*, B. No: 2013/6880, T. 23.03.2016; AYM, *Vildan Utku Atalay*, B. No: 2015/4812, T. 07.02.2019 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023).

<sup>135</sup> AYM, *Ali Şimşek ve Diğerleri*, B. No: 2014/2073, T. 06.07.2017 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023).

<sup>136</sup> AYM, *Türkan Poyraz*, B. No: 2015/15388, T. 13.09.2018 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023).

<sup>137</sup> AYM, *Ferda Yeşiltepe [GK]*, B. No: 2014/7621, T. 25.07.2017 ([www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr](http://www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr), ET: 20.03.2023).

<sup>138</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KODAKOĞLU, Mehmet: “İcra ve İflâs Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 17, Sayı 49, s. 527-570.

<sup>139</sup> Bkz. KODAKOĞLU, s. 12 vd.

<sup>140</sup> 04.05.2023 tarihli ve 32180 sayılı Resmî Gazete.

İcra ve İflâs Kanunu'nda paranın değer kaybının telafi edilmesine yönelik yukarıdaki düzenleme haricinde, 7445 sayılı Kanun<sup>141</sup> ile İcra ve İflâs Kanunu'na "Muhafazasına gerek kalmayan malların tasfiyesi" başlıklı 88/a maddesi ilave edilerek nemalandırmaya ilişkin başka bir düzenleme daha getirilmiştir. Söz konusu maddenin 15. fıkrasına göre;

*"Tasfiye kapsamında dosyaya ödenen tutardan; sırasıyla avanstan karşılanan masraflar, Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanan masraflar ve vergi, resim, harç gibi malın aynından kaynaklanan kamu alacakları ödenir. Kalan tutar, 9'uncu madde uyarınca muhafaza edilir, bankalarda nemalandırılır ve talep halinde nemalarıyla birlikte hak sahiplerine ödenir."*

Böylelikle, muhafaza işleminin dayanağı olan haciz kalkmış olup da yedieminde bulunan malların resen tasfiyesi sürecinde kalan tutarın nemalandırılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Ne var ki ihalenin feshinde olduğu gibi bu durumda da nemalandırılmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin herhangi bir açıklık bulunmamaktadır.

## IX. ENFLASYONUN İİK m. 128/a'DAKİ İKİ YILLIK SÜRENİN İSTİSNASI OLMASI MESELESİ

Alacaklı ve borçlu menfaatlerinin çatıştığı bir alan olan cebrî icra hukuku, alacaklının alacağını elde etmesini sağlarken borçluyu da cezalandırmak istemez<sup>142</sup>. Zira cebrî icra hukukunda alacaklının mülkiyet hakkı korunurken, borçlunun da malvarlığı veya şahıs varlığı hakları gibi temel hakları korunur. Bu bağlamda icra dairesinin alacaklının ve borçlunun menfaatlerini dengeleme yükümlülüğü bulunmaktadır (bkz. m. 85, 6)<sup>143</sup>.

Kıymet takdiri özelinde ise mülkiyet hakkı; alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler bakımından korunur. Burada alacaklı bakımından kurulması gereken denge; alacaklının borçlu tarafından ihlal edilen mülkiyet hakkına kavuşması ve hakkının engellenmemesidir. Alacaklının mülkiyet hakkının korunması için borçlunun malvarlığına el konması ve malvarlığından mahrum bırakılması gerekir.

Malın kıymetinin gerçeğe en yakın biçimde belirlenmesi; malın bu değer üzerinden satışa çıkarılması ve piyasa değerinde satılması; alacaklı, borçlu ve üçüncü kişilerin mülkiyet hakkının korunması (AY m. 35) ve sosyal devlet ilkesi (AY m. 2) ile doğrudan ilgilidir<sup>144</sup>. Zira malın gerçek değerinin belirlenmesi ve bu değer üzerinden satılması; alacaklının alacağını tam olarak tahsil edebilmesi, borçlunun borcunu tam olarak ödeyebilmesi ve mal üzerinde sınırlı aynî hak sahipleri veya rehin veren üçüncü kişilerin (bkz. İİK m. 146; 149) haklarının korunabilmesi açısından büyük bir önemi haizdir<sup>145</sup>. Nitekim mahcuz mal, birinci ve ikinci artırmada muhammen kıymetinin yüzde ellisinden ihale edileceğinden, kıymet takdirinin tespiti; alacaklı, borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki mülkiyet hakkına dayalı bu dengenin kurulmasını sağlar.

Öte yandan borçlunun malvarlığının haksız, ölçüsüz ve menfaat dengesini bozan müdahalelerle düşük bedelle satılmasına karşı korunması gerekir<sup>146</sup>.

Kıymet takdirinde hata yapılması, borçlunun daha fazla malının hacedilmesine veya alacaklının alacağını tahsil edememesine ve buna bağlı olarak borçlunun borcunu ödeyememesine neden olacaktır ki bu durum, alacaklının veya borçlunun Anayasa'da korunan mülkiyet hakkını (AY m. 35) ve sosyal devlet ilkesini (AY m. 2) doğrudan etkilemektedir.

<sup>141</sup> 05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete.

<sup>142</sup> ASLAN, s. 281.

<sup>143</sup> ÇİFTÇİ, s. 8-9; ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 199 vd.; PEKCANİTEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN-ÖZKAN / ÖZEKES, s. 18-19.

<sup>144</sup> ÖZEKES, *İlkeler*, s. 184; BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 34; GEMALMAZ, Burak: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 475 vd.

<sup>145</sup> BORAN GÜNEYSU, *Kıymet Takdiri*, s. 31, 34.

<sup>146</sup> ÇİFTÇİ, s. 101-102; ÖZEKES, *İlkeler*, s. 185.

Kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenememesi (İİK m. 128/a, 2) ve bu süre zarfında ülkemizdeki enflasyon oranının sürekli değişkenlik göstermesi ve hatta bu oranın son yıllarda ciddi bir şekilde artışına bağlı olarak, mülkiyet hakkının bu sebeplerden ötürü de ihlal edildiği kanaatindeyiz. Zira mülkiyet hakkının korunması, ancak malın gerçek karşılığı olan adil değerın tespit edilmesi hâlinde sağlanmış olacaktır.

Kıymet takdirinin yapılmasından mahcuz malın satılmasına kadar geçen sürenin oldukça uzun olması ve söz konusu malın değerinde bu sürede enflasyona bağlı olarak yaşanan artış dikkate alındığında takip borçlusu, mahcuz malda meydana gelen artı değerden yoksun bırakılmaktadır. Zira bu sürede malın değerinde yaşanan ciddi artış göz önünde bulundurulduğunda, alacaklıya ödenen takip tutarı esasen, malın gerçek değerini yansıtmaktan oldukça uzak kalmaktadır.

Mahcuz malın gerçek karşılığı, malın satılmasından çok kısa süre önceki piyasa fiyatıdır<sup>147</sup>. Ancak uygulamada, malın kıymet takdiri yapılması ile satılması arasında oldukça uzun bir zaman geçmektedir. Hatta bu zamanın çoğu, icra mahkemesinde kıymet takdirine şikâyet yargılamasında geçmektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de kişinin uğradığı zararın telafi edilebilmesi için taşınmazın gerçek karşılığı olması yanında, ödenen bedelin tespitiyle ödenmesi arasında geçen dönemde gözlemlenen enflasyona nispetle hissedilir derecede değer kaybetmemiş olması gerektiğine karar vermiştir<sup>148</sup>. Zira cebrî icra hukukunda, enflasyon sebebiyle borcun ifasını güçleştiren bir durum ortaya çıktığından borçlu, dosya borcunun hepsini kapatamayacağı gibi alacaklı da alacağının tamamını tahsil edemeyecektir.

Her ne kadar kanunen, kıymet takdiri yapıldığı tarihin esas alınması gerekirse de kıymet takdirinin kesinleşmesi sürecinde, malın değerindeki artışın ve azalışın en düşük seviyede tutularak bedel tespiti yapılması gerekir. Zira enflasyonun yüksek olduğu, sürecin uzun sürdüğü bu durumda, borçlunun mahcuz malının değeri de piyasa koşullarına göre hızla düşmektedir. Kanun'daki iki yıllık sınırlama, kamu yararına dayanmadığı gibi mülkiyet hakkının özünü de zedeleyecek niteliktedir<sup>149</sup>.

Nitekim Anayasa Mahkemesi, kamulaştırma davaları özelinde, değer kaybının tam olarak karşılanamaması ya da gerçek değerın taşınmaz sahibine ödenmemiş olması sebeplerini dayanak göstererek devletin taraf menfaatini gözetmemesini, devlet ile kişi arasında adilane bir dengein kurulamamasını, Anayasa'nın "ölçülülük" ilkesine aykırı bulmuştur<sup>150</sup>.

Öte yandan özel hukukta "olağanüstü hâl" kavramı ve bunun sözleşmeye etkisi, borçlar hukukunda da karşılığını "emprevizyon kuramı" olarak bulmaktadır<sup>151</sup>. Nitekim sözleşme akdedildiği sırada mevcut bulunan şartlar, sonradan edimler arasındaki dengeyi aşırı derece bozan savaş, ekonomik kriz, enflasyon, devalüasyon veya paranın değerinin önemli ölçüde değer kaybetmesi gibi olağanüstü hâllerde, sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki ortaya çıkar ve artık sözleşmeye bağlılık, hakkaniyet ve dürüstlük kuralına (TMK m. 2, 2) aykırı bir durum yaratabilir. Sözleşmedeki şartların olağanüstü ölçüde değişmesi neticesinde, hâkimin adalet ve dürüstlük ilkeleri uyarınca sözleşmeyi olağanüstü koşullara uyarlaması gerekir<sup>152</sup>.

<sup>147</sup> BAUER / STAEHELIN, s. 138, Rn. 10; BAUMBACH / LAUTERBACH / ALBERS / HARTMANN, s. 2289, Rn. 3; THOMAS / PUTZO, s. 1105, Rn. 2.

<sup>148</sup> AYM, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, T. 19.12.2013, § 59, (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, ET: 20.03.2023).

<sup>149</sup> "Mülkiyet hakkını kayıttayan bir kanun hükmünün Anayasaya aykırı olması için, sınırlamanın kamu yararına dayanmaması veya dayanasa dahi mülkiyet hakkının özünü zedeleyecek nitelikte olması gerekir". Bkz. AYM, T. 18.12.1964, E. 1964/32, K. 1964/63.

<sup>150</sup> AYM, Tanrıverdi, B. No: 2012/1313, T. 06.03.2014, § 53 (www.kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr, ET: 20.03.2023).

<sup>151</sup> TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 1005.

<sup>152</sup> Bkz. GÜRSOY, Kemal Tahir: *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1950, s. 50 vd.; BURCUOĞLU, Haluk: *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 4 vd.; KAPLAN, İbrahim: *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 113 vd. Aynı yönde bkz. Yargıtay, HGK, T. 01.07.1992, E. 1992/13-360, K. 1992/425 (www.e-uyar.com, ET: 12.03.2023).



Borçlar hukukunda borcun ifasını güçleştiren olağanüstü hâllerde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması sebepleri, aynı şekilde, iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabilmesi için de geçerli sayılabilir. Ayrıca 7418 sayılı Kanun<sup>153</sup> ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 114. maddesine ilave edilen fıkra ile “Parasal limitler olağanüstü hâllerde Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Cumhurbaşkanlığı kararı ile güncellenebilir” hükmü getirilmiştir. Böylelikle, malın toplam muhammen bedelinin değişen ekonomik koşullar göz önünde bulundurularak artırılabilmesi veya azaltılabileceği düzenlenmiştir. Yapılan bu değişiklik ile dahi ekonomik kriz, enflasyon veya devalüasyon ortamında satış süreci ile ilgili hak kayıplarının önüne geçilmek istendiği görülmektedir.

Nitekim mahcuz malın kıymet takdirinin yapılmasından itibaren iki yıl geçmeden, söz konusu malın değeri o dönem içinde enflasyon sebebiyle ciddi bir artış göstermiş olabilir. Ne var ki Kanun'un 128/a maddesi uyarınca, o mala iki yıllık süre içinde yeniden kıymet takdiri yapılamayacağı için artırma, dönemin koşullarına göre düşük bir bedel üzerinden başlayacaktır. Mahcuz malın gerçek değeri, “ölçülülük” prensibi çerçevesinde değerlendirildiğinde, malın satış bedeli, borçlunun takip borcunun oldukça altında bir bedeli karşılayabilir. Bu nedenle mahcuz malın gerçek değerinin, enflasyona bağlı olarak iki yıllık süre dolmadan, yeniden takdir edilmesi yerinde olacaktır. Zira taraf menfaatindeki denge gözetildiğinde, ortaya çıkabilecek mağduriyetin önüne geçmenin yolu ancak yeniden kıymet takdiri yapılmasıdır.

Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi oranlarının malın değerinin çok üstünde gerçekleşmesi, borçlunun süresinde borcunu ödememesi ve bu sebeple de zarara uğraması sonucunu doğurur. Kanun'un 128/a, 2 maddesi, borçlu zararına sonuçlar doğurmak suretiyle ekonomik ve sosyal yaşamı olumsuz yönde etkilemekte ve hukuk devleti ilkesini zedelemektedir<sup>154</sup>. Mülkiyet hakkı kapsamında, mahcuz malın değer kaybının önlenmesine dair Kanun'un 128/a, 2 maddesinde yasal bir düzenlemenin acilen yapılması yerinde olacaktır.

Devletin, mülkiyet hakkına müdahale etmeme yanında, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümü için etkin hukuki mekanizmalar oluşturmak da pozitif yükümlülükleri arasında yer alır. Bu bağlamda, değer kayıplarının giderilmesine ilişkin tedbirlerin alınmaması, ekonomik hayatı ve kamu düzenini bozucu etkilere yol açmaktadır<sup>155</sup>.

TÜİK verilerine göre ülkemizde 2020 yılında yıllık enflasyon %14,60, 2021 yılında %36,08, 2022 yılında %64,27 ve 2023 yılının Mart ayı için %50,51 düzeyinde gerçekleşmiştir<sup>156</sup>. ENAG ise ülkemizde 2020 yılında yıllık enflasyonun %36,72, 2021 yılında %82,81, 2022 yılında %137,55 ve 2023 yılının Mart ayı için %112,51 olduğunu açıklamıştır<sup>157</sup>. Bu verilere göre mahcuz malın 2022 yılının Mart ayında yapılan kıymet takdirindeki değeri ile 2023 yılının Mart ayındaki piyasa değeri arasında %50,51 fark bulunmaktadır. Nitekim mahcuz malın, ortalama bir yıllık süre zarfında satıldığı düşünüldüğünde, İİK m. 128/a, 2 uyarınca yeniden de kıymet takdiri yapılamayacağından, o mal TÜİK verilerine göre %50,51 değer kaybetmektedir.

Değer kaybının önlenmesi sebebiyle ve “ölçülülük” ilkesi çerçevesinde, iki yıllık süre dolmadan yeniden bir kıymet takdiri yapılması gerekir. Zira enflasyon farkına bağlı değer kaybı, kişinin mülkiyet hakkının korunması ile taraf menfaati arasında olması gereken adil dengeyi bozmaktadır<sup>158</sup>. Bu sebeple takdir edilen kıymetlerin, enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi ve takdir tarihi ile

<sup>153</sup> 18.10.2022 tarihli ve 31987 sayılı Resmî Gazete.

<sup>154</sup> DUMAN, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 439.

<sup>155</sup> DUMAN, s. 455.

<sup>156</sup> <https://www.tcmb.gov.tr/wps/wcm/connect/TR/TCMB+TR/Main+Menu/Istatistikler/Enflasyon+Verileri/Tuketici+Fiyatları> (ET: 03.04.2023).

<sup>157</sup> [www.data.tuik.gov.tr](http://www.data.tuik.gov.tr) (ET: 03.04.2023).

<sup>158</sup> Benzer yönde bkz. AYM, *Özgül Tan ve Diğerleri*, B. No: 2013/9499, T. 24.06.2015, § 61 (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/c2c2636b-a52f-4585-b534-3cd706cfcd38?wordsOnly=False>, ET: 03.04.2023).

malın satış tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybı göz önünde bulundurularak, iki yıllık süre dolmamış olsa dahi yeniden kıymet takdiri yapılması gerektiği kanaatindeyiz<sup>159</sup>. Öte yandan, yukarıda da bahsedildiği üzere, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri istenebilir (İİK m. 128/a, 2). Ancak söz konusu fıkraya göre enflasyon, iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabilmesinin istisnalarından biri olarak açıkça sayılmış olmasa da konunun mülkiyet hakkı (AY m. 35) kapsamında ele alınması ve Kanun'daki hükmün, üst norm olan Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması yerinde olacaktır.

Elbette burada üzerinde durulması gereken bir diğer mesele de enflasyonun varlığının, hangi şartlar altında yeniden kıymet takdiri yapılması bakımından kabul edilebilir olduğunun tespitidir. Zira enflasyon sebebiyle iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabilmesi için bazı şartlar aranmalıdır. Aksi takdirde, enflasyon sebebiyle sürekli yeniden kıymet takdiri yapılması, şüphesiz satış sürecini uzatacağından mülkiyet hakkının korunması sağlanırken diğer taraftan hakkın kötüye kullanılmasının (TMK m. 2) da önüne geçilmelidir. Bu bağlamda, ülkemizdeki aylık enflasyon oranlarının son üç aylık periyotta seyri dikkate alındığında, aylık enflasyon oranları toplamının (bileşik faiz üzerinden kümülatif olarak) %10'un üzerinde olmasının, enflasyon sebebiyle yeniden kıymet takdiri yapılması için yeterli olacağı kanaatindeyiz. Burada kıymet takdirinin yapıldığı andan en az üç ay, en fazla ise bir yıl geriye dönük enflasyon oranının hesaplanması yerinde olacaktır. Örneğin ülkemizde 2023 yılının ilk üç ayında aylık enflasyon oranları, Ocak ayında %6,65, Şubat ayında %3,15 ve Mart ayında ise %2,29 olarak açıklanmıştır<sup>160</sup>. Üç aylık enflasyon oranı, bileşik faiz üzerinden kümülatif olarak toplam %11,252 olup toplam üç aylık artış, %10'un üzerinde görüldüğünden, iki yıl dolmamış olsa dahi, yeniden kıymet takdiri yapılması gerekir.

Nitekim Alman hukukunda da malın değer artışı, yeniden kıymet takdiri yapılması sebebi olarak kabul edilmiş ve taşınmazın değerinde yaklaşık %10 oranında bir artışın varlığı, yeniden kıymet takdiri yapılması için geçerli bir sebep olarak görülmüştür<sup>161</sup>.

Son tahlilde, güvence altında olan bir hakkın mevcudiyetine rağmen sınırlarının belirsizliği, elbette bu hakkın ne şekilde korunacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Malın satılması aşamasına kadar geçen süre zarfında, malın gerçek değerinin enflasyon karşısında kayba uğramaması, yani değer kaybının önlenmesi ve mülkiyet hakkının korunması amacıyla, enflasyonun iki yıllık sürenin istisnası olarak görülmesi gerekir. Öte yandan yargılama süresince enflasyon sebebiyle malda oluşan değer kaybı sebebiyle, iki yıllık süre dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılmasına yönelik talepler, Kanun'da bu yönde bir istisnai hüküm bulunmadığı gerekçesiyle mahkemece reddedilmemeli ve Anayasa Mahkemesi kararları doğrultusunda bu taleplerin kabulü yönünde karar verilmelidir.

## SONUÇ

İcra hukukunda, haciz ve satış aşamalarında olmak üzere, farklı amaçlar ve menfaatler doğrultusunda kıymet takdiri yapılması öngörülmüştür. Haciz aşamasında takip konusu alacak, faiz ve takip masraflarını karşılayabilecek malların haczedilip haczedilmediğinin tespit edilerek eksik veya aşkın haczin önüne geçmek amacıyla kıymet takdiri yapılırken, satış aşamasında kıymet takdiri, satışın en az hangi bedel üzerinden yapılacağı belirlenmesi amacıyla taşımaktadır. Öte yandan malın gerçek değerinin belirlenmesi ve bu değer üzerinden satılması; alacaklının alacağını tam olarak tahsil edebilmesi, borçlunun borcunu tam olarak ödeyebilmesi ve mal üzerinde sınırlı aynî hak sahipleri veya rehin veren üçüncü kişilerin haklarının korunabilmesi açısından büyük bir önemi haizdir.

<sup>159</sup> Öğretide bazı yazarlar, ekonomik kriz olması hâlinde iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabileceği görüşündedir. Bkz. COŞKUN, Mahmut: *Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu*, Cilt 2, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 2595; BORAN GÜNEY-SU, *Kıymet Takdiri*, s. 213; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 274.

<sup>160</sup> <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=Enflasyon-ve-Fiyat-106> (ET: 03.04.2023).

<sup>161</sup> ZELLER / STÖBER, § 74a, Rn. 7.20; KNESS, s. 82.

İcra dairesince yapılan veya bilirkişiye yaptırılan kıymet takdirine karşı, takibin taraflarından biri, bazen sırf satışı geciktirmek amacıyla kötü niyetli olarak, şikâyet yoluna başvurmakta ve bu durum kıymet takdirinin kesinleşmesi sürecini de uzatmaktadır. Nitekim tarafların şikâyet yoluna başvurmaları, malın satılması sürecinin uzamasına, buna bağlı olarak da borçlunun borcunu geç ödemesine ve alacaklının da alacağına geç ulaşmasına sebep olmaktadır. Özellikle sicile kayıtlı mallarda, önce icra dairesince bilirkişiye yaptırılan kıymet takdirine şikâyet edilmesi, sonrasında ise bir kez de icra mahkemesinde bilirkişiye başvurularak aynı mal için icra dairesinin kıymet takdirinin doğruluğunun tespit edilmesi, takibin makul süre içinde yürütülmesini engellediği gibi gereksiz gider yapılmasına da sebep olmaktadır. Taraf menfaati de göz önünde bulundurulduğunda, sicile kayıtlı malların kıymet takdirinin doğrudan icra mahkemesi tarafından yaptırılarak kesin olarak karara bağlanması, kıymet takdirinin daha kısa süre içinde kesinleşmesini sağlayacağı gibi takip ekonomisine de hizmet edecektir.

Öte yandan kıymet takdirine şikâyet neticesinde, icra mahkemesince atanan bilirkişinin görev alanının doğru bir şekilde belirlenmesi ve bilirkişinin raporunu hazırlaması için verilen süre noktasında hassas davranılması, şikâyet yargılamasının daha kısa sürede sonlandırılması için önem taşımaktadır.

Öğretide, kıymet takdirine karşı kanun yoluna başvurulabilmesi gerektiği ifade edilmekte ise de gerek satış sürecinin uzamaması gerek kıymet takdirinin çözümlenmesi hususunda hukuki bilgiden ziyade özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulması sebebiyle, icra mahkemesinin kıymet takdirine ilişkin verdiği kararların kesin olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Satış aşamasında kıymet takdirine karşı şikâyet imkânını ve şikâyet süresinin başlangıcı ile yetkili ve görevli mahkemeyi düzenleyen İİK m. 128/a hükmü, her ne kadar “Taşınmazların satışı” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, söz konusu düzenlemenin taşınırın satışı açısından da kıyasen uygulanması gerekir. Bu sebeple İİK’nın 128/a hükmünün taşınırın satışı açısından da uygulanacağına ilişkin olarak Kanun’da açık bir düzenleme yapılması, bu konuya ilişkin tereddütleri de ortadan kaldıracaktır.

Satış aşamasında yapılan kıymet takdirine karşı şikâyetin, aynı zamanda ihalenin feshi yoluna başvuru sebebi sayılması, kanunun dolanılması yoluyla kıymet takdirine şikâyet üzerine verilen kararın kesin olmasının niteliğini bertaraf etmektedir. Yargı kararları ile taraflara bu imkânın tanınması, açık bir şekilde hukuki belirlilik ve takip ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nihayetinde Kanun’da kıymet takdirine ilişkin şikâyetin kesin olması ile amaçlanan sonuç göz önünde bulundurulduğunda, kıymet takdirine ilişkin yapılan incelemenin aynı zamanda ihalenin feshi sebebi sayılmaması gerekir.

Kanun’da, kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu süre, yapılan kıymet takdirinin geçerlik süresi olmayıp iki yıldan sonra malın değerinde, çeşitli sebeplerle değişiklikler ortaya çıkması hâlinde, yeniden kıymet takdiri yapılması pekâlâ mümkündür.

Kıymet takdirine ilişkin bu sürenin, ülkemizdeki ekonomik gelişmeler dâhilinde uzun bir süre olması ve buna bağlı olarak paradaki değer kaybı sebebiyle, ekonomik anlamda taraf menfaatine aykırı bir durum ortaya çıkabileceğinden, kıymet takdirinin iki yıl geçmedikçe yeniden yapılamayacağına ilişkin hükmün “bir yıl” olarak değiştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

İki yıllık sürenin başlama tarihinin belirlenmesi de önemli bir meseledir. İki yıllık süre, kıymet takdirine karşı başvuru şikâyet talebinin reddedilmesi veya şikâyet neticesinde kıymet takdiri bedelinin icra dairesinin yaptığı kıymet takdiri ile aynı çıkması hâlinde, icra dairesince belirlenen tarihten itibaren başlar. Ancak icra mahkemesince yaptırılan kıymet takdiri, icra memurunun yaptığı kıymet takdirinden farklı çıkmışsa iki yıllık sürenin, öğretideki görüşlerin ve yargı kararlarının aksine, icra mahkemesince keşif incelemesinin veya bilirkişi değerlendirilmesinin yapıldığı tarihin iki yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak kabulünün mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Zira malın, kıymet takdirinin yapıldığı tarihteki değeri ile kıymet takdirine şikâyet neticesindeki değeri, zamana ve ekonomik dalgalanmalara bağlı olarak değişiklik gösterebileceğinden, malın değerinin icra dairesince takdir edildiği tarih itibarıyla gerçeğe uygun olup olmadığı denetlenmekte olup icra mahkemesinin kararı ile yeni bir değer belirlenmemektedir.

Kanun'un 128/a maddesinin 2. fıkrasındaki, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde yeniden kıymet takdiri istenebileceğine ilişkin istisnai hâllerden ilki, "doğal afetler"dir. Ancak insanların da sebep olduğu afetler, bir doğal afet olmadığından, Kanun'da iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılmasının sebeplerinden "doğal afetler" ifadesi yerine daha genel anlamda "afetler" ifadesinin kullanılması, maddenin amacına daha iyi hizmet edecektir. Öte yandan bir düzeltmenin de "imar durumundaki değişiklikler" açısından yapılması yerinde olacaktır. Zira taşınmazın kıymeti belirlendikten sonra o malla ilgili doğrudan veya dolaylı ortaya çıkan çok önemli değişiklikler, şüphesiz o malın değerinde de önemli değişikliğe yol açacağından, Kanun'da bu iki yıllık süreye istisnai hâlin imar durumundaki değişiklik ile sınırlanmaması ve imar durumundaki değişikliği de kapsayacak şekilde daha geniş anlamda "malın değerinde ortaya çıkan önemli değişiklik" ifadesinin kullanılmasının, maddenin amacına daha iyi hizmet edeceği kanaatindeyiz.

İlk etapta, taşınmaz mallara özgü olarak tasarlanarak düzenlendiği izlenimini veren, İcra ve İflâs Kanunu'nun 128/a maddesinin ikinci fıkrası, doğal afetler ve imar durumundaki çok önemli değişiklikler meydana getiren benzer hâllerde yeniden kıymet takdiri istenebileceğini hüküm altına almıştır. Lafzî yorum yoluyla, "benzer hâller" ifadesinin, esasen, mahcuz maldaki imar durumunda çok önemli değişiklikler meydana getirilmesine özgü olduğu görülecektir. Zira söz konusu düzenleme, "doğal afetler, imar durumundaki çok önemli değişiklikler ve benzer hâllerde yeniden kıymet takdiri istenebilir" şeklinde değildir. Bu sebeple Kanun'daki düzenleme gereği, mahcuz malda çok önemli değişiklik meydana getiren her hâlin, aslında istisna olarak sayılamayacağı ve mevcut düzenlemedeki istisnai hâllerin sadece doğal afet ve imar durumunda çok önemli değişiklik meydana getiren benzer hâl ile sınırlı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Kanun'un amacı ve somut olay adaleti esas alındığında, 128/a maddesindeki istisnai hâller bakımından maddede yeni bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır. Zira Kanun'da sayılan bu iki istisnai hâlden başka; ekonomik krizler, enflasyon, devalüasyon, paranın değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi olağanüstü ekonomik değişiklikler ile taşınmazın kendisinde değil ancak çevresinde ortaya çıkan olumlu değişiklik (örneğin taşınmazın bulunduğu mahallin olumlu yönde gelişmesi), iki yıllık süre açısından istisna olarak kabul edilmelidir.

Enflasyon ve buna bağlı olarak oluşan döviz kuru, mevduat faizi oranlarının malın değerinin çok üstünde gerçekleşmesi, borçlunun süresinde borcunu ödememesi ve bu sebeple de zarara uğraması sonucunu doğurur. Takdir edilen kıymetlerin, enflasyonun etkilerinden arındırılarak güncelleştirilmesi ve takdir tarihi ile malın satış tarihi arasında geçen süredeki hissedilir değer kaybı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple enflasyon, iki yıl dolmadan yeniden kıymet takdiri yapılabilmesinin istisnalarından biri olarak açıkça sayılmış olmasa da konunun mülkiyet hakkı kapsamında ele alınması ve ilgili hükmün üst norm olan Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması yerinde olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, *Adli İstatistikler*, Ankara, 2021.
- AKIŞ, Ercüment: “Belediyenin İmar Planını Değiştirmesi ve Hukuki Sonuçları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1997, Cilt 6, Sayı 4, s. 45-51.
- AKİL, Cenk: “İcra Hukukunda Mükellefiyetler Listesi”, *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 123-174.
- AKİL, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Tasarrufun İptali Davası Bağlamında Aciz Belgesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 3, s. 159-201.
- AMONN, Kurt / WALTHER, Fridolin: *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 9. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 2013.
- ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk İcra ve İflâs Usulleri*, 5. Baskı, İstiklal Matbaası, Ankara, 1960.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ARSLANDOĞAN, Birce: “İcra ve İflâs Hukukunda Covid-19 Sebebiyle Sürelerin Durmasına İlişkin Düzenlemelerin Kıymet Takdiri Süresine Etkisi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 2, s. 1447-1461.
- ASLAN, Elif Kısmet: *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Açık Artırma Yolu ile Paraya Çevrilmesi*, Güncel Yayınevi, İzmir, 2004.
- AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ATAAY, Aytekin: *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, 3. Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ATALI, Murat: “Taşınmazların Paraya Çevrilmesinde Kıymet Takdiri ile İhale Kararı Arasındaki Süre ve Bunun İhale Kararına Etkisi”, *Prof. Dr. Selçuk Öztekin’e Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 371-387.
- BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- BAUMBACH, Adolf / LAUTERBACH, Wolfgang / ALBERS, Jan / HARTMANN, Peter: *Zivilprozessordnung*, 72. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2014.
- BELGESAY, M. Reşit: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt I, İcra*, Marifet Basımevi, İstanbul, 1945.
- BELGESAY, M. Reşit: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 4. Baskı, Sıralar Matbaası, İstanbul, 1954 (Şerh).
- BERKİN, M. Necmeddin: *Tatbikatçılara İcra Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1979.
- BERKİN, M. Necmeddin: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: “İcra Hukukunda Aşkın Haciz”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 20, Sayı 4, s. 25-60.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *İcra Hukukunda Taşınmazların Kıymet Takdiri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (Kıymet Takdiri).
- BURCUOĞLU, Haluk: *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- COSKUN, Mahmut: *Açıklamalı-İçtihatlı İcra ve İflâs Kanunu, Cilt 2*, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: *İcra Dairesi Kararı*, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- ÇİFTÇİ, Pınar: *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÇOLAK, Nusret İlker / ÖNGÖREN, Gürsel: *İmar Planları, İmar Uygulamaları ve İptal Davaları*, 2. Baskı, Öngören Hukuk Yayınları, İstanbul, 2014.

- DELİDUMAN, Seyithan: “Muvakkat Borç Ödemeden Aciz Belgesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1998, Sayı 3, s. 1077-1087.
- DÖNMEZ, R. Murat: “Mükellefiyetler Listesi (İİK Madde 128/1)”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 368-382.
- DÖNMEZ, R. Murat: *İcra ve İflâs Hukukunda Taşınmaz Malların Paraya Çevrilmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010 (Taşınmaz Mal).
- DUMAN, Özgür: “Enflasyon Karşısında Para Alacaklarının Korunması ve Mülkiyet Hakkı”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 12, s. 401-462.
- EDİS, Seyfullah: *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1987.
- EKECİK, Şükran: “Yargıtay Kararlarında Kıymet Takdirine Şikâyetin İcra Mahkemesince Reddinin İhalenin Feshi Davasında Fesih Sebebi Olarak Görülmesi”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 8, Sayı 21, s. 27-42.
- GEMALMAZ, Burak: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *İcra ve İflâs Hukuku*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1950.
- İŞIKTAÇ, Yasemin / METİN, Sevtap: *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003.
- İNCEYOL, Yaşar: “Uygulama İmar Planı Tadilatlarında Plan Değişikliği Ölçütlerine Uygunluğun Araştırılması”, *Gümüşhane Üniversitesi Fen Bilimleri Dergisi*, 2021, Sayı 11/4, s. 1324-1339.
- KAPLAN, İbrahim: *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, (Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hal ve Şartlara Uyarlanması)*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KIRCA, Çiğdem: “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 1, s. 91-119.
- KNEES, Klaus-Niels: *Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung: Der Vollstreckungsablauf von der Verfahrensordnung bis zur Erlösverteilung*, Gruyter, Walter de GmbH Verlag, Berlin, 2013.
- KODAKOĞLU, Mehmet: “İcra ve İflâs Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması”, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2021, Cilt 17, Sayı 49, s. 527-570.
- KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013 (El Kitabı).
- KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku, Cilt II*, Evrim Dağıtım, İstanbul, 1990 (C. II).
- MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflâs Hukuku Esasları*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- MUŞUL, Timuçin: *İcra ve İflâs Hukukunda; İhale ve İhalenin Feshi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016 (İhalenin Feshi).
- NAMLI, Mert: *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- OSKAY, Mustafa / KOÇAK, Coşkun / DEYNEKLİ, Adnan / DOĞAN, Ayhan: *İİK Şerhi (Madde 100-176/b)*, Cilt 3, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İlamlı İcranın Etkinliği*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZEKES, Muhammet: “Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan Özel Sayısı, s. 921-940.
- ÖZEKES, Muhammet: *İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009 (İlkeler).

- ÖZTAN, Bilge / ÖZTAN, Fırat: “İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medeni Kanun’un 24/a-III’üncü Maddesi Karşısında Medeni Kanun’un 85/II’inci Maddesinin Durumu”, *Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya, 1991, s. 245-262.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku*, 7. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- PEKCANITEZ, Hakan / SİMİL, Cemil: *İcra-İflâs Hukukunda Şikâyet*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan: “4949 Sayılı Kanun’la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Sayı 49, s. 137-158.
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: *İcra Hukuku Esasları*, 3. Baskı, Formül Matbaası, İstanbul, 1982.
- PRUTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus: *ZPO Kommentar*, 4. Baskı, Luchterhand-Fachverlag, Köln, 2012.
- STAEHELIN, Adrian / BAUER, Thomas / STAEHELIN, Daniel: *Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs I, Art 1-158 SchKG*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2010.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: *Zivilprozessordnung*, 31. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 2010.
- UMAR, Bilge: “Son 4949 Sayılı Yasa ile Getirilen İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 50, s. 85-96.
- UYAR, Talih: “4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli ‘İcra ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, Sayı 49, s. 159-221 (Yenilikler).
- UYAR, Talih: “Satışa Konu Taşınmazın İhaleden Önce; Kentsel Dönüşüm’den Yararlanı Duruma Gelmesi Halinde, İhaleden Önce Bu Taşınmaza Yeniden Kıymet Takdiri Yapılması (İİK. m. 128a/III) Gerekir Mi? Takip Konusu İpotekle Temin Edilmiş Kredi Borcunun, Borçlu Dışında (Yerine) Başka Bir Kişi Tarafından Ödenmesi Halinde, Alacaklının Alacağı Sona Ermiş ‘TBK. m. 83’ Olur Mu?” (www.e-uyar.com, ET: 18.03.2023).
- ÜNSAL, Erdal: *İktisada Giriş*, 2. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2010.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra ve İflâs Kanunu’nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, İstanbul, 1990.
- YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ZELLER, Friedrich / STÖBER, Kurt: *Zwangsvorteilungsgesetz*, 10. Baskı, C.H. Beck Verlag, München, 1996.
- ZOPFI, Markus: *Kurz Kommentar VZG Zur Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken*, Stutz Medien AG Verlag, Wädenswil, 2011.





## Medenî Usûl Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı Maddesinin Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>



*Evaluation of Article 60 of the Turkish Law of Obligations Number 6098 in  
Terms of Civil Procedure*

Serpil IŞIK



Araştırma Görevlisi Doktor  
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı

### Anahtar Kelimeler

*Sebeplerin Yarışması,  
TBK m. 60,  
Taleple Bağlılık,  
Iura Novit Curia,  
Sorumluluk  
Sebeplerinin Çokluğu.*

### Öz

Hayatın olağan akışında bir şahsın, aynı zarar verici olaydan farklı sebeplerle sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Sorumluluk sebeplerinin birden fazla olması diğer bir ifadeyle sebeplerin yarışması meselesi doktrinde eskiden beri tartışılan ve kararlarla geliştirilen bir müessesedir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ıncı maddesinde açıkça düzenlenen yarışma meselesi, Türk hukukunun bir parçası hâline gelmiştir. TBK m. 60 uyarınca bir davada birden fazla sorumluluk sebebi aynı anda uygulanabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini açıkça talep etmiş olmadıkça, en iyi giderim imkânını sağlayan sebebe göre karar verir. Görüldüğü üzere TBK m. 60 hükmü ile zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebine dayanabileceği durumlarda uygulanacak olan prensipler düzenlenmiştir. Bununla birlikte maddenin lafzı, yarışma sorununa bir çözüm getirmedeği gibi daha fazla sorunun ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. Bu kapsamda, özellikle, mehz İsviçre Borçlar Kanunu Ön Tasarısı'nın 53'üncü maddesinde yer almamakla birlikte TBK m. 60 hükmüne eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesi doktrinde ileri sürülen eleştirilerin odak noktasını teşkil etmektedir. Çalışmamızda medenî usûl hukuku açısından sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenleyen TBK m. 60 hükmünü değerlendirmeyi amaçlamaktayız.

### Keywords

*The Competition of  
Reasons,  
Article 60 of the TCO,  
Commitment by  
Demand,  
Iura Novit Curia,  
Plurality of Liability  
Reasons.*

### Abstract

In the ordinary course of life, it is possible for a person to be held responsible for the same damaging event for different legal reasons. The fact that the reasons for responsibility are more than one, that is, the issue of “competition”, is an institution that has been discussed in the doctrine for a long time and developed with decisions. The competition issue, which is clearly regulated in Article 60 of the Turkish Code of Obligations numbered 6098, which entered into force on 01.07.2012, has become a part of Turkish positive law. Pursuant to the regulation stipulated in Article 60 of the TCO, in the event that more than one legal rule is applied at the same time in a case, the judge will decide according to the reason for the responsibility that provides the best remedy, unless the injured person has explicitly requested otherwise. As can be seen, the principle to be followed in cases where the injured person can be based on more than one liability reason are regulated with the Article 60 of the TCO. However, due to the arrangement of the article, it does not provide a solution to the competition problem and causes more problems. In this context, the phrase “unless the injured party has requested the contrary” added to the Article 60 of the TCO, although it is not included in Article 53 of the Preliminary Draft of the Swiss Code of Obligations, constitutes the focal point of the criticisms brought in the doctrine. This expression, which the legislator added to the text of the article, raises many problems in terms of civil procedure law. For this reason, in our study, we aim to evaluate the Article 60 of TCO, which regulates the competition of liability reasons in terms of civil procedure law.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 16.05.2023, Kabul Tarihi: 09.07.2023.

## GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>1</sup> (TBK) m. 60 uyarınca, bir davada birden fazla sorumluluk sebebinin aynı anda uygulanabileceği durumlarda hâkim, zarar gören aksini açıkça talep etmiş olmadıkça, en iyi giderim imkânını sağlayan sebebe göre karar verir<sup>2</sup>. Sorumluluk sebeplerinin birden fazla olması, diğer bir ifadeyle “yarışma (*Konkurrenz*)”<sup>3</sup> meselesini düzenleyen TBK m. 60 hükmü, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’ndan<sup>4</sup> (*Schweizer Obligationenrecht*–OR) farklılaşan hâliyle<sup>5</sup>, medenî usûl hukuku bakımından pek çok tartışmayı gündeme getirmektedir<sup>6</sup>. Bu kapsamda, özellikle, mehz İsviçre Borçlar Kanunu Ön Tasarısı’nın 53’üncü maddesinde yer almamakla birlikte, TBK m. 60 hükmüne eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesi<sup>7</sup> doktrinde getirilen eleştirilerin odak noktasını teşkil etmektedir<sup>8</sup>.

Kanun’da öngörülen hâliyle TBK m. 60 hükmü usûl hukuku bakımından, zarara uğrayan kimse- nin, istediği sorumluluk sebebine dayanıp dayanamayacağı ile farklı sorumluluk sebeplerini düzenleyen hükümlerin aynı zamanda uygulanıp uygulanamayacağı meseleleri bakımından sorun yaratmakta ve ortaya çıkan problemlerin giderilmesi ile bu hususta çözüm önerilerinin getirilmesini gerekli kılmaktadır<sup>9</sup>. Bu sebeple TBK m. 60 hükmünün doktrinde ve Yargıtay kararlarında ne şekilde yorumlanmasının gerektiği meselesinin ortaya koyulması önem arz etmektedir<sup>10</sup>.

Çalışmamızda TBK m. 60 hükmünün medenî usûl hukuku açısından değerlendirmeyi amaçlamaktayız. Bu amaç doğrultusunda, öncelikle, TBK m. 60 hükmünde düzenlenen sorumluluk sebeplerinin

<sup>1</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. Cilt*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Şerh, C. 1), s. 1363; HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, N. 34, s. 305; KILIÇOĞLU, M. Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, § 43, s. 570; ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018, § 46, s. 533; KARAN, Yeliz: “Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 727.

<sup>3</sup> Günümüze kadar sorumluluk sebeplerinin yarışması bahsi ile ilgili olarak pek çok görüş ileri sürülerek birbirinden farklı terimler kullanılmıştır. Bu terimlerden bazıları “sebeplerin birleşmesi”, “hakların yarışması”, “kanun hükümlerinin yarışması”, “hakların telâhuku” veya “talep dayanaklarının yarışması” şeklindedir. Farklı kavramlar ve tanımlar için bkz. SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku I*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018 (Medeni Hukuk I), § 5, s. 177-178; KARACABEY, Ömer Faruk: “Hakların Yarışması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1980, Sayı 6, s. 666; GÜRSOY, Kemal Tahir: “Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1974, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 171; TANDOĞAN, Haluk: *Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 528; TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 107; TÜRK, Burak / YILMAZ, Çiğdem: “Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 373. Belirtmek gerekir ki borçlar hukukunda bahsi geçen yarışma müessesesi ile ilgili olarak yaşanan tartışmalardan biri, bu kurumu karşılamak üzere ileri sürülen “hakların yarışması”, “talep normlarının yarışması”, “taleplerin gerçek yarışması”, “talep dayanaklarının yarışması”, “taleplerin yarışması”, “kanun hükümlerinin yarışması” gibi terimlerin kullanılması bakımından yaşanmaktadır. Bkz. ÇAĞA, Sema: *Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973, s. 17; BUZ, Vedat: “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 2, s. 19-57, s. 27; TÜRK / YILMAZ, s. 374. Oysaki bahsi geçen terimler kimi zaman farklı anlamları ifade edecek biçimde de kullanılmaktadır. Terminolojik farklılık konusundaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. BUZ, s. 23-25.

<sup>4</sup> Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht).

<sup>5</sup> İsviçre Borçlar Kanunu’nda sorumluluk sebeplerinin yarışması hakkında bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. FURRER, Andreas / SCHNYDER, Anton K.: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016, s. 3 vd.; GAUCH, Peter / AEPLI, Viktor / STOCKLI, Hubert: *Präjudizienbuch zum OR Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2002, s. 3 vd.; KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan: *OR Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2009, s. 66 vd..

<sup>6</sup> BUZ, s. 22 vd.; BAYSAL, Başak: *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 596; TÜRK / YILMAZ, s. 398.

<sup>7</sup> BUZ, s. 30.

<sup>8</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 398-399; KAYA, Asım: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 1, Sayı 2, s. 224.

<sup>9</sup> NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, § 5, N. 202, s. 457. Bilindiği üzere hukuki sebep, medenî usûl hukuku ve borçlar hukukunda farklı anlamlarda kullanılabilir. Diğer taraftan bakıldığında, TBK m. 60 hükmünde, “sorumluluk sebebi”nden söz ediliyor. Bahsi geçen kanun hükmünün ifadesinde hangisinin kastedildiği anlaşılamıyor. Bu durum ortaya çıkan problemlerden bir tanesi olarak ifade edilebilir.

<sup>10</sup> BAYSAL, s. 598.

yarışması kavramı hakkında genel açıklamalara yer vereceğiz. Sonrasında sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenleyen TBK m. 60 hükmünün medenî usûl hukuku açısından değerlendirilmesi yoluna gideceğiz. Bu doğrultuda TBK m. 60 hükmüne Türk kanun koyucu tarafından eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin yerindeliğini yargılama hukukuna hâkim olan ilkeler kapsamında inceleyerek bu konuda doktrinde ileri sürülen eleştirileri ortaya koyacağız. Medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkelerden “hâkimin hukuku resen uygulaması (*iura novit curia*) ilkesi<sup>11</sup> ile “taleple bağlılık ilkesi” çerçevesinde TBK m. 60 hükmüne getirilen eleştirilere ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız. Çalışmamızın devamında ise dava dilekçesinin zorunlu unsurları kapsamında TBK m. 60 hükmünü ele alarak ilgili düzenlemenin Türk hukukunda avukatla temsil zorunluluğunun olmaması bakımından yarattığı sorunları ifade etme yoluna gideceğiz. Böylelikle medenî usûl hukuku açısından çeşitli yönlerden tartışılabileceğini ifade ettiğimiz TBK m. 60 hükmünün nasıl yorumlanması gerektiği konusunda çözüm önerileri getirmeye çalışacağız.

## I. TBK M. 60 HÜKMÜNDE DÜZENLENEN SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

### A. Kavram

Kanun koyucu, TBK'nın 60'inci maddesinde sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenlemektedir<sup>12</sup>. Sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenleyen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 60 hükmünün yürürlükten kaldırılan 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda<sup>13</sup> karşılığı bulunmamaktadır<sup>14</sup>. Zira mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, sorumluların birden fazla olması hâli düzenlemiş olmasına rağmen<sup>15</sup> (mülga BK m. 50-51), sorumluluk sebeplerinin birden fazla olması hâline -diğer bir ifadeyle, “yarışma” meselesine- ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmiş değildir<sup>16</sup>.

6098 sayılı TBK m. 60'ta düzenlenen sorumluluk sebeplerinin yarışmasına dair hükmün esin kaynağı, Prof. Dr. Pierre Widmer ve Prof. Dr. Pierre Wessner tarafından hazırlanan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 53'üncü maddesidir<sup>17</sup>. Bununla birlikte TBK m. 60 hükmünde, “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” denilmek suretiyle Tasarı'nın 53. maddesinden sapılmıştır. Diğer bir deyişle İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 53'üncü maddesinde, TBK m. 60 hükmünde yer alan şekilde, “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesine yer verilmiş değildir.

<sup>11</sup> MEIER, Isaak: *Iura Novit Curia: Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1975, s. 5 vd.; ALEXANDER, Cica: “The Principle of *Iura Novit Curia*”, *Young Scholars in International Arbitration: A Collection of Essays Prepared for the ICCA 2014 Congress*, 2014, s. 105 vd.; KUMMER, Max: *Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1974, s. 65; RECHBERGER, Walter H. / SIMOTTA, Daphne-Arianer: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Kurzlehrbuch*, 6. Baskı, Manz Verlag, Wien, 2003, s. 340; FASCHING, Hans W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*, 2. Baskı, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, s. 442-443; MUSIELAK, Hans-Joachim: *Grundkurs ZPO*, 7. Baskı, Verlag C.H. BECK, Berlin, 2003, s. 35; SCHILKEN, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 4. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, s. 184; BOLAYIR, Nur: *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 13 vd.; AKİL, Cenk: “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 2 vd.

<sup>12</sup> DEYNEKLİ, Adnan: “Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 2, s. 71.

<sup>13</sup> 29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmî Gazete.

<sup>14</sup> TUNCER KAZANCI, İdil: *Medenî Usûl Hukukunda Yarışan Haklara Dayanan (Mütelâhik) Davalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023, s. 34; KILIÇOĞLU, § 43, s. 566; BAYSAL, s. 596; AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 11. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2019, s. 187; UYGUR, Turgut: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, Cilt - I, Madde 1-236, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 481; AYAN, Mehmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Borçlar Hukuku), § 28, s. 285; DEYNEKLİ, s. 71; KARAN, s. 727.

<sup>15</sup> Bkz. DESCHENAUX, Henri / TERCIER, Pierre: *Sorumluluk Hukuku*, (Çev.) ÖZDEMİR, Salim, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983, s. 235 vd.; VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2*, (Çev.) EDEGE, Cevat, Olgaç Matbaası, İstanbul, 1983, § 89, s. 777; AKINTÜRK, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971, s. 2 vd.; KAPANCI, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, § 1, s. 33.

<sup>16</sup> BUZ, s. 22; OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt II, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 827, s. 295.

<sup>17</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. BUZ, s. 42 vd.; BAYSAL, s. 596.

TBK m. 60 hükmünün doğru bir şekilde incelenerek değerlendirilebilmesi için kendisine kaynaklık eden İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda öngörülen 53. madde hükmünün ilgili Kanun'daki yeri ve anlamının doğru bir şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda, belirtmek gerekir ki, TBK m. 60 hükmünün mehzasını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı'nda yer alan 53. maddede ifade edilen bu düzenleme, Tasarı içinde anlamlı bir madde idi. Bunun en önemli sebebi, Tasarı'da dürüstlük kuralının bir genel koruma normu şeklinde öngörülmüş olmasıydı<sup>18</sup>. Bahsi geçen Tasarı'da, dürüstlük kuralına aykırı olarak nitelendirilebilecek her davranış aynı zamanda hukuka aykırı olarak da kabul edilebilmekteydi. Bu yüzden de bu tür davranışların hepsi kendilerinin tabi oldukları sorumluluk rejiminden başka haksız fiil sorumluluğunu da doğurabilecekti. Bununla birlikte İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı diğer farklı gerekçelerle birlikte haksız fiil sorumluluğunun alanını fazlaca genişlettiği için kanunlaşmamıştır.

Türk hukukunda ise kanun koyucu, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile sorumluluk sebeplerinin yarışması meselesini ilk kez düzenlemiştir<sup>19</sup>. Bu doğrultuda 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü maddesi ile Kanun'a, "Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayanabiliyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir." şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Görüldüğü üzere birden fazla sorumluluk sebebinin aynı somut olay bakımından birbirleriyle yarışmasının mümkün olduğu açıkça hükme bağlanmıştır<sup>20</sup>.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü maddesinde öngörülen "sorumluluk sebeplerinin yarışması" ile bahsedilen husus, aynı zararı meydana getiren birden fazla sebebin söz konusu olması durumunda, zarar görenin bu sebeplerden herhangi birine dayanarak zararının tazmin edilmesini talep edebilmesidir<sup>21</sup>. Bu kapsamda hâkim, somut olaya göre zarar görenin lehine olan hukuk kuralını uygulayabilecektir<sup>22</sup>.

Hayatın olağan akışında, meydana gelen zararlı sonucu birden fazla sorumluluk sebebinin ortaya çıkarması söz konusu olabilecektir<sup>23</sup>. Böyle bir durumda kuşkusuz ve tartışmasız olan bir husus, zarar görenin çifte tazminat isteyemeyeceğidir<sup>24</sup>. Bu noktada doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre haksız fiil sorumluluğu ile borca aykırılığın yarıştığı bir hâlde, haksız fiil sorumluluğu borca aykırılığa müraaat edilmesine engel olacaktır<sup>25</sup>. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise borca aykırılığın

<sup>18</sup> TUNCER KAZANCI, s. 261, dn. 657.

<sup>19</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 580.

<sup>20</sup> BAYSAL, s. 596; VON TUHR, § 4, s. 39. Yargıtay, 1. HD, T. 10.03.2003, E. 2003/1833, K. 2003/2552: "... HUMK'nun 74, 75 ve 76 maddelerinde ifade edildiği üzere olayları bildirmek yanlara, hukuki nitelermeyi yapmak ve uyumsuzluğu çözüme ulaştıracak yasa hükmünü bulup uygulamak hâkime aittir. Ayrıca, bir davada dayanılan maddi olaylar için birkaç hukuki nedenin bir arada gösterilmesinde ilke olarak usul ve yasaya aykırı bir yön yoktur. Hukuki sebeplerden bir tanesinin öteki hukuki nedenin incelenmesine olanak veriri nitelikte bulunduğu sürece önem ve lüzum derecesine göre birden fazla hukuki sebep aynı davada inceleme ve araştırma konusu yapılabilir. Nitekim, yargısal uygulama bu yönde gelişmiş ve kararlılık kazanmıştır...". Bkz. YILMAZ, Şerh C. 1, s. 1364.

<sup>21</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 566. Diğer bir ifadeyle davacının dava dilekçesinde, ileri sürdüğü netice-i talebinin haklılığını yalnızca bir hukuki sebep yerine birden çok hukuki sebebe dayandırması durumunda, yarışma meselesi ve yarışan haklara dayalı dava söz konusu olmaktadır. Bkz. BOLAYIR, s. 283. Dikkat edilirse burada, isminden de anlaşılacağı üzere, birden çok hukuki sebep, asli talebi haklı çıkartmak için birbirleriyle yarışmaktadır. Bkz. ERCAN, İsmail: *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 423.

<sup>22</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 400; YAVUZ, Nihat: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-338*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Şerh), s. 499; ANTALYA, § 46, s. 533; YAVUZ, Nihat: *Açıklamalı- Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler - Özel Hükümler)*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 (Yenilikler), s. 126-127; YAVUZ, Nihat: *Borçlar Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (El Kitabı), s. 262; GÜNAY, Cevdet İlhan: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 279; GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 141.

<sup>23</sup> EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, N. 1702, s. 616; AKINCI, s. 186; TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, § 49, s. 569.

<sup>24</sup> SEROZAN, Rona, *İfa- İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Üçüncü Cilt)*, Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, § 23, N 2, s. 296; ANTALYA, § 46, N. 2785, s. 646.

<sup>25</sup> JÄGGI, Peter: "Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung", *Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag*, Universitätsverlag, Freiburg, 1968, s. 181.

mevcut olduğu bir durumda haksız fiile ilişkin düzenlemelere gidilmesi mümkün olmayacaktır<sup>26</sup>. Bununla birlikte doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüşe göre meydana gelen zarar hem haksız fiil hem de borca aykırılık teşkil ediyorsa haksız fiilden kaynaklanan tazminat talebi ile borca aykırılıktan doğan tazminat talebinin birbirleriyle yarışması mümkün olacaktır<sup>27</sup>. Ancak bunun için aynı zamanda ihlal edilen hakkın da mutlak bir hak olması gerekmektedir<sup>28</sup>.

Şu hâlde haksız fiilin mevcudiyeti, sözleşmeden doğan borcun varlığını engelleyen bir hâl değildir<sup>29</sup>. Bu sebeple, örneğin, bir kimsenin evine tamir için gelen bir ustanın aletlerini dikkatsizlikle ve ev sahibinin evine zarar verecek şekilde kullanması durumunda, ev sahibi tarafından gerek borcunu olması gerektiği gibi yerine getirmemesinden dolayı “borca aykırılıktan” gerekse de ev sahibinin evine zarar vermesinden dolayı “haksız fiilden” sorumlu tutulması söz konusu olabilir<sup>30</sup>. Bir fiilin hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil ettiği hâllerde haksız fiilden doğan dava hakkının sözleşmeden doğan dava hakkı ile yarıştığı Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Benzer şekilde haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan sorumluluk sebepleri bir arada yarışabilir<sup>32</sup>. Ya da sorumluluk sebeplerinin hepsi haksız fiil sorumluluğunun kapsamına dâhil olmakla birlikte, birinin kusursuz sorumluluğa<sup>33</sup> diğerinin ise kusur sorumluluğuna tabi olması yahut kusursuz sorumluluğa dair iki farklı sorumluluk sebebinin var olması söz konusu olabilir<sup>34</sup>. Mesela (A) ile hizmet ilişkisi bulunan şoför (B), (A)'ya ait motorlu aracı kullanırken (C)'ye zarar vermiş olursa zarar gören (C), (A)'yı 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun<sup>35</sup> (KTK) 85'inci maddesi uyarınca motorlu araç işleten sıfatıyla sorumlu tutabilecektir<sup>36</sup>. Bunun yanında

<sup>26</sup> VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1974, § 46, I, 2, s. 407.

<sup>27</sup> NOMER, § 5, N. 202, s. 457; OĞUZMAN / ÖZ, N. 820, s. 293; TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, § 24, N. 1202, s. 379; REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 390; AYAN, *Borçlar Hukuku*, § 28, s. 284; TANDOĞAN, s. 537; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 981; GÜRSOY, s. 149; BGE 77 II 151; BGE 64 II 254.

<sup>28</sup> TUNCER KAZANCI, s. 489. Yukarıda da belirttiğimiz şekilde, bu hâl ancak ihlal edilen hakkın mutlak bir hak olması durumunda mümkündür. Zira hukuka aykırılık unsuru, borca aykırılık bakımından ancak mutlak bir hakkın ihlali hâlinde söz konusu olur. Bkz. TUNCER KAZANCI, s. 489.

<sup>29</sup> ACAR, Faruk: “Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu”, *Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri - Borç İlişkilerinde Özel Durumlar - Taraf Değişiklikleri - TBK Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri, 26-27 Mayıs 2012*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 38.

<sup>30</sup> NOMER, § 5, N. 202, s. 457.

<sup>31</sup> Yargıtay, 11. HD, T. 18.04.2013, E. 2013/3189, K. 2013/7632: “... Bir fiilin hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil ettiği durumda sözleşmeden doğan dava hakkının haksız fiilden doğan dava hakkı ile yarıştığı (telahuk ettiği) kabul edilir. Bu itibarla, haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilebilecek somut olay tek bir talep doğurur, çünkü zarar görenin tek bir hakkı çiğnenmemiştir, diğer bir deyişle söz konusu somut olayın oluşturduğu talebin tarafları, edimi ve doğma nedeni aynıdır. Doğan talep de tek olduğuna göre taleplerin birleşmesinden söz edilemez. Buna karşılık somut olayda tek talep doğmasına rağmen çeşitli kanun hükümlerinin olguları gerçekleştiğinden, taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşme var ise sorun bu sözleşmeye ilişkin kaidelere göre sonuçlandırılır. Taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşme yok ise sorun haksız fiile ilişkin kurallara göre çözümlenir. Ayrıca MK madde 2'deki dürüstlük kuralı gereğince asıl edim yükümine eklenen çeşitli yan edim yükümleri de sözleşmeye aykırılığın saptanmasında özellikle dikkate alınır. Genel zamanasını süresi BK madde 125'e göre 10 yıl olup, süre alacağın muaccel olmasıyla başlar. Haksız fiilden doğan giderim talepleri içinse özel zamanasını süresi öngörülmüştür. BK madde 60 uyarınca bu süre bir yıldır ve zarara uğrayanın zararı ve faili öğrenmesi tarihinden itibaren başlar. Aynı somut olayda her iki sorumluluk nedenine de dayanabilecek durumda olan zarar gören(in) sözleşmeye dayanan giderime ilişkin zamanasını süresi haksız fiile ilişkin olandan daha uzun olmakla, sözleşmeden doğan sorumluluğa dayanmak ve dolayısı ile daha uzun zamanasını süresinden yararlanmak mümkündür...”. Karar için bkz. *Yargıtay Kararları Dergisi*, 2018, Cilt 44, Sayı 5, s. 1067-069. Yargıtay tarafından verilen bir İBK kararında şu ifadeler yer verilmiştir: “Hakların telahukunun söz konusu olabilmesi için de aynı isteğin kanundaki iki farklı hükme göre de haklı görülmesi şarttır”. Bkz. Yargıtay, İBK, T. 04.06.1958, E. 1958/15, K. 1958/6. Aynı karar için bkz. DOĞAN, Emsalgül: “TBK m. 60'ın “Iura Novit Curia” İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi”, *Adalet Dergisi*, 2023/1, Sayı 70, s. 305.

<sup>32</sup> KAYAR, İsmail: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 120; KILIÇOĞLU, § 43, s. 567; ACAR, s. 38. Belirtmek gerekir ki zararın meydana gelmesi bakımından sözleşmeden, haksız fiilden ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan hakların yarışmasından başka, bahsi geçen bu üç borç kaynağının herhangi birisinin kendi içinde aynı şartları meydana gelen farklı sebeplerinin yarışması da mümkündür. Bkz. KILIÇOĞLU, § 43, s. 567.

<sup>33</sup> Kanunla özel olarak düzenlenmiş kusursuz sorumluluk hâllerinde borca aykırılık ile yarışmanın söz konusu olamayacağı ileri sürülmüştür. Bkz. DESCHENAUX / TERCIER, s. 271. Bununla birlikte doktrinde bu hâllerde de yarışma meselesinin gündeme geleceği ifade edilebilmektedir. Bkz. ANTALYA, § 46, s. 533.

<sup>34</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 823, s. 293.

<sup>35</sup> 18.10.1983 tarihli ve 18195 sayılı Resmî Gazete.

<sup>36</sup> TUNCER KAZANCI, s. 174.

(A), (C) tarafından Türk Borçlar Kanunu'nun 66'ncı maddesi gereğince adam çalıştıranın sorumluluğundan da dava edilebilecektir<sup>37</sup>. Zira böyle bir durumda, çoğunlukla, hizmet ilişkisinde bulunan şoförü çalıştıran firmanın adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluğunun da şartları meydana gelmiş olacaktır<sup>38</sup>. Bu durumda ortaya çıkan zararlı sonuç, birden fazla sorumluluk sebebine dayanmaktadır<sup>39</sup>.

İşte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'inci maddesinde, bahsi geçen sorumluluk sebeplerinin yarışması bakımından uyulacak olan prensipler düzenlenmektedir<sup>40</sup>. Diğer bir ifadeyle TBK m. 60 hükmüyle, zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebine dayanmasının mümkün olduğu durumlar açıklanmaya çalışılmaktadır<sup>41</sup>.

TBK m. 60 uyarınca yarışan sebeplere dayanan sorumluluk davasından söz edebilmek için birtakım şartların bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; “birden fazla sorumluluk sebebinin bulunması”, “zarar gören kişinin tazminat istemini birden fazla sebebe dayandırması”, “kanunda aksinin öngörülmemiş olması” şeklindedir<sup>42</sup>. Sorumluluk sebeplerinin yarışmasına ilişkin olarak Kanun'da öngörülen bu şartların bulunması durumunda, TBK m. 60'ta ifade edilen sonuçlar meydana gelecektir<sup>43</sup>. Buna göre birden fazla sebep sorumluluk hukuku alanında yarışıyorlarsa Türk Borçlar Kanunu m. 60 hükmü, zarar gören aksini istemiş olmadıkça ya da kanunda aksi öngörülmedikçe hâkimin zarar görene en iyi tazminat imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceğini ifade etmektedir<sup>44</sup>. Diğer bir ifadeyle zararının tazmin edilmesini isteyen taraf, sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda, bu sebeplerden kendisi açısından en elverişli olanına dayanabilecektir<sup>45</sup>. Bununla birlikte zarar gören, açacağı davayı kısmen sözleşmeye aykırılığa kısmen de haksız fiil sorumluluğuna dayandıramayacaktır<sup>46</sup>.

Dikkat edilirse TBK m. 60'ta, sorumluluk sebeplerinin yarışması ihtimalinde, zarar görenin talebini, yarışan sebeplerden kendisi için hukuksal açıdan “en elverişli” olanına dayandırabileceği ifade edilmektedir<sup>47</sup>. Bu noktada elverişli olmayan bir sorumluluk sebebe dayanılmasının mümkün olup olmadığı meselesinin üzerinde durulması gerekmektedir. *Kanaatimizce*, farklı sorumluluk sebeplerinin yarıştığı durumda, elinde delil olmadığı için haksız fiil sorumluluğuna dayanan kimse bakımından bu yönde bir tercihte bulunulmasının önünde herhangi bir engelin olmaması gerekmektedir. Bu noktada birden fazla sorumluluk sebebinin yarıştığı ihtimalde, zararının giderilmesini isteyen taraf bakımından en elverişli imkânın ne olduğu hususunun değerlendirilmesi bakımından somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulması önem arz edecektir.

<sup>37</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 566. Bahsi geçen örnekte motorlu taşıtı kullanan şoför (B)'nin, (A)'nın hizmet ilişkisi kurduğu çalışanı değil de oğlu olması durumunda, (A)'nın, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 85 uyarınca motorlu araç işleten sıfatıyla ya da Türk Medeni Kanunu'nun (TMK) 369'uncu maddesi uyarınca sorumluluğuna gidilebilecektir. Bkz. KILIÇOĞLU, § 43, s. 566.

<sup>38</sup> OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht- Band I: Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995, § 13, N. 2.

<sup>39</sup> EREN, N. 1702, s. 616.

<sup>40</sup> İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükmün Yetersiz Gereğe Feda Edilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 48, s. 253. Sebeplerin çokluğu bahsinde, birbirinden farklı ihtimaller değerlendirilebilecektir. Bu ihtimaller; “ortak illiyet”, “yarışan illiyet” ve “seçimlik illiyet” hâlleri şeklindedir Bkz. EREN, N. 1704, s. 616. Bununla birlikte bahsi geçen mevzular inceleme konumuzun sınırlarını fazlasıyla aşacağından burada ele alınmayacaktır.

<sup>41</sup> BAYSAL, s. 596.

<sup>42</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 569-570.

<sup>43</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 570.

<sup>44</sup> HATEMİ / GÖKYAYLA, N. 34, s. 305; KILIÇOĞLU, § 43, s. 570; YILMAZ, *Şerh, C. 1*, s. 1363; YAVUZ, *Şerh*, s. 499; ANTALYA, § 46, s. 533; KAYAR, s. 120; YAVUZ, *Yenilikler*, s. 126-127; YAVUZ, *El Kitabı*, s. 262; GÜNAY, s. 279; GÖKCAN, s. 141; DEYNEKLİ, s. 72; KARAKILIÇ, Hasan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 168; ÖZ, M. Turgut, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 11; BÜTÜN YILMAZ, Derya Gülsüm: *Mütelhik Hakların Yarıştığı Dava*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017, s. 133.

<sup>45</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 567.

<sup>46</sup> REİSOĞLU, s. 390.

<sup>47</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 567.

## B. TBK m. 60 Hükümünde Öngörülen “En İyi Giderim Sağlama” İmkânı

TBK m. 60 hükmünde öngörülen “en iyi giderim sağlama” imkânı kriteri ile kastedilenin ne olduğu hususunun ortaya koyulması gerekmektedir<sup>48</sup>. Zira ilgili hükmün gerekçesinde en iyi giderim sağlama imkânı ile hangi hususun kastedildiği ifade edilmemiştir<sup>49</sup>.

TBK m. 60'ta kastedilen en iyi giderim sağlama imkânı, talebi en üst seviyede karşılayacak olan sorumluluk sebebi anlamında değildir<sup>50</sup>. En iyi giderim sağlama imkânı, daha ziyade, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerliliği, ispat yükünün dağıtılması, zamanaşımı gibi mevzularda, hâkim tarafından zarar görenin yararına olan sorumluluk sebebine dayanılması şeklinde anlaşılmalıdır<sup>51</sup>.

Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk (TBK m. 115-116), zamanaşımı süreleri (TBK m. 146-147) ile sözleşmeye aykırılık sebebiyle kusuru ispat yükü<sup>52</sup> (TBK m. 112) gibi hâllerde sözleşmeden doğan borçlar bakımından haksız fiilden doğan borçlara nazaran alacaklı için daha elverişli hükümler mevcuttur<sup>53</sup>. Doktrinde<sup>54</sup> ve Yargıtay kararlarında<sup>55</sup> da böyle bir durumda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun sözleşmelere ilişkin hükümlerinin uygulanmasının zarar görenin daha lehine olduğu ifade edilmektedir<sup>56</sup>. Nitekim Yargıtay'ın T. 4.6.1958, E. 1958/15, 1958/6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da “... *Bir hadisede yasanın iki kuralının dahi tatbiki mümkün bulunan hallere*” hukuk dilinde “*hakların telahuku*” denilmektedir. (...) *Hak sahibinin, malı elinde bulundurandan kiralari istediği zaman, MY'nin 995. maddesinde ve BY'nin 414. maddesine dayanmış olması mümkün olduğu gibi herhangi bir yasal sebep göstermemiş olması da mümkün. HYUY'nin 33, 26, 25, 31 (74-75-76) madde hükümleri karşılaştırılınca yargıç bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve netice-i taleplerle bağlı olup, dayandıkları yasa kurallarıyla ve onların hukuki tavsifleriyle bağlı olmadığı*

<sup>48</sup> Zira doktrinde, TBK m. 60'ta öngörülen “en iyi giderim sağlama” ile görevli hâkimin bunu nasıl gerçekleştireceği yeterince açık bir şekilde ifade edilmediği ileri sürülerek eleştirilmektedir. Bu konudaki eleştiriler için bkz. KOÇHİSARLI, Cengiz / ERİŞGİN, Özlem: “Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ‘Haksız Filler’”, *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1256.

<sup>49</sup> TUNCER KAZANCI, s. 251. TBK m. 60 hükmünün madde gerekçesinde şu hususlar ifade edilmiştir: “*Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa, zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir*”.

<sup>50</sup> HATEMİ / GÖKYAYLA, N. 34, s. 305; YAVUZ, Şerh, s. 499; DEYNEKLİ, s. 72.

<sup>51</sup> DEYNEKLİ, s. 72.-73; HATEMİ / GÖKYAYLA, N. 34, s. 305. Doktrinde *Hatemi / Gökyayla*, TBK m. 60'ta öngörülen kuralın getirilmesine belki de gerek olmadığı görülmektedir. Bu görüşteki yazarlar gerekçe olarak, usûl hukukuna göre esasen hâkimin hukuki sebebi resen göz önünde tutacağını belirtmektedir ve böyle bir durumda, olguların dosyaya tam olarak sunulması hâlinde, hâkimin zarar görenin yararına olan hukuki sebebi de göz önünde bulunduracağını ifade etmektedir. Bkz. HATEMİ / GÖKYAYLA, N. 34, s. 305.

<sup>52</sup> TBK m. 112 hükmün “*Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür*” şeklinde bir düzenleme getirilmektedir. Dikkat edilirse TBK m. 112'de davacının lehine bir karine öngörülmüştür. Diğer taraftan davalı olan kimse, kusurlu olmadığını ispat ederek karine sonucunun ortaya çıkmasına engel olabilir.

<sup>53</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 567; NOMER, § 5, N. 202.2-202.5, s. 458; AYAN, *Borçlar Hukuku*, § 28, s. 285; REİSOĞLU, s. 390-391. Ayrıca bkz. YILMAZ, Yasemin: “Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması”, *Prof. Dr. Necla Girişli-oğlu'na Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020 (Sözleşmeden Doğan)*, s. 613 vd.; BÜTÜN YILMAZ, s. 134.

<sup>54</sup> VON TUHR / ESCHER, § 68, s. 108; BUCHER, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht)*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1988, s. 337; KILIÇOĞLU, § 43, s. 567; NOMER, § 5, N. 202.2-202.5, s. 458; AYAN, *Borçlar Hukuku*, § 28, s. 285; REİSOĞLU, s. 390-391; YILMAZ, *Sözleşmeden Doğan*, s. 613 vd.; EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, N. 4, s. 1408; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 982; TANDOĞAN, s. 532 vd.

<sup>55</sup> Yargıtay, HGK, T. 16.06.2010, E. 2010/13-232, K. 2010/316: “... *O halde hakların yarışması halinde, davacı zarar görenin bir akdi ilişkiye dayanmasında kendisi yönünden yarar bulunduğu gibi; yarışan iki haktan daha düşük hukuki değer karşısında üstün hukuki değere üstünlük verilmesi gerektiği kuşkusuzdur ... O halde, sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi gerektiği kuşkusuzdur [...]*” (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023). İstanbul BAM, 12. HD, T. 9.6.2020, E. 2018/1644, K. 202/572 “[...] *Taşıma sözleşmesinde taşıyıcılar yönünden TBK 60. maddesi uyarınca hakların yarışması söz konusu olmadığı gibi, haksız fiilde davacı tarafından zararın tazmini için kusurun varlığı karine olarak kabul edilir ve zararın varlığı ortaya konması taşıyıcının sorumluluğuna gidilmesi için yeterli olacak olup, ispat koşulları daha ağır olan haksız fiil hükümlerinin sırf zamanaşımı süresinin taşıma sözleşmesinde öngörülen süreden daha uzun olması nedeniyle en iyi giderim imkanın sağlayan sorumluluk sebebi olarak da değerlendirilemez...*”. Bkz. EREN / DÖNMEZ, N. 4, s. 1408-1409.

<sup>56</sup> Doktrinde bu yönde görüşler için bkz. VON TUHR / ESCHER, § 68, s. 108; BUCHER, s. 337; KILIÇOĞLU, § 43, s. 567; NOMER, § 5, N. 202.2-202.5, s. 458; AYAN, *Borçlar Hukuku*, § 28, s. 285; REİSOĞLU, s. 390-391; YILMAZ, *Sözleşmeden Doğan*, s. 613 vd.; EREN / DÖNMEZ, N. 4, s. 1408; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 982; TANDOĞAN, s. 532 vd.; BÜTÜN YILMAZ, s. 134.

ve yasaları resen tatbik ederek iddia ve müdafaadaki netice-i talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır. Burada söz konusu olan bir davada, hangi kurala dayandığını kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hallerde davacının zamanaşımı bakımından kendi aleyhine netice verecek olan yasaya dayanmak isteyeceğini haklı olarak farz edebileceğinden, davanın BY'nın 414. maddesine dayanan bir dava olarak kabulü yerinde olacaktır...<sup>57</sup>” denilmek suretiyle davacının dayandığı kanun hükmünü açıkça belirtmediği durumlarda, lehine olan kuralın uygulanmasını istediğinin farz edilebileceği içtihat edilmiştir<sup>58</sup>.

Zarar gören kimse tarafından dava dilekçesinde, herhangi bir sorumluluk sebebine dayanılmamış veya dilekçede birden fazla sebep ileri sürülmemişse hâkim, somut olaya uygulanacak ve aynı zamanda en iyi giderim imkânını sağlayacak olan sorumluluk sebebini tespit ederek hüküm verecektir<sup>59</sup>. Bununla birlikte TBK m. 60 hükmünün uygulaması bakımından zarar görenin dilekçesinde bir sorumluluk sebebine dayanması durumunda, hâkimin dilekçede belirtilen bu sebebe göre hüküm tesis etmesinin gerektiği yönünde Yargıtay kararlarının<sup>60</sup> verildiği görülmektedir<sup>61</sup>.

## II. MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN SORUMLULUK SEBEPLERİNİN YARIŞMASINI DÜZENLEYEN TBK M. 60 HÜKMÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

### A. Medenî Usûl Hukukunda Yer Alan Bazı İlkeler Çerçevesinde TBK m. 60'ta Öngörülen Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması Hükümünün İncelenmesi

#### 1. Genel Olarak

TBK m. 60 hükmünde öngörülen birden fazla sorumluluk sebeplerinin yarışması meselesi, maddede düzenlenen hâliyle<sup>62</sup> medenî usûl hukukunun temel ilkeleri ile çelişen yönler barındırması nedeniyle eleştirilmektedir<sup>63</sup>. Getirilen eleştirilerin önemli bir kısmı, maddenin mehazını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu Ön Tasarısı'nın 53'üncü<sup>64</sup> maddesinde yer almayan<sup>65</sup>, “zarar gören aksini istemiş ol-

<sup>57</sup> İNAL, Nihat: *Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası*, Yeni Yasa, Ankara, 2012, s. 294.

<sup>58</sup> TUNCER KAZANCI, s. 249-250.

<sup>59</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 400; YAVUZ, Şerh, s. 499; ANTALYA, § 46, s. 533; YAVUZ, *Yenilikler*, s. 126-127; YAVUZ, *El Kitabı*, s. 262; GÜNAY, s. 279; GÖKCAN, s. 141.

<sup>60</sup> Yargıtay, HGK, T. 21.2.2018, E. 2017/1001, K. 2018/245 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): “... Zarar verici olay (haksız fiil), aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırı ise, zarar gören bu sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini isteyebileceği gibi, zararını haksız fiile dayanarak da isteyebilir. Bunlardan birisi ile zararını tazmin ettiren alacaklının, bunu yapmakla, dayanabileceği diğer hukuki sebebi tüketmiş olacağı izahattan varestedir ... Taraflar arasında kurulan abonelik ilişkisi, sözleşme niteliğinde olup, davacının bu sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini talep ettiği açıktır. O halde, sözleşmeden kaynaklanan uyumsuzluğun; haksız fiil kurallarına göre değil, sözleşme hukuku çerçevesinde çözümlenmesi ve zamanaşımı süre ve başlangıcının buna göre belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur...”

<sup>61</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 400-401.

<sup>62</sup> BUZ, s. 50 vd.; KOÇ, Nevzat: “Türk Borçlar Kanununun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 2013, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan Özel Sayısı, Cilt II, s. 1688; BAYSAL, s. 597.

<sup>63</sup> BAYSAL, s. 597; BUZ, s. 51 vd.; TÜRK / YILMAZ, s. 398. TBK m. 60 hükmünde yer alan düzenlemenin medeni usûl hukukuna hâkim olan bazı ilkelerle kesiştiği hakkında bkz. TOSUN, Çağdaş: *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 118; TUNCER KAZANCI, s. 74 vd.; HANAĞASI, Emel: *Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 301.

<sup>64</sup> Kanun koyucu, Tasarı'nın 53'üncü maddesinde şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: “Eğer bir kişinin aynı zarardan sorumluluğu farklı sorumluluk nedenlerine dayandırılıyorsa, kanunda hükümlerden bazılarının münhasır uygulanacağı açıkça belirtilmediği sürece, mahkeme, mağdur kişiye en uygun tazminat imkanını sağlayacak hükümleri uygular”. Bkz. BAYSAL, s. 597.

<sup>65</sup> Tasarı'nın 59. maddesi hükümetin teklif ettiği metinde şu şekilde kaleme alınmıştı: “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılıyorsa; hâkim, kanunda aksi öngörülmedikçe zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir”. Görüldüğü üzere Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 59'uncu maddesinde öngörülmesi olan düzenlemenin hükümetin teklif ettiği hâlinde “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklinde bir ifade yer almamaktaydı. Bununla birlikte Adalet Komisyonunca yapılan değişiklikle, zarar görenin ve haleflerinin tazminat hakkı ile yarışan sebepleri seçme üzerindeki tasarrufta bulunabilme imkânlarının olması gerektiği şeklindeki gerekçe ile “hâkim” ifadesinden sonra gelmek üzere, “zarara gören aksini istemiş olmadıkça veya” şeklinde bir ifadeye yer verildiği belirtilmektedir. Adalet Komisyonu Değişiklik Gerekçesi için bkz. HELVACI, İlhan: *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 162; AYAN, Serkan: *Türk Medenî Hukuk Mevzuatı Cilt I, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, (Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, Madde Gerekçeleri)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 117.



*madıkça*” ifadesiyle alakalıdır. Zira doktrinde kanun koyucunun hâkime zarar görenin aksini istemiş olmadıkça en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verebileceğini öngören bu düzenlemesi ile aslında getirilmek istenilen asıl hususun tam olarak ne olduğunun açık olmadığı ileri sürülmektedir<sup>66</sup>. Ayrıca doktrinde, hükmün usûl hukukunda yer alan ilkeler ile çelişen yönlerinin var olduğu da ifade edilmektedir<sup>67</sup>. Bu sebeple doktrinde TBK m. 60 hükmünde getirilen “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” şeklindeki eklemenin yerindeliği haklı olarak eleştirilmektedir<sup>68</sup>.

Türk hukuk doktrini ile paralel bir şekilde Yargıtay kararlarında da TBK m. 60 hükmüne eklenen “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesinin yerindeliği medenî usûl hukukunda geçerli olan ilkeler kapsamında eleştirilmektedir. Bu noktada konu, “hâkim hukuku resen uygular (*iura novit curia*)” (HMK m. 33) ile “taleple bağlılık” (HMK m. 26) ilkeleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Medenî usûl hukuku doktrininde, TBK m. 60 hükmünün getirdiği düzenlemenin silahların eşitliği ilkesi ve davalının savunma hakkı bakımından da sorunlu olduğu ileri sürülmektedir<sup>69</sup>.

## 2. Hâkimin Hukuku Resen Uygulaması İlkesi (*Iura Novit Curia*) Çerçevesinde TBK m. 60 Hükmünün Eleştirisi

Devlet yargısının organları olarak mahkemeler, uyuşmazlığın çözümü için kendilerine müracaat edildiğinde somut olaya uygun ve doğru olan kanun hükmünü uygulamakla yükümlüdür<sup>70</sup>. Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesine<sup>71</sup> dayalı olarak her hâkim, taraflarca ileri sürülenlerle sınırlı olmak üzere, somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu resen uygulamak durumundadır<sup>72</sup>. Bu kapsamda, hüküm verilebilmesi için tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak olan soyut hukuk normunu tespit etmek tamamıyla hâkime aittir<sup>73</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 33 hükmünde, “Hukukun Uygulanması” kenar başlığı altında “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular*” denilmek suretiyle bu ilke açıkça ifade edilmektedir (HMK m. 76)<sup>74</sup>. Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi gereğince hâkim, davaya uygulanacak olan kanun

<sup>66</sup> BUZ, s. 50.

<sup>67</sup> BUZ, s. 50; BAYSAL, s. 597; TOSUN, s. 120 vd. TBK m. 60 hükmünün yargılama ilkeleri ile ilişkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. TUNCER KAZANCI, s. 74 vd.

<sup>68</sup> BAYSAL, s. 597; BUZ, s. 50 vd.; KOÇ, s. 1688; TOSUN, s. 120 vd.

<sup>69</sup> TUNCER KAZANCI, s. 261; HANAĞASI, s. 301. Doktrinde *Hanağası*, davalının, davacının talep sonucunu dayandırdığı hukuki sebep üzerinden savunmasını yapacağını ifade ederek, davacının hukuki sebep bildirmemesi ya da yanlış hukuki sebep bildirmesinin davalının savunma hakkına doğrudan etki edeceğini ileri sürerek TBK m. 60 düzenlemesini eleştirmektedir. Bkz. HANAĞASI, s. 302-303. Nitekim, *Hanağası*'na göre TBK m. 60'ta öngörülen ve hâkimin taraflardan birinin daha lehine olan sonucun doğmasına sebebiyet verecek yaklaşımların, silahların eşitliği ilkesine aykırı olacağı şeklindedir. Bkz. HANAĞASI, s. 302-303.

<sup>70</sup> GENNA, Gian Sandro: “Lebenssachverhalt oder Rechtsanwendung? - Ein interdisziplinärer Streifzug durch das Prozessrecht zwischen Streitgegenstand und ‘iura novit curia’”, *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2013, Cilt 26, Sayı 4, s. 144. HABSCHEID, Walter J.: *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, 1. Baskı, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel-Frankfurt am Main, 1986, N. 726, s. 264. *Iura novit curia* ilkesi konusunda bir mahkeme kararı için bkz. HILTY, Reto M.: “Elektronische Presspiegel: iura novit curia? Kritische Anmerkungen zum Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. Juni 2002”, *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 2003, s. 266 vd.

<sup>71</sup> Hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi dünya üzerindeki hukuk sistemlerinde *iura novit curia* (mahkeme hukuku bilir) veya *da mihi factum dabo tibi ius* (vakiaları getir hukuku vereyim) tabirleriyle anılmaktadır. Bkz. ARISOY, A. Selman: “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 5.

<sup>72</sup> BOHNET, François / DROESE, Lorenz: *Präjudizienbuch - Zivilprozessordnung ZPO*, 1. Baskı, Stämpfli Verlag / hep Verlag, Zurich, 2018, s. 127. *Iura novit curia* ilkesinin uygulama kapsamı hakkında ayrıca bkz. CAVALLINI, Cesara: “Why is the Iura Novit Curia Principle Not Applied Yet in English Laws?”, *Global Jurist*, 2017, Cilt 17, Sayı 3, s. 10.

<sup>73</sup> MEIER, s. 5 vd.; ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 149; KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı C. 1), § 27, s. 589.

<sup>74</sup> İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun (SchwZPO) 57'nci maddesinde de mahkemeye ihtilaf konusuna uygulanacak olan hukuk normlarını resen belirleme görevi getirilmektedir. Bkz. HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter (Hrsg.): *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150- 352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Stämpfli Verlag, Bern, 2012 (Yazar, BK-ZPO), N. 4, s. 533; SPÜHLER, Karl (Hrsg.): *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung; Lugano-Übereinkommen (LugÜ II); Haager Übereinkommen (HZÜ, HBewÜZO)*, Liberis Verlag, Zürich, 2010, s. 44. İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de Kanton hukuk mahkemelerinin *iura novit curia* yani hâkimin hukuku resen uygulaması gerektiği ilkesi, birçok kanton hukuk usûlü muhakemeleri kanununda açıkça belirtilmiştir. Bkz. HURNI, BK-ZPO, N. 1, s. 533). *Iura novit curia* ilkesi ayrıca federal mahkeme içtihatlarına göre de kabul edilmekteydi (BGE 89 II 337 E. 2; BGE 107 II 119 E. 2a; BGE 109 II 262 E. 3d). Bkz. HURNI, BK-ZPO, N. 1, s. 533.

hükümlerini kendiliğinden araştırıp bulmakla yükümlüdür<sup>75</sup>. Bu sebeple yargılamayı yürüten hâkim, taraflarca kendisine bildirilen hukuki sebeplerle bağlı değildir<sup>76</sup>.

*Iura novit curia* ilkesi, hâkimin hukuk kurallarını bildiği anlamına gelmektedir<sup>77</sup>. Dolayısıyla hâkim somut olaya uygulanacak olan soyut hukuk normunu, tarafların dava dilekçelerinde ileri sürdüklerinden bağımsız olarak belirleyecek ve olaya uygulayacaktır<sup>78</sup>. *Iura novit curia* ilkesinin varlığı sebebiyle mahkeme, yargılamada ortaya çıkan hukuki sorunların cevaplanmasında ve dolayısıyla karar verme sürecinde uygulanabilir olan tüm hukuk normlarını tespit etmelidir<sup>79</sup>.

Somut olaya uygulanacak olan hukuk normunun tespiti ve tayini bakımından taraflar, hâkime sadece yardımcı olabilir<sup>80</sup>. Bununla birlikte dava konusu uyuşmazlıkta öne sürülen maddi vakıaların hukuki nitelendirmesini yaparak somut olaya uygulamak ise hâkimin görevidir<sup>81</sup>. Dolayısıyla uyuşmazlığı çözmekle görevli olan mahkeme, somut olaya uygulanacak olan hükümde aranan koşul vakıaların tarafların arasındaki olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır<sup>82</sup>. Hâkim tarafından yapılan bu incelemeye atılma (*subsumption*) faaliyeti denilmektedir<sup>83</sup>. Davacının talebine uyan hukuk normunu araştırarak inceleme işi mahkemeye ait olup uyuşmazlığın taraflarını ilgilendirmemektedir<sup>84</sup>. Davada dayanılan maddi vakıaların bildirilmesi uyuşmazlığın taraflarına, hukuki nitelendirmeyi yapmak ise hâkime ait bir görevdir<sup>85</sup>. Hâkim, taraflarca ileri sürülen vakıaları, tüm dava malzemesini ve delilleri

<sup>75</sup> MEIER, § 1, s. 5; ALANGOYA, Yavuz: *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 5; KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589; ANSAY, s. 149; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, § 8, s. 187; BOLAYIR, s. 16 vd.

<sup>76</sup> ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011 (Esaslar), s. 227; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000 (Medeni Yargılama), s. 464; PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Editör): *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, § 10, s. 1147; KURU, Baki / RAMAZAN, Arslan / YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 340; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medeni Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 167; KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 269. Aynı zamanda, somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu bularak uygulamak konusunda taraflara herhangi bir yükümlülük getirilemez. Bkz. ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 133.

<sup>77</sup> SAENGER, Ingo (Hrsg.): *Zivilprozessordnung: ZPO (Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäische Verfahrensrecht)*, Handkommentar, 9. Baskı, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021 (Yazar, HK-ZPO), § 293, Rn. 1; ALEXANDER, s. 105; WIEGAND, Wolfgang: “*Iura novit curia vs. ne ultra petita* - Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichts-urteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, Sonderdurck aus Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte”, *Festschrift für Frans Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 127.

<sup>78</sup> BRUNNER, Alexander / GASSER, Dominik / SCHWANDER, Ivo (Hrsg.): *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar Band 1: Art. 1-196*, 2. Baskı, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2016, N. 1, s. 431; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 227; ANSAY, s. 149; KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589; KARSLI, s. 269.

<sup>79</sup> HURNI, *BK-ZPO*, N. 5, s. 535.

<sup>80</sup> HABSCHEID, N. 726, s. 264; KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589; PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usul*, § 10, s. 1147; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama*, s. 463; BÜTÜN YILMAZ, s. 104.

<sup>81</sup> BAXTER, Lawrence G.: “Civil Litigation and Jura Novit Curia”, *South African Law Journal*, 1979, s. 533; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 1533; YAVAŞ, Murat: “Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü”, *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 315; MEMİŞ, Muhammed Şamil / YILMAZ, Çiğdem: “Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi Kapsamında Sebeplerin Yarışması Hükümünün Değerlendirilmesi”, (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 353. Yargıtay, 11. HD, T. 15.6.1990, E. 1990/4306, K. 1990/4775: “... Davacı sigorta vekili, davada hukuki sebep olarak tehlike sorumluluğuna dayanmış ise de dava dilekçesinde dayanılan maddi olaylara göre, davanın hukuki sebebini belirlemek HYUY’nun 25, 31, 33 (75-76). maddeleri ile 4.6.1958 15-6 sayılı YB-GKK gereğince yargıca ait bir görev olmaktadır. Davacı açıklamaları ile kusursuz sorumluluk hallerinden tehlike sorumluluğuna dayanmış ise de olayın özelliği icabı bu sorumluluk esasının değil yeni kusursuz sorumluluk hallerinden birini teşkil eden ve BY’nin 52/2. maddesinde ifadesini bulan fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesinin olaya uygulanması gerektiği kabul edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmediğinden bozulmuştur...”. Bkz. İNAL, s. 297.

<sup>82</sup> ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 186; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 187; POSTACIOĞLU / ALTAY, § 25, s. 408; ERDÖNMEZ, Güray, *Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku*, (Editör) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, Cilt I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, § 8, s. 795; TUNCER KAZANCI, s. 243.

<sup>83</sup> ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usul*, § 8, s. 795; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 187; POSTACIOĞLU / ALTAY, § 25, s. 408; BÜTÜN YILMAZ, s. 104.

<sup>84</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 187.

<sup>85</sup> SUTTER-SOMM, Thomas / SEILER, Benedikt (Hrsg.): *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO*, Schulthess Verlag, Zürich, 2021, N 1, s. 240; BOHNET / DROESE, s. 127. Yargıtay, HGK, T. 08.05.1991, E. 1991/14, K. 1991/244: “...

yorumlayarak somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu tespit etmek (*da mihi factum dabo tibi ius*) durumundadır<sup>86</sup>.

Hâkim, tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuki sebebin ne olduğunu tespit ederken dava dilekçelerinde yapılan nitelendirmelerle bağlı değildir<sup>87</sup>. Bunlar, yalnızca, hâkimin somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu tespit ederken göz önünde bulunduracağı hukuki bakış açılarıdır<sup>88</sup>. Yargılamanın vazgeçilmez unsurlarından biri olan hâkimler, görevleri gereği, hukuk kurallarını en iyi şekilde bilecek ve tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulayacak olan kimselerdir<sup>89</sup>.

Hukuki sebep kavramı, talep sonucuna ulaşmak amacıyla davacı tarafından dava dilekçesinde gösterilen vakıaların hangi kurala dayandığını, diğer bir ifadeyle uyuşmazlığa konu olan durumların hukuki nitelendirilmesinin yapılmasını ifade etmektedir<sup>90</sup>. Tarafların dilekçelerinde hukuki sebep yanlış gösterilse veya hiç gösterilmese dahi hâkim, somut olaya uygulanacak olan hukuki sebebi bularak ona göre bir karar verecektir<sup>91</sup>. Hâkim, tarafların kendisine sunduğu maddi vakıaları sağlayan, onlara uygun düşen hukuki sebebi HMK m. 33 uyarınca değerlendirerek somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu tespit edecek; böylelikle hükmünü dayandırdığı hukuk kuralları ile bunun sebeplerini gerekçesinde belirtecektir<sup>92</sup>. Medenî usûl hukukunun en temel ilkelerinden biri olan *iura novit curia*; diğer bir ifadeyle hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi (HMK m. 33) Yargıtay içtihatlarında da kabul edilmektedir<sup>93</sup>.

*Delillerin belirtilen doğrultuda değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı biçimde davanın reddi doğru değildir. Davada dayanılan maddi vakıaların bildirilmesi taraflara, hukuki nitelendirme ise yargıca aittir. Dava dilekçesinin içeriğinden davacının komşu bulunan ve tapusuz olan taraf taşınmazları arasındaki ev yolunun davalıca bahçe olarak çevrilmesi sonucu kapatıldığı iddiasıyla bu yolun açılmasını sağlamayı amaçladığı duraksanmayacak biçimde anlaşılmalıdır...*" Bkz. İNAL, s. 298).

<sup>86</sup> GÜRİSOY, s. 172; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usul*, § 8, s. 795.

<sup>87</sup> HURNİ, *BK-ZPO*, N. 4, s. 534-535; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 227; KARSLI, s. 269; BERKİN, s. 95; BİLGE / ÖNEN, s. 295-296; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 340; KURU / AYDIN, s. 591; KURU, *El Kitabı*, s. 336; KURU, *El Kitabı C. 1*, s. 589; YILMAZ, *Şerh C. 1*, s. 1300; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES § 8, 187; GÖRGÜN, Şanal L. / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 349; UMAR, s. 151. Yargıtay, HGK, T. 05.02.2014, E. 2013/19-201, K. 2014/58: "... Olayları ortaya koymak tarafların, uygulanacak kanun hükmünü bulmak, diğer bir anlatımla olayların ileri sürülmesi taraflara ait ise de, dava dilekçesini bir bütün olarak değerlendirerek, davayı nitelendirmek ve uygulanacak kanun maddesini belirlemek hakime aittir..." Bkz. KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589. Alman hukukunda da § 293 ZPO hükmünün ikinci cümlesinde mahkemenin uygulanacak hukuk kurallarını belirlemede tarafların ileri sürdüğü hususlarla sınırlı olmadığını; diğer bilgi kaynaklarını kullanmaya ve bu kullanım için gerekli olan hususları taraflardan talep etmeye yetkili olduğunu düzenlemektedir. Bkz. KINDL, Johann: "Ausländisches Recht vor deutschen Gericht", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1998, Cilt 111, Sayı 2, s. 177.

<sup>88</sup> AKİL, Cenk: "Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 2, dn. 1.

<sup>89</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 353. Nitekim hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye müracaat edilemeyeceği (HMK m. 266; Bilirkişilik Kanunu m. 3/f. 3) şeklindeki düzenlemeden ile de bu husus teyit edilmektedir. Bkz. MEMİŞ / YILMAZ, s. 353-354.

<sup>90</sup> KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 19, s. 282; BÜTÜN YILMAZ, s. 102.

<sup>91</sup> HURNİ, *BK-ZPO*, N. 4, s. 534-535; ANSAY, s. 149; İYLİKLİ, Ahmet Cahit: "Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 106 (Dava Sebebi), s. 181; ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 248. Yargıtay, HGK, T. 11.04.1990, E. 1990/1-152, K. 1990/236: "... HUYU'nun 33, 26, 25, 31 (74-75-76). Maddelerinden çıkan anlam ve sonuca göre yargıç, davacının bildiği maddi olay ve netice-i taleple bağlı ise de, cereyan eden maddi olayda hangi hukuki sebebe göre karar verileceği veya hangi hukuki sebebin nazara alınacağını tayin ve takdir etmek durumundadır. O kadar ki, hukuki sebep yanlış gösterilmiş veya hiç gösterilmemiş olsa bile mahkemece, uygun hukuki sebep bulunarak, ona göre bir karar verilecektir. Bu nedenle, davacıların, davada dayandıkları maddi olaylar için birkaç hukuki sebebi bir arada göstermelerinde, ilke olarak yasaya aykırı bir yön yoktur..." Bkz. İNAL, s. 296.

<sup>92</sup> Yargıtay, 3. HD, T. 21.11.2005, E. 2005/10168, K. 2005/12132: "... Anılan ilke gereğince davanın (iddianın) ve savunmanın dayanağı olan vakıaların ve bunun delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir. Buna göre hâkim, incelemesinin taraflarca kendisine bildirilmiş olan dava malzemesi (vakıalara) üzerinde yapar. Hakim, tarafların kendisine sundukları maddi vakıaların hukuki niteliğini (hukuki sebeplerini) HUMK 76. maddesi hükmüne değerlendirerek hukuki esası bulup, hükmünü dayandırdığı hukuk kurallarını ve bunun nedenlerini gerekçede açıklar. Ancak bu şekilde yazılmış bir hükmün hukuka uygun olup olmadığı denetlenemez..." Bkz. YILMAZ, *Şerh C. 1*, s. 1365.

<sup>93</sup> Yargıtay, HGK, T. 29.04.2015, E. 2015/22-772, K. 2015/1280 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): "... İç hukuk düzenlemesi haline gelen bu sözleşmenin HMK m. 33. maddesi uyarınca uygulanması gerekir. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararında açıkça belirtildiği gibi maddi olayları açıklamak taraflara, ileri sürülen olayları hukukten nitelenmek ve uygulanacak yasa hükümlerini tespit etmek ve uygulamak hâkime ait bir görevdir. Bir uyuşmazlıkta hakların yarışması kapsamında birden fazla hukuk kuralının uygulanması gerekir. Davacı davalı asıl işverenin taraf olduğu sendikaya üye işçileri ile birlikte çalışmaktadır. Muvazaa iddia etmesi, bu hükümden yararlandırılmayacağı anlamına gelmez. Hukuki nitelendirme hâkime aittir. Davacı toplu iş sözleşmesinden yararlandırılmadığı..." Yargıtay, HGK, T. 23.02.2000, E. 2000/4-103, K. 2000/124: "... Bir davada öne sürülen maddi olguları hukuksal açıdan nitelenmek ve de uygulanacak yasa maddesini arayıp bulmak, uygulamak doğrudan hâkimin görevidir..." Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, 2000, Cilt 26, Sayı 8, s. 1173.

*Iura novit curia* ilkesi sadece pozitif hukuk kurallarını değil, aynı zamanda öğretiyi ile örf ve âdet hukukunu da kapsamaktadır<sup>94</sup>. Yine hâkimin hukuku resen uygulaması ilkesi bakımından kanun koyucu, usûl hukuku hükümleri ile maddi hukuk hükümleri arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır<sup>95</sup>. Bu sebeple hâkim gerek maddi hukuk gerekse de usûl hukuku hükümlerini kendiliğinden uygulamakla yükümlüdür<sup>96</sup>.

Ayrıca kimi durumda hâkim önüne gelen uyuşmazlığı çözümlerken tarafların milli hukuklarından başka yabancı bir hukukun da uygulanmasını göz önünde bulundurabilir<sup>97</sup>. Böyle bir durumda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un<sup>98</sup> (MÖHUK) 2'nci maddesinde öngörülen düzenlemeye riayet edilecektir<sup>99</sup>. Buna göre hâkim, Türk kanunlar ihtilafı kurallarını ve bu kurallar uyarınca yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden uygulayacaktır (MÖHUK m. 2/f. 1, c. 1). Hâkim, yetkili yabancı hukukun içeriğinin tespitinde uyuşmazlığın taraflarının yardımına müracaat edebilecektir<sup>100</sup>. Ancak tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun somut olaya uygulanacak olan hükümleri tespit edilemezse uyuşmazlığın çözümü için Türk hukuku uygulanacaktır<sup>101</sup>.

Tarafların davada dayandıkları vakialara uygun olan hukuki sebeplerin hâkim tarafından kendiliğinden bulunarak uygulanmasının sonucu olarak davacının dava dilekçesinde herhangi bir hukuki sebep göstermemesi durumunda, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarında bir eksiklik meydana gelmez<sup>102</sup>. Bu sebeple hâkim tarafından hukuki sebebe dava dilekçesinde yer verilmediği ileri sürülerek eksikliğin tamamlanması için kesin bir süre verilmez<sup>103</sup>. Yargıtayın da bu yönde kararlar verdiği görülmektedir<sup>104</sup>.

<sup>94</sup> THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen*, 18. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1993, § 293, N. 1, s. 548; SPICKHOFF, Andreas: "Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1999, Cilt 112, Sayı 3, s. 266; SAENGER, *HK-ZPO*, § 293, Rn. 2. Bkz. BGH DB 77, 863. Ancak ticari örf ve adetin bu kapsamda olmadığı hakkında bkz. SAENGER, *HK-ZPO*, § 293, Rn. 4.

<sup>95</sup> SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik (Hrsg.): *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung: ZPO*, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017 (Yazar, BSK-ZPO), N. 1, s. 359; GEHRI, Myriam A. / JENT-SØRENSEN, Ingrid / SARBACH, Martin (Hrsg.): *Kommentar ZPO - Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2015 (Yazar, OFK-ZPO), N. 1, s. 158; STAEHELIN, Adrian / STAEHELIN, Daniel / GROLIMUND, Pascal: *Zivilprozessrecht*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2013, § 10, Rz. 8; GULDENER, Max: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1979, s. 155.

<sup>96</sup> SARBACH, *OFK-ZPO*, N. 1, s. 158; GEHRI, *BSK-ZPO*, Art. 57, N. 1, s. 359; STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, § 10, Rz. 8; GULDENER, s. 155; SAENGER, *HK-ZPO*, § 293, Rn. 2.

<sup>97</sup> VORWERK, Volkert / WOLF Christian (Hrsg.): *BeckOK ZPO*, 45. Edition, Stand: 01.07.2022, Verlag C.H. BECK, München, 2022 (Yazar, BeckOK ZPO), § 293, N. 2; HABSCHEID, N. 730, s. 265; SAENGER, *HK-ZPO*, § 293, Rn. 2. Alman milletlerarası özel hukuku, karar bağlanacak olaylara yabancı hukukun uygulanmasını emrederse mahkemeler kendilerini çoğu zaman üstesinden gelmeyecek zorluklarla karşı karşıya bulur. Bkz. KINDL, s. 177. Alman hukuku bakımından da yabancı hukuku belirleme usûlü ile ilgili olan § 293 ZPO özellikle önemlidir. Bkz. FASTERICH, Lorenz: "Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1984, Cilt 97, Sayı 4, s. 423. § 293 ZPO, Alman uluslararası özel hukukunun uygun bir şekilde uygulanmasına yardımcı olma amacını kesinlikle göstermektedir. Bkz. SCHALL, Alexander, "Deutsches Case Law? - Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 2009, Cilt 122, Sayı 3, s. 320-321. Bu tür davalara ilgili olan § 293 ZPO'nun ilgili usûl düzenlemesi, başka bir eyalette geçerli olan kanunun yalnızca mahkeme tarafından bilinmediği sürece uygulanmasını emreder. Bkz. KINDL, s. 177. Bu kapsamda, yabancı hukukun uygulanması için *iura novit curia* ilkesi hakkında bkz. PACZOSKA KOTTMANN, Dorota: "Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts", *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 271 vd. İç hukukta geçerli olan ve bu madde kapsamında değerlendirilebilecek hukuk normları arasında usûlüne göre onaylanmış uluslararası anlaşmalar da dâhildir. Bkz. BACHER, *BeckOK ZPO*, § 293, N. 10.

<sup>98</sup> 12.12.2007 tarihli ve 26728 sayılı Resmî Gazete.

<sup>99</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 166.

<sup>100</sup> Alman hukukunda da aynı yönde bkz. ZÖLLER, Richard: *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen; Kommentar*, 22. Baskı, Otto Schmidt, Köln, 2001, § 293, N. 16, s. 761.

<sup>101</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 166.

<sup>102</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 10, s. 239; PEKCANITEZ, *Pekcantez Usul*, § 10, s. 1146. Karş. ÖZEKES, Muhammet: "Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur", *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 748.

<sup>103</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 10, s. 239; PEKCANITEZ, *Pekcantez Usul*, § 10, s. 1146.

<sup>104</sup> Yargıtay, 8. HD, T. 25.03.2014, E. 2013/17040, K. 2014/5222 (www.lexpera.com.tr, ET: 29.06.2023): "... Kaldı ki, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun 119/1 maddesinde dava dilekçesinde bulunması gereken hususlar sayılmış, 119/2 maddesinde ise; 119/1'de sayılan bentlerden (a), (d), (e), (f), (g) bentleri dışına kalan hususlarda eksiklik bulunması halinde hakimin eksikliği tamamlanması için davacı tarafa bir haftalık kesin süre vereceği, bu süre içinde eksiklik tamamlanmadığı takdirde davanın açılmamış sayılacağına karar verileceği belirtilmiştir. HMK'nun 119/g bendindeki "dayanılan hukuki sebep" eksikliği, HMK'nun 119/2 maddesi kapsamındaki bentlerden olmadığı ve HMK'nun 33. maddesi gereğince Hâkim, Türk hukukunu resen uygulamayacağından davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi bu nedenlerle de doğru değildir...".

Tarafların belirledikleri hukuki sebeplerle bağlı olmayan hâkim, yargılamada sadece taraflarca ileri sürülen “maddi vakıalar” ve “talep sonucu” ile bağlı olacaktır<sup>105</sup>. Netice olarak taraflar, somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu hiç göstermeseler, yanlış gösterebilirler veya birden fazla hukuki sebep göstermiş olsalar dahi bu durum yargılamayı yürüten hâkim bakımından bağlayıcı olmayacaktır<sup>106</sup>.

TBK m. 60 uyarınca birden fazla sorumluluk sebebinin yarışması durumunda, hâkimin en iyi tazmin imkânını sağlayan sebebe göre hüküm verebilmesi için zarar görenin bunun aksini istememesi gerekmektedir<sup>107</sup>. Dikkat edilirse birden çok sebep sorumluluk alanında yarışıyorlarsa TBK m. 60 uyarınca “zarar görenin aksini istememiş olması” üzerine zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vereceğini öngören TBK m. 60 hükmü, medenî usûl hukukunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesinde kabul edilen hâkimin hukuku resen uygulaması (*iura novit curia*) ilkesi ile bağdaşmamaktadır<sup>108</sup>. Diğer bir ifadeyle TBK m. 60 hükmüyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesi arasında ciddi bir uyumsuzluk söz konusudur<sup>109</sup>. TBK m. 60 hükmüne uygun davranan bir hâkim, diğer bir açıdan usûl hukuku ilkelerinden *iura novit curia* ilkesine aykırı hareket etmiş olacaktır<sup>110</sup>.

### 3. Taleple Bağlılık İlkesi Çerçevesinde TBK m. 60 Hükümünün Eleştirisi

TBK m. 60 hükmü gerek Yargıtay kararlarında<sup>111</sup> gerekse de doktrinde<sup>112</sup> hâkimin taleple bağlı olduğu ve talepten fazlasına hükmedemeyeceğini ifade eden taleple bağlılık ilkesi (HMK m. 26) açısından da değerlendirilerek tartışılmaktadır<sup>113</sup>.

Sebeplerin yarışması kenar başlıklı TBK m. 60 hükmünde, bir kişinin sorumluluğunun birden fazla sebebe dayandırılabilirdiği hâller, zarar görenin aksine bir talebi olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe hâkime, zarar görene zararını en iyi giderme imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verme ödevi yüklemiştir<sup>114</sup>. Diğer bir ifadeyle somut olay bakımından birden fazla sorumluluk sebebinden hangisi zarar görenin lehine ise hâkim ona göre karar vermekle yükümlüdür<sup>115</sup>.

O hâlde TBK m. 60 hükmünün varlığı sebebiyledir ki zarar görenin istediği sorumluluk sebebine dayanma imkânının bulunduğu durumlarda, davacı davasını dayandırdığı sorumluluk sebebinin belirlemişse hâkimin bunun yerine TBK m. 60 hükmüne göre zarar görenin daha lehine olacağını düşündüğü diğer bir kanun hükmüne göre karar vermesi mümkün olmaz. Birden fazla sorumluluk sebebinin

<sup>105</sup> Yargıtay, 13. HD, T. 20.3.1980, E. 1980/12889, K. 1980/3654: “... Yargıç her davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi olgular ve netice-i taleplerle bağlı olup, tarafların dayandığı yasa kuralları ile ve tarafların hukuki nitelendirmeleriyle bağlı değildir. (4.6.1958 15-6 sayılı Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararı) ...”. Bkz. İNAL, s. 295.

<sup>106</sup> HURNİ, BK-ZPO, N. 4, s. 534-535; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 227; KARSLI, s. 269.

<sup>107</sup> BAYSAL, s. 597.

<sup>108</sup> BUZ, s. 51; BAYSAL, s. 598; MEMİŞ / YILMAZ, s. 350-351; KOÇ, s. 1688.

<sup>109</sup> BAYSAL, s. 598; BUZ, s. 51.

<sup>110</sup> BUZ, s. 51 vd.

<sup>111</sup> Yargıtay, İBK, T. 04.06.1958, E. 1958/15, K. 1958/6: “... Bir hadisede yasanın iki kuralının dahi tatbiki mümkün bulunan hâllere” hukuk dilinde “hakların telahuku” denilmektedir. (...) Hak sahibinin, malî elinde bulundurandan kiralari istediği zaman, MY'nin 995. maddesinde ve BY'nin 414. maddesine dayanmış olması mümkün olduğu gibi herhangi bir yasal sebep göstermemiş olması da mümkün. HYUY'nin 33, 26, 25, 31 (74-75-76) madde hükümleri karşılaştırılınca yargıç bir davada sadece tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve netice-i taleplerle bağlı olup, dayandıkları yasa kurallarıyla ve onların hukuki tavsiyeleriyle bağlı olmadığı ve yasaları resen tatbik ederek iddia ve müdafadaki netice-i talepleri karara bağlamakla mükellef bulunduğu neticesine varılır. Bir davada, hangi kurala dayandığını kesin olarak ve açıkça göstermemiş olduğu hâllerde davacının zamanaşımı bakımından kendi aleyhine netice verecek olan yasa dayanamak isteyeceğini haklı olarak farz edebileceğinden, davanın BY'nin 414. maddesine dayanan bir dava olarak kabulü yerinde olacaktır...”. Bkz. İNAL, s. 294.

<sup>112</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 354 vd. Doktrinde Türk / Yılmaz ise TBK m. 60 hükmü bakımından taleple bağlılık konusunda pek şüphe bulunmadığı ileri sürülmektedir. Bkz. TÜRK / YILMAZ, s. 400.

<sup>113</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 354 vd.

<sup>114</sup> YILMAZ, *Şerh C. 1*, s. 1363; HATEMİ / GÖKYAYLA, N. 34, s. s. 305; KILIÇOĞLU, s. 570; YAVUZ, *Şerh*, s. 499; ANTALYA, § 46, s. 533; KARAN, s. 727.

<sup>115</sup> KILIÇOĞLU, § 43, s. 567.

var olması durumunda, birbirleriyle yarışan bu sebepler üzerindeki seçme hakkının zarar görene ait olduğu kabul edilirse hâkimin taraflarca seçilen bu sebep uyarınca karar vermesi mecbur kılınmıştır<sup>116</sup>.

Görüldüğü üzere hâkim sadece tarafların dilekçelerinde gösterdikleri talep sonuçlarıyla bağlı olmaktan öte TBK m. 60 hükmünün varlığı nedeniyle onların aynı zamanda da talep etmiş olmaları hâlinde davanın dayandırılmasını istedikleri hukuki sebeple de bağlı kılınmaktadır. Ancak bu noktada ileri sürülebilecek olan esas soru, mahkemeye iletilen vakıalar ile talep sonucundan başka, hâkimin aynı zamanda taraflarca ileri sürülen hukuki sebeplerle de bağlı kılınmasının mümkün olup olmayacağına ilişkindir. Bu noktada hâkimin tarafların gösterdikleri sorumluluk sebepleriyle bağlı olacağını ifade eden TBK m. 60 hükmünün Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'da düzenlenen taleple bağlılık ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığı hususu doktrinde tartışma konusu yapılabilir. Bu kapsamda HMK m. 26'da öngörülen taleple bağlılık ilkesinde geçen talep kavramının ne olduğu ile talep kavramının kapsamına hangi hususların dâhil olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir<sup>117</sup>.

Talep ile kastedilen husus talep sonucu olarak anlaşılacaktır<sup>118</sup>. Zira medenî usûl hukukunda talep sonucu, mahkemeden istenilen şey olup bir hakkın tanınması, tespiti veya edada bulunulması gibi davanın konusunu teşkil eden hususlardır<sup>119</sup>. Sübjektif hakkının ihlal edildiği iddiasında bulunan bir kimse, bu hususu dava dilekçesinde talep sonucu kısmında belirterek mahkemeye iletacaktır<sup>120</sup>. Böylelikle hukuki menfaatinin sağlanması veya hakkının korunması amacıyla mahkemeye talebini yöneltecektir<sup>121</sup>. Bu sayede talep sonucuyla dava konusu kesin olarak belirlenmektedir<sup>122</sup>. Dolayısıyla kişi dava dilekçesinde talep sonucunu açık bir şekilde belirtmek durumundadır<sup>123</sup>. Görüldüğü üzere bu anlamı ile medenî usûl hukukundaki talep (netice-i talep/talep sonucu) (*Rechtsbegehren, Antrag*) madde hukuktaki talep (*Anspruch*) kavramından farklılık arz etmektedir<sup>124</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 26'ncı maddesinde düzenlenen taleple bağlılık ilkesi, taraflarca getirilme ilkesi (HMK m. 25) ile tasarruf ilkelerinin (HMK m. 24) doğal bir sonucudur<sup>125</sup>. Taleple bağlılık ilkesi (HMK m. 26) gereğince hâkim, yargılamada tarafların dava dilekçelerinde ileri sürdükleri taleplerle bağlıdır<sup>126</sup>.

<sup>116</sup> TUNCER KAZANCI, s. 139; MEMİŞ / YILMAZ, s. 354. TBK m. 60'ın öngördüğü düzenleme uyarınca zarar görene talep sonucu bakımından mı yoksa hukuki sebep konusunda mı bir tercih hakkı tanındığı yönünde bir soru gündeme gelebilir. Bu noktada, *kanaatimizce*, TBK m. 60'ın hukuki sebebin seçilmesi ve buna bağlı olarak da talep edilen hukuki korumanın belirlenmesi yoluyla talep sonucuna dolaylı bir etkisinin olduğu ileri sürülebilecektir.

<sup>117</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 354-355.

<sup>118</sup> ERCAN ÖZLER, Meltem: *Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 157.

<sup>119</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E.: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1711 Sayılı Kanun'a Göre Yazılmış 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975 (Medeni Usul Hukuku), s. 232.

<sup>120</sup> POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, § 7, N. 329, s. 163; TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Medeni Usul), s. 686; ÖZEKES, s. 762.

<sup>121</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967 (İddia ve Müdafaa), s. 110; TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku'nda Derdestlik İtirazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 (Derdestlik İtirazı), s. 77. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.04.2013 tarihli ve E. 2013/3189, K. 2013/7632 sayılı kararında ifade edildiği üzere, talep ile kastedilen husus tek bir şeydir, o da "zararın giderilmesi"dir. Karar için bkz. Yargıtay Kararları Dergisi, 2018, Cilt 44, Sayı 5, s. 1067. Bu konudaki açıklamalar için ayrıca bkz. NOMER, § 5, N. 202.1, s. 457.

<sup>122</sup> PRUTTING, Hanns: "Neues zum Streitgegenstand", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 303.

<sup>123</sup> MERİÇ, Nedim: "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 37-39; MERİÇ, Nedim: "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, s. 391; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usul*, § 8, s. 788; AKİL, s. 10.

<sup>124</sup> TANRIVER, *Derdestlik İtirazı*, s. 77; ÜSTÜNDAĞ, *İddia ve Müdafaa*, s. 104-105.

<sup>125</sup> YILMAZ, *Şerh C. 1*, s. 945; ERCAN ÖZLER, s. 157; YILDIRIM, M. Kâmil: "Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, Cilt III, s. 3031.

<sup>126</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, § 17, s. 339; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 186; MUŞUL, Timuçin: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, § 22, s. 277; ERCAN ÖZLER, s. 157; KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / PARLAR, Aynur: *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 153; KARSLI, § 7, s. 277 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 103; MUŞUL, § 22, s. 277; İNAL, s. 264. Yargılamayı yürüten hâkim de tarafların dilekçelerinde ile-

Dava açmaya karar veren herkes sürecin konusunu da belirlemektedir<sup>127</sup>. Taleple bağıllık ilkesinin bir gereği olarak davacı, davanın zamanını ve başlangıcını tayin etmektedir<sup>128</sup>. Yargılamayı yürüten mahkeme, dava dilekçesinde ileri sürülen talepten fazlasına veya başka bir şeye hükmedemez<sup>129</sup>. Ancak duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebilir<sup>130</sup> (HMK m. 26/f. 1, c. 2). Hâkimin tarafların talebiyle bağılı olmadığına dair kanun hükümleri ise saklıdır<sup>131</sup> (HMK m. 26/f. 2).

Dava dilekçesinde talep edilmeyen bir husus hakkında karar verilmesini Yargıtay<sup>132</sup> yok hükmünde kabul etmiştir<sup>133</sup>. Bilindiği üzere talep sonucu, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarındandır<sup>134</sup> (HMK m. 119/f. 1 (ğ)) ve talep sonucunun dava dilekçesinde açıkça yazılması önem arz etmektedir<sup>135</sup>.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'da öngörülen hükmün lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere hâkim, tarafların dava dilekçelerinde ileri sürdükleri talep sonuçlarıyla bağılı olacaktır<sup>136</sup>. Talep sonucu

ri sürdükleri taleplerle bağılı olduğundan, her bir talep hakkında ayrı ayrı karar verecektir. Bkz. ERCAN ÖZLER, s. 157. Bununla birlikte taleple bağıllık ilkesi kimi zaman uygulanmaz. Bkz. KRUGER, Wolfgang / RAUSCHER, Thomas (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 1: §§ 1-354*, 6. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2020, ZPO § 308, N. 2. Örneğin yargılama giderleri davada talep edilmemiş olsa bile hâkim, resen yargılama giderlerine hükmedebilir. Bkz. BRUNS, Rudolf: *Zivilprozessrecht, Eine systematische Darstellung*, Verlag Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt am Main, 1968, § 15, N. IV, s. 106; SAENGER, HK-ZPO, § 308 Rn. 10).

<sup>127</sup> JAUERNIG, Othmar: *Zivilprozessrecht: ein Studienbuch, Juristische Kurz-Lehrbücher*, 24. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1993, N. 3, s. 73.

<sup>128</sup> ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, 17. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2010, § 41, Rdn. 34, s. 202.

<sup>129</sup> ZIMMERMANN, Walter: *Zivilprozessordnung und GVG, EGZPO, EGGVG, EuGVÜ: Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, 2. Baskı, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991, N. 2, s. 411; SAENGER, HK-ZPO, § 308 Rn. 2; BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, § 4, N. 36, s. 86 vd.; ERCAN ÖZLER, s. 157; YILMAZ, Şerh C. 1, s. 945; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153; KARSLI, § 7, s. 277; MUŞUL, § 22, s. 277. Yargıtay, 7. HD, T. 15.09.2014, E. 2014/9146, K. 2014/13940 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): "... Dava, temizlik işçisi olarak çalışırken iş akdinin işveren tarafından haksız feshi sebebiyle kıdem ve ihbar tazminatı ile bazı işçilik alacakları talebine ilişkindir. Hâkim, tarafların talep sonuçlarıyla bağılıdır; ondan fazlasına veya başka bir şeye karar veremez. Duruma göre talep sonucundan daha azına karar verebilir. Davacı DHMİ aleyhine açtığı davanın dava dilekçesinde, belirttiği tarihler arasında çalıştığından bahisle alacak talebinde bulunmuştur. ... Davacının talebini aşar biçimde yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir..."

<sup>130</sup> ZIMMERMANN, § 308, N. 2, s. 411; POSTACIOĞLU / ALTAY, § 7, N. 329, s. 164; BUDAK / KARAASLAN, § 4, s. N. 36, s. 87; ERCAN ÖZLER, s. 157; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153; KARSLI, § 7, s. 277 vd.; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 186; SİMLİ, Cemil: "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 1355-1356.

<sup>131</sup> Maddî hukuka ilişkin düzenlemelerde, istisnaen yargılamayı yürüten hâkime taraflarca talep edilenden başka bir şeye hükmetme yetkisi tanınmıştır. Bkz. BUDAK / KARAASLAN, § 4, N. 36, s. 87. Misal boşanma davalarında talep olmadığı hâlde hâkim, ayrılığa hükmedebilecektir (TMK m. 170/f. 3). Zira TMK m. 170/f. 3 hükmü uyarınca, boşanma davası söz konusu olduğunda, belirtilen şartlarının oluşması hâlinde, ayrılık kararı verilebilmesi bakımından hâkime takdir hakkı tanınmıştır. Bkz. AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 122; MERİÇ, Nedim: *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 122; ERCAN ÖZLER, s. 158; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153; UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılacak Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 122. Yargıtay, HGK, T. 24.10.1996, E. 1996/2-337, K. 1996/524 "... Talep dışında karar verilmesi mümkün olmayan hallerle ilgili kararlar, maddî ve manevî tazminat istekleriyle yoksulluk nafakasının boşanma davasının eki nütelinde olduğu, dava dilekçesinde yer almasının zorunlu bulunmadığı ya boşanma davası içerisinde her zaman ya da boşanma davası henüz karara bağlanmadan ayrı bir bağımsız bir dava ile istenebileceği hususunda herhangi bir kuşku ve uyumsuzluk söz konusu değildir. Ancak hangi zamanda ve koşulda istenmiş olursa olsun boşanmanın ekini oluşturan maddî ve manevî tazminat ile yoksulluk nafakasına ancak istek halinde karar verilebileceğinden isteğin dikkate alınabilmesi; harç ödenmesi eksik harç ödenmiş ise tamamlanması koşuluna bağılıdır. Çünkü yargıç böyle bir tazminatın gerekliliğini ve sorumluluğunu yargılama içerisinde belirlerse bile kendiliğinden manevî tazminata karar veremez. Yalnızca boşanma davasının devamı sırasında uygun görülen manevî tazminata karar veremez. Yalnızca boşanma davasının devamı sırasında uygun görülen tedbir nafakası (MY m. 182), istek olmasa dahi yargıç kendiliğinden karar verme zorunda bulunduğundan yalnızca bu iki nafaka türünde harç ödenmesi sınırlı olarak söz konusu değildir...". Karar için bkz. İNAL, s. 272-273. Ancak bu durumda, ayrılık kararı verilebilmesi için kanunun öngördüğü şartların somut olayda var olması gereği dikkatlerden kaçmamalıdır. Bkz. Yargıtay, 2. HD, T. 25.09.2007, E. 2006/18654, K. 2007/12602: "... Ayrılığa karar verilebilmesi için boşanma sebebinin gerçekleşmesi ve fakat ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması (TMK md. 170/3) gerekir ..." (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023).

<sup>132</sup> Yargıtay, 1. HD, T. 10.10.2005, E. 2005/9490, K. 2005/10748 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): "... Bir davada dava olunan şey bakımından (dava konusu) hüküm kurulur. Dava konusu olmayan hak yönünden kurulan hükme değer verilemez. Bu surette kurulan karar yok hükmündedir. Değinen hüküm, kesin hüküm olarak nitelendirilemez..."

<sup>133</sup> UMAR, s. 124.

<sup>134</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 186.

<sup>135</sup> ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 22, s. 229; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 8, s. 186; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153.

<sup>136</sup> POSTACIOĞLU / ALTAY, § 7, N. 329, s. 164; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, § 17, s. 339; MUŞUL, § 22, s. 277; ERCAN ÖZLER, s. 157; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153; KARSLI, § 7, s. 277 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 103; MUŞUL, § 22, s. 277.

ne olursa olsun öncelikle somut olayın konusunu teşkil eden hakkın tespiti gerekir<sup>137</sup>. Bunun için ise hakkı doğuran maddi vakıaların gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>138</sup>.

Görüldüğü üzere medenî usûl hukukunda davacının talep sonucunun dayanağını uyuşmazlık konusu olan maddi vakıalar teşkil eder<sup>139</sup>. Bu kapsamda hâkim, talep sonucu gibi, dava dilekçesinde ileri sürülen maddi vakıalarla da bağlıdır<sup>140</sup>. Bu doğrultuda maddi vakıalarla bağlı olan hâkimin aynı zamanda dava dilekçesinde tarafların ileri sürdükleri hukuki sebeplerle bağlı olması gibi bir zorunluluk *iura novit curia* ilkesinin (HMK m. 33) varlığında söz konusu olamaz<sup>141</sup>. Dolayısıyla davacı, mahkemeye sunduğu dava dilekçesinde hukuki sebebi gösterecektir ancak hâkim, ispat edilen vakıalara uyan kanun hükmünü resen tatbik edeceğinden, dilekçede gösterilen hukuki sebeplerle bağlı olmayacaktır<sup>142</sup>.

Bu anlamda tarafların davalarını dayandırdıkları sorumluluk sebebinin birden fazla olması hâlinde, talep ettikleri sebebe göre karar verilmesini hâkimden istemeleri durumunda, hâkimin başka bir hukuki sebebe göre karar veremeyeceğini taleple bağlılık ilkesinin bir gereği olarak kabul etmek kanaatimizce isabetli değildir<sup>143</sup>. HMK m. 26'da ifade edilen taleple bağlılık ilkesi "*hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına ya da başka bir şeye karar veremez*<sup>144</sup>" şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte tarafların dava dilekçelerinde davanın dayandırılmasını istedikleri hukuki sebeplerle hâkimi bağlı kılmayı arzu ettikleri şeklinde düşünülemez<sup>145</sup>. Zira hâkim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve talep sonucuyla bağlı olup dava dilekçelerinde dayandırdıkları hukuki sebeplerle bağlı değildir<sup>146</sup>.

Bir diğer açıdan TBK m. 60 hükmünde öngörülen en iyi giderim imkânının sağlanması düşüncesinden hareket ederek haksız fiil ile sözleşmeden doğan hükümlerin yarıştığı bir ihtimalde, dava dilekçesinde yalnızca maddi zararın dava dilekçesinin talep sonucu kısmında belirtildiği bir durumda,

<sup>137</sup> BERKİN, Necmettin M.: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, s. 95.

<sup>138</sup> BERKİN, s. 95.

<sup>139</sup> POSTACIOĞLU / ALTAY, § 7, N. 329, s. 164; MEMİŞ / YILMAZ, s. 357.

<sup>140</sup> Yargıtay, 13. HD, T. 20.12.1979, E. 1979/6427, K. 1979/6771: "... Her ne kadar dava dilekçesinin dava ve sonuç bölümünde senet iptali denilmiş ise de, dilekçedeki açıklamalara göre bu isteği görüp gözetme koşulu ile düzenlenen noter senedindeki koşullara davalının aykırı davranışından doğan sözleşmenin iptali isteği olduğu anlaşılmaktadır. Yargıç tarafından ileri sürülen maddi olaylara ve netice-i talepleri ile bağlı olup onların hukuki nitelendirmesiyle bağlı değildir..." Karar için bkz. İNAL, s. 295. Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: "... HUMK'nun 74 nci, 75 nci ve 76 ncı madde hükümleri ile 04.06.1958 tarih ve 15/6 sayılı İBK'ndan, hakim, tarafların ileri sürdükleri maddi vakıalar ve bunlara bağlı netice-i talep ile bağlı ise de, tarafların hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp, kanunları re'sen uygulamakla ve sonuca vardırarak yükümlü olduğu öngörülmüştür. Bu itibarla, mahkemece, asil davacı vekilinin, 15.04.2002 havale tarihli dilekçesinde yer alan açıklama ve istemlerinin değerlendirilmesi gerekirken bu dilekçeye ilişkin olumlu ya da olumsuz bir hüküm tesis edilmesi uygun olmamıştır..." Bkz. Yargıtay, 11. HD, T. 14.12.2005, E. 2004/14760, K. 2005/12302. Karar için bkz. YILMAZ, *Şerh C. I*, s. 1365. Ayrıca bkz. www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023).

<sup>141</sup> BERKİN, s. 95. Zira doktrinde çoğunluğun görüşüne göre, *iura novit curia* ilkesi, medeni usûl hukukunda dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi ile sınırlanmamıştır. Bkz. SCHILKEN, Eberhard: "Medeni Yargılamada Hakim Rölü", (Çev.) DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İlkeler İşığı Altında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 49.

<sup>142</sup> BERKİN, s. 95; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 227; KARSLI, s. 269.

<sup>143</sup> Karş. BAYSAL, s. 598; TÜRK / YILMAZ, s. 400.

<sup>144</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, § 177, s. 339; BUDAK / KARAASLAN, § 4, N. 36; s. 86; MUŞUL, § 22, s. 277; ERCAN ÖZLER, s. 157; YILMAZ, *Şerh C. I*, s. 945; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 153; KARSLI, § 7, s. 277. Yargıtay, 18. HD, T. 16.01.2012, E. 2011/12208, K. 2012/138: "... Davacı dava dilekçesinde, sadece bağımsız bölümünde oluşan zarar ile uğradığı manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemiş olup, ortak su tesisatındaki arızanın giderilmesi yönünde herhangi bir istemi bulunmamaktadır. HMK'nun 26. maddesi (HUMK'nun 74. md.) gereğince hâkim, tarafların talepleri ile bağlı olup talepten fazlasına hükmedemez. Buna göre talep aşılacak suretiyle, ortak tesisatın onarımına ve bunun için yapılacak onarım giderlerine de hükmedilmiş olması doğru görülmemiştir..." Karar için bkz. KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 164. Yargıtay, 1. HD, T. 20.01.2014, E. 2013/16082, K. 2014/7667: "... Somut olayda, istek olmadığı ve kısa kararda hükmedilmediği halde gerekçeli kararda elatmanın önlenmesine de karar verilmiştir. Hal böyle olunca, davadaki istekler bakımından bir karar verilmesi gerekirken istek aşılacak suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir ..." Karar için bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 102. Yargıtay, HGK, T. 12.03.1986, E. 1984/14-53 K. 1986/233 "... Davacı dava dilekçesinde 1371 parsel sayılı taşınmazın 5875 m2 miktarındaki kesimin orman tahdit haritası içinde kaldığından söz ederek bu kısma ait tapunun iptalini istediği ve bu konuda başkaca bir isteğinin olduğunu açıklamadığı halde talep aşılarak taşınmazın tamamına ait tapu kaydının iptaline karar verilmesi doğru görülmemiştir gerekçesiyle bozulmuş, yeniden yapılan yargılama sonunda mahkemece önceki kararda direnmiştir. Davacı vekili hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde tapu kaydında iptaline karar verilmesini istediği yeri 5875 m2 olarak belirtmiştir. HYUY'nun 26 (74). Maddesi hükmünce yargıç tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı olup istekten fazlaya karar veremez..." Karar için bkz. İNAL, s. 267.

<sup>145</sup> BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 295.

<sup>146</sup> BİLGE / ÖNEN, s. 295; TÜRK / YILMAZ, s. 400.



hâkim tarafından manevî zarara da hükmedilmesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 26'da öngörülen taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil etmektedir<sup>147</sup>. Görüldüğü üzere mahkemece davacının talep etmediği bir husus hakkında karar verilirse taleple bağıllık ilkesi ihlal edilmiş olur<sup>148</sup>. Somut bir örnek çerçevesinde, hâkim tarafından yapılan inceleme neticesinde TBK m. 60 hükmünde ifade edilen en iyi giderim imkânının sağlanması amacıyla davacı tarafından talep edilen tazminat miktarından daha fazlasına karar verilmesi veya talep edilmediği hâlde faize de hükmedilmesi durumunda, bu hâl taleple bağıllık ilkesine (HMK m. 26) aykırılık teşkil edecektir<sup>149</sup>. Zira taleple bağıllık ilkesi gereğince hâkimin TBK m. 60'ta ifade edilen şekilde en iyi giderim imkânının temin edilmesi amacıyla daha fazla tazminata veya talep edilenden başka bir şeye hükmetmesi mümkün değildir. Bütün bu açıklamalarımız doğrultusunda TBK m. 60 hükmü, kanaatimizce, bu hâliyle taleple bağıllık ilkesi (HMK m. 26) ile de çelişmektedir<sup>150</sup>.

## B. Dava Dilekçesinin Unsurları Kapsamında TBK m. 60 Hükümünün Değerlendirilmesi

Dava dilekçesinin unsurları kapsamında TBK m. 60 hükmünün değerlendirilebilmesi için madde de geçen "sorumluluk sebebi" ile kastedilen hususun ne olduğunun açıklanması gerekmektedir.

TBK m. 60 hükmünün lafzına bakıldığında sorumluluk sebebi ile kastedilen hususun ne olduğu açıkça anlaşılammaktadır<sup>151</sup>. Bununla birlikte madde gerekçesinde sorumluluk sebebini karşılamak üzere şu şekilde bir ifadeye yer verilmektedir:

*"Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin kanunda aksine bir hüküm yaksza zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir"*<sup>152</sup>.

Dikkat edilirse kanun koyucu, TBK m. 60 hükmünün lafzında açıkça ifade etmiş olmamakla birlikte madde gerekçesinde sorumluluk sebebi ile kastedilen hususun "hukuki sebep" olduğunu net bir şekilde ortaya koymaktadır<sup>153</sup>.

Medenî usûl hukuku bakımından hukuki sebep, davacıyı talep sonucunda haklı gösteren maddi vakıaların hukuki niteliği şeklinde ifade edilebilir<sup>154</sup>. Örneğin dava dilekçesinde belirtilen bir vakıanın sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ya da sözleşmeden doğan borç olarak ortaya koyulması iddianın hukuki sebebini teşkil eder<sup>155</sup>. Hukuki sebep, aynı zamanda dava dilekçesinin unsurlarından biridir<sup>156</sup> (HMK m. 119/f. 1 (g)). Bununla birlikte hukuki sebep, dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından biri

<sup>147</sup> TOSUN, s. 121.

<sup>148</sup> MUSIELAK, Hans-Joachim: *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 8. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2011, § 308, N. 2, s. 1040.

<sup>149</sup> TOSUN, s. 121.

<sup>150</sup> Aksi yönde bkz. BAYSAL, s. 598; TÜRK / YILMAZ, s. 400.

<sup>151</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 359.

<sup>152</sup> Yukarıda ilgili kısmı alıntılanan TBK m. 60 hükmünün madde gerekçesi tam olarak aynen şu şekildedir: "Madde 59 - 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyen, "V. Sorumluluk sebeplerinin çokluğu / 1. Sebeplerin yarışması" kenar başlıklı yeni bir maddedir. Tasarının tek fıkradan oluşan 53 uncu maddesinde, sorumluluk sebeplerinin yarışması düzenlenmektedir. Maddede, öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukuki sebebe dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin kanunda aksine bir hüküm yaksza zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir". Bkz. HELVACI, s. 162.

<sup>153</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 359.

<sup>154</sup> POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku*, s. 233; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 22, s. 227; KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, § 23, s. 161; KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995 (El Kitabı), s. 335; KURU, C. II, § 22, s. 1591; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 22, s. 282; BİLGE / ÖNEN, s. 438; KARSLI, § 7, s. 337; İYİLİKLİ, *Dava Sebebi*, s. 147.

<sup>155</sup> ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 22, s. 227; KURU, *İstinaf Sistemi*, § 23, s. 161-162; KURU, C. II, § 22, s. 1591; KURU, *El Kitabı*, s. 335; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 22, s. 282; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 299; BİLGE / ÖNEN, s. 438; KARSLI, § 7, s. 337.

<sup>156</sup> PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usul*, § 10, s. 1146; KURU, *İstinaf Sistemi*, § 23, s. 162; BERKİN, s. 147.

değildir<sup>157</sup>. Zira hukuki sebebin dava dilekçesinde gösterilmemiş olmasının herhangi bir müeyyidesi söz konusu değildir<sup>158</sup>. Dolayısıyla dava dilekçesinde vakıaların bildirilmemesine bağlanan sonuçlar, hukuki sebebe yer verilmemesi hâlinde meydana gelmez<sup>159</sup>. Bunun nedeni, hâkimin Türk kanunlarını resen uygulamakla yükümlü (HMK m. 33) olmasıdır<sup>160</sup>.

TBK m. 60 hükmünde öngörülen sorumluluk sebebinin hukuki sebep olduğu kabul edildiğinde, düzenlemede ifade edilen şekilde hâkimi taraflarca ileri sürülen hukuki sebeple bağlı tutmanın dava sebebini (*Klagegrund*) açıklamak bakımından kabul edilen “vakıalara dayandırma” (*Substantierungstheorie*) ve “ferdileştirme” (*Individualisierungstheorie*) teorilerinden doktrinde baskın olanı ile çelişip çelişmediği kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>161</sup>.

Vakıalara dayandırma teorisine göre dava sebebi, talep sonucunun mevcudiyetini haklı gösteren bütün vakılardır<sup>162</sup>. Bu kapsamda maddi hukuka göre ileri sürülen talebi, davacının şahsında meydana gelmiş ve davalı tarafından ihlal edilmiş gösteren vakıaların bütünü, yani olayın en ince ayrıntısına kadar tasvirini sağlayan vakıalar teşkil eder<sup>163</sup>. Görüldüğü üzere dava sebebi ile kastedilen husus, hukuki sebepler olmayıp davanın dayanağını teşkil eden vakılardır<sup>164</sup>.

Yargıtay tarafından da dava sebebinin vakıalar olduğu yönünde kararlar verilmektedir<sup>165</sup>. Şöyle ki Yargıtay’ın bir kararında bu husus, “*sebepe deyimini, maddi ve fiili sebepler, yani vakıalar olarak kabul edilmek lazım gelir. İlmi ve kazai içtihatlar bu konuda söz birliği içindedir*”<sup>166</sup> denilmek suretiyle ifade edilmektedir<sup>167</sup>. Bundan başka, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörüldüğü üzere, davacı, dava dilekçesinde iddiasının dayanağı olan tüm vakıaların sıra numarası altında açık özetlerini; davalı ise cevap dilekçesinde savunmasının dayanağını teşkil eden vakıaların açık özetlerini yazmalıdır<sup>168</sup> (HMK m. 119/f. 1 (e); HMK m. 129/f. 1 (d)). Kanun koyucunun getirdiği hükümler, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda da vakıalara dayandırma teorisinin kabul edildiğini dolaylı yoldan ortaya koymaktadır<sup>169</sup>.

<sup>157</sup> KURU, C. II, § 22, s. 1591; KURU, *El Kitabı*, s. 335; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 299; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 22, s. 282; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 10, s. 239; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 298; BUDAK / KARAASLAN, N. 23, s. 200; UMAR, s. 382; AKİL, s. 5.

<sup>158</sup> KURU, C. II, § 22, s. 1591; KARSLI, § 7, s. 337; KURU, *El Kitabı*, s. 335; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 22, s. 282; UMAR, s. 382; KURU, *İstinaf Sistemi*, § 23, s. 162.

<sup>159</sup> BUDAK / KARAASLAN, § 10, N. 23, s. 200.

<sup>160</sup> POSTACIOĞLU / ALTAY, § 25, s. 408; KURU, *İstinaf Sistemi*, § 23, s. 162; KURU, C. II, § 22, s. 1591; KURU, *El Kitabı*, s. 335; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 22, s. 282; KARSLI, § 7, s. 337; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 299; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 10, s. 239; BUDAK / KARAASLAN, § 10, N. 23, s. 200; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 299; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 561; İYİLİKLİ, *Dava Sebebi*, s. 148. Bilindiği üzere uyuşmazlığın çözümlü için açılan davada, maddi vakıaları bildirmek taraflara, somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu nitelendirmek ise hâkime aittir. Bkz. BUDAK / KARAASLAN, § 10, N. 23, s. 200; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 561; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 299; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 299; YAVUZ, *Şerh*, s. 500.

<sup>161</sup> ACAR, s. 50.

<sup>162</sup> ALANGOYA, s. 103; YILMAZ, Ejder: *Islah*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Islah), s. 150; ARISOY, *Vakıaların Tespiti*, s. 9.

<sup>163</sup> ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 95, Rdn. 17, s. 520.

<sup>164</sup> ALANGOYA, s. 103; KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV*, 6. Baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (C. IV), § 57, s. 4238; POSTACIOĞLU, İlhan E.: “Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, *Dr. A. Recat Seçkin’e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 351, Ankara, 1974 (Hukuki Sebep), s. 524; ULUKAPI, s. 248. Dava sebebinin dava malzemesinin tespiti ve hukuki normlar kapsamında belirlenmesi şeklinde iki unsuru mevcuttur. Bkz. YILDIRIM, M. Kâmil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990, s. 223.

<sup>165</sup> Yargıtay, 2. HD, T. 08.01.1990, E. 1989/9481, K. 1990/23 “... Sebep ten amacın hukuki sebep değil, dayanılan vakıalar olduğu tartışmasızdır...” Bkz. KURU, C. IV, s. 4242.

<sup>166</sup> Yargıtay, 2. HD, T. 21.03.1974, E. 1974/874, K. 1974/1666 (KURU, C. IV, § 57, s. 4239).

<sup>167</sup> KURU, C. IV, § 57, s. 4239.

<sup>168</sup> ÖZÇELİK, Volkan: *Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 92.

<sup>169</sup> TANRIVER, *Medeni Usul*, s. 534; KARSLI, s. 487; ÖZÇELİK, s. 92; BÖRÜ, Levent: *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 83. 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu zamanında da m. 179/b. 1 hükmünün ferdileştirme teorisini desteklemediği ifade edilmektedir. Yine HUMK m. 76 düzenlemesinin de ferdileştirme teorisinin kabulüne engel olduğu doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. ALANGOYA, § 5, s. 106.

Benzer şekilde dava dilekçesinin unsurlarını ifade eden HMK m. 119 hükmünde hukuki sebebi zorunlu bir unsur olarak ifade etmeyen kanun koyucu, aynı mantıkla doktrinde<sup>170</sup> ileri sürülen ve Yargıtay kararlarında kabul edilen vakıalara dayandırma teorisini kabul etmektedir<sup>171</sup>. Bu sebeple de vakıalarla talep sonucunu ileri sürecek olanı, taraflar; bu vakıalar ve talepler neticesinde olaya uygulanacak olan soyut hukuk normunu tespit ederek karar verecek olanı ise hâkim olarak tayin etmiştir<sup>172</sup>.

Görüldüğü üzere medenî usûl hukukunda vakıalara dayandırma teorisine göre dava sebebini vakıalar olarak ifade eden ve onu bulup tespit etmekle görevli olanın hâkim olduğunu ifade eden görüşün baskın olduğu dikkate alındığında, TBK m. 60 hükmünde ifade edilen hâkimi tarafların ileri sürdüğü sorumluluk sebepleriyle bağlı tutmak birbiriyle bağdaşmamaktadır<sup>173</sup>. Diğer bir deyişle TBK m. 60, ferdileştirme teorisine daha yakın olup bu yönüyle günümüzde benimsenen vakıalara dayandırma teorisinden uzaklaşan bir anlayışı doğurmuştur. Her ne kadar TBK m. 60 hükmünün vakıalara dayandırma teorisine doğrudan alakalı olduğu ifade edilemeyecekse de *kanaatimizce* dava dilekçesinde hukuki sebep bildirmenin zorunlu olup olmadığının tartışılabilmesi için konunun bu çerçevede de değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde *Özekes*, vakıaların dilekçede gösterilmesi mecburiyeti gibi hukuki sebeplerin de dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir<sup>174</sup>. *Özekes*'e göre dava dilekçesinde hukuki sebepleri gösterme zorunluluğunu kabul etmek için ferdileştirme teorisinin benimsenmesi gerekmektedir<sup>175</sup>. Zira yazara göre hukuki sebebin dilekçede gösterilmesi zorunluluğunun gerekçeleri, dava sebebi olmasından bağımsızdır<sup>176</sup>. Buna karşılık doktrinde bazı yazarlar, ferdileştirme teorisinde olduğu gibi, hukuki sebebin mutlaka belirtilmesi gereğinin *iura novit curia* ilkesine aykırı olacağını ileri sürmektedir<sup>177</sup>.

*Kanaatimizce*, istediği sorumluluk sebebine dayanma imkânı bulunan zarar görenin davasını dayandırdığı hukuki sebebi dava dilekçesinde belirtmesi hâlinde, yargılamanın hâkimini bunun yerine zarar görenin daha lehine olduğunu düşündüğü diğer bir hukuki sebebe dayanarak karar verebilme olanağından yoksun bırakan TBK m. 60, terkedilen ferdileştirme teorisine uygun olması nedeniyle eleştirilebilecektir. Zira, görüldüğü üzere, TBK m. 60 hükmünün düzenleniş hâli ferdileştirme teorisini bütünüyle dışlamış değildir<sup>178</sup>.

Bir diğer açıdan bakıldığında da yargılamada hâkim, taraflarca getirilen vakıalar neticesinde yargılamanın ilerleyen bir aşaması olan tahkikat aşamasında somut olaya uygulanması gereken hukuk normunun ne olduğuna karar verebilecektir<sup>179</sup>. Somut olaya uygulanacak olan hukuk normunu, yani davanın dayanılacağı hukuki sebebin ne olduğunu anlamak birçok durumda taraflarca getirilecek olan vakıalara ve delillere bağlı olabilecektir. Bu sebeptir ki hâkim, *iura novit curia* ilkesi gereğince yar-

<sup>170</sup> ÜSTÜNDAĞ, *İddia ve Müdafaa*, s. 50 vd.; POSTACIOĞLU, *Hukuki Sebep*, s. 524; ALANGOYA, § 5, s. 106; KURU, Baki: "Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi", *Adalet Dergisi*, 1967, Sayı 4 (Dava Sebebi), s. 245; KURU / RAMAZAN / YILMAZ, s. 282; ULUKAPI, s. 248.

<sup>171</sup> TANRIVER, *Medeni Usul*, § 13, s. 534.

<sup>172</sup> HIRSCH, Ernest E.: *Pratik Hukukta Metot*, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, (Yayın Yılı Belirtilmemiş), s. 17-18; ÖZÇELİK, s. 92; BUDAK / KARAASLAN, § 10, N. 23, s. 200; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 561; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 299; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 299; YAVUZ, *Şerh*, s. 500.

<sup>173</sup> Açıkça ifade etmek gerekirse dava sebebini ne olduğu konusunda vakıalara dayandırma ve ferdileştirme teorileri mevcuttur. Bkz. ÖZEKES, s. 751. Vakıalara dayandırma teorisinin medeni usûl hukuku doktrinimizde baskın olduğunu ifade edebiliriz. Bkz. ALANGOYA, s. 106; KURU, *Dava Sebebi*, s. 268; ÜSTÜNDAĞ, *İddia ve Müdafaa*, s. 460 vd.; YILMAZ, *İstah*, s. 151; ÖZEKES, s. 753.

<sup>174</sup> ÖZEKES, s. 753.

<sup>175</sup> ÖZEKES, s. 753.

<sup>176</sup> ÖZEKES, s. 753.

<sup>177</sup> BLOMEYER, Arwed: *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1963, s. 223-224; LENT, Friedrich / JAUERNIG, Othmar: *Zivilprozessrecht*, 16. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1972, § 39, II, 3, c; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 88, Rdn. 5, s. 483.

<sup>178</sup> ACAR, s. 54.

<sup>179</sup> Doktrinde *Özekes* ise vakıaların dilekçede gösterilmesi mecburiyeti gibi hukuki sebeplerin de dava dilekçesinde belirtilmesinin zorunlu olduğunu ifade etmektedir. *Özekes*'e göre hukuki sebebin dilekçede gösterilmesi zorunluluğunun gerekçeleri, dava sebebi olmasından bağımsızdır. Bkz. ÖZEKES, s. 753.

gılamının ilerleyen aşamalarında kendisine getirilen bütün bir dava malzemesini de değerlendirerek tarafların arasındaki uyuşmazlığa uygulanacak olan hukuk kuralını tespit edecektir<sup>180</sup>. Tarafların ileri sürdükleri vakıalar hakkındaki hukuki nitelendirmeleri hâkime yardımcı olarsa<sup>181</sup> da hâkim tarafların bildirdikleri hukuk kuralları ile bağlı olmayacaktır<sup>182</sup>.

Oysaki uygulamada, TBK m. 60 hükmüne göre dilediği sorumluluk sebebine dayanma imkânı tanınan zarar gören, zararının giderilmesi için birden fazla sebepten daha lehine olanının hangisi olduğuna daha yargılamanın başındayken karar vererek hâkimden bir talepte bulunmakla kendi aleyhine bir karar vermiş olabilecektir. Görüldüğü üzere TBK m. 60 hükmü ile zarar görenin aksini talep ederek daha yargılamanın başındayken kendi menfaatine uymayan bir sorumluluk sebebine göre zararının giderilmesini hâkimden istemesine imkân vermek sakıncalı olabilecektir<sup>183</sup>.

### C. Türk Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğunun Olmaması Çerçevesinde TBK m. 60 Hükümünün Değerlendirilmesi

Birden fazla sorumluluk sebebinin yarıştığı bir uyuşmazlıkta, zarar görenin daha lehine olduğunu düşündüğü sorumluluk sebebine dayanması onun aynı zamanda hukuki bilgisinin de bulunmasını gerekli kılmaktadır. Kanun koyucu TBK m. 60 hükmünde "... zarar gören aksini istemiş olmadıkça..." şeklindeki bir ifadeye yer vermiş olmakla birlikte bahsi geçen ek düzenleme "*hâkim hukuku resen uygular*" (HMK m. 33) ilkesinin varlığı ile gerçek kişilerin hukuku bilmelerini beklemeyen ve avukatla temsil zorunluluğunu getirmeyen Türk hukuk sistemi açısından eleştirilebilecektir<sup>184</sup>. Zira TBK m. 60 hükmüyle, aynı zamanda, hukuku ve hukuk kuralının ne şekilde uygulanacağını bilmeyen ve bilmek zorunda olmayan kimselerin yaşadıkları uyuşmazlığa ilişkin olarak yapacakları hukuki nitelendirmeler önemli bir hâle gelmektedir<sup>185</sup>.

Oysaki bilindiği üzere Türk hukukunda tarafların avukatla temsil edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır<sup>186</sup>. Kanun koyucu, herkesi hakkını bizzat savunmak bakımından serbest bırakmıştır<sup>187</sup>. Zira Hu-

<sup>180</sup> BUDAK / KARAASLAN, § 10, N. 23, s. 200; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 561; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, s. 299; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 19, s. 299; YAVUZ, *Şerh*, s. 500.

<sup>181</sup> HABSCHIED, N. 726, s. 264; KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589; PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usul*, § 10, s. 1147; ÜSTÜNDAĞ, *Medeni Yargılama*, s. 463.

<sup>182</sup> HURNI, *BK-ZPO*, N. 4, s. 534-535; BERKİN, s. 95; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 19, s. 227; KARSLI, s. 269. Yargıtay, HGK, T. 07.05.2014, E. 2013/1-2382, K. 2014/617: "... HMK'nun 33. maddesi uyarınca davanın esas olan maddi olayların ileri sürülmesi taraflara ait ise de, dava dilekçesini bir bütün olarak değerlendirerek, davayı nitelendirerek ve uygulanacak kanun maddesini belirlemek hakime aittir...". Karar için bkz. KURU, *El Kitabı C. 1*, § 27, s. 589). Yargıtay, HGK, T. 02.10.2013, 2013/11-30, 2013/1426 "...6100 sayılı HMK'nun 33 (1086 sayılı HUMK'nun 76.) maddesi gereğince hukuki tavsif (niteleme) ve uygulanacak kanun maddesinin tespiti hakime aittir. (...) Hukuki nitelendirmenin hakim tarafından yapılması gerektiğinden, dava dilekçesi bir bütün olarak değerlendirilip, davacının hukuki nitelendirmesiyle bağlı olmaksızın uygulanacak yasa hükmünün belirlenmesi gerekir. O halde, Hukuk Genel Kurulu'na da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasa aykırıdır...". Bkz. KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 237.

<sup>183</sup> Bu noktada, zarar görenin kendisi için daha az elverişli bir hukuki sebebi seçmesinin doğuracağı olası bir sakıncanın davadan feragat etmekle giderebileceği düşünülecekse de davadan feragat edilmekle aynı zamanda davaya konu edilen haktan da vazgeçilmiş olması sonucu doğacaktır. Bkz. SAENGER, *HK-ZPO*, § 306 Rn. 1; MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang: *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 17. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020, § 306, Rdn. 2; AKYOL ASLAN, Leyla: *Medeni Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 204. Böylelikle feragat edilen davaya konu olan hakkın başka bir davada ileri sürülebilmesi mümkün olmayacaktır. Bkz. AKYOL ASLAN, s. 204; IŞIK, Serpil: "Medeni Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercii: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 2, s. 1582. Bu sebeple daha az elverişli olan bir hukuki sebebi tercih eden zarar gören bakımından sakıncalı olan durum davadan feragat etmekle giderilemeyecektir. Mütelhik davalarda feragat hakkında ayrıca bkz. AKYOL ASLAN, s. 214.

<sup>184</sup> HANAĞASI, s. 303.

<sup>185</sup> BAYSAL, s. 598.

<sup>186</sup> POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku*, s. 320; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, *Esaslar*, § 16, s. 145; ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 442, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, § 15, s. 81; KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, Cilt II, 6. Baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (C. II), § 19, s. 1226; KURU, *El Kitabı*, s. 274; KURU, *İstinaf Sistemi*, § 19, s. 119; KURU / ARSLAN / YILMAZ, § 19, s. 228; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usul Hukuku*, *El Kitabı*, Cilt 1, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, § 19, s. 346; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, § 14, s. 277; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 6, s. 161; KARSLI, s. 277; BUDAK / KARAASLAN, § 5, s. 114; GÖRGÜN / BÖRÜ / TORAMAN / KODAKOĞLU, § 18, s. 237; POSTACIOĞLU / ALTAY, § 14, s. 286; GÖREN ÜLKÜ, Nazlı: "Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 309; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Cilt, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Şerh, C. 2), s.

kuk Muhakemeleri Kanunu m. 71 hükmünde, açıkça, “*Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir*” denilmektedir<sup>188</sup>. Sadece, davanın tarafının yargılama esnasındaki uygun olmayan tavır ve davranışlarının söz konusu olması veya davasını kendi başına takip edebilecek yeterlilikte bulunmaması durumunda hâkim tarafından vekil tutma zorunluluğu getirilmektedir<sup>189</sup>. Bunun dışında dava ehliyeti bulunan herkesin davasını bizzat açıp takip edebileceği veya bir vekil aracılığıyla da yargılamayı yürütebileceği öngörülmektedir<sup>190</sup>. Böylelikle dava açmak isteyen kimse bir avukata vekâletname verme mecburiyetinde olmayıp dava ehliyetinin bulunması durumunda, davasını bizzat kendisi de açıp takip edebilecektir<sup>191</sup>. Bununla birlikte, taraflardan biri davayı vekil vasıtasıyla takip etmek isterse sadece avukat olan kimseleri vekil olarak tayin edebilecektir<sup>192</sup>.

Avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı hukuk sistemimizde, TBK m. 60 hükmünde öngörülen şekilde, zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebinden daha lehine olanın ne olduğunu anlamasını beklemek isabetli olmayacaktır. Zira avukatla temsil olanağı söz konusu olmayan kimselerin adli yardıma<sup>193</sup> (HMK m. 334-340) da başvurmayarak kendi davalarını takip etmeleri durumunda, hukuki bilgi ve terimlerden yoksun oldukları aşikardır<sup>194</sup>. Hukukçuların dahi çözüm üretmekte zorlandıkları hukuki uyumsuzluklar ile gitgide karmaşık bir hâle gelen ve artarak çoğalan yeni hukuki düzenlemeler karşısında, tarafın bir davayı açıp takip etmesi ve somut olaya uygulanacak olan hukuk kuralını doğru bir şekilde tespit etmesi oldukça güçtür<sup>195</sup>. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, hukuku bilmesi beklenemeyecek kimselerin kendi menfaatlerini doğru ve en iyi şekilde tespit edemeyecekleri ortadadır<sup>196</sup>. Dolayısıyla avukatla temsil olanağından yoksun olmaları sebebiyle davalarını avukatla takip ettirmeyen ve subjektif hakları ihlal edilen kimselerin avukatla temsil edilen kişilerle eşit bir şekilde<sup>197</sup> yargılamada hukuki menfaatlerini koruyabilmelerine olanak vermeyen TBK m. 60 hükmünün eleştirilmesi mümkündür<sup>198</sup>.

2001; MUŞUL, § 17, s. 167; ERDEMİR, İter: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1-2*, 2. Baskı, Nurettin Uycan Cilt ve Basım Sanayii A.Ş., İstanbul, 1986, s. 263; İNAL, s. 441; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 366; ULUKAPI, s. 202. Nitekim, eski tarihli bir Yargıtay kararında da bu husus açıkça ifade edilmektedir. Yargıtay, İBK, T. 07.01.1948, E. 1946/16/, 1946/19, K. 1948/1 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): “... Ormana müteallik tecavüz ve mülkiyet adli kazaya tabi davalarda ... Orman Genel Müdürlüğü'ne mensup avukatların bu kabil davaları münhasıran takip ve müdafaa edebileceklerine ve ayrıca hazineye husumet tevcihine lüzum ve zaruret bulunmadığına...”. Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya / MERİÇ, Nedim: *HMK Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 30. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ön hazırlık aşamasında, avukatla temsil zorunluluğu kabul edilmişti. Bkz. ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s. 49; YILMAZ, Şerh C. 2, s. 2001. Bununla birlikte Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Türkiye Büyük Millet Meclisine sunulmasından sonra, avukatla temsil zorunluluğu kaldırılmış ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu avukatla temsil zorunluluğu söz konusu olmaksızın kanunlaşmıştır. Bkz. KARSLI, s. 277, dn. 4; YILMAZ, Şerh C. 2, s. 2001. Yargılamada avukatla temsil zorunluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. AKKAN, Mine: *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, § 1, s. 22 vd.

<sup>187</sup> BELGESAY, Mustafa Reşit: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, 3. Baskı, Duygu Matbaası, İstanbul, 1948, s. 168.

<sup>188</sup> Yargıtay, 8. HD, T. 12.06.2003, E. 2003/4044, K. 2003/4358 (www.kazanci.com.tr, ET: 29.06.2023): “... Kural olarak dava hakkı, o hakkın sahibi olan kimseye aittir. HUMK'nun 59. maddesinde dava açmaya ehil olan kişinin davasını bizzat yahut atayacağı vekil aracılığıyla ikame ve takip edeceği açıklanmıştır. Anılan hüküm uyarınca hak sahibi davayı bizzat açabileceği gibi vekil aracılığıyla da açabilir. Somut olayda, davayı açan İhsan davaya vekalet ehliyeti olmayan bir kişidir. Bu nedenle eşi adına dava açma ve yürütme yetkisi bulunmamaktadır...”.

<sup>189</sup> POSTACIOĞLU / ALTAY, § 14, N. 580, s. 286. Böyle bir durumda, vekil tutma zorunluluğuna uymadığı takdirde, yokluğu durumundaki kanuni düzenlemelere göre hakkında işlem yapılacaktır (HMK m. 79, m. 80). Bkz. POSTACIOĞLU / ALTAY, § 14, N. 580, s. 286.

<sup>190</sup> POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku*, s. 319-320; BİLGE / ÖNEN, s. 236; TANRIVER, *Medeni Usul*, § 13, s. 575; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, § 6, s. 161; KARSLI, s. 276; KARAHACIOĞLU / PARLAR, s. 366; AKKAN, § 1, s. 41; ULUKAPI, s. 202.

<sup>191</sup> POSTACIOĞLU, *Medeni Usul Hukuku*, s. 319; BUDAK / KARAASLAN, § 5, s. 114; YILMAZ, Şerh C. 2, s. 2001.

<sup>192</sup> KURU, *El Kitabı*, § 19, s. 274.

<sup>193</sup> Adli yardım konusunda bkz. KILINÇ, Ayşe: *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1 vd.

<sup>194</sup> Şüphesiz ki somut uyumsuzluğu hukuki bir zemine oturtmak bu konuda özel bir bilgiyi gerektirir. Bkz. ÖZEKES, s. 773.

<sup>195</sup> AKKAN, § 2, s. 86.

<sup>196</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 362.

<sup>197</sup> Doktrinde Özekes, davada hukuki sebep bildirmenin zorunlu olup olmadığını değerlendirirken avukatla temsil edilen işlemlerle davasını kendi takip eden sıradan kişiler bakımından bir ayrıma gitmektedir. Buna göre doktrinde Özekes aynen şu şekilde bir değerlendirmede bulunmaktadır: “yargılama hukukunun gerekleri yanında, avukatlık mesleğinin özellikler de avukatın hukuki sebep göstermesini gerekli, hatta zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple, -biz bu görüşü paylaşmamakla birlikte-sıradan kişiler için hukuki sebep bildirme zorunluluğu olmasa dahi, avukatla takip edilen işlemlerde hukuki sebep bildirilmesi zorunludur.”. Bkz. ÖZEKES, s. 775.

<sup>198</sup> MEMİŞ / YILMAZ, s. 362.

### III. MEDENÎ USÛL HUKUKU AÇISINDAN ELEŞTİRİLEBİLECEK OLAN TBK M. 60 HÜKMÜNÜN NASIL YORUMLANMASI GEREKTİĞİ

#### A. Genel Olarak

Sorumluluk sebeplerinin yarışmasını düzenleyen TBK m. 60 hükmünün medenî usûl hukuku açısından hangi noktalarda eleştirilebileceğini ortaya koyduktan sonra, ilgili düzenlemenin nasıl yorumlanması gerektiği üzerinde de durulmalıdır.

Doktrinde medenî usûl hukuku açısından özellikle *iura novit curia* (HMK m. 33) ilkesi ile TBK m. 60 hükmü arasında yaşanan uyumsuzluk dikkate alınarak iki farklı görüş ileri sürülmektedir<sup>199</sup>. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre zarar görenin belirli bir sorumluluk sebebine dayanması durumunda, hâkim bununla bağlı olacaktır<sup>200</sup>. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise TBK m. 60 hükmü, *iura novit curia* ilkesini devreden çıkartmayacaktır<sup>201</sup>. Bahsi geçen düzenlemenin görmezden gelinmesi gerekmektedir<sup>202</sup>.

Aşağıda doktrinde ileri sürülen bu iki zıt görüş ifade edildikten sonra medenî usûl hukuku açısından yukarıda çeşitli şekillerde eleştirilebileceğini ifade ettiğimiz TBK m. 60 hükmünün nasıl yorumlanmasının gerektiği konusunda çözüm önerisinde bulunma yoluna gideceğiz.

#### B. TBK m. 60 Kapsamında Zarar Görenin Belirli Bir Sorumluluk Sebebine Dayanması Durumunda Hâkimin Bununla Bağlı Olacağı Şeklindeki Görüş

Doktrinde *Oğuzman / Öz* tarafından ileri sürülen bu görüşe göre somut olayda birden fazla sorumluluk sebebinin yarışması ihtimalinde, davacı dava dilekçesinde dayandığı sebebi açıkça belirlemişse hâkim, kural olarak, artık koşulları da mevcut olan bu esas yerine diğer bir esasa dayanarak karar veremez<sup>203</sup>. Zira *Oğuzman / Öz*'e göre davacının bu şekilde bir beyanda bulunması durumunda, bu beyan, TBK m. 60 kapsamında, “zarar görenin aksini istemesi” olarak kabul edilir<sup>204</sup>.

Doktrinde aynı görüş doğrultusunda *Arısoy* da tarafların arasındaki sözleşmenin dava dosyasına girmesi ve davalı tarafınca bunun uygulanmasının talep edilmesi durumunda, davacının sözleşmeden başka bir sorumluluk sebebine dayanmasının mümkün olmadığını ileri sürmektedir<sup>205</sup>.

#### C. TBK m. 60 Hükmünün *Iura Novit Curia* İlkesini Devreden Çıkartmayacağı Şeklindeki Görüş

Doktrinde *Buz* tarafından ileri sürülen bu görüş doğrultusunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'inci maddesine eklenen ve mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun *Widmer / Wesser* Tasarısı'nın 53'üncü maddesinde yer almayan “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifadenin anlamsız olduğu kabul edilerek bahsi geçen düzenlemenin bu hâliyle medenî usûl hukukunda yargılamaya hâkim olan ilkeleri bertaraf edecek güce sahip olmadığı savunulmaktadır<sup>206</sup>.

<sup>199</sup> BAYSAL, s. 598.

<sup>200</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 828, s. 295; ARISOY, A. Selman: *Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (iura novit curia prensibi)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017, s. 237-238.

<sup>201</sup> BUZ, s. 60; SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178; SEROZAN, *İfa*, § 23, N 2, s. 296; BAYSAL, s. 599; BAŞ SÜZEL, *Ece: Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 247.

<sup>202</sup> BUZ, s. 60; SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178; SEROZAN, *İfa*, § 23, N 2, s. 296; BAYSAL, s. 599; BAŞ SÜZEL, s. 247.

<sup>203</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 828, s. 295.

<sup>204</sup> OĞUZMAN / ÖZ, N. 828, s. 295. *Oğuzman / Öz*, görüşünü desteklemek için aynen şu şekilde bir örneğe yer vermiştir: “... hırsızın çalıp kendi eşyasının bütünleyici parçası yaptığı şeyi, mağdur eski malik, haksız fiile dayanarak da (aynen tazmin talebiyle de), sebepsiz zenginleşmeye dayanarak da geri isteyebilir. Dava dilekçesinde sadece iade ve/veya tazminattan söz edilmişse, somut olayda sebepsiz zenginleşme veya haksız fiil hükümlerinden hangisi davacıya daha iyi bir sonuç sağlıyorsa, hâkim ona göre hükmetmelidir. Fakat davacı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade istediğini beyan etmiş, başka da bir sebep söylememişse, hâkim daha elverişli görse bile haksız fiil hükümlerine göre karar oluşturamalıdır”. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, N. 828, s. 295.

<sup>205</sup> ARISOY, *Iura Novit Curia*, s. 237-238.

<sup>206</sup> BUZ, s. 53.

Doktrinde *Serozan*'a göre de 6098 sayılı TBK m. 60 hükmü ile kanun koyucu tarafından hâkimin zarar görene en iyi tazminat imkânı veren sorumluluk sebebine göre karar vereceğinin ifade edilmesi anlamsızdır<sup>207</sup>. Bahsi geçen kanun hükmü, yargılamaya hâkim olan ilkelere hâkimin hukuku resen uygulayacağı şeklindeki ana ilkeyi (HMK m. 33) değiştirecek nitelikte değildir<sup>208</sup>. Bu doğrultuda *Serozan* tarafından da TBK m. 60'ta öngörülen düzenlemenin dikkate alınmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>209</sup>.

#### D. Görüşümüz

Türk Borçlar Kanunu m. 60 hükmü kaleme alınış şekliyle birçok usûlî problemin ortaya çıkmasına sebep olmaktadır. TBK m. 60 hükmü, bu hâliyle, özellikle hâkimin hukuku resen uygulaması (*iura novit curia*) ilkesine açık bir şekilde ters düşmektedir<sup>210</sup>. Bu durum sebebiyle, TBK m. 60 hükmünün lafzına uygun bir şekilde uygulanması, HMK m. 33'te öngörülen *iura novit curia* ilkesiyle taleple bağlılık ilkelerine aykırı davranılması sonucunu doğuracaktır<sup>211</sup>.

TBK m. 60'ta ifade edilen en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebinin bulup uygulama hususu ilgili düzenleme kanunlaşmadan önce zaten bir İçtihadı Birleştirme Kararı'na konu edilmişti. Dolayısıyla, TBK m. 60 bu noktada Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararını kanunlaştırmış oldu. TBK m. 60 hükmü ile ortaya çıkan asıl mesele maddenin ilk kısmında öngörülen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifadedir.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre Türk kanun koyucunun madde metnine eklemiş olduğu “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifade ile sağlamak istediği imkân, medenî usûl hukukunun genel prensiplerinin karşısında anlamsız kalmaya mahkûmdur<sup>212</sup>. TBK'da öngörülen açık kanun hükmünün varlığında m. 60 uyarınca talep edildiği takdirde, yerel mahkeme hâkimlerinin birden fazla sorumluluk sebebinden zarar görenin talep ettiği sebebe dayanarak karar vermesi söz konusu olabileceksin de Yargıtayın ilgili kanun hükmüne karşılık medenî usûl hukukunun genel kabul gören prensiplerine -ve özellikle de *iura novit curia* ilkesine- üstünlük tanıyan pek çok içtihadının da bulunduğu gözden kaçırmamak gerekmektedir. Buradan hareketle TBK m. 60 hükmünün medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeleri bertaraf edecek güce sahip olmadığı sonucuna ulaşılabilir<sup>213</sup>.

Diğer taraftan, kanaatimizce, kanun koyucu “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesini öyle ya da böyle TBK m. 60 hükmüne eklemiştir. TBK m. 60 hükmünün Türk pozitif hukukunun bir parçası olduğu da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla hâkim tarafından, maddede öngörüldüğü şekilde, hangi sorumluluk sebebi zarar gören taraf açısından zararını en iyi tazmin imkânını sağlayacaksa o hükmün uygulanması şarttır<sup>214</sup>. Zira TBK m. 60 hükmü hâlihazırda yürürlükte dir. Bu sebeple de usûlüne göre kanunlaşmış bir hükmü görmezden gelmek mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla TBK m. 60 hükmünün uygulanmasından kaçınılması uygun olmayacaktır. Şu noktada, TBK m. 60 hükmünde kanun koyucunun getirdiği “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifadenin medenî usûl hukuku bakımından yaratacağı sorunlara rağmen uygulanması ve hükmün istisnai bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerekecektir. *Kanaatimizce*, medenî usûl hukuku bakımından sorunlara sebep olan ve TBK m. 60'a sonradan eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifadenin kanun koyucu tarafından tekrardan gözden geçirilmesi gerekmektedir. Böylelikle TBK m. 60 hükmünün medenî usûl hukukuna uygun olacak bir şekilde yeniden düzenlenmesi yaşanan karışıklıklara son vermek bakımından kesin çözüm olacaktır.

<sup>207</sup> SEROZAN, *İfa*, § 23, N 2, s. 296. Aynı zamanda, TBK m. 60 hükmü bu hâliyle yargılamaya hâkim olan ilkelere aykırı bir düzenleme getirmektedir. Bkz. SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178.

<sup>208</sup> SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178.

<sup>209</sup> SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178.

<sup>210</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 403.

<sup>211</sup> BUZ, s. 51.

<sup>212</sup> BUZ, s. 53.

<sup>213</sup> BUZ, s. 53; SEROZAN, *Medeni Hukuk I*, § 5 N 60, s. 178.

<sup>214</sup> TÜRK / YILMAZ, s. 403.

## SONUÇ

TBK m. 60 hükmü sorumluluk sebeplerinin yarışması hâlinde hâkime bir görev yüklemektedir. TBK'nın 60'ıncı maddesi uyarınca zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda öngörülmedikçe hâkim, sorumluluk sebeplerinden zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermek durumundadır. Dikkat edilirse uğradığı zararın giderilmesi bakımından öncelikli olarak seçim hakkı mağdura ait olmakla birlikte zarar gören tarafından herhangi bir seçim yapılmaması ihtimalinde hâkime en iyi giderim imkânını sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verme yükümlülüğü yüklenmektedir.

Görüldüğü üzere TBK m. 60 hükmü, zarar görenin zararının giderimi bakımından birden fazla sorumluluk sebebine dayanabileceği hâllerde uygulanacak olan prensipleri düzenlemektedir. Bununla birlikte TBK m. 60 hükmü, Kanun'da düzenlenen hâliyle, pek çok sorunu bünyesinde barındırmaktadır. İlgili madde bakımından yaşanan sorunların odak noktasını Türk hukukunda maddeye eklenen “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifade oluşturmaktadır. Bununla birlikte kanun koyucu tarafından TBK m. 60 hükmüne eklenen bu ifade, medenî usûl hukuku bakımından pek çok açıdan sakınca barındırmaktadır:

1) TBK m. 60 hükmü, hâkimin hukuku resen uygulayacağı ilkesi ile çelişki içerisindedir. Medenî usûl hukukunun en temel ilkelerinden biri olan hâkimin hukuku resen uygulayacağı ilkesine göre hâkimin tarafların ileri sürdüğü veya dayandığı hukuki sebeplerle bağlı olmayacağını düzenlemektedir (HMK m. 33). Bu ilke uyarınca tarafların aralarındaki uyumsuzluğa uygulanacak olan hukuk kuralını bulmak hâkimin görevidir. Bu sebeple yargılamayı yürüten hâkim, taraflarca kendisine bildirilen hukuki sebeplerle bağlı değildir. Somut olaya uygulanacak olan hukuk normunun tespiti ve tayini bakımından taraflar, hâkime sadece yardımcı olabilirler. Bununla birlikte dava konusu uyumsuzlukta öne sürülen maddi vakıaların hukuki nitelendirmesini yaparak somut olaya tatbik etmek ise hâkimin görevidir. TBK m. 60'a göre ise birden fazla sorumluluk sebebinin yarışması durumunda, hâkimin en iyi tazmin imkânını sağlayan sebebe göre hüküm verebilmesi için zarar görenin bunun aksini istememiş olması gerekmektedir. TBK m. 60 ile zarar görenin hukuki sebebe ilişkin nitelendirmesi ve tercihi önemli bir hâle gelmiştir. Hukuk kuralını resen bulmakla görevli olan hâkimi tarafların tercih ettiği hukuki sebeplerle bağlayan TBK m. 60 hükmü açıkça HMK m. 33 ile çelişmektedir.

2) TBK m. 60 hükmünün çeliştiği tek medenî usûl hukuku ilkesi, hâkimin hukuku resen uygulayacağı ilkesi değildir. Birden fazla sorumluluk sebebinin var olması durumunda, birbirleriyle yarışan bu sebepler üzerindeki seçme hakkının zarar görene ait olduğu kabul edilirse hâkimin taraflarca seçilen sebep uyarınca karar vermesi mecbur kılınmıştır. Böylelikle TBK m. 60 düzenlemesi ile HMK m. 26 uyarınca tarafların talebiyle bağlı olan hâkimin aynı zamanda talep edilmesi hâlinde dava dilekçesinde gösterilen sebeple de bağlı olacakları öngörülmüştür. Görüldüğü üzere hâkim sadece tarafların dilekçelerinde gösterdikleri talep sonuçları ile bağlı olmaktan öte, TBK m. 60 hükmünün varlığı sebebiyle onların aynı zamanda da talep etmiş olmaları hâlinde davanın dayandırılmasını istedikleri sorumluluk sebebiyle de bağlı kılınmaktadır. Oysaki taleple bağlılık ilkesi hukuki sebepleri değil, talep sonucu ve maddi vakıaları kapsar. HMK m. 26'da ifade edilen taleple bağlılık ilkesi, “hâkim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır, ondan fazlasına ya da başka bir şeye karar veremez” şeklinde düzenlenmiş olmakla birlikte tarafların dava dilekçelerinde netice-i talep kısmında, davanın dayandırılmasını istedikleri hukuki sebepleri talep etmeleri üzerine hâkimi bu hukuki sebeplerle bağlı kılmak şeklinde düşünülemez. Bu doğrultuda talep sonucu ve maddi vakıalarla bağlı olan hâkimin aynı zamanda dava dilekçesinde tarafların ileri sürdükleri sebeplerle bağlı olması gibi bir zorunluluk, taleple bağlılık (HMK m. 26) ve *iura novit curia* ilkesinin (HMK m. 33) varlığında söz konusu olamayacaktır.

3) TBK m. 60 hükmünün lafzında açıkça ifade edilmiş olmamakla birlikte madde gerekçesinde sorumluluk sebebi ile kastedilen hususun “hukuki sebep” olduğu net bir şekilde anlaşılmaktadır. Hukuki sebep aynı zamanda dava dilekçesinin unsurlarından biridir. Medenî usûl hukukunda dava sebebini vakıalar olarak ifade eden ve onu bulup tespit etmekle görevli olanın hâkim olduğunu ileri süren



vaktalara dayandırma teorisinin hâkim olduğu göz önünde bulundurulduğunda, TBK m. 60'ta ifade edilen hâkimi tarafların ileri sürdüğü sorumluluk sebebiyle bağlı tutmak bağdaşmamaktadır.

4) TBK m. 60 hükmü, “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklinde bir ifadeye yer vermekle, zarar görenin bu konudaki hukuki nitelendirmesini önemli kılmaktadır. Oysaki Türk medenî usûl hukuku sistemimizde genel kural, avukatla temsil zorunluluğunun bulunmamasıdır. Sadece, davanın tarafının yargılama esnasındaki uygun olmayan tavır ve davranışlarının söz konusu olması veya davasını kendi başına takip edebilecek yeterlilikte bulunmaması durumunda hâkim tarafından vekil tutma zorunluluğu getirilmektedir. Bunun dışında dava ehliyeti bulunan herkesin, davasını bizzat açıp takip edebileceği veya bir vekil vasıtasıyla da yargılamayı yürütebileceği öngörülmektedir. Avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı hukuk düzenimizde, TBK m. 60 hükmünde öngörülen şekilde, zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebinden daha lehine olanın ne olduğunu anlamasını beklemek isabetli olmayacaktır. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda, hukuku bilmesi beklenemeyecek kimselerin kendi menfaatlerini doğru ve en iyi şekilde tespit edemeyecekleri ortadadır. Avukatla temsil zorunluluğunun bulunmaması karşısında TBK m. 60 hükmü düzenlemesinin yerinde olmadığı aşikardır.

Görüldüğü üzere TBK m. 60 hükmüne yapılan bu ekleme medenî usûl hukuku bakımından çözümden ziyade sorun getirmektedir. Yarışma probleminin kanunda açıkça düzenlenmesinin ne derece doğru olduğu sorusunu akla getirmektedir. Diğer taraftan Türk Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenen hâliyle, sorumluluk sebeplerinin yarışmasına ilişkin düzenlemenin ne şekilde yorumlanmasının gerektiği önem arz etmektedir. Bu kapsamda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre TBK m. 60 kapsamında zarar görenin belirli bir sorumluluk sebebine dayanması durumunda hâkim bu sebeple bağlı olacaktır. Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise TBK m. 60 hükmünün *iura novit curia* ilkesini devreden çıkartmayacağı bu sebeple bahsi geçen düzenlemenin görmezden gelinmesi gerektiği şeklindedir. Kanaatimizce “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesini içeren TBK m. 60 hükmü hukuk sistemimizin bir parçasıdır. Bu sebeple ilgili kanun hükmünün sağlıklı bir şekilde uygulanabilmesi için madde metnine eklenen ifadenin gözden geçirilmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle TBK m. 60 hükmünde gerçekleştirilecek olan revizyonla ilgili düzenlemenin medenî usûl hukukuna uygun bir hâle getirilmesi önem arz etmektedir.

## KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk: “Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu”, *Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları III, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri - Borç İlişkilerinde Özel Durumlar - Taraf Değişiklikleri - TBK Değerlendirmeleri ve İrdelemeleri, 26-27 Mayıs 2012*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2014, s. 37-61.
- AKINCI, Şahin: *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 11. Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2019.
- AKINTÜRK, Turgut: *Müteselsil Borçluluk*, Sevinç Matbaası, Ankara, 1971.
- AKİL, Cenk: “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 57, Sayı 3, s. 1-32.
- AKKAN, Mine: *Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- AKYOL ASLAN, Leyla: *Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ALANGOYA, Yavuz: *Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011 (Esaslar).
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri*, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006.
- ALEXANDER, Cica: “The Principle of *Iura Novit Curia*”, *Young Scholars in International Arbitration: A Collection of Essays Prepared for the ICCA 2014 Congress*, 2014, s. 105-124.
- ANSAY, Sabri Şakir: *Hukuk Yargılama Usulleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.
- ANTALYA, Gökhan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri)*, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ARISOY, A. Selman: “Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulamasının Temeli: Vakıalar, Vakıaların Önemi, Vakıaların Çeşitli Yönlerden Sınıflandırılması ve Vakıaların Tespiti”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2019, Cilt 77, Sayı 1, s. 1-47 (Vakıaların Tespiti).
- ARISOY, A. Selman: *Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Türk Hukukunu Resen Uygulaması (iura novit curia prensibi)*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2017 (Iura novit curia).
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AYAN, Mehmet: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 12. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020 (Borçlar Hukuku).
- AYAN, Serkan: *Türk Medeni Hukuk Mevzuatı Cilt I, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, (Türk Borçlar Kanunu, İsviçre Borçlar Kanunu, Madde Gereçekleri)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- BAŞ SÜZEL, Ece: *Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görme -Menfaat Devri Yaptırımı-*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- BAYSAL, Başak: *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BAXTER, Lawrence G.: “Civil Litigation and *Iura Novit Curia*”, *South African Law Journal*, 1979, s. 531-540.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi I Teoriler*, 3. Baskı, Duygu Matbaası, İstanbul, 1948.
- BERKİN, Necmettin M.: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

- BLOMEYER, Arwed: *Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren*, Duncker & Humboldt Verlag, Berlin, 1963.
- BOHNET, François / DROESE, Lorenz: *Präjudizienbuch - Zivilprozessordnung ZPO*, 1. Baskı, Stämpfli Verlag / hep Verlag, Zurich, 2018, s. 127-129.
- BOLAYIR, Nur: *Medenî Usûl Hukuku'nda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BÖRÜ, Levent: *Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- BRUNNER, Alexander / GASSER, Dominik / SCHWANDER, Ivo (Hrsg.): *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar Band 1: Art. 1-196*, 2. Baskı, Dike Verlag, Zürich-St. Gallen, 2016.
- BRUNS, Rudolf: *Zivilprozeßrecht, Eine systematische Darstellung*, Verlag Franz Vahlen, Berlin-Frankfurt am Main, 1968.
- BUCHER, Eugen: *Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht)*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1988.
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- BUZ, Vedat: "Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 29, Sayı 2, s. 19-57.
- BÜTÜN YILMAZ, Derya Gülsüm: *Mütelhik Hakların Yarıştığı Dava*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2017.
- ÇAĞA, Sema: *Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1973.
- CAVALLINI, Cesara: "Why is the Iura Novit Curia Principle Not Applied Yet in English Laws?", *Global Jurist*, 2017, Cilt 17, Sayı 3, s. 1-22.
- DESCHENAUX, Henri / TERCIER, Pierre: *Sorumluluk Hukuku*, (Çev.) ÖZDEMİR, Salim, Kadioğlu Matbaası, Ankara, 1983.
- DEYNEKLİ, Adnan: "Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Önemli Usul Hükümleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2011, Cilt 2, Sayı 2, s. 45-99.
- DOĞAN, Emsalgül: "TBK m. 60'ın "Iura Novit Curia" İlkesi Bakımından Değerlendirilmesi", *Adalet Dergisi*, 2023/1, Sayı 70, s. 305-343.
- ERCAN ÖZLER, Meltem: *Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ERCAN, İsmail: *Uygulamacılar İçin Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ERDEMİR, İlter: *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt 1-2*, 2. Baskı, Nurettin Uycan Cilt ve Basım Sanayii A.Ş., İstanbul, 1986.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- EREN, Fikret / DÖNMEZ, Ünsal: *Eren Borçlar Hukuku Şerhi, Cilt II m. 49-82*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- FASCHING, Hans W., *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis*, 2. Baskı, Manz'sche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990.
- FASTRICH, Lorenz: "Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1984, Cilt 97, Sayı 4, s. 423-445.
- FURRER, Andreas / SCHNYDER, Anton K.: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016.
- GAUCH, Peter / AEPLI, Viktor / STOCKLI, Hubert: *Präjudizienbuch zum OR Rechtsprechung des Bundesgerichts*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2002.
- GEHRI, Myriam A. / JENT-SØRENSEN, Ingrid / SARBACH, Martin (Hrsg.): *Kommentar ZPO - Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2015 (Yazar, OFK-ZPO).
- GENNA, Gian Sandro: "Lebenssachverhalt oder Rechtsanwendung? - Ein interdisziplinärer Streifzug durch das Prozessrecht zwischen Streitgegenstand und 'iura novit cuira'", *Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis*, 2013, Cilt 26, Sayı 4, s. 144-158.

- GÖKCAN, Hasan Tahsin: *Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- GÖREN ÜLKÜ, Nazlı: “Medeni Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 309-325.
- GULDENER, Max: *Schweizerisches Zivilprozeßrecht*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1979.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GÜNAY, Cevdet İlhan: *Türk Borçlar Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- GÖRGÜN, Şanal L. / BÖRÜ, Levent / TORAMAN, Barış / KODAKOĞLU, Mehmet: *Medeni Usul Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÜRSOY, Kemal Tahir: “Haksız Eylem (Fiil)den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1974, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 149-184.
- HABSCHEID, Walter J.: *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen*, 1. Baskı, Helbing und Lichtenhahn Verlag, Basel-Frankfurt am Main, 1986.
- HANAĞASI, Emel: *Medeni Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- HATEMİ, Hüseyin / GÖKYAYLA, Emre: *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter (Hrsg.): *Berner Kommentar - Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150- 352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Stämpfli Verlag, Bern, 2012 (Yazar, BK-ZPO).
- HELVACI, İlhan: *Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı- Notlu Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- HILTY, Reto M.: “Elektronische Pressespiegel: iura novit curia? Kritische Anmerkungen zum Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 19. Juni 2002”, *Zeitschrift für Immaterialgüter-, Informations- und Wettbewerbsrecht*, 2003, s. 266-273.
- HIRSCH, Ernest E.: *Pratik Hukukta Metot*, 7. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, (Yayın Yılı Belirtilmemiş).
- IŞIK, Serpil: “Medeni Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Olan Mercii: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 27, Sayı 2, s. 1576-1622.
- İNAL, Nihat: *Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası*, Yeni Yasa, Ankara, 2012.
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2013, Sayı 106, s. 139-204 (Dava Sebebi).
- İYİLİKLİ, Ahmet Cahit: “Hakların Yarışması Bağlamında Doğru Hükümün Yetersiz Gerekçeye Feda Edilmesi”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2021, Cilt 12, Sayı 48, s. 245-274.
- JAUERNIG, Othmar: *Zivilprozeßrecht: ein Studienbuch, Juristische Kurz-Lehrbücher*, 24. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1993.
- JÄGGI, Peter: “Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung”, *Festgabe für Wilhelm Schönenberger zum 70. Geburtstag*, Universitätsverlag, Freiburg, 1968, (s. 181-197).
- KAPANCI, Kadir Berk: *Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- KARACABEY, Ömer Faruk: “Hakların Yarışması”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1980, Sayı 6, s. 666-685.
- KARAHACIOĞLU, Ali Haydar / PARLAR, Aynur: *6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- KARAKILIÇ, Hasan: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

- KARAN, Yeliz: "Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2013, s. 723-748.
- KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 4. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KAYA, Asım: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 1, Sayı 2, s. 207-228.
- KAYAR, İsmail: *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KILINÇ, Ayşe: *Medeni Usul Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KINDL, Johann: "Ausländisches Recht vor deutschen Gericht", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1998, Cilt 111, Sayı 2, s. 177-203.
- KOÇ, Nevzat: "Türk Borçlar Kanununun Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukukuna İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Yaşar Üniversitesi Dergisi*, 2013, Cilt 8, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan Özel Sayısı, Cilt II, s. 1669-1689.
- KOÇHİSARLI, Cengiz / ERİŞGİN, Özlem: "Yeni Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda 'Haksız Filler'", *Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan*, Cilt II, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 1243-1271.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan: *OR Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2009.
- KUMMER, Max: *Grundriss des Zivilprozessrechts nach den Prozessordnungen des Kantons Bern und des Bundes*, 2. Baskı, Stämpfli Verlag, Bern, 1974.
- KURU, Baki: *Medeni Usul Hukuku El Kitabı, Cilt 1*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020 (El Kitabı C. 1).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü El Kitabı*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995 (El Kitabı).
- KURU, Baki: *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- KURU, Baki / RAMAZAN, Arslan / YILMAZ, Ejder: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usul Hukuku, El Kitabı, Cilt 1*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- KURU, Baki: "Medeni Usul Hukukunda Dava Sebebi", *Adalet Dergisi*, 1967, Sayı 4, s. 239-268 (Dava Sebebi).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II*, 6. Baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (C. II).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt IV*, 6. Baskı, Demir-Demir, İstanbul, 2001 (C. IV).
- KRUGER, Wolfgang / RAUSCHER, Thomas (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung Band 1: §§ 1-354*, 6. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2020.
- LENT, Friedrich / JAUERNIG, Othmar: *Zivilprozessrecht*, 16. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1972.
- MEIER, Isaak: *Iura Novit Curia: Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1975.
- MEMİŞ, Muhammed Şamil / YILMAZ, Çiğdem: "Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi Kapsamında Sebeplerin Yarışması Hükümünün Değerlendirilmesi", (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 349-369.
- MERİÇ, Nedim: *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- MERİÇ, Nedim: "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 11, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan Özel Sayısı, s. 377-424.
- MERİÇ, Nedim: "Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 23-63.

- MUSIELAK, Hans-Joachim: *Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 8. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2011.
- MUSIELAK, Hans-Joachim / VOIT, Wolfgang: *Zivilprozessordnung: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz*, 17. Baskı, Verlag Franz Vahlen, München, 2020.
- MUSIELAK, Hans-Joachim: *Grundkurs ZPO*, 7. Baskı, Verlag C.H. BECK, Berlin, 2003.
- MUŞUL, Timuçin: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.
- NOMER, Haluk Nami: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- OFTINGER, Karl / STARK, Emil W.: *Schweizerisches Haftpflichtrecht- Band I: Allgemeiner Teil*, 5. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal / ÖZ, M. Turgut: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II*, 15. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- ÖNEN, Ergun: *Medeni Yargılama Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 442, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- ÖZ, M. Turgut, *Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler*, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.
- ÖZÇELİK, Volkan: *Türk Medeni Usul Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZEKES, Muhammet: “Dava Dilekçesinde Hukuki Sebep Bildirmek Zorunludur”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 745-779.
- PACZOSKA KOTTMANN, Dorota: “Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts”, *Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag*, Schulthess Verlag, Zürich, 2018, s. 251-274.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya / MERİÇ, Nedim: *HMK Hukuk Muhakemeleri Kanunu*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Editör): *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul).
- PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Editör): *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul).
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 1711 Sayılı Kanun’a Göre Yazılmış 6. Baskı, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975 (Medeni Usul Hukuku).
- POSTACIOĞLU, İlhan E.: “Davanın ve Kaziyei Muhkemenin Unsuru Olarak Hukuki Sebep”, *Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 351, Ankara, 1974, s. 497-527 (Hukuki Sebep).
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- PRUTTING, Hanns: “Neues zum Streitgegenstand”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 301-309.
- RECHBERGER, Walter H. / SIMOTTA, Daphne-Arianer: *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, Kurzlehrbuch*, 6. Baskı, Manz Verlag, Wien, 2003.
- REİSOĞLU, Safa: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, 17. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 2010.

- SAENGER, Ingo (Hrsg.): *Zivilprozessordnung: ZPO (Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäische Verfahrensrecht)*, Handkommentar, 9. Baskı, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2021 (Yazar, HK-ZPO).
- SCHALL, Alexander, "Deutsches Case Law? - Anwendung englischen Rechts unter § 293 ZPO", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 2009, Cilt 122, Sayı 3, s. 293-325.
- SCHILKEN, Eberhard: "Medeni Yargılamada Hakim Rolü", (Çev.) DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- SCHILKEN, Eberhard, *Zivilprozessrecht*, 4. Baskı, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
- SEROZAN, Rona: *Medeni Hukuk: Genel Bölüm, Kişiler Hukuku I*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018 (Medeni Hukuk I).
- SEROZAN, Rona, *İfa- İfa Engelleri - Haksız Zenginleşme* (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU / HATEMİ / SEROZAN / ARPACI: Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Üçüncü Cilt), 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016 (İfa).
- SİMİL, Cemil: "Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 1351-1376.
- SPICKHOFF, Andreas: "Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1999, Cilt 112, Sayı 3, s. 265-292.
- SPÜHLER, Karl (Hrsg.): *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung; Lugano-Übereinkommen (LugÜ II); Haager Übereinkommen (HZÜ, HBewÜZO)*, Liberalis Verlag, Zürich, 2010.
- SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik (Hrsg.): *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung: ZPO*, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017 (Yazar, BSK-ZPO).
- STAEHELIN, Adrian / STAEHELIN, Daniel / GROLIMUND, Pascal: *Zivilprozessrecht*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2013.
- SUTTER-SOMM, Thomas / SEILER, Benedikt (Hrsg.): *Handkommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO*, Schulthess Verlag, Zürich, 2021.
- TANDOĞAN, Haluk: *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Medeni Usul).
- TANRIVER, Süha: *Medeni Usul Hukuku'nda Derdestlik İtirazı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007 (Derdestlik İtirazı).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla: *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TERCIER, Pierre / PICHONNAZ, Pascal / DEVELİOĞLU, H. Murat: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- THOMAS, Heinz / PUTZO, Hans: *Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgeetzen*, 18. Baskı, Verlag C.H. BECK, München, 1993.
- TOSUN, Çağdaş: *Haksız Fiilden ve Sözleşmeden Doğan Sorumluluk Çerçevesinde Sebeplerin Yarışması (TBK m. 60)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- TUNCER KAZANCI, İdil: *Medeni Usûl Hukukunda Yarışan Haklara Dayanan (Mütelâhik) Davalar*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, 6. Baskı, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- TÜRK, Burak / YILMAZ, Çiğdem: "Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesi Kapsamında Sorumluluk Sebeplerinin Yarışması", (Ed.) BAYSAL, Başak: *Sorumluluk Hukuku - Seminerler 2018*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 371-407.
- ULUKAPI, Ömer: *Medeni Usul Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Yargıç ve Avukatlar İçin HMK Uygulamasında Karşılaşılabilecek Soru ve Sorunların Türk ve Neuchâtel Bilimsel ve Yargısal İçtihatları Işığında Yanıtları ve Çözümleri)*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

- UYGUR, Turgut: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Cilt - I, Madde 1-236*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, 7. Baskı*, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000 (Medeni Yargılama).
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı*, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967 (İddia ve Müdafaa).
- VON TUHR, Andreas: *Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2, (Çev.) EDEGE, Cevat, Olgaç Matbaası, İstanbul, 1983.*
- VON TUHR, Andreas / ESCHER, Arnold: *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweiter Band, 3. Baskı*, Schulthess Verlag, Zürich, 1974.
- VORWERK, Volkert / WOLF Christian (Hrsg.): *BeckOK ZPO, 45. Edition, Stand: 01.07.2022*, Verlag C.H. BECK, München, 2022 (Yazar, BeckOK ZPO).
- WIEGAND, Wolfgang: "Iura novit curia vs. ne ultra petita - Die Anfechtbarkeit von Schiedsgerichts-urteilen im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichts, Sonderdurch aus Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung, Zivil- und schiedsverfahrensrechtliche Aspekte", *Festschrift für Frans Kellerhals zum 65. Geburtstag*, Stämpfli Verlag, Bern, 2005, s. 127-144.
- YAVAŞ, Murat: "Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü", *Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkim Kitabevi, İstanbul, 2007, s. 283-335.
- YAVUZ, Nihat: *6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Madde 1-338, 2. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015 (Şerh).
- YAVUZ, Nihat: *Açıklamalı- Yorumlu 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Değişiklikler ve Yenilikler (Genel Hükümler - Özel Hükümler)*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012 (Yenilikler).
- YAVUZ, Nihat: *Borçlar Hukuku El Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (El Kitabı).
- YILDIRIM, M. Kâmil: "Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2016, Cilt 22, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı, Cilt III, s. 3027-3044.
- YILDIRIM, M. Kâmil: *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1990.
- YILMAZ, Yasemin: "Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Haksız Fiil Sorumluluğunun Karşılaştırılması", *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 613-648 (Sözleşmeden Doğan).
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 1. Cilt*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Şerh, C. 1).
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Cilt*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Şerh, C. 2).
- YILMAZ, Ejder: *Islah*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Islah).
- ZIMMERMANN, Walter: *Zivilprozeßordnung und GVG, EGZPO, EGGVG, EuGVÜ: Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, 2. Baskı, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1991.
- ZÖLLER, Richard: *Zivilprozeßordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozeßrecht, Kostenanmerkungen; Kommentar*, 22. Baskı, Otto Schmidt, Köln, 2001.



## Cinsel Özgürlük Bağlamında Hükümlülerin Eşleriyle Mahrem Görüşme Hakkı<sup>(\*)</sup>



*The Right of Convicts to Conjugal Visits in The Context of Sexual Freedom*

**Nurullah KANTARCI**



Araştırma Görevlisi Doktor

*Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Eş Görüşmesi,  
Mahrem Görüşme,  
Genişletilmiş Aile  
Ziyareti, Cinsel  
Haklar,  
Özel ve Aile Hayatına  
Saygı Hakkı.*

### Keywords

*Conjugal Visit,  
Intimate Visit,  
Extended Family Visit,  
Sexual Rights,  
Right to Respect for  
Private and Family  
Life.*

### Öz

Ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların bazı hakları, hapsedilmenin doğal bir sonucu olarak kısıtlanmış olacaktır. Bu kısıtlamalardan birisi de hükümlü ve tutukluların cinsel haklarına ilişkindir. Hükümlü ve tutuklular cezaevinde buldukları sürece diledikleri gibi cinsel münasebette bulunamayacaklardır. Ancak hükümlü ve tutukluların cinsel münasebette bulunabilme imkânları tamamen ortadan kaldırılmamalıdır. Zira cinsellik, insanın en temel ihtiyaçlarından birisidir. Bu sebeple kanun koyucular hükümlü ve tutukluların belirli şartlar dâhilinde eşleriyle mahrem görüşme yapabilmelerine izin vermektedir. Ancak karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler incelendiğinde, bu hakkın kapsamının ve şartlarının oldukça farklılık arz ettiği görülmektedir. Türk hukukunda bu imkân hükümlü ve tutuklulara bir hak olarak değil, bir ödül olarak tanınmaktadır. Ayrıca ülkemizde hükümlü ve tutuklular, yalnızca evli oldukları eşleriyle mahrem görüşme imkânına sahiptir.

### Abstract

Some rights of convicts and detainees in penal institutions will be restricted as a natural consequence of incarceration. One of these restrictions concerns the sexual rights of convicts and detainees. Convicts and detainees will not be able to have sexual intercourse as they wish while they are in prison. However, the opportunities of convicts and detainees to have sexual intercourse should not be completely abolished. Because sexuality is one of the most basic human needs. For this reason, the legislators allow convicts and detainees to have conjugal visits under certain conditions. However, when the regulations in comparative law are analyzed, it is seen that the scope and conditions of this right are quite different. In Turkish law, this opportunity is granted to convicts and detainees as a reward, not as a right. Moreover, in our country, convicts and detainees are only allowed to have intimate contact with their legal spouses.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 05.05.2023, Kabul Tarihi: 05.06.2023.

## I. GENEL AÇIKLAMALAR

Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazına başlandığında, hapsedilmenin doğal sonucu olarak hükümlüler<sup>1</sup> birçok özgürlükten mahrum kalmaktadır. Bununla birlikte cezaevinde bulunan hükümlüler de temel hak ve özgürlüklerin birer süjesi olmaya devam etmektedir<sup>2</sup>. Nitekim bu durum, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin<sup>3</sup> 10. maddesinde “*özgürlüklerinden yoksun bırakılan herkese insanca ve kişinin doğuştan sahip olduğu onura saygı gösterilerek davranılır*” şeklinde ifade edilmiştir. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa Cezaevi Kurallarına Dair Üye Devletlere Tavsiye Kararı'nın “Temel İlkeler” başlığı altında da özgürlüğünden yoksun bırakılan kişilere insan haklarına saygılı şekilde davranılması gerektiği (m. 1) ve bu kişilerin mahkûmiyet ve tutuklama ile hukuken ellerinden alınmayan tüm haklarını muhafaza edecekleri (m. 2) belirtilmiştir<sup>4</sup>. Yine Anayasamızın<sup>5</sup> 17/3. maddesinde “*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*” düzenlemesi yer almaktadır. Benzer bir düzenlemeye Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 3'te yer verilmiş; işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı ceza ve muamelelerin yasak olduğu vurgulanmıştır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun<sup>6</sup> (CGTİHK) m. 2/2 hükmünde de “*ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazında zalimane, insanlık dışı, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranışlarda bulunulmayacağı*” belirtilmiştir. Tüm bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere hükümlüler; yaşam hakkı, sağlık hakkı, din ve vicdan hürriyeti, aile hayatına ve özel hayatına saygı gösterilme hakkı, dış dünya ile ilişkilerini devam ettirebilme gibi birçok hakka sahip olmaya devam edeceklerdir<sup>7</sup>. Ancak elbette ki hapsedilmenin doğası gereği bu hakların bazılarının kullanımında kısıtlamalar ortaya çıkacaktır<sup>8</sup>. Bu kısıtlamalardan birisi de şüphesiz dış dünya ile ilişki ve cinsel hakların kullanımında olacaktır.

Hükümlü olarak infaz kurumuna yerleştirilen kimse, özgür olduğu dönemdeki gibi dış dünya ile ilişki kuramayacak; cinsel haklarını serbestçe kullanamayacak ve istediği kişiyle, istediği zaman mahrem görüşme yapamayacaktır. Bununla birlikte infaz kurumuna konulan hükümlüler, cinsel haklarından<sup>9</sup> tamamen mahrum bırakılmamalıdır<sup>10</sup>. Zira cinsellik, insanlar için beslenme, barınma, hava ve su

<sup>1</sup> Çalışmamızda “hükümlüler ve tutuklular” kavramı yerine tekrardan kaçınmak için yalnızca “hükümlüler” kavramı kullanılmıştır. Ancak ifade etmek isteriz ki çalışmada değinilen hususlar, uygun düştüğü ölçüde tutukluları da kapsamaktadır.

<sup>2</sup> DEMİRBAŞ, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 52; TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 658, 659; OSMA-NOĞLU, Bilal / PARLAK, Oğuzhan Emre: “Mahpusların Aileleri ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 1, s. 237, 238. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de hükümlülerin özgürlük hakkı hariç, sözleşmede güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerden yararlanmaya devam edeceklerinin altını çizmektedir. Bkz. AİHM, *Hirst/Birleşik Krallık* (No. 2), B. No: 74025/01, T. 06.10.2005, § 69. Bununla birlikte Mahkeme, mahkûmiyetin kaçınılmaz bir sonucu olarak Sözleşme kapsamındaki bazı haklar üzerinde sınırlamalar yapılabileceğine fakat bu sınırlandırmaların niteliğinin ve kapsamının Sözleşme'yle uyumlu olması gerektiğine işaret etmiştir. Bkz. AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık*, B. No: 44362/04, T. 04.12.2007, § 39.

<sup>3</sup> Türkiye 4 Haziran 2003 tarih ve 4868 sayılı Kanun ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuş, söz konusu Kanun 18 Haziran 2003 tarihinde 25142 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm> (ET: 01.03.2023).

<sup>4</sup> Avrupa Cezaevi Kuralları'nın Türkçe metni için bkz. <https://rm.coe.int/cm-revision-of-epr-01072020-tr/1680a09978> (ET: 01.03.2023).

<sup>5</sup> Bkz. 09.11.1982 tarihli ve 17863 sayılı (Mükerrer) Resmî Gazete.

<sup>6</sup> Bkz. 29.12.2004 tarihli ve 25685 sayılı Resmî Gazete.

<sup>7</sup> AİHM, *Khorosenko/Rusya* kararında, yetkililerin mahpusun yakın aile fertleriyle iletişimini sürdürmesini sağlamalarının mahpusun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının önemli bir parçası olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, bu hakka yapılacak olan bir müdahale, Sözleşme'nin 8/2. maddesi kapsamında gerekçelendirilmelidir. Bkz. AİHM, *Khorosenko/Rusya*, B. No: 41418/04, T. 30.06.2015, § 106 ve 110. mahkeme, *Gülmez/Türkiye* kararında da bu hakka getirilecek olan sınırlamaların suç işlenmesinin ve düzensizliğin önlenmesi sebebiyle olsa dahi haklı bir gerekçeye dayanması gerektiğinin altını çizmiştir. Bkz. AİHM, *Gülmez/Türkiye*, B. No: 16330/02, T. 29.09.2008, § 46.

<sup>8</sup> EREN, Abdurrahman: “Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların Eş Ziyareti Hakkı”, *Prof. Dr. Aliiefendioğlu'na Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 285.

<sup>9</sup> 10-15 Temmuz 2005 tarihinde Montreal'de yapılan 17. Dünya Seksoloji Kongresi'nde sunulan ve kabul edilen Cinsel Haklar Bildirgesi'nde bireylerin sahip olduğu cinsel haklar şu şekilde sıralanmıştır: (1) cinsel özgürlük hakkı, (2) cinsel otonomi, (3) cinsel mahremiyet hakkı, (4) cinsel eşitlik hakkı, (5) cinsel zevk hakkı, (6) duygusal cinsel ifade hakkı, (7) özgürce cinsellik içeren ilişki kurma hakkı, (8) özgür ve sağlıklı üreme seçimi yapma hakkı, (9) cinsel bilgi edinme hakkı, (10) cinsel eğitim hakkı, (11) cinsel sağlık bakımı hakkı. Bkz. <https://psikiyatri.org.tr> ET: 02.03.2023).

<sup>10</sup> Doktrinde bazı yazarlara göre mahkûmların cinsel özgürlüklerinden mahrum bırakılması hapsedilmenin doğal ve zorunlu sonucudur. Bu yöndeki görüşler için bkz. THIELE, Christoph Wilhelm: *Ehe- und Familienschutz im Strafvollzug*, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2016, s. 147. Ayrıca bkz. EBÜ HAMİDE, Abdülhâfiz: “Hükümlünün Mahrem Görüşme Hakkı - İslam Hukuku ve

gibi temel bir ihtiyaçtır<sup>11</sup>. Hükümlülerin cinsel haklarını kullanmalarının tamamen kısıtlanması durumunda hükümlüler bakımından çeşitli fiziksel ve ruhsal problemler ortaya çıkabileceği gibi bu durum hükümlülerin özel ve aile hayatlarına da zarar verebilecektir<sup>12</sup>. Bunun yanında cinsel özgürlükleri tamamen kısıtlanmış olan birçok hükümlünün cezaevlerinde birlikte yaşıyor olmaları, infaz kurumunun düzeni bakımından da sorunlar yaratacaktır. Bu sebeple cinsel özgürlüklerinin tamamen kısıtlanması yerine, hükümlülere kısmen de olsa cinsel münasebetlerine devam edebilme hakkı tanınmalıdır<sup>13</sup>. Cinsel hakların özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında olduğu düşünüldüğünde, bu hakkın kullanılmasının tamamen kısıtlanması, kişilerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının (Anayasa m. 20) özüne dokunan, ağır bir müdahale teşkil edecektir<sup>14</sup>.

Uluslararası bağlayıcı sözleşmeler ve konuyla ilgili tavsiye niteliğindeki belgeler incelendiğinde, hükümlülerin mahrem görüşme haklarının olduğuna dair açık bir düzenlemenin mevcut olmadığı görülmektedir<sup>15</sup>. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler incelendiğinde ise bazı ülkelerde hükümlülerin cinsel münasebette bulunmalarının tamamen yasaklandığı söylenebilecektir. Bazı ülkelerde ise bu hakkın tanınması amacıyla hükümlülerin belirli şartlarda eşleriyle mahrem görüşme yapabilmelerine imkân tanınmış ve bu sayede eşleriyle cinsel münasebet kurabilmelerinin önü açılmıştır<sup>16</sup>. Ancak hükümlülere tanınmış olan hakkın kapsamının nasıl olacağı, hükümlülerin eş dışında üçüncü bir kimseyle mahrem görüşme yapıp yapamayacağı, bu imkânın hükümlülere bir hak olarak mı yoksa ödül olarak mı tanınacağı gibi pek çok hususta tartışmalar bulunmaktadır. Çalışmamızda tüm bu sorunlara karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ışığında cevap aranacak ve Türk hukuku bakımından yasal öneriler ileri sürülecektir.

## II. TÜRK HUKUKUNDAKİ YASAL DURUM

24.01.2013 tarihli 6411 sayılı Kanun değişikliğine<sup>17</sup> kadar Türk hukukunda hükümlülerin eşleriyle mahrem görüşmelerine izin veren bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu tarihe kadar hükümlüler yalnızca CGTİHK m. 95 hükmü doğrultusunda özel izin alarak bu imkâna ulaşabilmekteydi. Söz konusu düzenleme ise şu şekildeydi: “*Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlarla kapalı ceza infaz kurumunda olup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazananlara, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı ile yılda en çok üç kez olmak üzere her defasında yol hariç üç güne kadar izin verilebilir.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere özel izin hakkı yalnızca açık ceza infaz kurumunda bulunan veya açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya hak kazanan hükümlülere tanınmış, kapsamı dar bir hak idi.

Ürdün Kanunu Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, (Çev.) HAYTA, Mustafa / KORKMAZ, Ömer, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2014, Sayı 37, s. 216.

<sup>11</sup> KANTARCI, Nurullah: *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 5. Nitekim Abraham Maslow, “İhtiyaçlar Hiyerarşisi” teorisinde cinselliği bir temel ihtiyaç olarak yemek, hava, su, barınma gibi gereksinimler ile birlikte fiziksel ihtiyaçlar içerisinde değerlendirmiş ve piramidin en alt basamağında konumlandırmıştır. Bkz. MASLOW, Abraham: *Motivation and Personality*, 2. Edition, Harper & Row Publishers, New York, 1970, s. 36.

<sup>12</sup> EREN, s. 288; YARSUVAT, Duygun: “Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1984, Sayı 2, s. 459; THIELE, s. 146, 147.

<sup>13</sup> Altınsoy da hükümlülerin infaz kurumlarında kısıtlı da olsa bir mahrem alanlarının olması gerektiğine, bunun topluma yeniden kazandırılmalarına katkı sağlayacağına işaret etmektedir. Bkz. ALTINSOY, Bülent: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 115, s. 57, 58.

<sup>14</sup> EREN, s. 302.

<sup>15</sup> Avrupa İşkencenin Önlenmesi Komitesi (*European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment*, CPT), Portekiz Raporu’nda mahpuslara aile ve kişisel ilişkilerin sürdürülmesi için (cinsel ilişki dâhil) genişletilmiş ziyaret hakkı verilmesinin, bu tür ziyaretlerin insan onuruna uygun bir şekilde gerçekleştirilmesi şartıyla, övgüye değer bir adım olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Report to the Portuguese Government on the visit to Portugal carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment from 19 to 27 January 1992, prg. 149. Rapor için bkz. <https://rm.coe.int/168069794e> (ET: 10.04.2023).

<sup>16</sup> Karşılaştırmalı hukuktaki durum aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

<sup>17</sup> 31.01.2013 tarihli ve 28545 sayılı Resmî Gazete.

Hükümlülerin eşleriyle mahrem görüşme imkânı Türk hukukuna 6411 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik ile girmiştir. Kanun'un 6. maddesiyle CGTİHK'in "Ödüllendirme" başlıklı 51. maddesinin 3. fıkrasına (a) bendi olarak şu hüküm eklenmiştir<sup>18</sup>;

*"Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmidört saate kadar eşleri ile kurum veya eklentilerinde ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde görüştürülebilir".*

Öncelikle ifade etmek isteriz ki hükümlülerin cinsel haklarını kullanabilmeleri için kanuna bu yönde bir hüküm eklenmesinin olumlu bir gelişme olduğunu düşünmekteyiz<sup>19</sup>. Fakat düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Türk hukukunda eş ile mahrem görüşme yapabilme imkânı hükümlülere bir hak olarak tanınmamış; bir ödül olarak düzenlenmiştir<sup>20</sup>. Kanaatimizce bu imkânın bir hak olarak değil, ödül olarak düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Zira insanın en temel ihtiyaçlarından biri olan cinsel münasebette bulunabilmenin bir hak olarak tanınması yerine, bunun bir ödül olarak nitelendirilmesi insan haklarıyla ve insan onuruyla bağdaşır nitelikte değildir<sup>21</sup>. Ayrıca hükümlüler bakımından önemli bir temel ihtiyaç olan mahrem görüşme imkânının hak yerine ödül olarak düzenlenmesi, bunun uygulamada bir istisna hâline gelmesi sonucunu doğurabilecektir<sup>22</sup>. Böylece de bu imkândan birçok hükümlünün yararlanmasının önüne geçilebilecektir. Bize göre evli hükümlülerin eşleriyle mahrem görüşmeleri, AİHS m. 8'de yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Yine CGTİHK m. 51/3-a hükmüne göre, hükümlülere verilen mahrem görüşme hakkı yalnızca evli eş bakımından geçerlidir. Dolayısıyla hükümlüler, evli eşleri dışındaki bir kimseyle mahrem görüşme yapamayacaklardır. Düzenlemenin bu açıdan da yerinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmaların detaylarına çalışmanın devamında ayrıntılı olarak değineceğiz.

CGTİHK m. 51/3-a hükmünden çıkan bir diğer sonuca göre eş ile mahrem görüşme hakkından yalnızca kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler yararlanabileceklerdir. Bu hak açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere tanınmamıştır. Açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler CGTİHK m. 95 hükmü uyarınca özel izin ile aileleriyle görüşebileceklerdir<sup>23</sup>.

İnfaz Kanunumuzda ödüllendirmeye ilişkin usul ve esaslar ile bu ödüllerden yararlanmanın kapsam ve şartlarının, suç türleri dikkate alınarak yönetmelik ile belirleneceği ifade edilmiştir (CGTİHK m. 51/4). Bu sebeple 30.03.2013 tarihinde "Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik"<sup>24</sup> çıkartılmıştır. Yönetmelik'in "Ödüllendirilebilecek Tutum ve Davranışlar" başlıklı 8. maddesine göre<sup>25</sup> hükümlü ve tutukluların ödüllendirmeden faydalanabilmeleri için disiplin cezası almamış olmaları

<sup>18</sup> 6411 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde hükümlülerin yeniden sosyalleşmesi ve aile hayatlarının korunması amacıyla söz konusu değişikliğin yapıldığı vurgulanmıştır. Değişikliğin gerekçesi için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0708.pdf> (ET: 06.03.2023).

<sup>19</sup> Demirbaş da düzenlemenin yerinde olmakla birlikte yetersiz olduğu görüşündedir. Bkz. DEMİRBAŞ, s. 322.

<sup>20</sup> Bu husus Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik m. 5/1-c hükmünde de şu şekilde vurgulanmıştır: "Hükümlü ve tutuklulara ödül verilirken bunların bir hak değil, teşvik esaslı ayrıcalık olarak verilebileceği göz ardı edilemez".

<sup>21</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK, Veli Özer: *İnfaz Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 263; KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: "Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler - Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı - Hapis Cezasının İnfazının Ertelenmesi - İzinler - Eş Ziyareti", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 8, Sayı 23, s. 66; OSMANOĞLU / PARLAK, s. 253; SÜSLÜ, Güven: *Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 299.

<sup>22</sup> TİHEK, T. 12.02.2019, B. No: 2018/2247, K. 2019/7, *Mehmet Altuntaş*'in karşı oy yazısı. Nitekim karara konu başvuruda ilgili infaz kurumunda son bir yıldır hiçbir hükümlüye mahrem eş görüşmesi ödülünün verildiği ifade edilmektedir. Karar için bkz. <https://www.tih.gov.tr/public/images/kararlar/57DA60.pdf> (ET: 06.03.2023).

<sup>23</sup> CGTİHK m. 95: "Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlarla kapalı ceza infaz kurumunda olup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazananlara, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı ile üç ayda bir, yol hariç yedi güne kadar izin verilebilir. (Ek cümle: 14/4/2020-7242/39 md.) Hastalık veya doğal afet gibi zorlu hâllerde bu izinler birleştirilerek kullanılabilir".

<sup>24</sup> 30.03.2013 tarihli ve 28603 sayılı Resmî Gazete.

<sup>25</sup> "(1) Disiplin cezası almamış veya kaldırılmış hükümlü ve tutuklulardan aşağıda sayılan tutum ve davranışların bir veya birkaçını sergileyenler, diğer davranış türlerine de açıkça aykırı davranışmaları hâlinde ödüllendirilebilir:

a) Tutum ve davranışları ile diğer hükümlü ve tutuklulara iyi örnek olmak,

b) İyileştirme faaliyetlerine geçerli mazeret dışında sürekli ve etkin bir şekilde katılarak kişisel gelişim göstermek,

(veya bunun kaldırılmış olması) ve maddede sayılan olumlu tutum ve davranışları sergilemiş olmaları (ayrıca diğer davranış türlerine de açıkça aykırı davranmamaları) gerekmektedir. Hükümlü ve tutukluların ödüllendirilmesi ile verilecek ödülün türüne, sayısına, süresine veya geri alınmasına İdare ve Gözlem Kurulu tarafından karar verilecektir (Yönetmelik m. 9). Kurul, ödüllendirme kararını re'sen veya kurumda görev yapan servislerin teklifi üzerine vermektedir (Yönetmelik m. 10/1). Doktrinde, hükümlünün ödül verilmesine ilişkin bir talep hakkının olmadığı ileri sürülmektedir<sup>26</sup>. Kanaatimizce her ne kadar ödüllendirme kararının Kurul tarafından verileceği düzenlenmiş ise de bu durum hükümlülerin talep veya şikâyet haklarını ortadan kaldırmayacaktır. Hükümlü ve tutuklular, eş ile mahrem görüşme ödülünden faydalanmak için kuruma dilekçe verebilir ya da bu ödülün yararlandırılmadıkları takdirde İnfaz Hâkimliği Kanunu m. 5 hükmü uyarınca infaz hâkimliğine şikâyette bulunabilirler<sup>27</sup>. Uygulamada Yargıtay da şartları oluşmasına rağmen eş ile mahrem görüşme ödülünden faydalandırılmayan tutuklu ve hükümlülerin şikâyet hakkını kullanabileceğine karar vermiş ve geçerli bir sebep olmaksızın bu ödülün yararlandırılmayan hükümlünün şikâyetini haklı bulmuştur<sup>28</sup>. Bu noktada önemli olan eş ile mahrem görüşme imkânından yararlandırılmaları bakımından hükümlüler arasında ayırım yapılmamasıdır. Mahpuslara Muameleye Dair Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları'nın (Nelson Mandela Kuralları) 58. maddesinin 2. fıkrasında da eşle mahrem görüşme izni verildiği durumlarda, bu hakkın ayırım yapılmaksızın kullanılması gerektiği vurgulanmıştır<sup>29</sup>. Yine Yönetmelik'in 5/1-b hükmünde de ödüllendirmenin hükümlüler ve tutuklular arasında ayırmacılık yapılmadan uygulanacağı belirtilmiştir<sup>30</sup>.

Eş ile mahrem görüşme ödülünün detayları Yönetmeliğin 11-16. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 11. maddesinde eş görüşme ödülünün tanımı ve kapsamı<sup>31</sup>, 12. maddesinde eş görüşmesi ile ilgili genel hükümler<sup>32</sup>, 13. maddesinde ödülün süresi<sup>33</sup>, 14. maddesinde eş görüşmesi sıra-

c) İş, eğitim ve öğretim faaliyetlerine geçerli mazeret dışında sürekli katılarak üstün başarı göstermek,

ç) Kurumdaki kişisel ve ortak kullanım alanları ile bu yerlerde bulunan eşyaların temizlik, düzen ve korunmasına azami özen göstermek,

d) Kurum içi ya da dışındaki sosyal, kültürel veya sportif faaliyetlere sürekli ve etkin bir şekilde katılarak kişisel gelişim göstermek,

e) Kurum işleyişini sürdürmek için gerekli olan kurum iç hizmetlerinin yerine getirilmesinde istekli olmak ve üstün gayret göstermek,

f) Uyuşturucu, alkol veya sigara bağımlısı olup da bu bağımlılıktan kurtulmak için kurumca yürütülen eğitim veya tedavi programlarına katılarak bu konuda gelişim göstermek,

g) Kurum asayiş ve düzenini tehlikeye düşürebilecek hukuka aykırı bir eylemin ortaya çıkarılmasını sağlamak.”

<sup>26</sup> SÜSLÜ, s. 299.

<sup>27</sup> İnfaz Hâkimliği Kanunu m. 5/1: “Ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde hükümlü ve tutuklular hakkında yapılan işlemler veya bunlarla ilgili faaliyetlerin ya da Cumhuriyet savcısının ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazına ilişkin verdiği kararların kanun veya diğer mevzuat hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle bu karar, işlem veya faaliyetlerin öğrenildiği tarihten itibaren onbeş gün, herhalde yapıldığı tarihten itibaren otuz gün içinde şikâyet yoluyla infaz hâkimliğine başvurulabilir”.

<sup>28</sup> “... Kocaeli 1 No.lu F Tipi Yüksek Güvenlikli Ceza İnfaz Kurumunda hükümlü E.. Y..’ün, iyi halli olduğunun kurul kararlarıyla kabul edildiğini ve bu kapsamda kendisine telefon görüşme hakkı ve ziyaret süresini 1 saat uzatma ödülü verildiği halde, 5275 sayılı Kanun’un 51/3-a maddesi gereğince tarafına aile görüşme hakkının verilmediğinden bahisle şikâyetini içerir İnfaz Hâkimliğine hitaben yazdığı dilekçesinin, infaz kurumunun 21/01/2014 tarih ve 2014/879 sayılı yazısıyla birlikte İnfaz Hâkimliğine sunulmasını müteakip; İnfaz Hâkimliğince hükümlünün şikâyet niteliğindeki talebi hakkında değerlendirme yapılarak, Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkındaki Yönetmelik uyarınca talebinin kabul edilmesine karar verilmesinde usul ve hukuka aykırılık bulunmadığından...”. Bkz. Yargıtay, 19. CD., T. 12.11.2015, E. 2015/16540, K. 2015/7107 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET: 09.03.2023). Anayasa Mahkemesinin konuyla ilgili kararlarına ise aşağıda ayrı bir başlık altında değinilecektir.

<sup>29</sup> BM ASK m. 58/2: Eşle özel görüşme izni verildiği durumlarda, bu hak ayırım yapılmaksızın kullanılır ve kadın mahpuslar da bu hakkı erkek mahpuslar ile eşit koşullarda kullanır. Güvenlik ve onurun korunmasını dikkate alarak, adil ve eşit erişim sağlayacak usuller ve mekânlar, kullanılabilir duruma getirilir.

<sup>30</sup> Yönetmelik m. 5/1-b: “Hükümlü ve tutuklulara; ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, felsefî inanç, millî veya sosyal köken ve siyasî görüşleri ile ekonomik güçleri ve diğer toplumsal konuları yönünden ayırım yapılamaz ve sırf bu nedenlerle ayrıcalık tanınmaz”.

<sup>31</sup> “(1) Kapalı ceza infaz kurumundaki hükümlü ve tutuklulara, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar eşleriyle kurumun bu tür ziyaretler için ayrılan bölümünde ve personelin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde eş görüşmesi ödülü verilebilir.”

<sup>32</sup> “(1) Eş görüşmesi için kuruma gelen ziyaretçilerden; Türk vatandaşı olanların Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını içeren resimli bir kimlik belgesini, yabancı uyruklu olanların ise pasaport veya yerine geçebilecek bir kimlik belgesi ile birlikte hükümlü veya tutuklu ile evli olduğunu ispatlayan Türkçe tercüme edilmiş resmî onaylı belgeyi göstermesi zorunludur.

(2) Kurul, her bir ödüllendirme kararı ile bir kez eş görüşmesi ödülü verebilir.

(3) Cinsel saldırı, cinsel istismar veya aile içi şiddet suçu işlenmiş hükümlü ve tutuklular ile eş görüşmesi ödülü verilmesinin hükümlü, tutuklu veya eşi açısından riskli görüldüğü diğer durumlarda kurumda bulunan veya başka kurumlardan temin edilen psikososyal yar-

sında alınacak güvenlik tedbirleri<sup>34</sup>, 15. maddesinde eş görüşmesi sırasında alınacak sağlık tedbirleri<sup>35</sup>, 16. maddesinde ise eş görüşmesi esnasında iase düzenlenmiştir<sup>36</sup>. Bu hükümlerin yanında yönetmeliğin 18. maddesinde eş görüşmesi sırasında kurallara uymamanın yaptırımı belirlenmiştir<sup>37</sup>. Söz konusu düzenlemelerin ayrıntılarına girmeden ifade etmek isteriz ki Yönetmelik'te eş görüşmesinin teknik detayları genel olarak ihtiyaca cevap verecek şekilde düzenlenmiştir.

### III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ DURUM

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler incelendiğinde bazı ülkelerin eş ile mahrem görüşmeyi (*conjugal visit*) hükümlüler için bir hak olarak düzenledikleri görülürken bazı ülkeler eş ile mahrem görüşmeyi bir ödül olarak düzenlemektedir. Yine bazı ülkeler eş ile mahrem görüşmeyi yalnızca resmi nikâhlı eş ile sınırlandırırken bazı ülkelerde resmi nikâh şartı aranmamaktadır. Bununla birlikte bazı ülkelerde ise hükümlülerin eşleriyle mahrem görüşme yapabilmelerine izin verilmemektedir. Örneğin Hindistan'da hükümlülerin eşleriyle mahrem görüşme yapabilmelerine imkân sağlayan bir yasal düzenleme bulunmamaktadır<sup>38</sup>. Yine Japonya ve İrlanda'da eş ile mahrem görüşmeye izin verilmemektedir<sup>39</sup>.

Kanada'da hükümlülere, Kanada Islah Servisi (*Correctional Service of Canada*) tarafından, hükümlülerin aile ve toplum bağlarını güçlendirmek ve resosyalizasyonlarını sağlamak için özel aile

*dim servisi personeli eşlerle öncelikle ayrı ayrı görüşür. Gerekli hâllerde eşlerle birlikte de görüşme yapılabilir. Görüşme sonucunda hazırlanacak değerlendirme raporunun Kurul tarafından dikkate alınması zorunludur.*

(4) Aynı kampüs veya kurumda barındırılan hükümlü veya tutuklu eşlerin bu ödülden yararlanmaları için her ikisi hakkında da ayrı ayrı ödüllendirme kararı verilmesi gerekir.”.

<sup>33</sup> “(1) Hükümlü ve tutuklulara, en erken ayda bir en geç üç ayda bir, üç saatten yirmi dört saate kadar eş görüşmesi ödülü verilebilir.

(2) İlk görüşmenin süresi üç saat olarak belirlenir. Bu süre; hükümlü veya tutuklunun tutum ve davranışları, kurumun fiziki yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu dikkate alınarak kademeli şekilde yirmi dört saate kadar artırılabilir.

(3) Eş görüşmesi, dini ve milli bayramlar ile Bakanlık tarafından açık görüşme izni verilen özel günlerde yapılamaz.

(4) Eş görüşmesinin gün ve saati, kurumun fiziki yapısı, personel sayısı ve mevcut doluluk durumu ile hükümlü ve tutukluların talepleri dikkate alınarak 09:00 ilâ 17:00 saatleri arasında başlayacak şekilde belirlenir.

(5) Görüşme tarihi ve saati, başkalarının haberdar olamayacağı uygun vasıtalarla, hükümlü veya tutuklunun eşine haber verebileceği makul bir süre önce kendisine bildirilir.

(6) Kurumdan kaynaklanan bir sebeple veya hükümlü, tutuklu ya da eşinin kabul edilebilir bir mazereti nedeniyle görüşmenin planlanan gün ve saatte gerçekleşmemesi hâlinde kurum idaresi tarafından başka bir tarih belirlenir”.

<sup>34</sup> “(1) Eş görüşmesinin güvenli bir şekilde yapılabilmesi için görüşmenin mahremiyetini ihlâl etmeyecek tüm tedbirler alınır. Görüşme odası giriş kapısının dış kısmını gösterecek şekilde kamera koyularak görüntüler kayıt altına alınabilir.

(2) Görüşme odası ve eklentileri her görüşme öncesi ve sonrasında görevli personel tarafından aranır.

(3) Görüşme süresinin sona ermesi, çağrı butonuna basılması veya acil müdahale gereken hâller dışında görüşme odasına girilemez.

(4) Görüşme odası ve eklentilerinde, 17/6/2005 tarihli ve 25848 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik ile bu Yönetmelikte belirtilenler dışında başka eşya bulundurulamaz”.

<sup>35</sup> “(1) Kurum, hükümlü ve tutuklular ile eşlerini, koruyucu sağlık tedbirleri ve kurumsal temizlik koşulları konusunda yazılı olarak bilgilendirir. Bu konuda hazırlanmış olan afiş ve broşür benzeri bilgilendirici materyaller hükümlü ve tutukluların kolayca erişebileceği yerlerde bulundurulur.

(2) Hepatit veya HIV gibi kan ya da cinsel yolla bulaşabilecek bir hastalığı olduğu kurumca bilinen hükümlü veya tutuklunun eşi, sağlık personeli tarafından yazılı olarak bilgilendirilir.

(3) Eş görüşmesi kapsamında kuruma gelen ziyaretçiden ikinci fıkrada yazılı türden bir hastalık taşıyıp taşımadığı konusunda hükümlü veya tutukluyu bilgilendireceği yönünde yazılı beyanı alınır.

(4) Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelikte geçen sağlık, temizlik ve kişisel kullanıma ilişkin malzemeler ile gerektiğinde bunların tek kullanımlık olanları, ayrıca ilaç niteliği taşımayan doğum kontrol ürünleri kurum kantininden satın alınabilir veya kurum idaresi tarafından imkânlar dâhilinde ilgili kurum ve kuruluşlardan temin edilebilir.

(5) Görüşme odası ve eklentilerinin düzen ve temizliğinden görüşmeden yararlanan hükümlü veya tutuklu sorumludur”.

<sup>36</sup> “(1) Hükümlü ve tutuklulara, görüşme saatlerine rastlayan öğünlere ilişkin iaseler eş görüşmesi öncesinde kumanya olarak verilir.

(2) Hükümlü ve tutuklular, eş görüşmesi öncesinde kurum kantininden satın aldığı gıda maddelerini görüşme odasında bulundurulabilir”.

<sup>37</sup> “(1) Hükümlü ve tutuklu veya ziyaretçi tarafından bu Yönetmelik ve diğer ilgili mevzuatta düzenlenen kurallara uyulmaması hâlinde görüşmeye derhâl son verilebileceği gibi bu husus sonraki ödül değerlendirmelerinde de dikkate alınır”.

<sup>38</sup> RAJ, Prithivi: “Sexual Rights of the Prisoners”, *Supremo Amicus*, 2020, Cilt 17, s. 356; GOYAL, Shruti: “Conjugal Rights of Prisoners”, *Bharati Law Review*, 2018, Cilt 6, Sayı 4, s. 64.

<sup>39</sup>

[https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal\\_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity](https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity) (ET: 15.03.2023).

ziyareti (*private family visit*) imkânı tanınmaktadır<sup>40</sup>. Aile içi şiddet riski olmayan ve disiplin cezası almamış hükümlüler özel aile ziyareti hakkından yararlanabilmektedir<sup>41</sup>. Hükümlüler özel aile ziyaretinde, evli eşlerini, resmi nikâhsız eşlerini (*common-law partner*), çocuklarını, anne ve babalarını, kardeşlerini ve bazı yakın akrabalarını, bu iş için ayrılmış özel ünitelerde, her iki ayda bir 72 saate kadar, yakın denetim olmaksızın ziyaretçi olarak kabul edebilmektedir<sup>42</sup>. Görüldüğü gibi özel aile ziyareti, eş ile mahrem görüşme imkânını da içeren daha geniş bir ziyaret türüdür. Ayrıca Kanada’da eş ile mahrem görüşme imkânı yalnızca resmi nikâhlı eş bakımından sınırlandırılmamış; bu imkân resmi nikâhsız eşlere<sup>43</sup> de tanınmıştır.

ABD’de ise federal hapisanelerde eş ile mahrem görüşmeye izin verilmezken ABD’nin bazı eyaletlerinde bu imkânın hükümlülere tanındığı görülmektedir<sup>44</sup>. Bu eyaletlerde hükümlülere tanınmış olan genişletilmiş aile ziyareti (*extended family visit*)<sup>45</sup> imkânı bir hak olarak değil, bir imtiyaz olarak düzenlenmiştir<sup>46</sup>. Bu imtiyazdan yararlanacak olan mahkûmların düşük veya orta güvenlik düzeyinde mahkûmlar olması ve disiplin problemlerinin olmaması gerekmektedir. Bunun yanında şiddet suçlarından, aile içi şiddetten ve çocuk istismarından mahkûm olanlar bu imkândan yararlanamamaktadır<sup>47</sup>. Örneğin ABD’nin California Eyaleti’nde hükümlüler; eşleri, çocukları, ebeveynleri ve kardeşleri tarafından infaz kurumundan bulunan ev ortamlarında ziyaret edilebilmektedir<sup>48</sup>. Bunun yanında 2007 yılından itibaren California’da eş cinsel hükümlülerin kayıtlı hayat arkadaşlarıyla (*registered domestic partners*) mahrem görüşmelerine de imkân sağlanmıştır<sup>49</sup>.

Alman İnfaz Kanunu’nda (*Strafvollzugsgesetz*) hükümlülerin ziyaret hakkı § 24’te düzenlenmiştir. Ancak kanun koyucu, bu maddede hükümlülerin mahrem görüşme hakkının olup olmadığı sorusunu cevapsız bırakmıştır<sup>50</sup>. Kanun, hükümlülerin bu haktan yararlanmalarını açıkça dışlamamış fakat hükümlülere bu yönde bir talep hakkı da tanımamıştır<sup>51</sup>. Kanun koyucunun bu hususta sessiz kalması, sorunun çözümünü uygulamadaki gelişmelere ve yerel koşullara bıraktığı şeklinde yorumlanmaktadır<sup>52</sup>. Hükümlülerin bu imkândan faydalandırılmalarının daha çok infaz kurumunun mekânsal ve personel özelliklerine göre değişkenlik gösterebileceği ifade edilmektedir<sup>53</sup>. Alman İnfaz Kanunu’nda

<sup>40</sup> Özel aile ziyaretinin ayrıntıları hakkında bkz. <https://www.csc-scc.gc.ca/family/003004-0001-en.shtml> (ET: 13.03.2023). Ayrıca bkz. RAJ, s. 362.

<sup>41</sup> RAJ, s. 363.

<sup>42</sup> EREN, s. 286.

<sup>43</sup> “*Common-law partner*”, mahkûmun hapsedildiği esnada mahkûmla en az bir yıldır eş ilişkisi içerisinde birlikte yaşayan kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu durum mahkûm ve eşi tarafından kanıtlanmak zorundadır. Bkz. <https://www.csc-scc.gc.ca/family/003004-0001-en.shtml> (ET: 13.03.2023).

<sup>44</sup> RAJ, s. 365. Bu eyaletler; California, Missisipi, New Mexico, New York, Washington ve Connecticut’dur. Ancak New Mexico ve Missisipi’de programın kapatıldığı ifade edilmektedir. Bkz. RAJ, s. 366.

<sup>45</sup> Hükümlülerin eşleri, çocukları, ebeveynleri ve kardeşleri tarafından yakın denetim olmaksızın bir ev ortamında ziyaret edilebilmelerine imkân tanıyan ziyaret türü.

<sup>46</sup> RAJ, s. 366.

<sup>47</sup> Benzer kısıtlamalara Türkiye’de de yer verilmiştir. Yönetmelik’in 8. maddesinde hükümlü ve tutukluların ödüllendirmeden yararlanabilmeleri için disiplin cezası almamış olmaları gerektiği belirtilmiştir. Yine Yönetmelik’in 12/3. maddesinde cinsel saldırı, cinsel istismar veya aile içi şiddet suçu işlemiş hükümlü ve tutuklular ile eş görüşmesi ödülü verilmesinin hükümlü, tutuklu veya eşi açısından riskli görüldüğü diğer durumlarda kurumda bulunan veya başka kurumlardan temin edilen psikososyal yardım servisi personelinin eşlerle görüşeceği ve görüşme sonunda hazırlanacak raporun Kurul tarafından zorunlu olarak dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Bu hükümlerin yanında Yönetmelik’in 18. maddesinde de eş görüşmesi esnasında kurallara uymayanların, görüşmelerine son verileceği ve bir sonraki ödül belirlenmesinde bu durumun dikkate alınacağı düzenlemesi yer almaktadır.

<sup>48</sup> RAJ, s. 366.

<sup>49</sup> <https://www.nbcnews.com/id/wbna18994457> (ET: 15.03.2023).

<sup>50</sup> LAUBENTHAL, Klaus: *Strafvollzug*, 7. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015, kn. 520; JOESTER, Erich / WEGNER, Elke: “§ 24: Recht auf Besuch”, (Hrsg.) FEEST, Johannes: *StVollzG Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 5. Auflage, Luchterhand Verlag, Neuwied, 2006, kn. 25.

<sup>51</sup> LAUBENTHAL, kn. 520.

<sup>52</sup> JOESTER / WEGNER, § 24, kn. 25. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi (OLG München), evli hükümlülerin eşleriyle cinsel münasebet kurabilecek şekilde görüşme haklarının olduğuna karar vermiştir. OLG München, NStZ 1994, 560. Karar için bkz. <https://beck-online.beck.de> (ET: 16.03.2023).

<sup>53</sup> OLG Frankfurt, NStZ-RR, 2008, 262. Karar için bkz. <https://beck-online.beck.de/> (ET: 16.03.2023).

açık bir düzenleme olmamasına karşın birçok eyaletin infaz kanununda bu hususta açık düzenlemeler yer almakta ve hükümlülerin eşleri tarafından özel bir odada denetimsiz bir şekilde uzun süreli ziyaret (*Langezeitbesuch*) edilebilmelerine imkân sağlanmaktadır<sup>54,55</sup>. Denetimsiz ve uzun süreli ziyaretler sayesinde de hükümlüler eşleriyle mahrem ilişkide bulunabilmektedir<sup>56</sup>. Örneğin Nordrhein-Westfalen Eyaleti İnfaz Kanunu § 19/4 hükmüne göre hükümlülere aile bağlarını ve diğer partnerlerle ilişkilerini güçlendirmek amacıyla denetimsiz, uzun süreli ziyaret hakkı verilebilecektir<sup>57</sup>. Berlin Eyaleti İnfaz Kanunu § 29/4<sup>58</sup> ve Hamburg Eyaleti İnfaz Kanunu § 26/4<sup>59</sup> hükümleri de benzer şekilde hükümlülere uzun süreli denetimsiz ziyaret hakkı verilebileceğini düzenlemiştir. Hamburg Eyaleti İnfaz Kanunu § 26/4 hükmünde ayrıca cezaevi yönetiminin personel, mekân ve organizasyon imkânlarını göz önünde bulundurarak uzun süreli ziyaret ile ilgili özel düzenlemeler yapabileceği ifade edilmiştir. Niedersachsen Eyaleti İnfaz Kanunu'nun § 25/2 maddesi ise denetimsiz, uzun süreli ziyaretin yalnızca ceza hukuku anlamında akraba sayılan kişiler tarafından, hükümlü için iyi bir etki yaratacağının beklenmesi ve hükümlünün buna uygun olması durumunda yapılabileceğini belirtmiştir<sup>60</sup>. Bremen Eyaleti İnfaz Kanunu § 26/4 hükmü de hükümlülere denetimsiz, uzun süreli ziyaret hakkı tanımaktadır. Ancak söz konusu hükme göre hayata, vücut dokunulmazlığına, kişi özgürlüğüne ve cinsel dokunulmazlığa karşı kasıtlı bir suç işleyip iki yıldan fazla hapis cezası alan hükümlüler bu haktan yararlanamayacaktır<sup>61</sup>. Almanya'daki kanuni düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda eş ile mahrem görüşme imkânının hükümlülere doğrudan bir hak olarak tanınmadığı söylenebilecektir<sup>62</sup>. Zira bu olanak, genellikle hükümlünün durumuna ve infaz kurumunun değerlendirmelerine göre sağlanmaktadır<sup>63</sup>. Almanya'da hükümlülerin eşleri (veya akrabaları) dışında kimseler tarafından denetimsiz ve uzun süreli olarak ziyaret edilip edilemeyecekleri her eyaletin infaz kanununa göre değişiklik göstermektedir. Ancak eyalet kanunları incelendiğinde hükümlülerin, genellikle, aralarında evlilik ilişkisi bulunmayan partnerleri tarafından da ziyaret edilebilecekleri görülmektedir. Alman doktrininde ceza infaz kurumlarının hükümlülere bu imkânı tanıırken anayasal olarak ailenin korunması ilkesini (*Grundgesetz* Art. 6) göz önünde bulundurmaları ve evli eşlere veya evli olmamakla birlikte ortak çocukları olan partnerlere öncelik tanınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>64</sup>.

Brezilya'da eş ile mahrem görüşme imkânı nikâh şartı aranmaksızın verilmektedir<sup>65</sup>. Bunun yanında eş cinsel erkeklere de mahrem görüşme hakkının tanındığı ifade edilmektedir<sup>66</sup>.

Fransa'da hükümlüler, infaz kurumu kampüsü içerisinde bulunan ailelere özel apartman dairelerinde üç ayda bir yetmiş iki saate kadar olmak üzere ziyaretçi kabul edebilmekte ve böylece eşleriyle mahrem görüşebilmektedir<sup>67</sup>.

<sup>54</sup> Almanya'da 2006 yılında Federalizm Reform Yasası ile birlikte, eyaletlere kendi ceza infaz kanunlarını düzenleyebilme yetkisi verilmiştir. Dolayısıyla kendi infaz kanunlarını yapan eyaletlerde kendi kanunları, bu yönde bir kanun yapmayan eyaletlerde ise Alman Federal İnfaz Kanunu geçerlidir. Bkz. LAUBENTHAL, kn. 15.

<sup>55</sup> HEIN, Knud Christian / PIEL, Hannah Milena: "§ 26: Vollzug", (Hrsg.) MÜLLER, Eckhart / SCHLOTHAUER, Reinhold / KNAUER, Christoph: *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 3. Auflage, C.H.Beck Verlag, München, 2022, kn. 68.

<sup>56</sup> Almanya'da uzun süreli denetimsiz ziyaret ilk defa *Harald Preusker* öncülüğünde Bruchsal şehrinde uygulanmaya başlamıştır. Bu uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PREUSKER, Harald: "Erfahrungen mit der Ehe- und familienfreundlichen Besuchsregelung in der JVA Bruchsal", *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 1989, Cilt 38, Sayı 3, s. 147-150.

<sup>57</sup> [https://recht.nrw.de/lmi/owa/br\\_bes\\_detail?sg=0&menu=0&bes\\_id=29324&anw\\_nr=2&aufgehoben=N&det\\_id=589469](https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_bes_detail?sg=0&menu=0&bes_id=29324&anw_nr=2&aufgehoben=N&det_id=589469) (ET: 17.03.2023).

<sup>58</sup> <https://www.berlin.de/justizvollzug/service/recht/gesetze/stvollzg-bl/article/516288.php#29> (ET: 17.03.2023).

<sup>59</sup> <https://www.landesrecht-hamburg.de/bsha/document/jlr-SichVVollzGHApP26> (ET: 17.03.2023).

<sup>60</sup> <https://stvollzg.de/laws/NI25> (ET: 17.03.2023).

<sup>61</sup> <https://stvollzg.de/laws/HB26> (ET: 17.03.2023).

<sup>62</sup> LAUBENTHAL, kn. 521.

<sup>63</sup> THIELE, s. 159, 160.

<sup>64</sup> LAUBENTHAL, kn. 521.

<sup>65</sup> TİHEK, T. 12.02.2019, B. No: 2018/2247, K. 2019/7. OSMANOĞLU / PARLAK, s. 252.

<sup>66</sup> [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/812165.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/812165.stm) (ET: 16.03.2023).



Danimarka'da 8 yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülere eş ziyareti imkânı sağlanmaktadır<sup>68</sup>.

İsrail'de hükümlüler evli eşleriyle, resmi nikâhsız eşleriyle ve kendisini son iki yıldır düzenli olarak ziyaret eden partnerleriyle mahrem görüşme hakkına sahiptir<sup>69</sup>. Bunun yanında 2013 yılından bu yana eş cinsel partnerle de mahrem görüşme imkânı mevcuttur<sup>70</sup>. İsrail'de mahrem görüşme hakkı ancak ülke vatandaşlarına sağlanmaktadır. Siyasi mahkûmlar ise bu haktan yararlanamamaktadır.

Ürdün kanunları da mahkûmların eşleriyle mahrem görüşmelerine müsaade etmektedir. 2004/9 sayılı *merâkizi'l ıslah ve 't-te'hil kanunu*'nun 20. maddesine göre bir yıl veya daha uzun süreli hapse mahkûm edilmiş her kişi, kurum müdürünün talimatıyla, eşleriyle mahrem olarak görüşebilecektir<sup>71</sup>. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere Ürdün'de bu imkân yalnızca evli eşlerle sınırlandırılmış ve bir yılın üzerinde hapis cezasına mahkûm olan kişilere tanınmıştır. Ayrıca hakkın kullanımı, kurum müdürünün inisiyatifine bırakılmıştır.

Yukarıda sayılan ülkeler dışında İspanya, Hollanda, Rusya, Belçika, İsveç, Avusturya gibi ülkelerde de çeşitli koşullarda ve farklı kapsamlarda eş ile mahrem görüşmeye müsaade edilmektedir<sup>72</sup>.

#### IV. AİHM VE AYM'İN KONUYA YAKLAŞIMI

AİHS'de hükümlülerin mahrem görüşme haklarına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Konuyla alakalı olarak AİHM'in önüne gelen davalar ise Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesine dayandırılmaktadır<sup>73</sup>.

AİHM, *Aliev/Ukrayna* kararında hükümlünün özel ve aile hayatının kısıtlanmasının hapsedilmenin doğal bir sonucu olduğunu ifade etmiş ancak hükümlülerin aileleriyle etkili temas kurmalarının sağlanmasının, hükümlünün aile hayatına saygı hakkının önemli bir parçası olduğunu belirtmiştir<sup>74</sup>. Aynı zamanda mahkeme, hükümlülerin dış dünya ile olan ilişkilerinin belirli ölçüde kısıtlanmasının Sözleşme'ye aykırı olmadığını altını çizmiştir. Aynı kararda Mahkeme, birçok Avrupa ülkesinde eş ziyaretlerine izin verilmesi yönündeki reform hareketlerini olumlu bulduğunu belirtmekle birlikte üye devletlerin hükümlülere bu yönde bir hak tanımasını Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkına ilişkin 8. maddesinin ihlali olarak görmemiştir<sup>75</sup>. Mahkeme, bu kısıtlamanın düzensizliğin ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla Sözleşme'nin 8/2. maddesi<sup>76</sup> kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir<sup>77</sup>.

Yukarıdaki kararlar aynı doğrultuda olarak AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık* kararında<sup>78</sup> üye devletlerin yarından fazlasının hükümlülere eş ile mahrem görüşme imkânı tanıdığını ve bunu olumlu bulduğunu belirt-

<sup>67</sup> OSMANOĞLU / PARLAK, s. 253.

<sup>68</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal\\_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity](https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity) (ET: 16.03.2023).

<sup>69</sup> [https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal\\_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity](https://en.wikipedia.org/wiki/Conjugal_visit#:~:text=A%20conjugal%20visit%20is%20a,purpose%20is%20usually%20sexual%20activity) (ET: 16.03.2023).

<sup>70</sup> <https://forward.com/news/breaking-news/179785/gay-israeli-prisoners-win-right-to-conjugal-visits> (ET: 16.03.2023).

<sup>71</sup> EBÛ HAMİDE, s. 226.

<sup>72</sup> RAJ, s. 363; [http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk\\_news/812165.stm](http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/812165.stm) (ET: 16.03.2023). Ayrıca bkz. TİHEK, T. 12.02.2019, B. No: 2018/2247, K. 2019/7.

<sup>73</sup> ORÇİN, Melike: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku'nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020, s. 111.

<sup>74</sup> AİHM, *Aliev/Ukrayna*, B. No: 41220/98, T. 29.04.2003, § 187.

<sup>75</sup> AİHM, *Aliev/Ukrayna*, B. No: 41220/98, T. 29.04.2003, § 188.

<sup>76</sup> AİHS m. 8/2: "Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmesi ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir".

<sup>77</sup> Aynı yönde bkz. AİHM, *Epnens-Gefners/Litvanya*, B. No: 37862/02, T. 20.05.2012, § 62.

<sup>78</sup> Söz konusu davada hükümlü olan *Dickson*, dışarıda olan eşiyile yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmayı talep etmiş ancak söz konusu talep yetkili makamlar tarafından reddedilmiştir. AİHM, olayda Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan aile hayatına saygı hakkı-

mekle birlikte üye devletlerin hükümlülere bu yönde bir hak tanınması hususunda pozitif bir yükümlülüğünün olmadığını altını çizmiştir. Mahkemeye göre üye devletler bu hususta geniş takdir yetkisine sahiptir<sup>79</sup>.

AİHM'in önüne gelen eş ziyareti ile bir diğer dava ise *Costel Gaciu/Romanya* davasıdır<sup>80</sup>. Davada tutuklu olan başvuru, hükümlülerin eş ile mahrem görüşme hakkından faydalandırılmalarına rağmen kendisinin tutuklu olduğu gerekçesiyle bu haktan faydalandırılmadığını ve bu durumun Sözleşme'nin 3. ve 7. maddelerini ihlal ettiğini ileri sürmüştür<sup>81</sup>. Zira Romanya'daki iç hukuk kurallarına göre eş ile mahrem görüşme hakkından yalnızca hükümlüler yararlanabilmekte, tutuklular bu haktan yararlanamamaktadır<sup>82</sup>. AİHM, eş ziyareti bakımından makul ve meşru bir gerekçe (güvenlik gerekçesi, soruşturmanın menfaati gibi) olmaksızın tutuklular ile hükümlüler arasında böyle bir ayırım yapılmasını Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygıya ilişkin 8. ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesine aykırı bulmuştur<sup>83</sup>. Karardan da anlaşılacağı üzere AİHM, mahrem görüşme hakkı tanınması bakımından üye devletlerin geniş bir takdir hakkı olduğunu kabul etmiş olmasına rağmen bu hakkın tanınması durumunda, hükümlüler ve tutuklular arasında ayırım yapılmaksızın hakkın kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir.

Görüldüğü gibi AİHM, eş ile mahrem görüşme hakkını aile hayatına saygı hakkıyla ilişkilendirmiş olmasına rağmen devletlerin bu hakkı tanımak bakımından henüz pozitif bir yükümlülüğünün olmadığını belirtmektedir. Ancak Mahkeme, bu yöndeki gelişmeleri olumlu bulduğunun altını çizmektedir. Bize göre Mahkemenin, dinamik yorum yöntemi<sup>84</sup> de dikkate alındığında, ilerleyen yıllarda hükümlülerin mahrem görüşme haklarının olduğunu kabul etmesi muhtemel görünmektedir<sup>85</sup>. Mahkemenin konuyu, aile hayatına saygı hakkından daha kapsamlı olacak şekilde cinsel haklar başlığı altında tartışması durumunda bu sonuca ulaşacağını düşünmekteyiz. Zira yukarıda da vurguladığımız üzere cinsellik, insanlığın en temel ihtiyaçlarından birisidir.

AYM'nin konuya yaklaşımı da AİHM ile benzer doğrultudadır. Ancak AYM, kararlarında ayrıca mahrem görüşme hakkının Türk hukukunda bir ödül olarak düzenlenmesini ve bu ödülün kullanılmasının takdirinin idareye ait olmasını dikkate almaktadır. AYM'nin önüne gelen *Alaattin Akdemir* davasında, başvuru infaz kurumunda eş ile mahrem görüşme ödülünden yararlanmak için talepte bulunmuş fakat bu talebi İdare ve Gözlem Kurulu tarafından reddedilmiştir. İdare bu talebi, infaz kurumunun kapasitesinin çok üzerinde olduğu ve bu sebeple güvenlik sorunu yaşanabileceği gerekçesiyle reddetmiştir. Ayrıca idare hükümlünün bu ödülünden yararlanabilmek için gerekli olan olumlu tutum ve davranışının da tespit edilemediğini belirtmiştir<sup>86</sup>. AYM vermiş olduğu kararda, mahrem görüşme imkânının Türk hukukunda bir ödül olarak düzenlendiğinin ve ödüllendirme hususunda idarenin geniş takdir yetkisi olduğunun altını çizmiştir.

nın ihlal edildiğine karar vermiştir. Kararda başvuruçunun cezasının tamamlandığında eşlerin yaşları itibarıyla çocuk sahibi olma imkânlarının kalmayacağına ve eşler bakımından çocuk sahibi olabilmek için tek gerçekçi umudun yapay dölleme yolu olacağına işaret edilmiştir. Mahkeme ayrıca, çocuk sahibi olma imkânının kısıtlanmasının hapsedilmenin kaçınılmaz bir sonucu olamayacağını, hükümlülerin yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmalarının bir güvenlik sorunu yaratmayacağını ve devlete mali bir yük getirmeyeceğini belirtmiştir. Bkz. AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık*, B. No: 44362/04, T. 04.12.2007,

§ 9-12, 72-75 ve 85. Amerika Birleşik Devletleri Temyiz Mahkemesi ise *William Gerber v. Rodney Hickmen* davasında, devletin hükümlülere yapay dölleme ya da mahrem görüşme hakkı sağlamak bakımından bir yükümlülüğünün bulunmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu hakların kısıtlanmasının, hapsedilmenin doğal bir sonucu olduğunun altını çizmiştir. Bkz. GOYAL, s. 70. Ayrıca bkz. SMITH, Brenda V.: "Analyzing Prison Sex: Reconciling Self-Expression With Safety", *Human Rights Brief*, 2006, Cilt 13, Sayı 3, s. 18.

<sup>79</sup> AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık*, B. No: 44362/04, T. 04.12.2007, § 81.

<sup>80</sup> AİHM, *Costel Gaciu/Romanya*, B. No: 39633/10, T. 23.09.2015.

<sup>81</sup> AİHM, *Costel Gaciu/Romanya*, B. No: 39633/10, T. 23.09.2015, § 1-4 ve 42.

<sup>82</sup> AİHM, *Costel Gaciu/Romanya*, B. No: 39633/10, T. 23.09.2015, § 25.

<sup>83</sup> AİHM, *Costel Gaciu/Romanya*, B. No: 39633/10, T. 23.09.2015, § 60-62. AİHM, aynı yönde olarak *Varnas/Litvanya* kararında, mahrem görüşme hakkından yararlanma bakımından hükümlüler ile tutuklular arasında makul bir gerekçe olmaksızın ayırım yapılmasını Sözleşmenin 8. ve 14. maddelerine aykırı bulmuştur. Bkz. AİHM, *Varnas/Litvanya*, B. No: 42615/06, T. 09.12.2013.

<sup>84</sup> AİHM, Sözleşme'yi yorumlarken sadece kaleme alındığı dönemi değil, davanın karara bağlandığı tarihteki değişen toplumsal koşulları da dikkate almaktadır. Buna dinamik yorum yöntemi adı verilir. Bu sayede Sözleşme, sürekli güncellenen, değişen şartlara ayak uyduran, yaşayan bir belge haline gelmiştir. Dinamik yorum yöntemiyle Sözleşme'nin kapsamı zamanla genişleyebilmektedir. Bkz. DOĞAN, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015, s. 393.

<sup>85</sup> Aynı yönde bkz. EREN, s. 296.

<sup>86</sup> AYM, *Alaattin Akdemir*, B. No: 2018/22588, T. 06.02.2020, § 10.

Mahkeme somut olayda başvuruçunun talebinin makul gerekçelerle reddedildiğine ve dolayısıyla aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>87</sup>. AYM, aynı yönde olan *M.Ç.* ve *K.K.* başvurularında da yine aynı gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir<sup>88</sup>.

Kararlardan da anlaşılacağı üzere AYM'nin hükümlülerin mahrem görüşme imkânından yararlanılmamasını bir ihlal olarak görmeme sebebi, bunun bir hak olarak değil, ödül olarak düzenlenmesinden ve bu hususta idareye geniş takdir hakkı tanınmasından kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce cinsel birlikteliğin aile hayatının bir parçası olduğu düşünüldüğünde, infaz kurumlarında bu hakkın kullanılmasının tamamen yasaklanması veya kullanılmasının oldukça zor şartlara tabi tutulması, aile hayatının korunması hakkının özüne dokunan bir müdahale teşkil edecektir<sup>89</sup>. Ayrıca ifade etmek isteriz ki, yukarıda da birçok kez vurguladığımız üzere, mahrem görüşme imkânının ödül olarak nitelendirilmesi insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir<sup>90</sup>. Dolayısıyla bu imkânın bir ödül olarak değil, bir hak olarak düzenlenmesi durumunda AYM'nin de konuya olan yaklaşımı değişecektir.

## V. HÜKÜMLÜLERE MAHREM GÖRÜŞME HAKKI TANIMANIN ORTAYA ÇIKARACAĞI SONUÇLAR

### A. Hak Tanımının Faydaları

Hapsedilmenin doğal bir sonucu olarak hükümlülerin aileleriyle ilişkileri kısıtlanmış olacaktır. Özellikle evli olan mahkûmlar eşleriyle serbest bir şekilde münasebet kuramayacak ve bu durum mahkûmların aile birliklerini devam ettirebilmelerini güçleştirecektir. Bahsedilen zorluk, uzun süreli hapis cezası almış olan mahkûmlar bakımından daha da belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla hükümlülere mahrem görüşme hakkı tanınması, hükümlülerin eşleriyle olan ilişkilerinin kuvvetlenmesini ve bu sayede aile birliğinin korunmasını sağlayacaktır<sup>91</sup>. Ayrıca hükümlülere mahrem görüşme imkânı tanınmaması durumunda hükümlülerin eşleri de mağdur olacak, evlilik birliği içerisinde cinsel hayatlarını devam ettirebilme ve çocuk sahibi olabilmeye gibi imkânları ellerinden alınacaktır<sup>92</sup>. Bu sebeple hükümlülere bu yönde bir hak tanımak, kusurlu olmayan eşlerinin de bu olumsuz sonuçlardan korunmalarını sağlayacaktır.

Hükümlülere mahrem görüşme imkânı verilmesinin bir diğer olumlu sonucu da hükümlülerin sosyalleşmelerine katkı sağlamasıdır<sup>93</sup>. Nitekim infaz kurumunda eşleriyle denetimsiz bir şekilde görüşebilen hükümlüler, cezaevi alt kültürünün oluşturduğu olumsuz ortamdan kendilerini koruyabilecek ve cezanın infazından sonra topluma daha rahat uyum sağlayabileceklerdir<sup>94</sup>.

Hükümlülere bu yönde bir hak tanımının en önemli olumlu sonuçlarından birisi de infaz kurumlarında cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçları ve eş cinsel ilişkileri azaltmasıdır<sup>95</sup>. Bu hususta yapı-

<sup>87</sup> AYM, *Alaattin Akdemir*, B. No: 2018/22588, T. 06.02.2020, § 52, 53.

<sup>88</sup> AYM, *M.Ç.*, B. No: 2017/34600, T. 06.02.2020, § 62; AYM, *K.K.*, B. No: 2017/22295, T. 21.07.2020, § 28.

<sup>89</sup> EREN, s. 302.

<sup>90</sup> TİHEK, eş ziyaretinin bir hak olarak değil, ödül olarak düzenlenmesinin tek başına ihlal anlamına gelmeyeceğine karar vermiştir. Bkz. TİHEK, T. 12.02.2019, B. No: 2018/2247, K. 2019/7, prg. 68, 69.

<sup>91</sup> LAUBENTHAL, kn. 521; THIELE, s. 149; JOESTER / WEGNER, § 24, kn. 25; RAJ, s. 356; EBÛ HAMİDE, s. 222. GORDON, Jill: "Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?-Yes", *The Prison of Journal*, 1999, Cilt 79, Sayı 1, s. 120. Almanya'da yapılan bir çalışmada, uzun süreli denetimsiz ziyaret hakkını kullanan eşlerden %84'ü, bu hakkın kullanılmasından sonra eşleriyle ilişkilerinin olumlu yönde değiştiğini ifade etmiştir. Bkz. THIELE, s. 153. *McConnell* ise bu yönde yapılan bazı araştırmalarda, mahrem görüşme imkânı tanınan mahkûmlar ile bu haktan yararlanamayan mahkûmlar arasında belirgin bir fark olmadığını tespit edilmediğini aktarmaktadır. Bkz. MCCONNELL, Elizabeth H.: "Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?-No", *The Prison of Journal*, 1999, Cilt 79, Sayı 1, s. 130, 131.

<sup>92</sup> EREN, s. 285; RAJ, s. 372; SÜSLÜ, s. 298. Ayrıca bkz. TİHEK, T. 12.02.2019, B. No: 2018/2247, K. 2019/7, *Süleyman Arslan ve Mesut Kınalı*'nın karşı oy yazısı.

<sup>93</sup> LAUBENTHAL, kn. 521; THIELE, s. 149; EREN, s. 302; SMITH, s. 20.

<sup>94</sup> GORDON, s. 121; GOYAL, s. 59.

<sup>95</sup> RAJ, s. 372; THIELE, s. 147; GOYAL, s. 58; YARSUVAT, s. 459. *McConnell*, eş ziyaretlerinin cezaevlerinde rızaya dayalı eş cinsel ilişkileri azaltabileceğini fakat cinsel suçları azaltamayacağını ileri sürmektedir. Zira yazara göre cinsel suçlar, genellikle failin mağdura hükmetme motivasyonu ile işlenmektedir. MCCONNELL, s. 127.

lan çalışmalar, mahrem görüşmeye izin verilen infaz kurumlarında cinsel suçların daha az oranda işlendiğini kanıtlar niteliktedir<sup>96</sup>. Gerçekten de en temel ihtiyaçlardan birisi olan cinselliğin kısıtlanması durumunda, normalde kendilerini eş cinsel olarak tanımlamayan hükümlüler<sup>97</sup>, bu ihtiyaçlarını karşılamak için infaz kurumunda bulunan hemcinsleriyle rızaya dayalı veya rıza dışı cinsel ilişkiye girmeye çalışacaktır<sup>98</sup>. Oysaki infaz kurumunda bulunan mahkûmların cinsel sağlıklarının korunması devletin görevlerinden biridir. Cinsel sağlığın korunması yalnızca kişilerin cinsel dokunulmazlıklarının korunmasını değil, aynı zamanda tercihleri doğrultusunda ve rızaları dâhilinde cinsel aktivitelerini sürdürebilmelerinin sağlanmasını kapsamaktadır<sup>99</sup>. Dolayısıyla gerek hükümlülerin cinsel dokunulmazlıklarının korunması gerekse -zorunlu bir tercih olarak- eş cinsel ilişkilerin önüne geçilebilmesi için hükümlülere mahrem görüşme hakkı tanınması yerinde olacaktır<sup>100</sup>.

Son olarak bu hakkın tanınmasıyla infaz kurumlarında fiziksel ve ruhsal hastalıkların da azaltılacağı rahatlıkla söylenebilecektir<sup>101</sup>. Zira hükümlülerin cinsel yoksunluğu; depresyon, madde bağımlılığı, anksiyete, cinsel sapkınlık gibi olumsuz sonuçlar doğurabilecektir<sup>102</sup>.

## B. Hak Tanınmanın Sakıncaları

Hükümlülere mahrem görüşme hakkı tanınması durumunda bazı sorunların ortaya çıkabileceği ifade edilmekte ve bu sebeple de bu hakkın tanınmasına ihtiyatla yaklaşılmaktadır<sup>103</sup>. Bu çekincelerin başında, ortaya çıkabilecek güvenlik problemleri gelmektedir. Bir kısım yazarlara göre hükümlülere mahrem görüşme imkânı sağlanması durumunda infaz kurumuna uyuşturucu ve diğer yasak eşyaların sokulması mümkün olabilecektir<sup>104</sup>. Bunun yanında hükümlünün ve ziyaretçisinin denetimsiz ortamda birbirlerine zarar verebilmeleri de mümkündür<sup>105</sup>. Ancak kanaatimizce bu argümanlar, hakkın tanınması bakımından bir engel teşkil etmemektedir. Zira mahrem görüşme imkânının sağlandığı durumlarda, hem hükümlüler hem de dışarıdan gelen ziyaretçiler girişte ve çıkışta aranabilecektir<sup>106</sup>. Ayrıca kişilerin birbirlerine zarar verebilme ihtimalleri de kontrol altına alınabilecektir. Bu durumda görüşme odalarına acil çağrı butonlarının koyulması ya da birbirlerine zarar verme ihtimalleri kuvvetli olan kişilerin görüşmelerinin engellenmesi gibi tedbirler düşünülebilir. Örneğin aile içi şiddet veya cinsel saldırı,

<sup>96</sup> Bkz. D’ALESSIO, Stewart / FLEXON, Jamie / STOLZENBERG, Lisa: “The Effect of Conjugal Visitation on Sexual Violence in Prison”, *American Journal of Criminal Justice*, 2013, Cilt 38, Sayı 1, s. 13-26. Yazarların ABD’de yapmış olduğu çalışmaya göre mahrem görüşme izni veren infaz kurumlarında cinsel suç oranı 57/100.000 iken bu izni vermeyen kurumlarda cinsel suç oranı 226/100.000’dir. Bkz. D’ALESSIO / FLEXON / STOLZENBERG, s. 20. Yazarlar cezaevindeki cinsel suçlar ile mahrem görüşme arasındaki korelasyona ilişkin iki farklı teori aktarmaktadırlar. Bunlardan feminist teoriye göre, mahrem görüşme izni verilmesinin, cezaevinde cinsel suçların meydana gelmesi üzerinde çok az bir etkiye sahip olduğunu ileri sürer. Teoriye göre bu tür suçlar, mağdura hükmetmek ve onu aşağılamak amacıyla işlenir. Bu hususta ileri sürülen cinsel tatmin teorisine göre ise mahrem görüşme imkânı cezaevlerinde cinsel suçların azalması sonucunu doğurmaktadır. Yazarlar, yapılan çalışmaların cinsel tatmin teorisini desteklediğini ifade etmektedir. Bkz. D’ALESSIO / FLEXON / STOLZENBERG, s. 20 ve 23.

<sup>97</sup> Yapılan araştırmalarda infaz kurumlarında eş cinsel ilişkiye giren mahkûmların, infaz kurumundan çıktıktan sonra eş cinsel ilişkiyi bırakıp karşı cinsle cinsel ilişkiye girdiklerini göstermektedir. Bkz. D’ALESSIO / FLEXON / STOLZENBERG, s. 18.

<sup>98</sup> RAJ, s. 357 ve 370; LAUBENTHAL, kn. 520.

<sup>99</sup> RAJ, s. 357, 358.

<sup>100</sup> Klemm, infaz kurumlarında eş cinsel ilişkilerin ve cinsel suçların azaltılabilmesi için kadınların ve erkeklerin birlikte konaklatılabilmesinin tartışılabilirliğini ifade etmektedir. Ancak yazar, bu durumda ortaya çıkacak ve fayda ve zarar arasında bir ölçüm yapılması gerektiğini düşünmektedir. Örneğin cezaların karşı cinsle birlikte infaz edilmesi durumunda ortaya çıkacak olan gebelik durumlarının nasıl ele alınacağı, doğacak çocukların nerede yaşayacağı gibi sorulara cevap aranmalıdır. Bkz. KLEMM, Torsten: “Liebesbedürfnis und Sexualität in Haft”, (Hrsg.) KATZER, Michaela / VOß, Heinz Jürgen: *Geschlechtliche, sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung*, Psycho-sozial Verlag, Gießen, 2016, s. 292, 293.

<sup>101</sup> THIELE, s. 147; ALTINSOY, s. 43.

<sup>102</sup> EBÛ HAMİDE, s. 223.

<sup>103</sup> McConnell, mahrem görüşme hakkının ortaya çıkardığı sakıncaların, sağladığı faydalardan daha çok olduğunu ifade etmektedir. Bkz. MCCONNELL, s. 131.

<sup>104</sup> THIELE, s. 148; MCCONNELL, s. 127, 128.

<sup>105</sup> Almanya’da yaşanan bir olayda çocuk öldürmekten dolayı hüküm giymiş olan bir mahkûm, kendisini dört yıldır düzenli olarak ziyaret eden sevgilisini eş ziyareti esnasında öldürmüştür. Aktaran KLEMM, s. 278. Benzer bir olay Türkiye’de Sivas Kapalı Ceza Infaz Kurumunda yaşanmıştır. Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/sivas-kapali-cezaevinde-bulunan-pembe-odada-cinayet-28501149> (ET: 17.04.2023).

<sup>106</sup> Nitekim Ödüllendirme Yönetmeliği’nin 14. maddesi de eş görüşme esnasında alınacak olan güvenlik tedbirlerini düzenlemiştir.

cinsel istismar gibi suçlardan mahkûm olmuş olan kişilerin ziyareti psikososyal yardım servisinin, görüşme öncesinde kişilerle mülakat yaparak onay vermesi şartına tabi tutulabilir<sup>107</sup>.

Mahrem görüşme imkânının tanınması durumunda infaz kurumlarında cinsel hastalıkların da (HIV vb.) artabileceği ifade edilmektedir<sup>108</sup>. Ancak bulaşıcı hastalık riski infaz kurumlarında her koşulda mevcuttur ve bunların önlenmesi mümkündür<sup>109</sup>.

Yine söz konusu hakkın tanınması durumunda, mahrem görüş sonucunda kadınların hamile kalabileceği; doğacak olan çocukların hayat şansının daha zorlu olacağı ve özellikle infaz kurumunda kalmak zorunda olan çocukların ileride suça yatkın bireyler olma risklerinin artabileceği ileri sürülmektedir<sup>110,111</sup>. Ancak bu itiraz da hakkın kullandırılmaması için yeterli değildir. Zira cezaevinde çocuk sahibi olan bir kimse ile dışarıda çocuk sahibi olan ve daha sonra cezaevine girmiş olan bir kimse arasında bir fark bulunmamaktadır. Her iki grubun çocuklarının da hayatta zorluk çekebilecekleri muhakkaktır. Ancak ileriye dönük böyle bir ihtimal, hükümlülerin bu haktan mahrum bırakılmaları için yeterli bir gerekçe değildir.

Mahrem görüşme hakkının tanınmasına ilişkin bir diğer itiraz, bu hakkın tanınması durumunda mekân ve personel sıkıntısı çıkacağına ilişkindir. Zira bu durumda mahrem görüşmelerin yapılabilmesi için özel mekânlara ve ek personele ihtiyaç olacaktır. Doktrinde bu problemin giderilebilmesi için hükümlülere mahrem görüşme hakkı tanımak yerine kısa tatil hakkı, şartlı tahliye ya da izinle çıkış hakkı tanınabileceği ileri sürülmektedir. Böylece hükümlüler aileleriyle ve yakınlarıyla kendi imkânlarıyla dışarıda görüşebilecek ve devlete ek bir külfet yüklenmemiş olacaktır<sup>112</sup>. Ancak ifade etmek gerekir ki bu imkânların birçok hükümlüye tanınması durumunda güvenlik problemleri ortaya çıkabilecek, infaz kurumlarından kaçışlar başlayabilecektir. Kanaatimizce örgütsel kaynakların eksikliği temel hak ve özgürlüklerin sağlanmasında bir engel teşkil etmemelidir<sup>113</sup>. Bu hususta kamu makamları gerekli personel ve tesis ihtiyacını karşılamalıdır. Nitekim Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 4. maddesine göre de mahpusların insan haklarını ihlâl eder nitelikteki cezaevi koşulları, kaynak eksikliği sebebiyle mazur gösterilemeyecektir. İfade etmek gerekir ki yapılacak olan tesisler, insan onuruna uygun bir şekilde düzenlenmeli, hükümlü ve ziyaretçinin gururunu zedeleyecek nitelikte olmamalıdır<sup>114</sup>. Özellikle ziyaretçiler diğer mahkûmların göremeyeceği bir şekilde tesislere alınmalı ve tesisler buna göre tasarlanmalıdır<sup>115</sup>.

Özetle belirtmek isteriz ki mahrem görüşme hakkının ortaya çıkaracağı sorunlar çözülemeyecek sorunlar değildir. Bu sebeple bize göre mahrem görüşme hakkının ortaya çıkaracağı faydalar ve sakıncalar kıyaslandığında, hükümlülere bu yönde bir hak tanımak daha yerinde bir tercih olacaktır.

## VI. MAHREM GÖRÜŞME HAKKININ KAPSAMI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRMELER

Hükümlülere mahrem görüşme hakkının tanındığı ülkelerdeki düzenlemelere bakıldığında, bu imkânın kapsamı bakımından farklı hükümlerin mevcut olduğu görülmektedir. Bazı ülkelerde mahrem görüşme hakkı yalnızca evli eş bakımından tanınmışken bazı ülkelerde bu hak hükümlünün resmi nikâhsız eşini, sevgilisini ve hatta eş cinsel partnerini de kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Ülkemizde hükümlülere bir ödül olarak tanınan mahrem görüşme imkânı, hükümlülere yalnızca evli eşleriyle

<sup>107</sup> Ödüllendirme Yönetmeliği'nin 12/3. maddesinde bu yönde bir hükmün mevcut olduğu hatırlanmalıdır.

<sup>108</sup> MCCONNELL, s. 128.

<sup>109</sup> THIELE, s. 148.

<sup>110</sup> *Kümmel*'in bu yöndeki görüşü için bkz. THIELE, s. 147. Ayrıca bkz. MCCONNELL, s. 129; GOYAL, s. 59.

<sup>111</sup> Örneğin İngiltere'de Temyiz Mahkemesi, *R (Mellor) v. Secretary of State for the Home Department* davasında hükümlünün yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olma isteğini reddetmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, mahkûmların cezalarını çekerken çocuk sahibi olmalarında ciddi bir kamusal endişenin var olduğunu ve tek ebeveynli çocukların toplumda dezavantajlı konumda olduklarını belirtmiştir. Bkz. RAJ, s. 365. Ayrıca bkz. AİHM, *Dickson/Birleşik Krallık*, B. No: 44362/04, T. 04.12.2007, § 22-24.

<sup>112</sup> GOYAL, s. 60, 61.

<sup>113</sup> THIELE, s. 148; TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 660.

<sup>114</sup> LAUBENTHAL, kn. 523.

<sup>115</sup> THIELE, s. 149.

mahrem görüşme fırsatı vermektedir. Olması gereken hukuk bakımından bu hakkın kapsamına kimlerin dâhil olacağına ayrıca tespit edilmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki hükümlülerin cinsel ihtiyaçlarını karşılamak ve aile bağlarını kuvvetlendirmek için bu hakkın evli eş bakımından tanınması elzemdir. Ancak kanaatimizce bu hakkın kullanılmasının yalnızca evli eş ile sınırlandırılması çeşitli sorunlar çıkartacaktır. Bu hakkın evli eş ile sınırlı tutulması durumunda, evli olmayan hükümlüler bu haktan faydalanabilmek amacıyla kâğıt üzerinde evlilikler yapmaya yönelecektir<sup>116</sup>. Ayrıca bu durum evli olmayan mahkûmların infaz kurumlarında olumsuz davranışlar içerisine girmelerine de sebep olacak ve kurumun düzeni bozulacaktır<sup>117</sup>. Doktrinde evli hükümlüler ile evli olmayan hükümlüler arasında böyle bir ayırım yapılmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olacağı da ileri sürülmektedir<sup>118</sup>.

Biz konuyu yalnızca aile hayatına saygı hakkı kapsamında değil, cinsel özgürlükler bağlamında ele aldığımızdan bize göre mahrem görüşme hakkının yalnızca evli eş ile sınırlı tutulması yerinde olmayacaktır. Zira cinsellik, evli olmayan hükümlüler için de temel bir ihtiyaçtır. Bu sebeple mahrem görüşme hakkının kapsamına hükümlülerin resmi nikâhsız eşleri, nişanlıları ve sevgilileri de dâhil edilmelidir<sup>119</sup>. Ancak elbette ki kurum düzeninin sağlanması için infaz kurumlarında gününbirlik ilişkilerin de önlenmesi gerekecektir. Burada bir formül olarak, örneğin, hakkın hükümlüyü belirli bir süredir düzenli olarak ziyaret eden kişi bakımından sağlanması düşünülebilir. Yine hükümlünün mahrem görüşme hakkını eşi olmayan bir kimseyle kullanmak istemesi durumunda, psikososyal yardım servisi hem hükümlüyle hem de ziyaret edecek kişiyle ayrı ayrı görüşme yaparak bu görüşmeye onay verebilir. Evli bir hükümlünün eşi olmayan bir kimseyle mahrem görüşme yapmak istemesi durumunda, hükümlünün evliliği kâğıt üzerinde bir evlilik değilse, bu talep aile birliğinin korunması için cezaevi yönetimi tarafından reddedilebilir<sup>120</sup>.

Bu noktada eş cinsel olan hükümlülere partnerleriyle mahrem görüşme hakkı tanınıp tanınmayacağı sorusu da akla gelecektir. Esasen bu sorunun cevabı tamamen eş cinsel ilişkilere olan yaklaşımla alakalıdır. AİHM *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararında eş cinsel bir çiftin aile yaşamına sahip olamayacağı görüşünün yapay bir görüş olacağını ifade etmekle birlikte eş cinsel çiftlerin hukuken tanınması hususunda devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğuna karar vermiştir<sup>121</sup>. Ancak AİHM, *Oliari ve diğerleri/İtalya* kararında, eş cinsel ilişkileri tanıma yönündeki uluslararası harekete dikkat çekerek ve İtalya'daki özel koşulları dikkate alarak eş cinsel birlikteliklerin hukuken tanınmamasının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında ihlal teşkil edeceğine hükmetmiştir<sup>122</sup>. Mahkeme, İtalya'da bu duruma yönelik herhangi bir toplumsal tepki olmamasını, kamuoyu desteğinin varlığını ve bu hakkı tanımanın devlete bir yük yüklemeyeceğini kararına gerekçe olarak göstermiştir. Böylece Mahkeme, eş cinsel birlikteliklerin tanınması açısından devletlerin özel durumlarının dikkate alınacağına ve bu hususta sözleşmecî devletlere genel bir yükümlülük yüklenemeyeceğine dikkat çekmiştir<sup>123</sup>. Ancak her ne kadar eş cinsel ilişkilerin hukuken tanınması toplumsal yapıya göre değişkenlik gösterse de biz konuyu cinsel özgürlükler bağlamında ele almış olduğumuzdan, hükümlülere eş cinsel partnerleriyle mahrem görüşme hakkı tanınması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>124</sup>. Zira hükümlülere bu yönde bir hak tanınması,

<sup>116</sup> LAUBENTHAL, kn. 522; THIELE, s. 155.

<sup>117</sup> MCCONNELL, s. 126.

<sup>118</sup> DEMİRBAŞ, s. 322; AKBULUT, Berrin / DEMİRKOL, Neslihan / TURAN, Taha Yasin: *İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 326.

<sup>119</sup> Aynı yönde bkz. KARAKAŞ DOĞAN, s. 67.

<sup>120</sup> LAUBENTHAL, kn. 522.

<sup>121</sup> AİHM, *Schalk ve Kopf/Avusturya*, B. No: 30141/04, T. 22.11.2010, § 92-94 ve 108, 109.

<sup>122</sup> AİHM, *Oliari ve diğerleri/İtalya*, B. No: 18766/11 ve 36030/11, T. 21.10.2015, § 178 ve 180-185.

<sup>123</sup> TEZCAN / ERDEM / SANCAKDAR / ÖNOK, s. 383.

<sup>124</sup> Burada eş cinsel hükümlülere böyle bir imkân tanınmış olması, çalışmanın önceki kısımlarında açıklanmış olan "cezaevlerinde eş cinsel ilişkiyi önlemek amacıyla" çelişki arz etmeyecektir. Zira hükümlülere mahrem görüşme imkânı verilmesiyle önlenmek istenen, cezaevlerinde karşı cinsin yokluğu sebebiyle ortaya çıkan zorunlu eş cinsel ilişkilidir. Oysa burada bir zorunluluktan değil, hükümlünün cinsel yönelimi sebebiyle bir hak tanınması söz konusudur.

eş cinsel ilişkilerin hukuken tanınmış olmasından farklı bir durum arz etmektedir. Bu hakkın hükümlülere tanınmış olmasıyla eş cinsel ilişkiler hukuken tanınmış olmayacak, yalnızca bireylerin cinsel yönelimlerine saygı gösterilmiş olacaktır. Unutulmamalıdır ki kişilerin cinsel yönelimleri özel hayat alanına girmektedir<sup>125</sup>. Hukukumuzda rıza dâhilinde gerçekleştirilen eş cinsel ilişkiler suç teşkil etmediğine göre<sup>126</sup> hükümlülerin de bu yöndeki cinsel eğilimleri dikkate alınmalıdır. Ancak elbette ki uygulamamız bakımından hükümlülerin mahrem görüşme hakkının bir anda bu denli genişletilebilmesi mümkün olmayabilecektir. Fakat olması gereken hukuk bakımından hakkın zamanla bu minvalde genişletilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Mahrem görüşme hakkının kapsamı bağlamında tartışılması gereken bir diğer husus, tutukluların bu haktan yararlandırılıp yararlandırılmayacağıdır. Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi örneğin Romanya’da mahrem görüşme hakkından yalnızca hükümlüler yararlanabilmekte, tutuklular bu haktan yararlanamamaktadır. Yine örneğin Ürdün kanunlarına göre mahrem görüşme hakkından yalnızca bir yıl veya daha fazla hapis cezası almış olan mahkûmlar yararlanabilmekte, tutuklular ve bir yıldan az hapis cezası almış olanlar bu haktan yararlanamamaktadır<sup>127</sup>. Öncelikle ifade etmek isteriz ki mahrem görüşme imkânı bakımından tutuklular ve hükümlüler arasında ayırım yapılması, kurumun uygulanma amacıyla bağdaşmayacaktır. Zira cinsellik her iki grubun da temel ihtiyacıdır. Bize göre, özellikle uzun tutukluluk süreleri de göz önünde bulundurulduğunda, tutukluların da bu imkândan faydalandırılmaları gerekmektedir<sup>128</sup>. Türk hukukundaki düzenlemelere bakıldığında bir ödül olarak sunulan mahrem görüşme imkânından tutukluların da faydalandırıldığı görülmektedir. Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik’in 11. maddesinde, kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların eşle mahrem görüşme ödülünden faydalandırılacakları açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ancak ifade etmek gerekir ki CGTİHK m. 114/2<sup>129</sup> ve m. 115/1-b<sup>130</sup> hükümleri gereğince soruşturma ve kovuşturmanın selameti veya infaz kurumunun güvenliğinin sağlanması gibi sebeplerle tutukluların ziyaretçi kabulü hakları yasaklanabilir veya kısıtlanabilir.

Yine belirli bir sürenin altında hürriyeti bağlayıcı ceza almış olan hükümlülerin bu haktan yararlandırılıp yararlandırılmayacağı da ayrıca tespit edilmesi gereken bir durumdur. Gerçekten de ceza süresi ne olursa olsun bütün hükümlülerin ve tutukluların bu haktan faydalandırılması, kurum kapasitesinin ve personel sayısının yetersizliği, mahkûm fazlalığı gibi sebeplerden dolayı uygulama bakımından çok fazla yük getirebilecektir. Ayrıca hakkın tanınmasındaki amaçlar dikkate alındığında çok az miktarda ceza almış olan kişiler bakımından böyle bir hakkın tanınmasının elzem olmadığı da söylenebilecektir. Örneğin üç ay hürriyeti bağlayıcı ceza almış olan bir kimseye mahrem görüşme hakkı tanınmaması durumunda, yukarıda açıklanan olumsuzluklar çok büyük oranda ortaya çıkmayacaktır. Kanaatimizce bu noktada özgürlükler ile kısıtlamalar arasında makul bir denge sağlanmalı ve kısa süreli olarak infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutuklular bu hakkın kapsamı dışında tutulmalıdır. Bu hususta örneğin bir yıl veya daha uzun süredir infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların mahrem görüşme hakkından faydalanabileceğine ilişkin bir düzenleme yapılabilir. Esasen buna benzer bir sınırlama Türk hukukunda da mevcuttur. Yönetmelik’in 11. maddesinde eş ile mahrem görüşme hakkından yalnızca kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların faydalanabileceği

<sup>125</sup> AİHM, *Orlandi ve diğerleri/İtalya*, B. No: 26431/12; 26742/12; 44057/12 ve 60088/12, T. 14.03.2018, § 143.

<sup>126</sup> AİHM, *A.D.T./Birleşik Krallık* kararında rızaya dayalı eş cinsel ilişkilerin suç haline getirilmesini 8. maddenin (özel hayata saygı hakkı) ihlali olarak görmüştür. Bkz. AİHM, *A.D.T./Birleşik Krallık*, B. No: 35765/97, T. 31.10.2000, § 36-39.

<sup>127</sup> EBÛ HAMİDE, s. 226-227.

<sup>128</sup> Aynı yönde bkz. EBÛ HAMİDE, s. 230.

<sup>129</sup> “Soruşturma ve kovuşturma evrelerinde tutuklular, kurumun bu husustaki genel düzenine uymak suretiyle ziyaretçi kabul edebilirler. Ancak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkeme, soruşturmanın veya davanın selameti bakımından tutuklunun ziyaretçi kabulünü yasaklayabilir veya bu hususta kısıtlamalar koyabilir”.

<sup>130</sup> “Tehlikeli hâlde bulunan, delil karartma tehlikesi olan, soruşturmanın amacını veya tutukevinin güvenliğini tehlikeye düşüren veya suçun tekrarına olanak verecek davranışlarda bulunan tutuklulara soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemesince aşağıdaki tedbirler uygulanabilir:

... b) Belirli süre ile dışarıyla ilişkisinin, ziyaretçi kabulünün ve telefon görüşmelerinin kısıtlanması”.

düzenlenmiştir. Dolayısıyla açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar, bu hükümden yararlanamayacaktır. Cezaları doğrudan açık ceza infaz kurumunda yerine getirilecek hükümlüler ile (CGTİHK m. 14/2; Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 5)<sup>131</sup> açık ceza infaz kurumuna ayrılma hakkını kazanmış olan hükümlülerin (Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği m. 6)<sup>132</sup> kapsamına bakıldığında mahrem görüşme hakkından yararlanma hakkı olan hükümlü sayısında belirli oranda sınırlamanın olacağı muhakkaktır. Belirtmek gerekir ki açık ceza infaz kurumunda bulunan (veya kapalı ceza infaz kurumunda bulunup açık ceza infaz kurumuna ayrılmaya hak kazanan) hükümlüler, CGTİHK m. 95 uyarınca özel izin verilmek suretiyle aile bağlarını güçlendirmek ve dış dünyaya alışmalarını sağlamak amacıyla, üç ayda bir yedi güne kadar kurum dışına gönderilebilecektir. Dolayısıyla açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlüler, bu hükümden yararlanarak ailelerinin yanına gidebilecekler ve böylece cinsel ihtiyaçlarını da giderebilecektir. Ancak madde düzenlemesine bakıldığında, özel izin imkânının da bir hak olmadığı, bu iznin kurumun en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet başsavcılığının onayı ile verildiği görülecektir<sup>133</sup>. Kanaatimizce mahrem görüşme hakkından faydalanabilme bakımından açık ve kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler arasında böyle bir ayırım yapmak yerine belirli bir süre (örneğin bir yıl) infaz kurumunda bulunma şartı aranması daha makul bir çözüm olabilecektir.

## SONUÇ

İnsanoğlunun en temel ihtiyaçlarından birisi de cinselliktir ve tıpkı hür insanlar gibi hükümlülerin de cinsel ihtiyaçları bulunmaktadır. Hükümlülerin cinsel ihtiyaçlarını karşılamalarına imkân vermek, aile bağlarını kuvvetlendirmek, ruhsal açıdan sağlıklı olmalarını ve topluma yeniden kazandırılmalarını sağlamak maksadıyla hükümlülere mahrem görüşme imkânı tanınmaktadır. Hükümlülerin mahrem görüşme hakları bakımından ulaşılmış olduğumuz sonuçlar ve Türk hukuku bakımından öneriler şu şekilde özetlenebilir:

(1) 6411 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte Türk hukukunda hükümlülere ve tutuklulara eşleriyle mahrem görüşme yapabilme imkânı getirilmiştir. Bu yenilik, hükümlü hakları bakımından olumlu bir gelişmedir. Ancak eş ile mahrem görüşme imkânı, bir hak olarak değil, bir ödül olarak düzenlenmiştir. Bize göre bu imkânın bir hak olarak değil, ödül olarak tanınması insan onuruna aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca mahrem görüşme hakkının bir ödül olarak tanınması ve bunun takdirinin de idareye bırakılması uygulamanın istisnai bir hâle gelmesine sebep olabilecektir. Böylece birçok hükümlünün cinsel ihtiyaçlarını karşılamaları kısıtlanmış olacaktır. Bize göre bu imkân bir ödül olarak değil bir hak olarak tanınmalıdır. Dolayısıyla şartları sağlayan bütün hükümlüler, idarenin takdir yetkisinde olmaksızın mahrem görüşme imkânından yararlanabilmelidir. Buna karşılık kurum düzenini bozan hükümlülere, disiplin cezası olarak belirli bir süre mahrem görüşme imkânından yoksun bırakılma yaptırımını düşünülebilir (CGTİHK m. 43'te yer alan ziyaretçi kabulünden yoksun bırakma gibi).

<sup>131</sup> “(1) Terör suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar hariç olmak üzere;

a) Kasıtlı suçlardan toplam üç yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,

b) Taksirli suçlardan toplam beş yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm olanların,

c) Adli para cezası hapis cezasına çevrilenlerin,

ç) 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu gereğince tazyik hapsine tabi tutulanların, cezaları doğrudan açık kurumlarda yerine getirilir”.

<sup>132</sup> “(1) Hükümlülerden;

a) (Değişik: RG-22/8/2015-29453) Toplam (Değişik ibare: RG-22/2/2017-29987) cezaları on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve yukarı olanlar ise onda birini kurumlarda infaz edip, iyi hâlli olan ve koşullu salıverilme tarihine yedi yıl veya daha az süre kalanlar,

b) Müebbet hapis cezasına mahkûm olup, koşullu salıverilme tarihine beş yıl veya daha az süre kalanlar,

c) Cezaları yüksek güvenlikli kapalı kurumlar veya diğer kapalı kurumların yüksek güvenlikli bölümlerinde infaz edilenlerden toplam cezalarının üçte birini bu kurumlarda iyi hâlli olarak geçiren ve koşullu salıverilme tarihine üç yıl veya daha az süre kalanlar, açık kurumlara ayrılabilir...”.

<sup>133</sup> Aynı yönde bkz. EREN, s. 300.



(2) AİHM, henüz üye devletlerin hükümlülere mahrem görüşme imkânı tanımak bakımından pozitif bir yükümlülüğünün olmadığını, bu hususta devletlerin geniş takdir yetkisine sahip olduğunu düşünmektedir. Ancak Mahkeme, bu yöndeki gelişmeleri olumlu bulduğunu ifade etmektedir. AİHM'in konuya ilişkin kararlarını incelediğimizde Mahkemenin ilerleyen yıllarda, dinamik yorum ilkesi gereğince, hükümlülere mahrem görüşme imkânı tanınmamasını Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak nitelendirebileceğini düşünmekteyiz.

AYM de konuya AİHM ile aynı doğrultuda yaklaşmaktadır. Ancak AYM, konuya ilişkin bireysel başvurularda mahrem görüşme imkânının Türk hukukunda bir hak olarak değil, bir ödül olarak düzenlendiğini ve bu ödülün kullanılmasının idarenin takdir yetkisinde olduğunu vurgulamaktadır. Bize göre infaz kurumlarında bu hakkın kullanılmasının tamamen yasaklanması veya kullanılmasının oldukça zor şartlara tabi tutulması, özellikle aile hayatının korunması hakkının özüne dokunan bir müdahale teşkil edecektir. Kanaatimizce mahrem görüşme imkânının bir ödül olarak değil, bir hak olarak düzenlenmesiyle birlikte AYM'nin de konuya olan yaklaşımı değişecektir.

(3) Doktrinde, hükümlülere bu yönde bir hak tanınması durumunda çeşitli güvenlik problemlerinin ortaya çıkabileceği ifade edilmektedir. Bunlardan birisi de hükümlü ve eşinin mahrem görüşme esnasında birbirlerine zarar verebilme ihtimalidir. Bu sakıncanın giderilebilmesi için aile içi şiddet veya cinsel saldırı, cinsel istismar gibi suçlardan mahkûm olmuş olan kişilerin ziyareti, psikososyal yardım servisinin görüşme öncesinde kişilerle mülakat yaparak onay vermesi şartına tabi tutulabilir.

(4) Türk hukukundaki düzenlemeye göre mahrem görüşme imkânından yalnızca evli eşler faydalanabilmektedir. Bu durum infaz kurumlarında bulunan ve evli olmayan hükümlüler bakımından çeşitli dezavantajlar yaratabilmektedir. Ayrıca hükümlüleri mahrem görüşme yapabilmek için kâğıt üzerinde evlilikler yapmaya yönlendirebilecektir. Biz konuyu aile hayatının korunmasından ziyade cinsel özgürlükler bağlamında ele aldığımızdan bize göre mahrem görüşme hakkının kapsamı yalnızca evli eş ile sınırlı tutulmamalı; bu imkân hükümlünün resmi nikâhsız eşi, nişanlısı ve sevgilisi bakımından da sağlanmalıdır. Zira cinsellik, evli olan hükümlüler kadar evli olmayan hükümlülerin de temel ihtiyacıdır. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler de incelendiğinde birçok ülkede mahrem görüşme hakkının yalnızca evli eşle sınırlandırılmadığı görülmektedir. Ancak ifade etmek gerekir ki bu durumda infaz kurumlarında ortaya çıkabilecek olan gününbirlik ilişkilerin önlenmesi gerekecektir. Dolayısıyla hükümlünün evli eşi dışında bir kimseyle mahrem görüşme yapmak istemesi durumunda bu kişi tarafından düzenli olarak belirli süredir ziyaret ediliyor olması şart olarak aranabilir. Yine psikososyal yardım servisi, hem hükümlüyle hem de ziyaret edecek kişiyle ayrı ayrı görüşme yaparak bu görüşmeye onay verebilir.

(5) Mahrem görüşme hakkının kapsamının genişletilerek yalnızca evli eşle sınırlı tutulmaması durumunda eş cinsel hükümlülerin partnerleriyle mahrem görüşme imkânından yararlandırılıp yararlandırılmayacakları sorusu akla gelecektir. Bize göre konu cinsel özgürlükler bağlamında ele alındığında bu kişilerin cinsel yönelimlerine saygı duyulmalı ve eş cinsel hükümlülerin de mahrem görüşme imkânından faydalanmaları sağlanmalıdır. Karşılaştırmalı hukukta da bazı ülkelerin eş cinsel hükümlülere bu imkânı sağladığı görülmektedir. Ancak belirtmek isteriz ki uygulamamız bakımından hükümlülerin mahrem görüşme hakkının bir anda bu denli genişletilebilmesi mümkün olmayabilecek, bu değişiklikler zamana yayılabilecektir.

(6) Mahrem görüşme imkânından tutukluların da yararlandırılmalarının gerekip gerekmediği ayrı bir tartışma konusudur. Bazı ülkelerde tutuklulara bu hakkın verilmediği görülmektedir. Türk hukukundaki düzenlemelere bakıldığında ise tutukluların da mahrem görüşme ödülünden faydalanabilecekleri görülmektedir. Kanaatimizce bu hakkın kullanılmasını bakımından hükümlü ve tutuklu şeklinde bir ayırım yapılmamalıdır. Ancak elbette ki soruşturmanın ve kovuşturmanın selameti açısından mahkul gerekçelerle tutukluların bu haktan yararlanmaları yasaklanabilir veya kısıtlanabilir.

- (7) Mahrem görüşme imkânının uygulanma amaçlarına bakıldığında çok kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza alan kişilerin bu haktan yararlandırılmalarına gerek olmadığını düşünmekteyiz. Çok kısa süreli hapis cezası alan hükümlülerin bu haktan yararlandırılmamaları durumunda, haktan yararlanacak kişi sayısında azalma olacak ve böylece uygulamada kurum kapasitesi veya personel sayısı bakımından bir sorun ortaya çıkmayacaktır. CGTİHK ve Ödüllendirme Yönetmeliği'ndeki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda mahrem görüşme imkânından yalnızca kapalı ceza infaz kurumunda bulunan hükümlü ve tutukluların yararlanabilecekleri, açık ceza infaz kurumlarında bulunanların bu imkândan yararlanamayacakları görülecektir. Dolayısıyla açık ceza infaz kurumlarında bulunan kişiler kapsam dışında bırakılarak mahrem görüşme imkânından yararlanacak hükümlü sayısı sınırlandırılmaya çalışılmıştır. Ancak ifade etmek gerekir ki açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülere sağlanan özel izin imkânı (CGTİHK m. 95) bu kişilerin cinsel hayatlarını devam ettirebilmeleri bakımından yeterli bir düzenleme değildir. Bize göre mahrem görüşme imkânı açık ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülere de tanınmalıdır. Kısıtlama ise hükümlü veya tutuklunun infaz kurumunda kaldığı süreye göre yapılabilir. Örneğin bir yıl veya daha fazla süredir infaz kurumunda bulunan kişilerin bu haktan yararlanabilecekleri şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin / DEMİRKOL, Neslihan / TURAN, Taha Yasin: *İnfaz Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ALTINSOY, Bülent: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Mahkûmların Özel Hayatı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2014, Sayı 115, s. 37-60.
- D’ALESSIO, Stewart / FLEXON, Jamie / STOLZENBERG, Lisa: “The Effect of Conjugal Visitation on Sexual Violence in Prison”, *American Journal of Criminal Justice*, 2013, Cilt 38, Sayı 1, s. 13-16.
- DEMİRBAŞ, Timur: *İnfaz Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- DOĞAN, İlyas: *İnsan Hakları Hukuku*, 2. Baskı, Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- EBÛ HAMİDE, Abdülhâfiz: “Hükümlünün Mahrem Görüşme Hakkı - İslam Hukuku ve Ürdün Kanunu Arasında Mukayeseli Bir İnceleme”, (Çev.) HAYTA, Mustafa / KORKMAZ, Ömer, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2014, Sayı 37, s. 207-232.
- EREN, Abdurrahman: “Bir İnsan Hakkı Olarak Hükümlü ve Tutukluların Eş Ziyareti Hakkı”, *Prof. Dr. Aliefendioğlu’na Armağan*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 285-303.
- GORDON, Jill: “Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?-Yes”, *The Prison of Journal*, 1999, Cilt 79, Sayı 1, s. 119-124.
- GOYAL, Shruti: “Conjugal Rights of Prisoners”, *Bharati Law Review*, 2018, Cilt 6, Sayı 4, s. 57-73.
- HEIN, Knud Christian / PIEL, Hannah Milena: “§ 26: Vollzug”, (Hrsg.) MÜLLER, Eckhart / SCHLOTHAUER, Reinhold / KNAUER, Christoph: *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 3. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2022.
- JOESTER, Erich / WEGNER, Elke: “§ 24: Recht auf Besuch”, (Hrsg.) FEEST, Johannes: *StVollzG Kommentar zum Strafvollzugsgesetz*, 5. Auflage, Luchterhand Verlag, Neuwied, 2006.
- KANTARCI, Nurullah: *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma: “Ceza İnfaz Hukukunda Güncel Gelişmeler - Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Hapis Cezasının İnfazı - Hapis Cezasının İnfazının Erteleenmesi - İzinler - Eş Ziyareti”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2013, Cilt 8, Sayı 23, s. 53-70.
- KLEMM, Torsten: “Liebesbedürfnis und Sexualität in Haft”, (Hrsg.) KATZER, Michaela / VOß, Heinz Jürgen: *Geschlechtliche, sexuelle und reproduktive Selbstbestimmung*, Psychosozial Verlag, Gießen, 2016, s. 267-299.
- LAUBENTHAL, Klaus: *Strafvollzug*, 7. Auflage, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2015.
- MASLOW, Abraham: *Motivation and Personality*, 2. Edition, Harper & Row Publishers, New York, 1970.
- MCCONNELL, Elizabeth H.: “Are Conjugal and Familial Visitations Effective Rehabilitative Concepts?-No”, *The Prison of Journal*, 1999, Cilt 79, Sayı 1, s. 124-131.
- ORÇİN, Melike: *Avrupa İnsan Hakları Hukuku’nda Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişim Kurma Hakkı*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2020.
- OSMANOĞLU, Bilal / PARLAK, Oğuzhan Emre: “Mahpusların Aileleri ve Yakınlarıyla Görüşme Hakkı”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 1, s. 237-290.
- ÖZBEK, Veli Özer: *İnfaz Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PREUSKER, Harald: “Erfahrungen mit der Ehe- und familienfreundlichen Besuchsregelung in der JVA Bruchsal”, *Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe*, 1989, Cilt 38, Sayı 3, s. 147-150.
- RAJ, Prithivi: “Sexual Rights of the Prisoners”, *Supremo Amicus*, 2020, Cilt 17, s. 356-372.
- SMITH, Brenda V.: “Analyzing Prison Sex: Reconciling Self-Expression With Safety”, *Human Rights Brief*, 2006, Cilt 13, Sayı 3, s. 17-22.
- SÜSLÜ, Güven: *Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlülük*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SANCAKDAR, Oğuz / ÖNOK, Rıfat Murat: *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

THIELE, Christoph Wilhelm: *Ehe- und Familienschutz im Strafvollzug*, Forum Verlag Godesberg, Mönchengladbach, 2016.

YARSUVAT, Duygun: “Bir Sosyolojik ve Kültürel Alt Grup Olarak Cezaevi Toplumu”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1984, Sayı 2, s. 453-464.

## Medenî Usûl Hukuku Açısından Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması<sup>(\*)</sup>



*Restriction of Freedom for Protection in terms of Civil Procedure Law*

**Fatih TAHİROĞLU**



Araştırma Görevlisi Doktor

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*Koruma Amacıyla  
Özgürlüğün  
Kısıtlanması,  
Medenî Usûl Hukuku,  
Çekişmesiz Yargı İşleri,  
İlk Derece  
Yargılaması,  
Kanun Yolları.*

### Öz

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, Türk Medenî Kanunu'nun (TMK) 432 ile 437. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 432. maddesinin birinci fıkrasına göre; akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike teşkil eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike teşkil eden her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması durumunda, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılama bakımından Türk Medenî Kanunu'nda usûl hukukuna dair özel hükümler bulunmaktadır. Söz konusu özel hükümler dışında ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) ilgili hükümleri uygulama alanı bulur. Bu noktada, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamanın medenî usûl hukuku bakımından önemli özelliklere sahip olduğu görülmektedir.

### Keywords

*Restriction of Freedom  
for Protection,  
Civil Procedural Law,  
Non-Contentious  
Jurisdiction,  
Court of First Instance,  
Legal Remedies.*

### Abstract

Restriction of freedom for protection is enacted in between 432nd and 437th Article of the Turkish Civil Law. According to the first paragraph of Article 432 of the Turkish Civil Code; each person of age shall be placed with an appropriate institution for treatment, education or rehabilitation or retained unless their protection cannot be ensured by other means due to mental illness, weakness of mind, alcohol or drug abuse, communicable disease that poses grave danger or vagabondism. There are special provisions regarding procedural law in the Turkish Civil Code in the proceedings related restriction of freedom for protection. Except for the special provisions in question, in the proceedings regarding the restriction of freedom for the purpose of protection, the relevant provisions of the Code of Civil Procedure shall be application to the extent that it is appropriate to its nature. At this point, the proceedings regarding the restriction of freedom for the purpose of protection have important features in terms of civil procedural law.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 02.03.2023, Kabul Tarihi: 09.05.2023.

Bu makale, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 10-11 Mayıs 2022 tarihlerinde düzenlenen "Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 20. Yılı Sempozyumu"nda sunulan tebliğden geliştirilerek hazırlanmıştır.

## GİRİŞ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, Türk Medeni Kanunu'nun<sup>1</sup> 432 ile 437. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 432. maddesine göre;

*“Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar”.*

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kurumunun amacı, ilgili kişinin şahsî korunmasını sağlamaktır<sup>2</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, gerçek kişilere yönelik olarak kabul edilmiş bir vesayet tedbiridir<sup>3</sup>. Bu noktada, Türk Medenî Kanunu'nun 432. maddesinde “ergin kişi” ifadesi kullanıldığından, özgürlüğü kısıtlanacak kişinin kısıtlı olup olmamasının bir önemi yoktur<sup>4</sup>. Kanunda sayılan şartların gerçekleşmesi hâlinde, ergin kişi bir kuruma yerleştirilir veya bulunduğu kurumda alıkonulabilir (TMK m. 432/1).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılama bakımından Türk Medenî Kanunu'nda usûl hukukuna dair özel hükümler bulunmaktadır. Söz konusu özel hükümler dışında ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada niteliğine uygun düştüğü ölçüde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun<sup>5</sup> (HMK) ilgili hükümleri uygulama alanı bulur. Bu noktada, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamanın medenî usûl hukuku bakımından önemli özelliklere sahip olduğu görülmektedir.

Çalışmada, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması medenî usûl hukuku açısından ele alınmıştır. Çalışmanın birinci bölümünde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamanın niteliği üzerinde durulmuştur. Bir başka deyişle, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamanın çekişmeli yargının mı yoksa çekişmesiz yargının mı kapsamında olduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın ikinci bölümünde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, ilk derece yargılaması açısından ele alınmıştır. Bu kapsamda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada yargılamanın başlaması, görevli ve yetkili mahkeme, ilgililer, yargılama usûlü, ispat faaliyeti ve yargılama giderleri ile adlî yardım konuları üzerinde durulmuştur. Çalışmanın son bölümü ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada verilecek karara ve karara karşı başvuru yollarına ayrılmıştır.

## I. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINA İLİŞKİN YARGILAMANIN NİTELİĞİ

Çekişmesiz yargı; ilgililer arasında çekişme olmaması, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmaması ya da hâkimin re'sen harekete geçmesi ölçütlerinden biri veya birkaçına göre

<sup>1</sup> 08.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 1, Sayı 2, s. 193; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 456; KARABAĞ BULUT, Nil: “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2, s. 524. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasının sadece kişinin şahsî korunması amacıyla değil, aynı zamanda tehlike oluşturduğu toplumun da korunması amacıyla da hizmet ettiği yönünde bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 596.

<sup>3</sup> SPIRIG, Eugen: “Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a-397f ZGB”, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB)*, Schulthess Verlag, Zürich, 1995, Art. 397a, N. 14; GÜMÜŞ, s. 189 ve 194; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 455-456; KARABAĞ BULUT, s. 525.

<sup>4</sup> GÜMÜŞ, s. 194; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 456; ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1354; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 506; KOCAĞA, Köksal: “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 10, Sayı 1-2, s. 39-40; KARABAĞ BULUT, s. 525.

<sup>5</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

bu alana giren işlere, hukukun mahkemelerce uygulanmasıdır (HMK m. 382/1)<sup>6</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinin ikinci fıkrasında çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmı örnek olarak sayılmıştır<sup>7</sup>. Ancak Kanun'da açıkça sayılmamakla birlikte, çekişmesiz yargı ölçütlerinden birine veya birkaçına giren işler de çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilir.

Çekişmesiz yargının hukukî niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür<sup>8</sup>. Bir görüşe göre, çekişmesiz yargı idarî bir faaliyettir<sup>9</sup>. Diğer bir görüşe göre, çekişmesiz yargı yargısal bir faaliyettir<sup>10</sup>. Üçüncü bir görüşe göre ise, çekişmesiz yargı kısmen idarî kısmen yargısal bir faaliyettir<sup>11</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılama çekişmesiz yargının kapsamına girer<sup>12</sup>. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ölçütlerden hareket edildiğinde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bir çekişmesiz yargı işi olarak karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki vesayet işlerinde ilgililer arasında gerçek anlamda bir uyuşmazlık söz konusu değildir<sup>13</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde de bir uyuşmazlığın varlığından bahsedilemez<sup>14</sup>. Yine vesayet işlerinde ilgililerin kısıtlanacak kişiye karşı ileri sürebilecekleri subjektif hakları bulunmamaktadır<sup>15</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde de özgürlüğü kısıtlanacak kimseye karşı bir subjektif hakkın ileri sürülmesinden söz edilemez<sup>16</sup>. Ayrıca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında hâkimin re'sen harekete geçmesi söz konusudur<sup>17</sup>. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda vesayet işleri açıkça aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır (m. 382/2, b-19).

Bu başlık altında, çekişmesiz yargı işinin yargılama sırasında çekişmeli yargıya dönüşmesi meselesine de değinmek gerekir. Uyuşmazlık yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargı işi sayılan bir işin mahkemede görüldüğü esnada, maddî anlamda bir ilgili mahkemeye başvurarak uyuşmazlık yokluğunu ortadan kaldı-

<sup>6</sup> KURU, Baki: *Nizasız Kaza*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961 (Nizasız Kaza), s. 35 vd.; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usul El Kitabı, C. II), s. 1814; ATALI, Murat: “§ 18. Çekişmesiz Yargı”, (Ed.) PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul - Medenî Usul Hukuku, Cilt III*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul, Cilt III), s. 2107-2108; AKKAN, Mine: “§ 2. Yargı”, (Ed.) PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usul - Medenî Usul Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usul, Cilt I), s. 101; ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usulü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Çekişmesiz Yargı), s. 30. Dar ve geniş anlamda çekişmesiz yargı ayrımı ve bu konuda geniş bilgi için bkz. TANRIVER, Süha: *Medenî Usul Hukuku, Cilt I*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usul, C. I), s. 115 vd.; TANRIVER, Süha: “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010 (Çekişmesiz Yargı), s. 2015 vd. Adi (büyük) çekişmesiz yargı işleri ve basit (küçük) çekişmesiz yargı işleri şeklinde bir ayırım için bkz. BUDAK, Ali Cem: “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005 (Çekişmesiz Yargı), s. 144 vd.; BUDAK, Ali Cem / KARASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 378-380; UYUMAZ, Murat: *Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 46-47.

<sup>7</sup> Çekişmesiz yargı işlerinin bu şekilde tek tek sayılmasının doğru olmadığı yönünde bkz. KARSLI, Abdurrahim: *Medenî Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 42.

<sup>8</sup> Bu görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. Kuru, *Nizasız Kaza*, s. 6 vd.; YILDIRIM, Kamil: “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 21 vd.

<sup>9</sup> GULDENER, Max: *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz*, Schulthess Verlag, Zürich, 1954, s. 2; BERKİN, Neemeddin M.: *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (Esaslar), s. 22.

<sup>10</sup> BAUR, Fritz: *Freiwillige Gerichtsbarkeit, Buch I*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1955, s. 17; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 10; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 32; ATALI, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2108; AKKAN, *Pekcanitez Usul, Cilt I*, s. 101.

<sup>11</sup> ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, 18. Baskı, C. H. Beck, München, 2018, § 11 Rdn. 5; BETTERMANN, Karl August: “Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung”, *Festschrift für Friedrich Lent*, C.H. Beck, München-Berlin, 1957, s. 24; LENT, Friedrich: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Baskı, C. H. Beck, München-Berlin, 1958, s. 10.

<sup>12</sup> GEISER, Thomas: “Art 397e”, (Hrsg.) HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, 3. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006 (Yazar, BSK-ZGB I), N. 1; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 40; YALÇINKAYA, Volkan: *TCK ve TMK Kapsamında Alkol ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarına Uygulanan Zorla Tedavi ve Etik Boyutu*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018, s. 50.

<sup>13</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 83.

<sup>14</sup> YALÇINKAYA, s. 50.

<sup>15</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 83.

<sup>16</sup> YALÇINKAYA, s. 50.

<sup>17</sup> YALÇINKAYA, s. 51. Bu konu hakkında aşağıda bkz. II, A.

rırsa, söz konusu iş çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkıp çekişmeli yargı alanına girer<sup>18</sup>. Buna karşılık, uyuşmazlık yokluğu ölçütü dışındaki ölçütlere göre çekişmesiz yargı işi sayılan bir işin çekişmesiz yargı alanından çıkarak çekişmeli yargı alanına girmesi söz konusu olamaz<sup>19</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinin de yargılama esnasında çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkıp çekişmeli yargı alanı girmesi mümkün değildir. Şöyle ki burada her şeyden önce yargılama sırasında mahkemeye başvurarak uyuşmazlık yokluğunu ortadan kaldıracı maddî anlamda bir ilgilinin varlığından bahsedilemez. Zira, aşağıda açıklanacağı üzere, bu işte koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişi dışında başka bir maddî anlamda ilgili bulunmamaktadır<sup>20</sup>. Ayrıca, yukarıda belirtildiği üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işi uyuşmazlık yokluğu ölçütünün yanında diğer ölçütlere göre de çekişmesiz yargı sayılan bir iştir.

## II. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINDA İLK DERECE YARGILAMASI

### A. Yargılamanın Başlaması

Çekişmesiz yargı işleri, yargılamanın başlatılması bakımından takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işleri ve re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işleri olmak üzere ikiye ayrılır<sup>21</sup>. Takibi talebe bağlı çekişmesiz yargı işlerinde, hâkim tarafların talebi üzerine yargılamaya başlar<sup>22</sup>. Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde ise hâkim re'sen harekete geçme ilkesi gereği ilgilerin talebi olmaksızın yargılamayı kendiliğinden başlatır<sup>23</sup>. Bir çekişmesiz yargı işinin takibi talebe bağlı bir çekişmesiz yargı işi mi yoksa re'sen takip edilen bir çekişmesiz yargı işi mi olduğu esasen maddî hukuka ilişkin kanunlarda düzenlenir<sup>24</sup>. Ancak bazen bir işin re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işi olduğu kanunda açıkça düzenlenmese de işin niteliğinden anlaşılabilir<sup>25</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işi de re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinden dir<sup>26</sup>. Ancak koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde vesayet makamının re'sen harekete geçeceği Türk Medenî Kanunu'nda açıkça belirtilmemiştir<sup>27</sup>. Bununla birlikte söz konusu çekişmesiz yargı işinin niteliğinden, re'sen harekete geçme ilkesinin uygulanması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Şöyle ki re'sen harekete geçme ilkesi esasen ilgililerin korunmasını amaçlayan çekişmesiz yargı işlerinde uygulama alanı bulur<sup>28</sup>. Örneğin ilgililerin korunmasını sağlayan vesayet işlerinde durum böyledir<sup>29</sup>. Vesayete ilişkin çekişmesiz yargı işlerinden olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıt-

<sup>18</sup> BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000 (Üçüncü Kişiler), s. 149; BUDAK / KARAASLAN, s. 381; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 140; KÜÇÜK, Alper Tunga: *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 194. Bu noktada, yargılama esnasında çekişmesiz yargı işi olmaktan çıkıp, çekişmeli yargı alanı girebilen işlerde aslı müdahalenin mümkün olduğu hakkında bkz. KURU, *Nizasız Kaza*, s. 147; ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Aslı Müdahale*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995, s. 49.

<sup>19</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 42; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 149, dn. 116; BUDAK / KARAASLAN, s. 381, dn. 9; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 139-140; KÜÇÜK, s. 194, dn. 31.

<sup>20</sup> Bu konu hakkında aşağıda bkz. II, C.

<sup>21</sup> LENT, s. 33-34; HABSCHEID, Walter J.: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Baskı, C. H. Beck, München, 1983, s. 123-124; BÄRMANN, Johannes: *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1968, s. 90-91; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 149 vd.; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168; AKKAN, *Pekantez Usul, Cilt I*, s. 107; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 102 vd.

<sup>22</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 150; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 104.

<sup>23</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168; AKKAN, *Pekantez Usul, Cilt I*, s. 107; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 102.

<sup>24</sup> LENT, s. 34; HABSCHEID, s. 124; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 153; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 102.

<sup>25</sup> BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168-169.

<sup>26</sup> RAEMY, Reinold: "Verfahrensrechtliche Aspekte der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Kanton Freiburg", *Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung*, 1993, s. 262; SPIRIG, Art. 397e, N. 8.

<sup>27</sup> Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerin karşılığını oluşturan ve şu an yürürlükten kaldırılmış olan İsviçre Medenî Kanunu'nun ilgili maddeleri bakımından aynı yönde bkz. RAEMY, s. 262.

<sup>28</sup> YILDIRIM, s. 33; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168; BUDAK / KARAASLAN, s. 385; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 102; ARAS, Aslı: "Çekişmesiz Yargıda Tasarruf İlkesi", *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 10, Sayı 27, s. 57.

<sup>29</sup> YILDIRIM, s. 33; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 168; BUDAK / KARAASLAN, s. 385.



lanmasının amacı da, yukarıda belirttiği üzere, ilgilinin şahsî korunmasını sağlamaktır. Bu nedenle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 432. maddesinde, görevlerini yaparlarken koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Bu düzenleme de koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamanın re'sen harekete geçme ilkesine tâbi olduğunun bir göstergesidir<sup>30</sup>. Nitekim kamu görevlileri için bildirim yükümlülüğü getirilmesi, bazen re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde gündeme gelebilir<sup>31</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde de böyle bir durum söz konusudur<sup>32</sup>.

Bu bağlamda belirtmek gerekir ki re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde kişilerin veya resmî kurumların mahkemeye yapacakları başvuru veya ihbarlar, yargılamaya başlama şartı değildir<sup>33</sup>. Bunlar mahkemenin harekete geçmesine yardımcı olma işlevi görür<sup>34</sup>. Nitekim böyle bir başvuru veya ihbar üzerine mahkeme harekete geçmek zorunda değildir<sup>35</sup>. Böyle bir durumda, mahkeme harekete geçmenin gerekli olup olmadığı hususunu serbestçe değerlendirir<sup>36</sup>.

## B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

### 1. Görevli Mahkeme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 383. maddesine göre, çekişmesiz yargı işlerinde, aksine bir hüküm olmadığı müddetçe, sulh hukuk mahkemesi görevlidir. Doktrinde, sulh hukuk mahkemesinin çekişmesiz yargı işleri bakımından genel görevli mahkeme olduğu kabul edilmektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla herhangi bir çekişmesiz yargı işi için kanunlarda başka bir mahkeme özel olarak görevli kılınmamışsa söz konusu iş açısından sulh hukuk mahkemesi görevli olacaktır.

Vesayete ilişkin bir çekişmesiz yargı işi olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında ise görevli mahkeme bakımından özel bir düzenleme vardır. Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 433. maddesine göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında vesayet makamı görevlidir. Türk Medenî Kanunu'nun 397. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise vesayet işlerinde vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesidir.

### 2. Yetkili Mahkeme

Çekişmesiz yargı işlerinde yetkili mahkeme, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 384. maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, çekişmesiz yargı işlerinde, aksine bir düzenleme bulunmadığı müddetçe, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir. Doktrinde, talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesinin çekişmesiz yargı

<sup>30</sup> İsviçre Medenî Kanunu'nun yürürlükten kaldırılan 397c maddesinde öngörülen bildirim yükümlülüğünün re'sen harekete geçme ilkesinin bir işareti olduğu yönünde bkz. RAEMY, s. 262.

<sup>31</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154-155; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 102.

<sup>32</sup> KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1851.

<sup>33</sup> LENT, s. 33; HABSCHIED, s. 123; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154-155; KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1850-1851; AKKAN, *Pekantez Usûl, Cilt I*, s. 107; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 103.

<sup>34</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154-155; KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1850-1851; AKKAN, *Pekantez Usûl, Cilt I*, s. 107; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 103.

<sup>35</sup> BAUR, s. 169-170; BÄRMANN, s. 90; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154; AKKAN, *Pekantez Usûl, Cilt I*, s. 107.

<sup>36</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 155; KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1851; AKKAN, *Pekantez Usûl, Cilt I*, s. 107; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 103.

<sup>37</sup> ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 780; TANRIVER, *Usûl, C. I*, s. 149; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 596; ATALI, *Pekantez Usûl, Cilt III*, s. 2126; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 94; ARAS, Aslı: "Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 67; ASLAN, Ali Çetin: *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 109; TAHİROĞLU, Fatih: *Medenî Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013, s. 75.

işleri bakımından genel yetkili mahkeme olduğu ifade edilmektedir<sup>38</sup>. Bununla birlikte, göreve ilişkin hükümde olduğu gibi, burada da yetkiye ilişkin özel düzenlemeler saklı tutulmuştur.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında ise yetkili mahkeme bakımından özel bir düzenleme vardır. Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 433. maddesine göre, yerleştirme veya alıkoymaya karar verme konusunda, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ilgilinin bulunduğu yer vesayet makamı yetkilidir. Bu hüküm gereği, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında yetkili mahkeme kural olarak ilgilinin yerleşim yeri mahkemesidir<sup>39</sup>. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise ilgilinin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir<sup>40</sup>. Bir başka deyişle, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda hem ilgilinin bulunduğu yer mahkemesi hem de ilgilinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir<sup>41</sup>.

Bununla birlikte Yargıtay'a göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamalarda önemli olan en seri şekilde karar vermek olduğundan, işin ilk olarak intikal ettiği mahkemede görülmesi gerekir<sup>42</sup>. Kanaatimizce bu görüş isabetli değildir. Şöyle ki Türk Medenî Kanunu'nun 433. maddesinde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ilgilinin bulunduğu yer vesayet makamının yetkili olduğu açıkça düzenlenmiştir. İşin ilk olarak intikal ettiği mahkeme, Kanun'da belirtilen bu mahkemelerden biri değilse yetkisiz olacaktır. Ayrıca yargılamanın hızlı bir şekilde karara bağlanması amacıyla da bir yargılama yetkisiz mahkemede görülemez. Zira kendisi de bir usûl kuralı olarak düzenlenen usûl ekonomisi ilkesi, diğer usûl kurallarına riayet edilmemesinin bir gerekçesi olarak kullanılamaz<sup>43</sup>.

Son olarak, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bakımından öngörülmuş olan söz konusu yetki kuralı kesin yetki kuralıdır<sup>44</sup>. Zira Kanun'un düzenlemesine bakıldığında, yargılamanın Kanun'da belirtilen yerler dışında başka bir yerde başlatılamayacağı sonucuna varmak mümkündür. Bu noktada, kesin yetki bir yargılama şartı olduğundan, mahkeme yetkili olup olmadığını re'sen inceler, ilgili de mahkemenin yetkili olmadığını yargılamanın her aşamasında ileri sürebilir (HMK m. 115/1).

### C. İlgililer

Medenî usûl hukukunda çekişmeli yargıda iki taraf prensibi geçerlidir ve bir davada davacı ve davalı olmak yalnızca iki taraf bulunur<sup>45</sup>. Çekişmesiz yargıda ise, çekişmeli yargının aksine, iki taraf

<sup>38</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2133; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 120; KARADEMİR AYDEMİR, Dilek: *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 511.

<sup>39</sup> KILIÇOĞLU, s. 600; KOCAAĞA, s. 43; AYDIN ÖZDEMİR, Elif: "19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaş-tırılmalı Olarak Türk Medeni Kanunu'nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Sayı 2, s. 194.

<sup>40</sup> KILIÇOĞLU, s. 600; KOCAAĞA, s. 43; AYDIN ÖZDEMİR, s. 194; KARABAĞ BULUT, s. 540.

<sup>41</sup> GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397b, N. 4; SPIRIG, Art. 397b, N. 27. Karş. GENÇCAN, Ömer Uğur: *Vasi, Kayım, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 618.

<sup>42</sup> "... Türk Medeni Kanununun 432 vd. maddelerinde düzenlenen koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına karar verilmesinde önemli olan en seri şekilde karar vermek olduğundan, uyumsuzluğun, ilk olarak intikal ettiği mahkeme olan ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nde çö-zümlemesi gerekmektedir ..." Yargıtay, 5. HD, T. 08.11.2021, E. 2021/12281, K. 2021/12697 (Kazancı). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 20. HD, T. 25.06.2020, E. 2020/1287, K. 2020/2177 (Kazancı); Yargıtay, 20. HD, T. 26.09.2019, E. 2019/3216, K. 2019/5275 (Kazancı); Yargıtay, 20. HD, T. 31.05.2018, E. 2018/2076, K. 2018/4199 (Lexpera); Yargıtay, 20. HD, T. 2.5.2017, E. 2017/5852, K. 2017/3840 (Lexpera); Yargıtay 20. HD, T. 23.03.2017, E. 2017/5558, K. 2017/2381 (Kazancı).

<sup>43</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 124.

<sup>44</sup> GÜMÜŞ, s. 210; CUMALIOĞLU, Emre: "Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından 'Elverişli Kurum' Sorunu", *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 38; YALÇINKAYA, s. 40.

<sup>45</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 20; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 113; YILDIRIM, 30; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 34; PEKCANİTEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, (Ed.) PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 553; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 210; KARSLI, s. 41; BUDAK / KARAASLAN, s. 102; AKKAN, *Pekcanitez Usûl, Cilt I*, s. 103; TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 5-6; KÖROĞLU, Anıl: *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 17, 21; UYUMAZ, s. 44-45.

prensibi geçerli değildir<sup>46</sup>. Nitekim çekişmesiz yargı işlerinde “taraf” kavramı yerine “ilgili” kavramı kullanılır<sup>47</sup>. İlgili kavramı maddî anlamda ilgili ve şeklî anlamda ilgili olmak üzere ikiye ayrılır<sup>48</sup>.

Maddî anlamda ilgili, çekişmesiz yargı işi sonunda verilecek olan karardan hukukî durumu etkilenen veya etkilenme ihtimâli bulunan kimsedir<sup>49</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında da maddî anlamda ilgili, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişidir. Çünkü bu işte verilecek olan karardan onun hukukî durumu etkilenebilecektir.

Şeklî anlamda ilgili ise çekişmesiz yargı işinde yargılamaya süje olarak katılan kimsedir<sup>50</sup>. Re’sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde, bir kimsenin şeklî anlamda ilgili olabilmesi için esasen onun aynı zamanda maddî anlamda da ilgili olması gerekir<sup>51</sup>. Öyleyse koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde de esasen maddî anlamda ilgili konumunda bulunan koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişi, şeklî anlamda ilgili olabilir.

Son olarak, re’sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde bazen mahkeme bazı kişilerin ihbarda bulunması üzerine harekete geçebilir<sup>52</sup>. Ancak söz konusu kişiler, sadece ihbarda bulunmakla, o çekişmesiz yargı işinde şeklî anlamda ilgili sıfatını kazanmazlar<sup>53</sup>. Dolayısıyla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde vesayet makamına ihbarda bulunan kimseler de maddî anlamda ilgili sayılmadıkları gibi şeklî anlamda ilgili de sayılmazlar. Türk Medenî Kanunu’nun 432. maddesi gereği bildirimde bulunan kamu görevlileri açısından da aynı durum geçerlidir. Örneğin cumhuriyet savcısının bir kimse hakkında koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması sebebinin bulunduğunu vesayet makamına bildirmesi hâlinde<sup>54</sup>, cumhuriyet savcısı ne şeklî anlamda ne de maddî anlamda ilgili olur.

#### D. Yargılama Usûlü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 385. maddesinin birinci fıkrasına göre, çekişmesiz yargı işlerinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır. Bu düzenlemeyle basit yargı-

<sup>46</sup> BÄRMANN, s. 85; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 157; KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. I), s. 30; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 34; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 111; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 154-155; BUDAK / KARAASLAN, s. 383; AKKAN, *Pekcanitez Usul, Cilt I*, s. 103-104; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013, s. 240; TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Medenî Usul Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Taraf Değişikliği), s. 41; UYUMAZ, s. 94.

<sup>47</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 139; KURU, *Usul, C. I*, s. 886; KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1846; KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, Cilt 85, Sayı 5, s. 33; BERKİN, Necmeddin M.: *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981 (Rehber), s. 96; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 34; YILDIRIM, s. 30; ATALI, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2119; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 111; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 155; BUDAK / KARAASLAN, s. 383; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 586; KARSLI, s. 45; ULUKAPI, Ömer: *Medenî Usul Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 27-29; TAŞ KORKMAZ, *Taraf Değişikliği*, s. 41; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 27, 125; ALTINKAYA, Miray: *Medenî Usul Hukuku Açısından Mirasçılık Belgesine İlişkin Talep*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 113; UYUMAZ, s. 94-95.

<sup>48</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 141; YILDIRIM, s. 30; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 34; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 115; ATALI, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2121; AKKAN, *Pekcanitez Usul, Cilt I*, s. 105-106; AKİL, Cenk: “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4 (Çekişmesiz Yargı), s. 932, dn. 51; ERİŞİR, Evrim: *Medenî Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti*, Turhan Kitabevi, İzmir, 2007, s. 105; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 125; ALTINKAYA, s. 114; UYUMAZ, s. 98.

<sup>49</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 141; YILDIRIM, s. 31; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 34; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 115; ÖZEKES, Muhammet: “Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 688; ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme), s. 269; ATALI, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2121; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 111; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 155; BUDAK / KARAASLAN, s. 383; AKKAN, *Pekcanitez Usul, Cilt I*, s. 105; AKİL, *Çekişmesiz Yargı*, s. 932, dn. 51; ERİŞİR, s. 105; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 127; ALTINKAYA, s. 114; UYUMAZ, s. 98.

<sup>50</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 142; YILDIRIM, s. 30; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 115; ATALI, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2121; AKİL, *Çekişmesiz Yargı*, s. 932, dn. 51; ERİŞİR, s. 106; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 128; ALTINKAYA, s. 114; UYUMAZ, s. 100.

<sup>51</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 143; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 129; UYUMAZ, s. 101.

<sup>52</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 143; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 129.

<sup>53</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 143; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 113; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 129.

<sup>54</sup> “... Cumhuriyet Başsavcılığının 30/11/2015 gün ve 2015/2945 Sayılı ihbarına istinaden; mahkemece, ...’nun Türk Medeni Kanunu’nun 432/1. maddesi uyarınca koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilmiştir...” Yargıtay, 8. HD, T. 18.01.2018, E. 2017/8405, K. 2018/875 (Kazancı).

lama usûlü çekişmesiz yargı işleri bakımından genel kural olarak kabul edilmiştir<sup>55</sup>. Bununla birlikte basit yargılama usûlü esasen çekişmeli yargıya ilişkin bir yargılama usûlüdür ve iki taraf prensibine göre düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Bu nedenle basit yargılama usûlü çekişmesiz yargı işlerinde doğrudan değil, Kanun'da da belirtildiği üzere, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir<sup>57</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılaması bakımından ise basit yargılama usûlünün uygulanacağı Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin birinci fıkrasında ayrıca düzenlenmiştir. Bunun yanında Türk Medenî Kanunu'nda koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde uygulanacak yargılama usûlüne ilişkin başka özel hükümler de bulunmaktadır. Öyleyse koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında, Türk Medenî Kanunu'ndaki özel hükümler de dikkate alınmak suretiyle niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır<sup>58</sup>.

Basit yargılama usûlünde davanın açılması dilekçeyle olur (HMK m. 317/1). Dava dilekçesinin, yönetmelikte belirlenecek formun doldurulması suretiyle de verilebilmesi mümkündür (HMK m. 317/4). Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde ise mahkemeye yapılan başvuruların veya ihbarların yargılamaya başlama şartı değil, mahkemenin harekete geçmesine yardımcı olma niteliğine sahip olduğu yukarıda ifade edildi<sup>59</sup>. Bu nedenle, söz konusu başvurular veya ihbarlar yazılı ya da sözlü olarak yapılabilir<sup>60</sup>. Aynı durum, re'sen takip edilen bir çekişmesiz yargı işi olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında da geçerlidir.

Basit yargılama usûlünde taraflar tüm delillerini dilekçeleri ile birlikte, açıkça ve hangi vakıanın delili olduğunu belirterek bildirmelidir. Ayrıca taraflar, ellerinde bulunan delilleri dilekçelerine eklemek ve başka yerlerden getirilecek deliller varsa bunların bulunabilmesini sağlayan bilgilere dilekçelerinde yer vermek zorundadır (HMK m. 318). Aksi takdirde taraflar o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılırlar<sup>61</sup>. Tarafların sonradan delil gösterebilmeleri ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesindeki sınırlamalara tâbidir<sup>62</sup>. Buna karşılık koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada durum farklıdır. Şöyle ki bu yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK m. 385/2)<sup>63</sup>. Re'sen araştırma ilkesine tâbi yargılamalarda ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde düzenlenen kanunda belirtilen sürelerden sonra delil gösterilemeyeceğine ilişkin kural uygulanmaz<sup>64</sup>. Öyleyse koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesindeki sınırlamalara tâbi olmaksızın sonradan delil gösterilebilir.

<sup>55</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2136; ALTINKAYA, s. 112.

<sup>56</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 122; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 95; ALTINKAYA, s. 112.

<sup>57</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 122; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 95; ALTINKAYA, s. 112.

<sup>58</sup> KURU / AYDIN, *Usul El kitabı, C. II*, s. 1844; KURU / BUDAK, s. 40.

<sup>59</sup> Bu konu hakkında yukarıda bkz. II, A.

<sup>60</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 154-155; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 97.

<sup>61</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2099.

<sup>62</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 472; ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2099; BUDAK / KARAASLAN, s. 363.

<sup>63</sup> GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397f, N. 12; SPIRIG, Art. 397e N. 24; RAEMY, s. 262; GÜMÜŞ, s. 217, 226; CUMALIOĞLU, s. 40; TAHİROĞLU, Fatih: *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Re'sen Araştırma), s. 70; "... Dava, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 432. maddesi uyarınca bulaşıcı hastalığın tedavisi için, hastanın kuruma yerleştirilmesi ve vasi atanması istemine ilişkindir. 6100 Sayılı HMK.nun 33. maddesi uyarınca, olayları açıklamak taraflara, hukuki niteleme hakime aittir. Vesayete dair hükümler kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece sadece vasi atanması yönünden değerlendirme yapılmış, alınan sağlık kurulu raporu doğrultusunda vasi atanması talebi reddedilmiştir. Ancak dava dilekçesi incelendiğinde asıl talebin, bulaşıcı olan ... hastalığına yakalanan ve tedaviyi kabul etmeyen hastanın tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesi yönünde tedavi amaçlı kişisel koruma kararı talep edildiği anlaşılmaktadır [...] Öyleyse mahkemece yapılacak iş; tarafları duruşmaya davet etmek, delillerini sunmalarını sağlamak, gerekirse resen araştırma yapmak ve hasil olacak sonucuna göre bir karar vermektir. ..." Yargıtay, 8. HD, T. 02.03.2017, E. 2017/1089, K. 2017/2818 (Kazancı).

<sup>64</sup> KARSLI, s. 528; ÖZMUMCU, Seda: "Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re'sen Araştırma İlkesi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı (Re'sen Araştırma), s. 149; ULUKAPI, Ömer / YARDIMCI, Taner Emre: "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan Özel Sayısı, s. 487; ÖZÇELİK, Volkan: *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 309; TAHİROĞLU, *Re'sen Araştırma*, s. 35 ve 121.

Basit yargılama usûlünde iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 319. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava açılmasıyla, savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı cevap dilekçesinin mahkemeye verilmesiyle başlar. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada ise durum farklıdır. Şöyle ki iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava sebebi ve talep sonucunu kapsar<sup>65</sup>. Yukarıda da belirtildiği üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Re'sen araştırma ilkesine tâbi yargılamalarda ise dava sebebinin değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı uygulanmaz<sup>66</sup>. Yine, yukarıda da belirtildiği üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada re'sen harekete geçme ilkesi geçerlidir. Re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı yargılamalarda ise yargılama konusu mahkeme tarafından belirlenir<sup>67</sup>. Dolayısıyla bu yargılamalarda ilgililerin talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi gibi bir durum gündeme gelmez.

Basit yargılama usûlünde, hâkim, mümkün olan hâllerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir (HMK m. 320/1)<sup>68</sup>. Bununla birlikte bazı çekişmesiz yargı işlerinde, ilgililerin duruşmaya çağırılması (dinlenmesi) gerektiği kanunlarda açıkça düzenlenmiştir<sup>69</sup>. Söz konusu çekişmesiz yargı işlerinden biri de koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasıdır<sup>70</sup>. Nitekim Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, hakîm karar verirken ilgili kişiyi dinler. Bu nedenle de koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılama duruşmalı olarak yapılmalıdır<sup>71</sup>.

Basit yargılama usûlü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde uygulanacağından (HMK m. 385/1) ön inceleme aşaması da çekişmesiz yargı işlerinde uygulanır<sup>72</sup>. O hâlde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da ön inceleme aşaması uygulama alanı bulur. Bu kapsamda, hâkim çekişmesiz yargı işlerinde yargılama şartlarını ön inceleme aşamasında inceleyeceğinden<sup>73</sup>, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da hâkim ön inceleme aşamasında yargılama şartlarını inceler. Bununla birlikte ön inceleme aşamasında yapılacak olan işlemler açısından çekişmesiz yargı işlerinde ve dolayısıyla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması içinde özellik arz eden bazı durumlar söz konusudur.

<sup>65</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 513; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 237 vd.; ARSLAN / YILMAZ / AYVAZ TAŞPINAR / HANAĞASI, s. 367; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 273; PEKCANITEZ, Hakan: “§11. Davaya Cevap”, (Ed.) PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, Cilt II), s. 1250; TANRIVER, *Usûl, C. I*, s. 743; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 408; ULUKAPI, s. 260.

<sup>66</sup> KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. II), s. 1731; KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usul El Kitabı, C. I), s. 517-518; UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 445; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 3008; PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1250; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 273; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 158, 370; ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2148; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 104 ve 412; POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 161; ERDÖNMEZ, Güray: “§ 8. Medenî Usûl Hukukuna Hâkim Olan İlkeler”, *Pekcanitez Usûl, Cilt I*, s. 806; KARSLI, s. 250-251; TANRIVER, *Usûl, C. I*, s. 742; ÖZMUMCU, *Re'sen Araştırma*, s. 147; ULUKAPI, s. 265; DEYNEKLİ, Adnan: *Medenî Usul Hukukunda Islah*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 78; BOLAYIR, Nur: *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması Hâkimin ve Tarafların Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 312; KÜÇÜK, s. 193-194.

<sup>67</sup> LENT, s. 34; BAUR, s. 171; GRUNSKY, Wolfgang: *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Baskı, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974, s. 47; KURU, *Nizastız Kaza*, s. 155; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 107.

<sup>68</sup> Doktrinde, söz konusu hükümden geçen “mümkün olan hâllerde” ifadesi ile kanunlarda duruşma yapılmadan karar verilebileceği öngörülen hâllerin kastedildiği belirtilmektedir (PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 473; ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2100; DİRENİSA Efe: *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Ön İnceleme), s. 283).

<sup>69</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. II*, s. 1850; KURU / BUDAK, s. 40.

<sup>70</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. II*, s. 1850; KURU / BUDAK, s. 40.

<sup>71</sup> “... Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/... nci maddesine göre, basit usule tabi davalarda taraflar duruşmaya davet edilmeden dosya üzerinden karar verilebilmesi için, bunun kanunen mümkün olması gerekir. Oysa, ergin kişinin korunması amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması, basit yargılama usulüne tabi (TMK. m. 437/...) olmakla birlikte, Türk Medenî Kanununun 436. maddesinde gösterilen özel usul kuralları ve 437/... madde hükmü gözetildiğinde; taraflar davet edilmeden duruşma açılmaksızın karar verilebilecek işlerden değildir. Bu bakımdan, taraflar davet edilerek incelemenin duruşmalı yapılması gerekir ...” Yargıtay, 18. HD, T. 14.06.2016, E. 2016/9524, K. 2016/9547 (Kazancı).

<sup>72</sup> DİRENİSA, *Ön İnceleme*, s. 290.

<sup>73</sup> ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 100.

Basit yargılama usûlünde, ön inceleme aşamasında hâkim taraflar arasındaki uyuşmazlık konularını tespit ederek bunları ön inceleme tutanağına geçirir (HMK m. 320/2)<sup>74</sup>. Ancak bu kural, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde uygulanamaz. Zira bu işte ortada bir uyuşmazlık bulunmamaktadır<sup>75</sup>. Böyle bir durumda uyuşmazlığın tespiti ve bunun ön inceleme tutanağına geçirilmesi gündeme gelmez<sup>76</sup>. Yine basit yargılama usûlünde ön inceleme aşamasında uyuşmazlık konuları tespit edildikten sonra hâkim, tarafları sulhe veya arabuluculuğa teşvik eder (HMK m. 320/2). Ancak bu kural da koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde uygulanamaz. Çünkü bu işte ortada bir uyuşmazlık bulunmamaktadır<sup>77</sup>. Böyle bir durumda ilgililerin sulhe<sup>78</sup> veya arabuluculuğa<sup>79</sup> teşvik edilmesinden bahsedilemez<sup>80</sup>.

Basit yargılama usûlünün uygulandığı davalarda, işlem den kaldırılmasına karar verilmiş olan dosya, yenilenmesinden sonra takipsiz bırakılırsa dava açılmamış sayılır (HMK m. 320/4). Buna karşılık re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde, ilgililer duruşmaya gelmeseler veya gelip de işi takip etmeyeceklerini bildirirler dahi hâkim dosyanın işlem den kaldırılmasına karar veremez<sup>81</sup>. Öyleyse re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinden olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da dosyanın işlem den kaldırılması gündeme gelmez.

## E. İspat Faaliyeti

### 1. Genel Olarak

İspat, bir yargılamadaki talep sonucunu haklı gösteren soyut hukuk normunun aradığı koşul vakıaları karşılayan somut vakıaların iddia edildiği gibi olduğu hususunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan inandırma faaliyetidir<sup>82</sup>. Deliller ise ispat faaliyetinde kullanılan, yargılama öncesinde mahkeme dışında gerçekleşen vakıanın yargılamaya aktarılmasını sağlayan, ilgili vakıayı temsile elverişli olan inandırma araçlarıdır<sup>83</sup>. Hem re'sen araştırma ilkesine tâbi olması nedeniyle hem de Türk Medenî Kanunu'nda yer alan özel hükümler nedeniyle koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada ispat faaliyeti bakımından özellik arz eden bazı durumlar söz konusudur.

İspatın konusunu kural olarak sadece tarafların ileri sürdüğü vakıalar oluşturur<sup>84</sup>. Ancak bu durum taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı yargılamalar bakımından geçerlidir. Çünkü bu yargılamalarda

<sup>74</sup> Basit yargılama usûlünde ön inceleme aşaması hakkında geniş bilgi için bkz. DİRENİSA, *Ön İnceleme*, s. 280 vd.

<sup>75</sup> Bu konu hakkında yukarıda bkz. I.

<sup>76</sup> TANRIVER, *Usûl, C. I*, s. 1212; DİRENİSA, *Ön İnceleme*, s. 290.

<sup>77</sup> Bu konu hakkında yukarıda bkz. I.

<sup>78</sup> Çekişmesiz yargı işlerinde sulhün mümkün olmadığı hakkında bkz. KURU, *Nizasız Kaza*, s. 171; ÖNEN, Ergun: *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 44.

<sup>79</sup> Çekişmesiz yargı işlerinin birçoğunda ilgililerin uyuşmazlık üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği ve dolayısıyla arabuluculuğa başvurulamayacağı yönünde bkz. ÖZEKES, Muhammet: “§ 23. Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2828. Bu konuda ayrıca bkz. ÖZMUMCU, Seda: *Uzak Doğu'da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 287-288.

<sup>80</sup> TANRIVER, *Usûl, C. I*, s. 1212; DİRENİSA, *Ön İnceleme*, s. 290.

<sup>81</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. II*, s. 1851; ÖZEKES, Muhammet: “§ 13. Tahkikat”, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1458; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 100; RÜZGARESEN, Cumhur: “Çekişmesiz Yargıda Dosyanın İşlem den Kaldırılma Sebepleri ve Kaldırılma Usûlü”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı Özel Sayısı Cilt 2, s. 2651-2652; RÜZGARESEN, Cumhur: *Medenî Usul Hukukunda Dosyanın İşlem den Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 256 ve 340-341.

<sup>82</sup> UMAR, Bilge / YILMAZ, Ejder: *İsbat Yükü*, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1980, s. 2; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 293; ATALAY, Oğuz: *Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 5; ATALAY, Oğuz: “§ 14. İspat”, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1585; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 333; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 465; GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Levent: *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 451.

<sup>83</sup> Benzer tanımlar için bkz. KORAL, Rabi: “Takdiri İspat Vasıtaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, Cilt 12, Sayı 4, s. 1165; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 368; ATALAY, Oğuz: “Delil Kavramı Üzerine”, *Halik Konuralp Anısına Armağan*, Cilt I, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 130; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1730; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 487; BOLAYIR, s. 11; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 474.

<sup>84</sup> PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 334; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 467; KARSLI, s. 505; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1626.

hâkim tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz (HMK m. 25/1). Buna karşılık re'sen araştırma ilkesine tâbi yargılamalarda mahkeme, tarafların ileri sürdüğü vakıalarla bağlı değildir<sup>85</sup>. Bir başka deyişle, mahkeme taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları da araştırıp kararını bu vakıalara dayandırabilir<sup>86</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, mahkeme ilgilinin ileri sürmediği vakıaları da araştırıp kararını bu vakıalara dayandırabilir.

Taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu yargılamalarda, deliller de kural olarak taraflarca gösterilir. Bir başka deyişle, mahkeme, kural olarak kendiliğinden delil toplayamaz (HMK m. 25/2). Bununla birlikte mahkemenin bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilmesi mümkündür (HMK m. 266/1; 288/2). Re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamalarda ise durum farklıdır. Bu yargılamalarda mahkeme, tarafların gösterdiği delillerle bağlı kalmaksızın, gerekli olan bütün delillere kendiliğinden başvurur<sup>87</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, gerekli olan bütün delillere mahkeme re'sen başvurur<sup>88</sup>. Bu kapsamda, taraflarca getirilme ilkesine tâbi yargılamalardan farklı olarak, mahkemenin re'sen tanık deliline başvurabilmesi de mümkündür<sup>89</sup>.

Bunun yanında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamalarda Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinde bilirkişi delili açısından özel düzenlemeler bulunmaktadır. Söz konusu özel düzenlemeler bilirkişi incelemesine başvurma zorunluluğu ve bilirkişi incelemesine katlanma zorunluluğu olmak üzere iki başlık altında ele alınabilir.

## 2. Bilirkişi İncelemesine Başvurma Zorunluluğu

Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin beşinci bendine göre, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ve ağır tehlike oluşturan bulaşıcı hastalığı olan kişiler hakkında ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Görüldüğü üzere koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin beşinci bendinde belirtilen kişiler hakkında karar verilebilmesi için bilirkişi incelemesine başvurulması zorunludur<sup>90</sup>. Bu noktada, Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin beşinci bendinin mülga ikinci cümlesinden de bahsetmek gerekir. Bu hükme göre, vesayet makamının daha önceden bilirkişi raporu

<sup>85</sup> SUTTER-SOMM, Thomas / SCHRANK, Claude: "Art. 55", (Hrsg.) SUTTER-SOMM, Thomas / HASENBÖHLER, Franz / LEUBERGER, Christoph: *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Yazar, Komm. ZPO), N. 61; HURNI, Christoph: "Art. 55", (Hrsg.) HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter: *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (Yazar, Berner Komm. ZPO), N. 55; GLASL, Daniel: "Art. 55", (Hrsg.) BRUNNER, Alexander / GASSER, Dominik / SCHWANDER, Ivo: *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar*, 2. Baskı, Dike Verlag, Zürich-St.Gallen, 2016 (Yazar, DIKE-Komm-ZPO), N. 34; OBERHAMMER, Paul: "Art. 55", (Hrsg.) OBERHAMMER, Paul / DOMEJ, Tanja / HAAS, Ulrich: *Kurzkommentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Yazar, KUKO ZPO), N. 14; MORDASINI-ROHNER, Claudia M.: *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013, N. 367; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1626; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 158; BOLAYIR, s. 130.

<sup>86</sup> GULDENER, Max: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1979, s. 169; GLASL, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 55, N. 34; HURNI, *Berner Komm. ZPO*, Art. 55, N. 55; MORDASINI-ROHNER, N. 367; KURU, *Usul, C. II*, s. 1923; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 579; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 158; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 468; KARSLI, s. 249 ve 479; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 399; BOLAYIR, s. 130.

<sup>87</sup> HURNI, *Berner Komm. ZPO*, Art. 55, N. 57; OBERHAMMER, *KUKO ZPO*, Art. 55 N. 14; GLASL, *DIKE-Komm-ZPO*, Art. 55, N. 49; KURU, *Usul, C. II*, s. 2022; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 579; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 191; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 415; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 891; ERDÖNMEZ, *Pekcanitez Usûl, Cilt I*, s. 805- 806.

<sup>88</sup> "... Dava, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununun 432. maddesi uyarınca bulaşıcı hastalığın tedavisi için, hastanın kuruma yerleştirilmesi ve vasi atanması istemine ilişkindir. 6100 Sayılı HMK.nun 33. maddesi uyarınca, olayları açıklamak taraflara, hukuki niteleme hakime aittir. Vesayete dair hükümler kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece sadece vasi atanması yönünden değerlendirme yapılmış, alınan sağlık kurulu raporu doğrultusunda vasi atanması talebi reddedilmiştir. Ancak dava dilekçesi incelendiğinde asıl talebin, bulaşıcı olan ... hastalığına yakalanan ve tedaviyi kabul etmeyen hastanın tedavisi için bir kuruma yerleştirilmesi yönünde tedavi amaçlı kişisel koruma kararı talep edildiği anlaşılmaktadır [...] Öyleyse mahkemece yapılacak iş; tarafları duruşmaya davet etmek, delillerini sunmalarını sağlamak, gerekirse resen araştırma yapmak ve hasıl olacak sonucuna göre bir karar vermektir. ..." Yargıtay, 8. HD, T. 02.03.2017, E. 2017/1089, K. 2017/2818 (Kazancı).

<sup>89</sup> TAHİROĞLU, *Re'sen Araştırma*, s. 131.

<sup>90</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 782, 783; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1917, 1919; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 985; TANRIVER, Süha: *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Bilirkişilik), s. 42; ZORA, Fatih: *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 61.

almış olduğu hâllerde denetim makamının bundan vazgeçebilmesi mümkündür. Ancak söz konusu hüküm 7196 sayılı ve 06.12.2019 tarihli Kanun'la<sup>91</sup> yürürlükten kaldırılmıştır. Bu nedenle artık Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin beşinci bendinde belirtilen kişiler hakkında vesayet makamının verdiği karara karşı itiraz yoluna başvurulduğunda<sup>92</sup>, vesayet makamı bilirkişi raporu almış olsa bile, denetim makamı bilirkişi incelemesine başvurmak zorundadır.

Bu başlık altında, ilgili kişinin üzerinde yapılacak incelemenin keşif olarak mı yoksa bilirkişi incelemesi olarak mı nitelendirilmesi gerektiği üzerinde ayrıca durulmalıdır. Şöyle ki doktrinde bir görüşe göre, insan bedeni üzerinde yapılacak incelemeleri keşif olarak nitelendirmek gerekir<sup>93</sup>. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise hâkimin doğrudan duyu organları vasıtasıyla inceleme yaparak bilgi sahibi olması söz konusu değilse, keşiften bahsetmek mümkün değildir<sup>94</sup>. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da ilgili kişinin incelenmesi sırasında hâkimin bizzat bulunması ve duyu organları vasıtasıyla inceleme yapması söz konusu değildir<sup>95</sup>. Kaldı ki burada özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir inceleme söz konusudur<sup>96</sup>. Bu nedenle ilgili kişi üzerinde yapılacak söz konusu inceleme kanaatimizce bilirkişi incelemesi olarak nitelendirilebilir. Nitekim doktrinde de Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinin beşinci bendinde yer alan düzenleme bilirkişi incelemesine başvurma zorunluluğuna örnek olarak gösterilmektedir<sup>97</sup>. Ayrıca gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılması<sup>98</sup> da bu incelemeye keşif niteliği kazandırmaz<sup>99</sup>. Zira bu durum, yani ilgili kişi hakkında gerektiğinde zor kullanılması söz konusu incelemenin niteliğine değil, icrasına ilişkindir.

Son olarak, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada alınan uzman görüşünün, hâkimin Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesi uyarınca bilirkişiye başvurma zorunluluğunu ortadan kaldırıp kaldırmayacağı sorusu akla gelebilir. Şöyle ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesine göre, taraflar yargılama konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel mütalâa (uzman görüşü) alabilirler. Her ne kadar uzman görüşünün hukukî niteliği tartışmalı olsa da<sup>100</sup>, uzman görüşü ile

<sup>91</sup> Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (24.12.2019 tarihli ve 30988 sayılı Resmî Gazete).

<sup>92</sup> Bu konu hakkında aşağıda bkz. III, B.

<sup>93</sup> ALBAYRAK, Zeynep: "Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 33, s. 730 vd. İnsan üzerindeki incelemelerin nitelik olarak keşif olduğu, ancak bu inceleme sırasında esas olarak hâkimin değil bilirkişinin rol ve işlev üstlendiği, dolayısıyla bilirkişinin oy ve görüşü ekseninde gerçekleşen ve şekillenen bir süreçten söz edilebileceği yönünde bkz. BİLGİN, Hikmet: *Medenî Usûl Hukuku Açısından Babalık Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 423-424. Soybağının tespiti için yapılacak inceleme bağlamında bir tür keşif söz konusu olduğu hakkında bkz. GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 562.

<sup>94</sup> AŞIK, İbrahim: *Medenî Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 136. Soybağının tespiti için incelemeyi düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesinin keşif başlığı altında değil, bilirkişi incelemesi başlığı altında düzenlenmesinin düzenlemenin amacına ve söz konusu düzenlemenin gereğini yapacak kişilerin niteliğine daha uygun olacağı hakkında bkz. KONURALP, Orhan Emre: "Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292'nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu'nun 284'üncü Maddesinin Durumu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 69, Sayı 4, s. 1618.

<sup>95</sup> Soybağının tespiti amacıyla yapılan inceleme açısından aynı yönde bkz. AŞIK, s. 136-137.

<sup>96</sup> Soybağının tespiti amacıyla yapılan inceleme açısından aynı yönde bkz. AŞIK, s. 136-137.

<sup>97</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 782, 783; ATALAY, *Pekcanitez Usul, Cilt II*, s. 1917, 1919; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 985; TANRIVER, *Bilirkişilik*, s. 42; ZORA, s. 61.

<sup>98</sup> 7196 sayılı Kanun'la bilirkişi raporunun alınabilmesi için hâkime gerektiğinde zor kullanma yetkisi verilmiştir. Bu konu hakkında aşağıda bkz. II, E, 3.

<sup>99</sup> Aksi yönde bkz. BİLGİN, s. 424.

<sup>100</sup> Doktrinde ağırlıklı görüşe göre, uzman görüşü taraf beyanı niteliğine sahiptir (PEKCANİTEZ, Hakan: "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi", *Makaleler, Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016 (Uzman Görüşü), s. 395; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 435; ATALAY, *Pekcanitez Usul, Cilt II*, s. 1959; KARSLI, s. 624; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 1104; AKİL, Cenk: "Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayırımı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, Sayı 2 (Uzman Tanık), s. 177; YAZICI-TIKTIK, Çiğdem: "HMK M. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması", *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 7, Sayı 20, s. 91). Doktrinde diğer bir görüşe göre, uzman görüşü takdiri delil niteliğindedir (ARSLAN / YILMAZ / AYVAZ TAŞPINAR / HANAĞASI, s. 494; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 826; ÖZTEK, Selçuk: "Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1624-1625). Vakıalar açısından takdiri delil niteliğine sahip olacağı yönünde bkz. BUDAK / KARAASLAN, s. 307. Doktrinde üçüncü bir görüşe göre ise uzman görüşü delil değerlendirme aracıdır (ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 1 (Uzman Görüşü), s. 126; SARISÖZEN, M. Serhat: "Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)", *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1704; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 588; ELYILDIRIM, Hasan: *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 57 vd.).



bilirkişi raporu birbirinden farklıdır<sup>101</sup>. Oysa, yukarıda açıklandığı üzere, Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesinde belirtilen hâllerde hâkim bilirkişi raporu almak zorundadır. Dolayısıyla söz konusu hâllerde uzman görüşü sunulmuş olsa da hâkim bilirkişi raporu almalıdır. Bu bağlamda, sunulan uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasında çelişki ortaya çıkması hâli koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da gündeme gelebilir. Böyle bir durumda mahkemenin çelişkiyi gidermesi gerekir<sup>102</sup>.

### 3. Bilirkişi İncelemesine Katılma Zorunluluğu

7196 sayılı Kanun'la Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesine yedinci bent olarak “*Bu madde kapsamında alınan kararların icrası için gerektiğinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir.*” hükmü eklenmiştir. O hâlde gerektiğinde hâkim akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı ya da ağır tehlike oluşturan bulaşıcı hastalığı olan kişiler hakkında bilirkişi incelemesinin zor kullanılarak yapılmasına karar verebilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada ilgili kişi üzerinde yapılacak incelemenin bilirkişi incelemesi olarak nitelendirilebileceği yukarıda ifade edildi. Dolayısıyla bilirkişi incelemesinin zor kullanılarak yapılması hâlinde, ilgili kişi için bilirkişi incelemesine katılma zorunluluğunun ortaya çıkacağı söylenebilir.

7196 sayılı Kanun'la Türk Medenî Kanunu'nun 436. maddesine eklenen altıncı bentte ise bilirkişi incelemesi için ilgili kişinin vücudundan örnek alınabileceği, ilgili kişiye tıbbî müdahale yapılabileceği ya da ilgili kişinin bir sağlık kuruluşuna yerleştirilebileceği düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini temin amacıyla; kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kul, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahaleler yapılabilir ve gerektiğinde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir*”<sup>103</sup>. O hâlde gerektiğinde hâkim bilirkişi raporunun hazırlanabilmesi için zor kullanılarak ilgili kişinin vücudundan örnek alınmasına veya ilgiliye tıbbî müdahale yapılmasına ya da ilgilinin en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilmesine de karar verilebilir.

Benzer düzenlemeler, Alman hukukunda Aile Hukukuna ve Çekişmesiz Yargı İşlerine İlişkin Yargılama Kanunu'nun (FamFG) “Kanunî Müşavirlik ve Yerleştirme İşlerinde Yargılama (*Verfahren in Betreuungs- und Unterbringungssachen*)” isimli üçüncü kitabının “Kanunî Müşavirlik İşlerinde Yargılama (*Verfahren in Betreuungssachen*)” başlığını taşıyan birinci kısmında bulunan 283 ve 284. maddelerinde yer almaktadır<sup>104</sup>. “İnceleme İçin Götürülme (*Vorführung zur Untersuchung*)” başlıklı 283. maddenin birinci fıkrasına göre, mahkeme, bilirkişi raporunun hazırlanabilmesi için ilgili kişinin incelenmesine ve yetkili makam tarafından incelemeye götürülmesine karar verebilir (c. 1). Karar verilmeden önce ilgili kişi bizzat dinlenmelidir (c. 2). İnceleme kararıyla ilgili kişinin incelemeye katılma zorunluluğu doğar<sup>105</sup>. Bu kapsamda ilgili kişi sadece bilirkişinin karşısında hazır bulunmaya

<sup>101</sup> PEKCANITEZ, *Uzman Görüşü*, s. 394 vd.; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 435; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1959; ARSLAN / YILMAZ / AYVAZ TAŞPINAR / HANAĞASI, s. 494; ÖZBEK, *Uzman Görüşü*, s. 76 vd.

<sup>102</sup> ZIMMERMANN, Walter: “§ 402”, (Hrsg.) KRÜGER, Wolfgang / RAUSCHER, Thomas: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 355-945b*, 6. Baskı, C. H. Beck, München, 2020, Rdn. 9; AHRENS, Hans-Jürgen: *Der Beweis im Zivilprozess*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2015, Kap. 44 Rz. 40; RECHBERGER, Walter H.: “Vor. § 351”, (Hrsg.) RECHBERGER, Walter H.: *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 3. Baskı, Springer-Verlag, Wien, 2006, Rdn. 8; PEKCANITEZ, *Uzman Görüşü*, s. 416; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt II*, s. 1960; AKİL, *Uzman Tanık*, s. 175; SARISÖZEN, s. 1729. Bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin bir içtihadından hareketle aşamalı bir prosedür izlenerek giderilmesi gerektiği hakkında bkz. KAPLAN, Mikail Bora: “Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 570 vd.

<sup>103</sup> Benzer bir düzenleme olan ve soybağının tespiti amacıyla kişinin kan veya doku alınması konusunda gerektiğinde hâkime zor kullanma yetkisi veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 292. maddesi hakkında geniş bilgi için bkz. DİRENİSA, Efe: “Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katılma Zorunluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 18, Sayı 2, s. 291 vd.

<sup>104</sup> Söz konusu hükümler, 322. maddenin atfî dolayısıyla aynı kitabın “Yerleştirme İşlerinde Yargılama” (*Verfahren in Unterbringungssachen*) başlığını taşıyan ikinci kısmında da uygulanır.

<sup>105</sup> SCHMIDT-RECLA, Adrian: “§ 283”, (Hrsg.) RAUSCHER, Thomas: *Münchener Kommentar zum FamFG, Band 2 §§ 271-493*, 3. Baskı, C. H. Beck, München, 2019 (Yazar, MüKoFamFG), Rdn. 3; GÜNTER, Peter: “§ 283”, (Hrsg.) HAHNE, Meo-Micaela / SCHLÖGEL, Jürgen / SCHLÜNDER, Rolf: *BeckOK FamFG*, 45. Edition, C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, BeckOK FamFG), Rdn. 4; GİERS, Michael: “§ 283”, (Hrsg.) STERNAL, Werner: *FamFG Kommentar*, 21. Baskı, C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, Sternal FamFG), Rdn. 4.

zorlanabilir<sup>106</sup>. Bunun dışında ilgili kişi inceleme sırasında belli davranışlarda bulunmaya, örneğin soruları cevaplamaya, teste katılmaya zorlanamaz<sup>107</sup>. Keza ilgili kişiye fiziksel müdahaleler de yapılamaz<sup>108</sup>. İlgili kişi mahkeme kararına rağmen bilirkişinin karşısında hazır bulunmazsa ya da davranışlarından veya diğer ifadelerinden bilirkişi incelemesi için gönüllü olarak gelmeyeceği anlaşılırsa mahkeme ilgili kişinin bilirkişi incelemesine götürülmesini emredebilir<sup>109</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, yetkili makam, ancak mahkemenin açıkça karar vermesi hâlinde zor kullanılabilir (c. 1). Yetkili makam gerektiğinde kolluk kuvvetlerinden yardım talep edebilir (c. 2). Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, ilgili kişinin incelemeye götürülmesi amacıyla mahkemenin açıkça karar vermesi hâlinde ilgili kişinin konutu onun rızası olmaksızın zor kullanılarak açılabilir, konutuna girilebilir ve konutu aranabilir (c. 1). Ancak karar verilmeden önce ilgili kişi bizzat dinlenmelidir (c. 2). Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ise karar ilgili kişi önceden dinlenmeden yetkili makam tarafından verilebilir (c. 3). Bu düzenlemeyle Anayasa 13. maddesinin birinci fıkrasında hüküm altına alınan konut dokunulmazlığı temel hakkı sınırlanmaktadır (c. 4).

“Bilirkişi Raporu için Yerleştirme (*Unterbringung zur Begutachtung*)” başlıklı 284. maddenin birinci fıkrasına göre ise mahkeme, bir bilirkişiyi dinledikten sonra, bilirkişi raporunun hazırlanabilmesi amacıyla gerekli olduğu kadar, ilgili kişinin belirli bir süre için yerleştirilmesine ve gözlemlenmesine karar verebilir (c. 1). Karar verilmeden önce ilgili kişi bizzat dinlenmelidir (c. 2). Bu kapsamda ilgili kişi kapalı bir psikiyatri hastanesine ya da psikiyatri hastanesinin kapalı bir bölümüne yerleştirilebilir<sup>110</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, yerleştirilme süresi altı haftayı aşamaz (c. 1). Ancak bu sürenin bilirkişi raporu için gerekli bilgilerin elde edilmesi açısından yeterli olmaması hâlinde, yerleştirme süresi mahkeme kararıyla toplamda üç aya kadar uzatılabilir (c. 2). Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, 283. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları burada da uygulanır (c. 1). Birinci ve ikinci fıkralara göre verilen kararlara karşı, Alman Medenî Usûl Kanunu’nun 567 ile 572. maddeleri uyarınca acele itiraz (*sofortige Beschwerde*) yoluna başvurulabilir (c. 2).

Bu noktada, Alman hukukundaki ilgili kişinin incelemeye götürülmesi ve inceleme için sağlık kuruluşuna yerleştirilmesi ile ilgili düzenlemelerin Türk hukukundaki düzenlemelere nazaran daha ayrıntılı olduğu görülmektedir. Kanaatimizce Türk hukukunda da kanun koyucu tarafından Alman hukukundaki gibi daha ayrıntılı düzenlemeler yapılması faydalı olabilir<sup>111</sup>. Zira Türk hukukunda her ne kadar koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlerde yakın zamanlarda yapılan değişiklikler kanun koyucunun bu kuruma önem verdiğini de gösterse de<sup>112</sup>, mevcut düzenlemeler bu hâliyle uygulanma esnasında bazı tereddütlerin ortaya çıkmasına sebep olabilir.

## F. Yargılama Giderleri ve Adli Yardım

### 1. Yargılama Giderleri

Bir yargılama faaliyeti nedeniyle ortaya çıkan giderlerin tamamına yargılama giderleri denir<sup>113</sup>. Yargılama giderleri sadece çekişmeli yargı alanındaki değil, çekişmesiz yargı alanındaki yargılama faaliyetleri sırasında da ortaya çıkabilir<sup>114</sup>. Dolayısıyla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde

<sup>106</sup> SCHMIDT-RECLA, *MüKoFamFG*, § 283, Rdn. 1.

<sup>107</sup> SCHMIDT-RECLA, *MüKoFamFG*, § 283, Rdn. 1; GÜNTER, *BeckOK FamFG*, § 283, Rdn. 4; GIERS, *Sternal FamFG*, § 283, Rdn. 4.

<sup>108</sup> SCHMIDT-RECLA, *MüKoFamFG*, § 283, Rdn. 1; GÜNTER, *BeckOK FamFG*, § 283, Rdn. 4; GIERS, *Sternal FamFG*, § 283, Rdn. 4; BUMILLER, Ursula: “§ 283”, (Hrsg.) BUMILLER, Ursula / HARDERS, Dirk / SCHWAMB, Werner: *FamFG*, 13. Baskı, C. H. Beck, München, 2022, Rdn. 1.

<sup>109</sup> GÜNTER, *BeckOK FamFG*, § 283, Rdn. 4. Ayrıca bkz. ve karşı. SCHMIDT-RECLA, *MüKoFamFG*, § 283, Rdn. 4.

<sup>110</sup> SCHMIDT-RECLA, *MüKoFamFG*, § 284, Rdn. 1; GÜNTER, *BeckOK FamFG*, § 284, Rdn. 3. Ayrıca bkz. HEIDEBACH, Martin: “§ 284”, (Hrsg.) HAUBLEITER, Martin: *FamFG Kommentar*, 2. Baskı, C. H. Beck, München, 2017, Rdn. 1.

<sup>111</sup> Aynı yönde bkz. ve karşı. BİLGİN, s. 399-400.

<sup>112</sup> BİLGİN, s. 486-487.

<sup>113</sup> ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 765; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 981; ATALAY, Oğuz: “§ 20. Yargılama Giderleri ve Adli Yardım”, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2385.

<sup>114</sup> ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 241; ALTINKAYA, s. 126.

de yargılama giderleri gündeme gelir. Bu noktada, öncelikle, yargılama giderlerinden olan başvurma harcı ile karar ve ilam harcına (HMK m. 323/1-a) değinmek gerekir.

Yargılama harçları, yargı organlarının görmüş olduğu yargılama hizmeti nedeniyle devletin belli tutar ve oranlarda makbuz karşılığı almış olduğu paradır<sup>115</sup>. Yargılama harçlarının çeşitleri, miktarı ve oranları 492 sayılı Harçlar Kanunu'nda<sup>116</sup> (HarçK) düzenlenmiştir. Başvurma harcı, dava açılırken davacıdan peşin olarak alınan maktu bir harçtır (HarçK m. 27). Karar ve ilam harcı ise konusu parayla değerlendirilemeyen davalarda maktu olarak, konusu parayla değerlendirilebilen davalarda nispi olarak alınan bir harçtır. Maktu karar ve ilâm harcı, ilgili bulunduğu işlemin yapılmasından önce peşin olarak ödenir (HarçK m. 27/1). Nispi karar ve ilâm harçlarının dörtte biri peşin, geri kalanı kararın tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir (HarçK m. 28/1). Çekişmesiz yargı işlerinde de kural olarak hem başvurma harcı hem de maktu karar ve ilâm harcı alınır<sup>117</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ise kanaatimizce ne başvurma harcı ne de karar ve ilâm harcı alınır<sup>118</sup>. Şöyle ki Harçlar Kanunu'nun 11. maddesinin birinci fıkrasına göre, yargı harçlarını kural olarak davayı açan veya harca konu olan işlemin yapılmasını isteyen kişiler ödemekle yükümlüdür. Oysa koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde, hâkim re'sen harekete geçme ilkesi gereği talep olmaksızın yargılamayı kendiliğinden başlatır. Dolayısıyla bu işte harcın alınacağı bir talepte bulunan söz konusu olmaz. Öte yandan Harçlar Kanunu'nun 11. maddesinin üçüncü fıkrasında, herhangi bir talep olmaksızın re'sen yapılacak işlemlere ait harçların, aksine hüküm bulunmadıkça lehine işlem yapılan kişilerden alınacağı düzenlenmiştir. Ancak bu kural, re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı yargılamalarda geçerli olmaz. Çünkü yargısal işlemlere ilişkin harçlar ödenmedikçe, ondan sonraki işlemlere devam edilmez (HarçK m. 27, 32). Hâlbuki re'sen harekete geçme ilkesinin söz konusu olduğu işlerde, mahkeme talep olmasa dahi görevi gereği harekete geçip yargılama yaparak karar vermelidir. Dolayısıyla bu işlerde harcın ödenmemesi nedeniyle yargılamaya başlanmaması çelişkili bir durum yaratır. Son olarak, Yargıtay da 10.06.1968 gün 1968/2-13 sayılı içtihadı birleştirme kararında, yapılmasını isteyen kişi bulunmasa bile mahkemece re'sen yapılması gereken bir işlem için harç alınmayacağına karar vermiştir<sup>119</sup>.

Bu başlık altında, gider avansı ile delil avansına da değinmek gerekir. Gider avansı, davanın yürütülmesi açısından gerekli olan tebligat gibi dosyada kapsamında yapılması zorunlu olan işlemlerle ilgili masraflar için yatırılan avanstır<sup>120</sup>. Gider avansının yatırılması bir dava şartıdır (HMK m. 114/1-g). Gider avansının tutarı her yıl Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan gider avansı tarifesiyle<sup>121</sup> belirlenir ve davacı bu tutarı dava açarken mahkeme vizesine yatırmak zorundadır (HMK m. 120/1). Gider avansı hiç yatırılmamış ya da eksik yatırılmışsa verilen kesin sürede tamamlanmalıdır. Aksi takdirde dava şartı yokluğundan dava usûlden reddedilir (HMK m. 115/2). Çekişmesiz yargı işlerinde

<sup>115</sup> KARAFAKİH, İsmail Hakkı: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 140; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 561; ATALAY, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2386; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 1183; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 682.

<sup>116</sup> 17.07.1964 tarihli ve 11756 sayılı Resmî Gazete.

<sup>117</sup> ATALAY, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2386-2387; PINAR, Burak: *Yargı ve İcra Harçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 62 vd., 115; ALDEMİR, Hüsnü: *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 394, 407; ERTANHAN, Mesut: *Yargılama ve Takip Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 59, 66 dn. 55; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 242; ALTINKAYA, s. 126.

<sup>118</sup> Başvurma harcı bakımından aynı yönde bkz. ALDEMİR, s. 395.

<sup>119</sup> "... Karar yazılıp imzalandıktan sonra örneklerinin bir hafta içinde mahkeme başkâtibi tarafından taraflardan her birine makbuz karşılığında, verileceği, taraflardan her birine verilen örneklerin de ilam sayılacağı konusundaki Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 392 inci maddesinin hükmü, yukarıki bentte açıklanan esaslara göre, mahkemece doğrudan doğruya yapılması gereken, fakat, yapılması harç verilmesine bağlanmayan işlerdendir. Çünkü; bu işlemi yapılmasını isteyen kişi bulunmasa dahi, mahkeme başkâtibinin yapması, kanun tarafından öngörülmüştür. O halde, bu işlemin yapılmasının (1) sayılı tarifinin 1-D bendinde yazılı Örnek harcına bağlı olduğu ileri sürülemez. Örnek harcı; kanun bakımından bir zorunluk bulunmadığı halde ilgililerden, birinin isteği üzerine mahkeme kaleminden verilecek örneklerden alınabilecektir..." Yargıtay, İBHGK, T. 10.06.1968, E. 1968/2, K. 1968/13 (Lexpera).

<sup>120</sup> PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 567; ATALAY, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, s. 2400; ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Gider Avansı), s. 139.

<sup>121</sup> 30.09.2022 tarihli ve 31969 sayılı Resmî Gazete.

talepte bulunandan gider avansı alınıp alınmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre, çekişmesiz yargı işlerinde gider avansının uygulama alanı bulunmayacağını kabul etmek gerekir<sup>122</sup>. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüşe göre, gider avansı hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çekişmeli yargı için kabul edilen kural niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır<sup>123</sup>.

Kanaatimizce ise re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde, re'sen harekete geçme ilkesinin niteliği gereği, gider avansı yatırılması yargılama şartı olarak kabul edilemez<sup>124</sup>. Aksi takdirde ilgili, gider avansını yatırmayarak yargılama şartı yokluğundan işin usûlden reddedilmesine neden olabilir, yani hâkimin re'sen harekete geçmesini engelleyebilir. Ayrıca çekişmeli yargıda davacıdan alınacak olan gider avansı (HMK m. 114/1-g), çekişmesiz yargıda talepte bulunan ilgiliden alınabilir<sup>125</sup>. Oysa re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde gider avansının alınabileceği bir talepte bulunan ilgili yoktur. O hâlde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada gider avansının yatırılmış olması yargılama şartı olarak aranmaz.

Delil avansı ise delillerin dava dosyasına sunulması, dinlenmesi ve yargılamaya getirilmesi için gerekli olan masrafları karşılamak üzere yatırılan avanstır<sup>126</sup>. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği yargılamalarda mahkemenin re'sen başvurduğu deliller için taraflar, bir hafta içinde gerekli olan delil avansını yatırmalıdır (HMK m. 325/1, c. 1). Bununla birlikte verilen süre içinde giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa, ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere hazineден ödenmesine hükmedilir (HMK m. 325/1, c. 2). Görüldüğü üzere, belirlenen süre içinde bu işlemlere ait giderleri karşılayacak miktarda avans yatırılmazsa mahkeme, delile dayanmaktan vazgeçilmiş sayılmasına karar veremez<sup>127</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işi de ilgililerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işlerden olduğundan, bu işte Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi uygulama alanı bulur. Örneğin akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle kişi hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması kararı verilebilmesi için gerekli olan resmî sağlık kurulu raporuna ilişkin delil avansı yatırılmadığında, giderin hazineден ödenmesine hükmedilmelidir<sup>128</sup>. Yine koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada tanık masrafının yatırılmaması hâlinde, giderin hazineден ödenmesine karar verilir.

Son olarak, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde yargılama giderlerinden kimin sorumlu tutulacağı meselesinin de üzerinde durulmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda çekişmesiz yargı işlerinde yargılama giderlerinden sorumluluk konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır<sup>129</sup>. Nitekim yargılama giderlerinden sorumluluk başlığını taşıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 326. maddesi, iki taraf prensibine göre düzenlenmiştir<sup>130</sup>. Bu hükme göre, yargılama giderleri, davayı kaybeden tarafa yükletilir. Buna karşılık çekişmesiz yargı işlerinde iki taraf prensibi geçerli olmadığından, yani bir karşı taraf bulunmadığından, davayı kazanan ve davayı kaybeden taraftan bahsedilemez<sup>131</sup>. Bu

<sup>122</sup> ÖZBEK, *Gider Avansı*, s. 95-96.

<sup>123</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2147.

<sup>124</sup> Nitekim doktrinde de re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde yalnızca mahkemeye ilişkin yargılama şartlarının aranacağı kabul edilmektedir (KURU, *Nizasız Kaza*, s. 156-157; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 105-106).

<sup>125</sup> ÖZBEK, *Gider Avansı*, s. 95.

<sup>126</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 567; ATALAY, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2400; ÖZBEK, *Gider Avansı*, s. 139.

<sup>127</sup> KÖROĞLU, Anıl: *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 123.

<sup>128</sup> Örnek için bkz. ve karşı. TAHİROĞLU, *Re'sen Araştırma*, s. 152-153.

<sup>129</sup> İsviçre Medeni Usûl Kanunu bakımından aynı yönde bir yaklaşım bkz. HÜSSER, Manuel: *Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Schulthess Verlag, Zürich, 2012, s. 63.

<sup>130</sup> 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu bakımından aynı yönde bkz. KURU, *Nizasız Kaza*, s. 228-229.

<sup>131</sup> HÜSSER, s. 63.

nedenle yargılama giderlerinden esasen davayı kaybeden tarafın sorumlu olacağı kuralı, çekişmesiz yargı işlerinde uygulama alanı bulmaz<sup>132</sup>.

İsviçre Hukukunda, çekişmesiz yargı işlerinde “sebeplendirme prensibi (*Verursacherprinzip*)” geçerlidir<sup>133</sup>. Buna göre, talepte bulunan ilgilinin yargılama giderlerinden sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmektedir<sup>134</sup>. Zira yargılamaya ve bundan dolayı giderlerin ortaya çıkmasına sebep olan esasen talepte bulunan ilgilidir<sup>135</sup>.

Kanaatimizce bu prensip Türk hukuku bakımından da kabul edilebilir. Bununla birlikte koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde durum farklıdır. Nitekim re’sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinden olan bu işte talepte bulunan bir ilgili söz konusu değildir. Ancak burada da ilgilinin, yargılamaya ve dolayısıyla yargılama giderlerine sebep olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ilgili hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilirse, yargılama giderlerinden o sorumlu olmalıdır. Çünkü bu yargılamaya ve dolayısıyla yargılama giderlerinin ortaya çıkmasına aslında o sebep olmuştur. Buna karşılık koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde kişi hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilmezse, yargılama giderlerinden o sorumlu tutulmamalıdır. Zira bu yargılamaya neden olmayan ve hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilmeyen ilgilinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi doğru olmaz. Böyle bir durumda yargılama giderlerinin hazineye yüklenmesine karar verilmelidir.

Bu bağlamda, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde, mahkeme bazı kişilerin ihbarda bulunması üzerine harekete geçmiş ancak ilgili hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilmemiş olabilir. Kanaatimizce böyle bir durumda, mahkemeye ihbarda bulunan kişiler yargılama giderlerinden sorumlu tutulamazlar. Çünkü söz konusu kişiler maddî anlamda ilgili sayılmadıkları gibi şeklî anlamda ilgili de sayılmazlar<sup>136</sup>. Dolayısıyla bu durumda da yargılama giderlerinin hazineye yüklenmesine karar verilmelidir.

## 2. Adli Yardım

Medenî usûl hukukunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 334 ile 340. maddeleri arasında düzenlenen adli yardım kurumu sadece çekişmeli yargıda değil, çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır<sup>137</sup>. Dolayısıyla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da adli yardımdan yararlanılabilirliği mümkündür. Bununla birlikte koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında yargılama usûlünü düzenleyen Türk Medenî Kanunu’nun 437. maddesinin ikinci fıkrasında, adli yardım bakımından özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkim gerektiğinde özgürlüğü kısıtlanacak kişiye adli yardım sağlar. Söz konusu düzenlemenin üzerinde durulmalıdır.

Maddenin gerekçesi şu şekildedir:

*“Maddenin ikinci fıkrasında gerekli hâllerde ilgilinin adli yardım yoluyla mahkemede temsil edilmesinin sağlanması kabul edilmiştir. Kişinin özgürlüğünün kısıtlanması gibi önemli bir kararda, kişinin kendi hak ve yetkilerini bilememesi durumu göz önünde tutulmak suretiyle gerekiyorsa bu kişinin yargılama sırasında adli yardım yoluyla barolarca görevlendirilecek bir avukat tarafından temsil edilmesinin sağlanması öngörülmüştür”.*

<sup>132</sup> JENNY, David: “Art. 106”, *Komm. ZPO*, N. 3; HÜSSER, s. 63; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 229; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 242; ALTINKAYA, s. 126.

<sup>133</sup> RUEGG, Viktor / RUEGG, Michael: “Art. 107”, (Hrsg.) SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik: *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017, N. 1; URWYLER, Adrian / GRÜTTER, Myriam: “Art. 106”, *DIKE-Komm-ZPO*, dn. 2; ZOTSANG, Dheden C.: *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2015, s. 232.

<sup>134</sup> ZOTSANG, s. 232; HÜSSER, s. 64.

<sup>135</sup> HÜSSER, s. 64.

<sup>136</sup> Bu konu hakkında yukarıda bkz. II, C.

<sup>137</sup> KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. II*, s. 1629, 1853; BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978, s. 344; ÜSTÜNDAĞ, s. 776; YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt IV*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 4861; KILINÇ, Ayşe: *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 183-184; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 243.

Doktrinde bir görüşe göre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş olmasına rağmen adli yardım kurumuna Türk Medenî Kanunu'nda tekrar yer verilmesinin nedeni, söz konusu hükmün karşılığını oluşturan ve şu an yürürlükten kaldırılmış olan İsviçre Medenî Kanunu'nun 397f maddesinin ikinci fıkrasında yer alan düzenlenmedir<sup>138</sup>. Bu görüşe göre, kanun koyucu, gerekli olmadığı hâlde, bu hükmü aynen almakta fayda görmüştür<sup>139</sup>.

Öncelikle, bu görüşün isabetli olmadığını söylemek gerekir. Çünkü İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 397f maddesinin ikinci fıkrasında adli yardım kurumundan bahsedilmemekteydi. Nitekim İsviçre doktrininde de bu hükmün adli yardım kurumunu düzenlemediği açıkça vurgulanmaktaydı<sup>140</sup>. Gerçekten de söz konusu hüküm, gerektiğinde ilgiliye vekil tayin edilmesini düzenlemekteydi<sup>141</sup>. İlgilinin adli yardım kurumundan yararlanıp yararlanamayacağı ise kantonal usûl kanunlarına<sup>142</sup> göre belirlenmekteydi<sup>143</sup>.

Kanaatimizce Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrası, maddenin gerekçesi de dikkate alınarak çeşitli açılardan yorumlanmalıdır. İlk olarak, bu hükümde, İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 397f maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak, kişiye adli yardım sağlanması öngörülmüştür. Nitekim, yukarıda aktarıldığı üzere, madde gerekçesinde bu durum açıkça belirtilmiştir.

İkinci olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrasının adli yardıma ilişkin olduğunu tespit ettikten sonra, bu düzenlemede yer alan adli yardımın neyi kapsadığı ortaya koyulmalıdır. Şöyle ki adli yardımın kapsamı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 335. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, adli yardım kararıyla ilgiliye, “*yapılacak tüm yargılama ve takip giderlerinden geçici olarak muafiyet, yargılama ve takip giderleri için teminat göstermekten muafiyet, dava ve icra takibi sırasında yapılması gereken tüm giderlerin Devlet tarafından avans olarak ödenmesi ve davanın avukat ile takibi gerekiyorsa, ücreti sonradan ödenmek üzere bir avukat temini*” sağlanır (f. 1). Bununla birlikte mahkeme, talepte bulunanın söz konusu hususların bir kısmından yararlanmasına da karar verebilir (f. 2). Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'ndaki düzenlemenin amacı, İsviçre hukukundaki düzenlemede de olduğu gibi, kişinin yargılamada temsil edilmesinin sağlanmasıdır. Nitekim madde gerekçesinde de ilginin yargılama sırasında adli yardım yoluyla baro tarafından görevlendirilen bir avukat tarafından temsil edilmesinin sağlanacağı açıkça belirtilmiştir. O hâlde Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrasındaki adli yardımın, sadece avukat teminine ilişkin olduğu kabul edilmelidir.

Üçüncü olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinde yer alan adli yardımın kapsamını belirledikten sonra, bu düzenlemede yer alan adli yardımın şartları ortaya koyulmalıdır. Şöyle ki adli yardımın şartları, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde belirtilmiştir. Bu hükme göre, adli yardımdan yararlanabilmek için malî sıkıntıya düşme tehlikesinin bulunması ve asıl davadaki taleplerin açıkça dayanaktan yoksun olmaması gerekir<sup>144</sup>. Bu iki şartın yanında yabancı kişiler için karşılıklılık şartı da aranmaktadır (f. 3). Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'ndaki düzenlemede, adli yardımdan yararlanabilmek için gereklilik şartı aranmıştır<sup>145</sup>. Bu hükme göre, ilginin menfaatlerini

<sup>138</sup> KILIÇOĞLU, s. 604; YALÇINKAYA, s. 52; KOCAĞA, s. 52.

<sup>139</sup> KILIÇOĞLU, s. 604; YALÇINKAYA, s. 52.

<sup>140</sup> PETERMANN, Frank Th.: “Art. 397f”, (Hrsg.) KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan: *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011, N. 6; GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397f, N. 15.

<sup>141</sup> Hüküm şu şekildedir: “*Es bestellt der betroffenen Person wenn nötig einen Rechtsbeistand.*”.

<sup>142</sup> İsviçre hukukunda kantonal usûl kanunlarının yerine kabul edilen Federal Medenî Usûl Kanunu 01.01.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>143</sup> AFFOLTER, Kurt / STECK, Daniel / VOGEL, Urs: “ZGB Art. 397f”, (Hrsg.) AMSTUTZ, Marc / BREITSCHMID, Peter / FURRER, Andreas / GIRSBERGER, Daniel / HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus / ROBERTO, Vito / RUMO-JUNGO, Alexandra / SCHNYDER, Anton K.: *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007, N. 8; GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397f, N. 15.

<sup>144</sup> Adli yardımın şartları hakkında geniş bilgi için bkz. KILINÇ, s. 197 vd.; ATALAY, *Pekcantez Usûl, Cilt III*, s. 2417 vd.

<sup>145</sup> GÜMÜŞ, s. 227.

mahkeme önünde savunmayacak durumda olması hâlinde, ilgiliye adlî yardım sağlanmalıdır<sup>146</sup>. O hâlde, Türk Medeni Kanunu'nun 437. maddesinde yer alan özel düzenleme gereği, hâkim ilgiliye adlî yardım sağlayarak avukat tayin ederken Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde yer alan adlî yardım şartlarını aramamalıdır<sup>147</sup>. Aksi takdirde Türk Medenî Kanunu'nda yer alan hükmün hiçbir anlamı olmaz.

Dördüncü olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen adlî yardımdan yararlanabilmek için ilgilinin talebinin gerekli olup olmadığı meselesi üzerinde durulmalıdır. Şöyle ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 336. maddesine göre, adlî yardımdan yararlanabilmek için talebin varlığı gerekir<sup>148</sup>. Buna karşılık Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesindeki adlî yardımdan yararlanabilmek için talebin varlığı gerekmez<sup>149</sup>. Zira söz konusu hükümde, gerektiğinde hâkimin adlî yardıma karar vereceği açıkça belirtilmiştir.

Son olarak, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada Türk Medenî Kanunu'nda yer alan özel düzenleme dışında adlî yardıma ihtiyaç duyulursa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun adlî yardıma dair hükümleri uygulama alanı bulur. Dolayısıyla böyle bir durumda, talep üzerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde düzenlenen şartların gerçekleşmesi hâlinde ilgiliye adlî yardım sağlanır.

### III. KORUMA AMACIYLA ÖZGÜRLÜĞÜN KISITLANMASINDA KARAR VE BAŞVURU YOLLARI

#### A. Karar

Medenî usûl hukukunda kararlar esasen ara karar ve nihaî karar olmak üzere ikiye ayrılır<sup>150</sup>. Hâkimin dosyadan el çekmesini gerektirmeyen, yargılamanın yürütülmesini sağlayan kararlara ara karar denir<sup>151</sup>. Buna karşılık hâkimin dosyadan el çekmesini gerektiren ve dolayısıyla yargılamayı sona erdiren kararlara nihaî karar denir<sup>152</sup>. Nihaî kararlar, usûle ilişkin olabileceği gibi esasa ilişkin de olabilir (HMK m. 294/1, c. 1). Esasa ilişkin nihaî kararlar hüküm olarak da nitelendirilir (GMK m. 294/1, c. 2)<sup>153</sup>.

Çekişmesiz yargıda ise çekişmeli yargının aksine, bir maddî hukuk uyuşmazlığının çözümlenmesi söz konusu olmadığından, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararları hüküm olarak nitelendirmek

<sup>146</sup> GÜMÜŞ, s. 227-228.

<sup>147</sup> Nitekim hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesindeki şartlar aranmaksızın adlî yardımdan yararlanabilmenin mümkün olduğu başka özel düzenlemeler de mevcuttur. Bu özel düzenlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. KILINÇ, s. 345 vd.

<sup>148</sup> KILINÇ, s. 150. Alman hukukunda da adlî yardıma re'sen değil, sadece talep üzerine karar verileceği belirtilmektedir (Bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 87, Rdn. 43; BORK, Reinhold: "§ 114", (Hrsg.) BORK, Reinhard / ROTH, Herbert: *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 78-147*, 23. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, Rdn. 2; ZEMPEL, Almuth / VÖLKER, Mallory: "§ 117", (Hrsg.) PRÜTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus: *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Baskı, Luchterhand Verlag, Köln, 2016, Rdn. 1; KIEBLING, Erik: "ZPO § 114", (Hrsg.) SAENGER, Ingo: *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021, Rdn. 15). Keza İsviçre hukukunda da adlî yardıma kural olarak talep üzerine karar verilmektedir (WUFFLI, Daniel: *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2015, s. 280).

<sup>149</sup> GÜMÜŞ, s. 227.

<sup>150</sup> KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. III), s. 2997; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 879; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 504; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 436; ATALI, *Pekcantez Usul, Cilt III*, s. 1969; BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 106 vd.

<sup>151</sup> KURU, *Usul, C. III*, s. 2998; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 879; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 504; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 130; ATALI, *Pekcantez Usul, Cilt III*, s. 1969; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 1114; BORAN GÜNEYSU, s. 147-148.

<sup>152</sup> KURU, *Usul, C. III*, s. 3004; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 881; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 505; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 436; ATALI, *Pekcantez Usul, Cilt III*, s. 1969; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 1117; BORAN GÜNEYSU, s. 106.

<sup>153</sup> KURU, *Usul, C. III*, s. 3005; KURU / AYDIN, *Usul El Kitabı, C. I*, s. 881; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 505; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 437; TANRIVER, *Usul, C. I*, s. 1118; ATALI, *Pekcantez Usul, Cilt III*, s. 1970; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 555; BORAN GÜNEYSU, s. 111.

doğru olmaz<sup>154</sup>. Bu nedenle çekişmesiz yargı işlerinde “hüküm” yerine “karar” kavramını kullanmak daha uygun olur<sup>155</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada kararın verilmesi ile ilgili Türk Medenî Kanunu’nun 437. maddesinin üçüncü fıkrasında özel bir düzenleme yer almaktadır. Şöyle ki bu hükmün ilk hâli, “*Hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler*” şeklindeyken, 7196 sayılı Kanun’la değiştirilerek “*Hâkim, ilgili kişiyi dinler ve gecikmeksizin kararını verir.*” şeklini almıştı. Yakın tarihte ise söz konusu hüküm, 7445 sayılı ve 28.03.2023 tarihli Kanun’la<sup>156</sup> yeniden değiştirilmiştir. Hükmün son hâli şu şekildedir: “*Hâkim, ilgili kişiyi dinler, tahkikatı tamamlar ve gecikmeksizin en geç iki gün içinde kararını verir*”.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada verilen kararın içeriği ile ilgili de Türk Medenî Kanunu’nun 436. maddesinde özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükmü göre, karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesinin zorunludur (bent 1). Yine bir kuruma yerleştirilmiş olan kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği de derhal yazılı olarak bildirilir (bent 2). Görüldüğü üzere, bu düzenlemelerle aslında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin kararın gerekçeli olması ve kararda başvuru yolu ile bunun süresinin gösterilmesi öngörülmüştür. Ancak kanaatimizce söz konusu hükümler olmasaydı dahi mahkemenin kararını bu şekilde vermesi gerekirdi. Şöyle ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda çekişmesiz yargı işlerinde kararlar açısından sadece kararların niteliği (m. 388) özel olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bunun dışında, hükmün içeriğini düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 297. maddesi niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işleri bakımından da uygulanır<sup>157</sup>. Nitekim çekişmesiz yargı işinde verilen kararlar da gerekçeli olmalıdır (HMK m. 297/1-c)<sup>158</sup>. Keza çekişmesiz yargı işinde verilen kararlarda da varsa itiraz yolunun ve süresinin gösterilmesi gerekir (HMK m. 297/1-d).

Çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar kural olarak maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz (HMK m. 388)<sup>159</sup>. Bu nedenle verilen kararın haksız olduğu sonradan anlaşılırsa bu kararın değiştirilebilmesi mümkündür<sup>160</sup>. Öte yandan ilgililer de yeni yargılama malzemesine dayanarak yeniden yargılama yapılmasını isteyebilirler<sup>161</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında verilen karar da maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez<sup>162</sup>. Dolayısıyla verilen kararın haksız olduğu sonradan anlaşılırsa bu kararın sonradan değiştirilebilmesi mümkündür. Ayrıca re’sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinde, mahkeme yeni yargılama malzemesinden herhangi bir şekilde haberdar olursa kendiliğinden yeniden yargılama yapabilir<sup>163</sup>. O hâlde koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da mahkeme, yeni bir vakıa öğrenir veya yeni bir delil elde ederse re’sen harekete geçerek yeniden yargılama yapabilir.

<sup>154</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 173; BERKİN, *Esaslar*, s. 208; BERKİN, *Rehber*, s. 861; BORAN GÜNEYSU, s. 173-174; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 179-180.

<sup>155</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 174; BORAN GÜNEYSU, s. 174; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 180.

<sup>156</sup> İcra ve İflas Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (05.04.2023 tarihli ve 32154 sayılı Resmî Gazete).

<sup>157</sup> ATALI, *Pekanttez Usûl, Cilt III*, s. 2147.

<sup>158</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 176; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 180.

<sup>159</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 180 vd.; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 54; BUDAK, *Çekişmesiz Yargı*, s. 156; ATALI, *Pekanttez Usûl, Cilt III*, s. 2145; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 596; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 185.

<sup>160</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 188 vd.; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 54; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 596; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 185.

<sup>161</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 187; ATALI, *Pekanttez Usûl, Cilt III*, s. 2146; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 189. Hatta bu imkânın kullanılabilmesi için, çekişmeli yargıdaki gibi herhangi bir yargılamanın iadesi sebebinin bulunmasına da gerek yoktur (ATALI, *Pekanttez Usûl, Cilt III*, s. 2146).

<sup>162</sup> GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397a, N. 28; GÜMÜŞ, s. 208.

<sup>163</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 187 dn. 57.



Son olarak, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olmasalar da şeklî anlamda kesinlik kazanabilirler<sup>164</sup>. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen bir kararın şekli anlamda kesinleşmesi, o karara karşı artık kanun yoluna başvurulamayacağını ifade eder<sup>165</sup>. Çekişmesiz yargı işlerinde verilen bir kararın şekli anlamda kesinleşmesi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir: İlk olarak, verilen karara karşı kanun yolu kapalı olabilir<sup>166</sup>. İkinci olarak, karara karşı kanun yolu açık olmakla birlikte süresi içinde kanun yoluna başvurulmamış veya kanun yolundan feragat edilmiş olabilir<sup>167</sup>. Üçüncü olarak, istinaf kanun yoluna başvurulmuş ancak kanun yolu başvurusu reddedilmiş veya istinaf kanun yolunda ilk derece mahkemesinin kararı kaldırılarak yeni bir karar verilmiş olabilir<sup>168</sup>.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması içinde verilen kararlar da şeklî anlamda kesinlik kazanabilirler. Aşağıda açıklanacağı üzere, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında verilen kararlara karşı itiraz yolu öngörülmüştür (TMK m. 435). Öyleyse karara karşı itiraz yoluna başvurulmuş ve itiraz üzerine verilen karara karşı da istinaf kanun yoluna başvurulmuşsa, istinaf mahkemesi istinaf başvurusunu reddederse veya ilk derece mahkemesinin kararını kaldırır ve yeni bir karar verirse bu karar kesindir. Öte yandan burada da karara karşı süresi içinde itiraz yoluna veya itiraz üzerine verilen karara karşı da süresi içinde istinaf yoluna başvurulmamış olabilir. Yine re'sen harekete geçme ilkesine tâbi yargılamalarda da kanun yolundan feragat edilebilmesi mümkün olduğundan<sup>169</sup>, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamalarda da itiraz yolundan veya istinaf yolundan feragat edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, yine aşağıda açıklanacağı üzere, kişinin yakınlarına da itiraz yoluna başvurma imkânı tanınmış olup bu kişiler bakımından itiraz yoluna başvurma süresi kararın öğrenilmesinden itibaren başlar<sup>170</sup>. Ayrıca itiraz imkânına sahip olan “yakın” kavramının kapsamı da geniştir<sup>171</sup>. Bu bakımdan, itiraz yolu açık olmakla birlikte, karar kişinin yakınları tarafından öğrenilmediği itiraz yoluna başvuru imkânı doğmayacak, dolayısıyla da karar şeklen kesinleşmeyecektir.

## B. İtiraz Yolu

Bazı kanunlarda, çekişmesiz yargı işinde verilen karara karşı kararı veren mahkemede veya başka bir mahkemede itiraz edebilme imkânı öngörülmüştür. İtiraz yolu, bir kanun yolu olmayıp hukukî çare olarak nitelendirilebilir<sup>172</sup>. Eğer kanunda bir çekişmesiz yargı işi için itiraz yolu öngörülmüşse söz konusu çekişmesiz yargı işinde verilen karara karşı öncelikle itiraz yoluna başvurulmalıdır<sup>173</sup>. İtiraz yoluna başvurma hakkına esasen maddî anlamda ilgililer sahiptir<sup>174</sup>. Bununla birlikte bazı istisnaî durumlarda itiraz yoluna başvurma imkânına sadece şeklî anlamda ilgililer sahiptir<sup>175</sup>.

<sup>164</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 177; ATALI, *Pekantez Usûl, Cilt III*, s. 2146; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 181.

<sup>165</sup> LENT, s. 59; KURU, *Nizasız Kaza*, s. 177; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 181-182.

<sup>166</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 178; ATALI, *Pekantez Usûl, Cilt III*, s. 2146-2147; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 182.

<sup>167</sup> ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 182.

<sup>168</sup> ATALI, *Pekantez Usûl, Cilt III*, s. 2147.

<sup>169</sup> STAEHELIN, Adrian / STAEHELIN, Daniel / GROLIMUND, Pascal: *Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2013, § 25, N. 16; STAEHELIN, Daniel: “Art. 238”, *Komm. ZPO*, N. 37; REETZ, Peter: “Vor. Art. 308-318”, *Komm. ZPO*, N. 28; BLICKENSTORFER, Kurt: “Vor. Art. 308-334”, *DIKE-Komm-ZPO*, N. 86. Bu noktada şunu açıklamak gerekir: İsviçre hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak, kararın bildirilmesinden önce de kanun yolundan feragat edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte re'sen harekete geçme ilkesinin uygulandığı yargılamalarda, kararın bildirilmesinden önce kanun yolundan feragat edilemeyeceği ifade edilmektedir (STAEHELIN / STAEHELIN / GROLIMUND, § 25, N. 13; BLICKENSTORFER, *DIKE-Komm-ZPO*, Vor. Art. 308-334, N. 87).

<sup>170</sup> Bu konu hakkında aşağıda bkz. III, B.

<sup>171</sup> Bu konu hakkında aşağıda bkz. III, B.

<sup>172</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 36; ATALI, *Pekantez Usûl, Cilt III*, s. 2143; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 217, dn. 127. Kanun yolu ve hukukî çare ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan: *Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (lade-i Muhakeme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977, s. 39 vd.; AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 53 vd. Hukukî çare hakkında ayrıca bkz. TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku, Cilt II*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 41.

<sup>173</sup> ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 229.

<sup>174</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 145, 211; BUDAK, *Üçüncü Kişiler*, s. 137; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 217.

<sup>175</sup> KURU, *Nizasız Kaza*, s. 211; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 217.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında da verilen karara karşı Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesinin birinci fıkrasında itiraz edebilme imkânı öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında vesayet makamının verdiği karara karşı da kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları denetim makamına itiraz edebilirler. Görüldüğü üzere bu düzenlemeyle maddî anlamda ilgili olan koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanan kişi yanında kişinin yakınlarına da itiraz edebilme hakkı verilmiştir. Söz konusu "yakın" kavramının kapsamı oldukça geniştir<sup>176</sup>. Nitekim koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişiyi akrabalık, dostluk veya görev gibi sebeplerle iyi bir şekilde tanıyabilmiş olan herkes yakın olarak kabul edilir<sup>177</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun 435. maddesinde, itirazın ne şekilde yapılacağı açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla itiraz yoluna yazılı olarak başvurulabileceği gibi sözlü olarak da başvurulabilir<sup>178</sup>.

Türk Medenî Kanunu'nun 435. maddesine göre, itiraz süresi on gündür. Hükümde, kişi veya yakınları için sürenin kararın kendilerine bildirilmesinden başlayacağı belirtilmiştir. Ancak Kanun'un 436. maddesinde, sadece özgürlüğü kısıtlanan kişinin karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmiştir. Dolayısıyla özgürlüğü kısıtlanan kişi karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde itiraz yoluna başvurabilir.

Buna karşılık koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin yakınlarına kararın tebliğ edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir<sup>179</sup>. Çünkü şekli anlamda ilgili sıfatına sahip olmayan kişiler bakımından ne tebliğden ne de tefhimden bahsedilebilir<sup>180</sup>. Bu kişiler böyle bir kararın varlığını ancak öğrenebilirler<sup>181</sup>. Bu nedenle koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin yakınları bu kararı öğrendikleri tarihten itibaren on gün içinde itiraz yoluna başvurabilirler<sup>182</sup>.

### C. Kanun Yolu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 387. maddesine göre, çekişmesiz yargı işlerinde verilen kararlara karşı hukukî yararı olan ilgililer, özel kanunî hükümler saklı kalmak kaydıyla, kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde, istinaf kanun yoluna başvurabilirler. Ancak yukarıda açıklandığı üzere, kanunda bir çekişmesiz yargı işi için itiraz yolu öngörülmüşse söz konusu çekişmesiz yargı işinde verilen karara karşı öncelikle itiraz yoluna başvurulmalıdır. İtiraz üzerine mahkemenin vereceği karara karşı da iki hafta içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir<sup>183</sup>. Çekişmesiz yargı işlerinde istinaf üzerine verilen kararlara karşı ise temyiz kanun yoluna başvurulamaz (HMK m. 362/1-ç).

Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesinin birinci fıkrasına göre, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında vesayet makamının verdiği karara karşı da kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları karşı kararın kendilerine bildirilmesinden itibaren on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. İtiraz üzerine denetim makamının vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağı tartışmalıdır.

Yargıtay, itiraz üzerine denetim makamının vereceği kararın kesin olduğunu kabul etmektedir<sup>184</sup>. Doktrinde de bir görüşe göre, denetim makamının söz konusu kararı kesin olup bu karara karşı kanun

<sup>176</sup> GÜMÜŞ, s. 216-217.

<sup>177</sup> GEISER, *BSK-ZGB I*, Art. 397d, N. 13; GÜMÜŞ, s. 216-217.

<sup>178</sup> GÜMÜŞ, s. 218; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 462.

<sup>179</sup> GÜMÜŞ, s. 218; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 462.

<sup>180</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2145.

<sup>181</sup> ATALI, *Pekcanitez Usûl, Cilt III*, s. 2145.

<sup>182</sup> GÜMÜŞ, s. 218; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 462.

<sup>183</sup> ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 229.

<sup>184</sup> "... Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesi gereğince, kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler. Bu hak, kurumdan çıkarılma isteminin reddi hâlinde de kullanılabilir. Türk Medeni Kanunu'nun 422. maddesi gereğince de yapılan itirazları inceleme görevi; öncelikle vesayet makamı olan sulh

yoluna başvurulamaz<sup>185</sup>. Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili denetim makamının itiraz üzerine verdiği karar kesin değildir, yani söz konusu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir<sup>186</sup>. Zira Türk Medeni Kanunu'nda denetim makamının bu konuda verdiği kararların kesin olduğuna ilişkin bir hüküm mevcut değildir<sup>187</sup>. Ayrıca Yargıtay'ın, kararında gerekçe olarak dayandığı Türk Medenî Kanunu'nun 488. maddesi de vasinin görevden alınmasına ilişkin kararlarla ilgilidir. Bu hükmün, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin kararlarla bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması ile ilgili denetim makamının itiraz üzerine verdiği kararlara karşı iki hafta içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

## SONUÇ

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılama çekişmesiz yargının kapsamına girer. Şöyle ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ölçütlerden hareket edildiğinde, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması bir çekişmesiz yargı işi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde bir uyuşmazlığın varlığından ve bir sübjektif hakkın ileri sürülmesinden bahsedilemez. Ayrıca koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında hâkim re'sen harekete geçer. Kaldı ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesinde de vesayet işleri açıkça aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işleri arasında sayılmıştır (m. 382/2, b-19).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işi re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerindedir. Türk Medenî Kanunu'nun 432. maddesinde, görevlerini yaparlarken koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasını gerektiren sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlilerinin, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorunda oldukları düzenlenmiştir. Ancak bu bildirim, yargılamaya başlama şartı olmayıp mahkemenin harekete geçmesine yardımcı olma işlevi görür. Bu bildirim üzerine mahkeme, harekete geçmenin gerekli olup olmadığı hususunu serbestçe değerlendirir.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında Türk Medenî Kanunu'nun 433. maddesine göre vesayet makamı görevlidir. Türk Medenî Kanunu'nun 397. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise vesayet işlerinde vesayet makamı, sulh hukuk mahkemesidir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında yetkili mahkeme Türk Medeni Kanunu'nun 433. maddesine göre, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ilgilinin bulunduğu yer vesayet makamı yetkilidir. Söz konusu yetki kuralı kesin yetki kuralıdır.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında maddî anlamda ilgili, koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişidir. Yine bu işte esasen maddî anlamda ilgili konumunda bulunan koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişi, şeklî anlamda ilgili olabilir. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde vesayet makamına ihbarda bulunan kişiler ise maddî anlamda ilgili sayılmadıkları gibi şekli anlamda ilgili de sayılmazlar.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında, Türk Medenî Kanunu'ndaki özel hükümler de dikkate alınmak suretiyle niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usûlü uygulanır. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145. maddesinde düzenlenen kanunda belirtilen süreler-

*mahkemesine, onun kabul etmemesi halinde denetim makamı olan asliye mahkemesine aittir. Türk Medeni Kanunu'nun 488. maddesinde ise, vesayet makamının kararlarına ilişkin itiraz üzerine verilen denetim makamı kararlarının kesin olduğu hükme bağlandığından; kısıtlı aday tarafından temyiz dilekçesi verilmiş ise de, bu dilekçe, Türk Medeni Kanunu'nun 435. maddesi gereğince itiraz niteliğinde olup, denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesince incelenerek karar verildiğinden ve denetim makamının kararı da kesin olduğundan temyiz isteminin reddine ..."* Yargıtay, 8. HD, T. 16.01.2018, E. 2017/7990, K. 2018/567 (Lexpera).

<sup>185</sup> AKINTÜRK / ATEŞ, s. 511; GENÇCAN, s. 627; ARAS, *Çekişmesiz Yargı*, s. 220.

<sup>186</sup> ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin: "Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese: Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK m. 432-437)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Sayı 2, s. 304; AYDIN ÖZDEMİR, s. 198.

<sup>187</sup> ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, s. 304; AYDIN ÖZDEMİR, s. 198, dn 82.

den sonra delil gösterilemeyeceğine ilişkin kural uygulanmaz. Yine koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada dava sebebinin genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı da uygulama alanı bulmaz. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından ön inceleme aşamasında uyuşmazlığın tespiti ve bunun ön inceleme tutanağına geçirilmesi gündeme gelmez. Keza bu işte ortada bir uyuşmazlık bulunmadığından ön inceleme aşamasında ilgililerin sulhe veya arabuluculuğa teşvik edilmesinden bahsedilemez. Re'sen takip edilen çekişmesiz yargı işlerinden olan koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada dosyanın işleminden kaldırılmasından da söz edilemez.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin yargılamada da re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan mahkeme, ilgilinin ileri sürmediği vakıaları da araştırıp kararını bu vakılara dayandırabilir. Yine bu yargılamada re'sen araştırma ilkesi geçerli olduğundan, gerekli olan bütün delillere mahkeme re'sen başvurur. Öte yandan akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arz eden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına karar verilebilmesi için bilirkişiden rapor alınması zorunludur (TMK m. 436/ bent 5). Ayrıca resmî sağlık kurulu raporunun alınabilmesini sağlamak amacıyla kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle kıl, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilir, kişiye gerekli tıbbi müdahalelerde bulunulabilir ve gerektiği takdirde kişi, hekim ön raporu üzerine en fazla yirmi gün süreyle sağlık kuruluşuna yerleştirilebilir (TMK m. 436/ bent 6). Bu kapsamda alınan kararın icrası için gerekmesi hâlinde ilgili kişi hakkında zor kullanılabilir ve sağlık görevlilerinden gerekli tıbbi yardım alınabilir (TMK m. 436/ bent 7).

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ne başvurma harcı ne de karar ve ilâm harcı alınır. Ayrıca bu işte gider avansının yatırılmış olması yargılama şartı olarak aranmaz. Delil avansı bakımından ise koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işi ilgililerin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği işlerden olduğundan burada Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 325. maddesi uygulama alanı bulur. Yargılama giderlerinden esasen davayı kaybeden tarafın sorumlu olacağı kuralı (HMK m. 326), çekişmesiz yargı işlerinde uygulama alanı bulmaz. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ilgili hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilirse, yargılama giderlerinden o sorumlu olmalıdır. Çünkü bu yargılamaya ve dolayısıyla yargılama giderlerinin ortaya çıkmasına aslında o sebep olmuştur. Buna karşılık koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde ilgili hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilmezse, yargılama giderlerinden o sorumlu tutulmamalıdır. Zira bu yargılamaya neden olmayan ve hakkında yerleştirme veya alıkoyma kararı verilmesini istemeyen ilgilinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi doğru olmaz.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında yargılama usûlünü düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nun 437. maddesinin ikinci fıkrasında, adlî yardım bakımından özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkim, gerektiğinde, özgürlüğü kısıtlanacak kişiye adlî yardım sağlar. Buradaki adlî yardımın sadece avukat teminine ilişkin olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca hâkim ilgiliye adlî yardım sağlayarak avukat tayin ederken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 334. maddesinde yer alan adlî yardım şartlarını aramamalıdır. Yine Türk Medenî Kanunu'nun 437. maddesindeki adlî yardımdan yararlanabilmek için talebin varlığı da gerekmez.

Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması işinde verilen kararlar maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmez. Buna karşılık bu işte verilen kararların şeklî anlamda kesinlik kazanabilmesi mümkündür. Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması yargılamasında vesayet makamının verdiği karara karşı kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları denetim makamına itiraz edebilirler (TMK m. 435/1). İtiraz yoluna yazılı olarak başvurulabileceği gibi sözlü olarak da başvurulabilir. İlgili kişi, hakkında verilen karara karşı tebliğ tarihinden itibaren on gün içinde itirazda bulunabilir. İlgili kişinin yakınları ise bu kararı öğrendikleri tarihten itibaren on gün içinde itiraz yoluna müracaat edebilirler. İtiraz üzerine denetim makamının vereceği karara karşı ise iki hafta içerisinde istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

**KAYNAKÇA**

- AHRENS, Hans-Jürgen: *Der Beweis im Zivilprozess*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2015.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Türk Medenî Hukuku İkinci Cilt Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AKİL, Cenk: “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2011, Sayı 2, s. 171-183 (Uzman Tanık).
- AKİL, Cenk: “Vesayete İlişkin Olanlar Dışında Türk Medeni Kanunu’nda Yer Alan Çekişmesiz Yargı İşleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 62, Sayı 4, s. 923-969 (Çekişmesiz Yargı).
- AKKAYA, Tolga: *Medenî Usûl Hukukunda İstinaf*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, Kamil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *Medenî Usul Hukuku Esasları*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- ALBAYRAK, Zeynep: “Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2018, Sayı 33, s. 721-751.
- ALDEMİR, Hüsnü: *Hukuk Davalarında Yargılama Giderleri*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ALTINKAYA, Miray: *Medenî Usûl Hukuku Açısından Mirasçılık Belgesine İlişkin Talep*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- AMSTUTZ, Marc / BREITSCHMID, Peter / FURRER, Andreas / GIRSBERGER, Daniel / HUGUENIN, Claire / MÜLLER-CHEN, Markus / ROBERTO, Vito / RUMO-JUNGO, Alexandra / SCHNYDER, Anton K. (Hrsg.): *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2007.
- ARAS, Aslı: “Çekişmesiz Yargıda Tasarruf İlkesi”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2014, Cilt 10, Sayı 27, s. 53-63.
- ARAS, Aslı: “Çekişmesiz Yargı İşlerinde Görev ve Yetki”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 7, Sayı 1, s. 65-86.
- ARAS, Aslı: *Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Çekişmesiz Yargı).
- ARSLAN, Ramazan: *Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi (İade-i Muhakeme)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *Medenî Usul Hukuku*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ASLAN, Ali Çetin: *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- AŞIK, İbrahim: *Medenî Usul Hukukunda Keşif*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ATALAY, Oğuz: *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.
- ATALAY, Oğuz: “Delil Kavramı Üzerine”, *Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 129-138.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *Medenî Usûl Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYDIN ÖZDEMİR, Elif: “19.12.2008 Tarihli İsviçre Medeni Kanunu Değişikliği ile Karşılaştırmalı Olarak Türk Medeni Kanunu’nda Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Düzenlemesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2013, Cilt 15, Sayı 2, s. 171-209.
- BÄRMANN, Johannes: *Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 1968.
- BAUR, Fritz: *Freiwillige Gerichtsbarkeit, Buch I*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1955.
- BERKİN, Necmeddin M.: *Medenî Usul Hukuku Esasları*, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (Esaslar).
- BERKİN, Necmeddin M.: *Tatbikatçılara Medenî Usul Hukuku Rehberi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1981 (Rehber).
- BETTERMANN, Karl August: “Die freiwillige Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld zwischen Verwaltung und Rechtsprechung”, *Festschrift für Friedrich Lent*, C.H. Beck, München-Berlin, 1957, s. 17-42.

- BİLGE, Necip / ÖNEN, Ergun: *Medenî Yargılama Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1978.
- BİLGİN, Hikmet: *Medenî Usûl Hukuku Açısından Babalık Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- BOLAYIR, Nur: *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanması Hâkimin ve Tarafların Rolü*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- BORAN GÜNEYSU, Nilüfer: *Medenî Usûl Hukukunda Karar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- BORK, Reinhard / ROTH, Herbert (Hrsg.): *Stein/Jonas Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 78-147, 23*. Baskı, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016.
- BRUNNER, Alexander / GASSER, Dominik / SCHWANDER, Ivo (Hrsg.): *Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar*, 2. Baskı, Dike Verlag, Zürich-St.Gallen, 2016 (Yazar, DIKE-Komm-ZPO).
- BUDAK, Ali Cem: *Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2000 (Üçüncü Kişiler).
- BUDAK, Ali Cem: “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 128-187 (Çekişmesiz Yargı).
- BUDAK, Ali Cem / KARAASLAN, Varol: *Medenî Usul Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- BUMILLER, Ursula / HARDERS, Dirk / SCHWAMB, Werner (Hrsg.): *FamFG*, 13. Baskı, C. H. Beck, München, 2022.
- CUMALIOĞLU, Emre: “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması: Özellikle Psikososyal Engelli Bireyler Bakımından ‘Elverişli Kurum’ Sorunu”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Sayı 1, s. 15-51.
- ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin: “Türk Hukukunda Yeni Bir Müessese: Koruma Amacıyla Kişi Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK m. 432-437)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2002, Sayı 2, s. 297-306.
- DEYNEKLİ, Adnan: *Medeni Usul Hukukunda Islah*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- DİRENİSA, Efe: “Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katılma Zorunluluğu”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 18, Sayı 2, s. 257-317.
- DİRENİSA Efe: *Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Ön İnceleme).
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper: *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, 16. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- ELYILDIRIM, Hasan: *Hukuk Yargılamasında Uzman Görüşü*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- ERİŞİR, Evrim: *Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti*, Turhan Kitabevi, İzmir, 2007.
- ERTANHAN, Mesut: *Yargılama ve Takip Giderleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: *Vasi, Kayyum, Yasal Danışman ve Vesayet Daireleri*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Levent: *Medenî Usûl Hukuku*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- GRUNSKY, Wolfgang: *Grundlagen des Verfahrensrechts*, 2. Baskı, Gieseking Verlag, Bielefeld, 1974.
- GULDENER, Max: *Grundzüge der freiwilligen Gerichtsbarkeit der Schweiz*, Schulthess Verlag, Zürich, 1954.
- GULDENER, Max: *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, Schulthess Verlag, Zürich, 1979.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: “Kısıtlı ve Kısıtlı Olmayan Ergin Kişilerin Koruma Amacıyla Özgürlüğünün Kısıtlanması (TMK 432-437)”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Cilt 1, Sayı 2, s. 189-228.
- HABSCHEID, Walter J.: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 7. Baskı, C. H. Beck, München, 1983.
- HAHNE, Meo-Micaela / SCHLÖGEL, Jürgen / SCHLÜNDER, Rolf (Hrsg.): *BeckOK FamFG*, 45. Edition, C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, BeckOK FamFG).

- HAUSHEER, Heinz / WALTER, Hans Peter (Hrsg.): *Berner Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, Band I: Art. 1-149 ZPO; Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2012 (Yazar, Berner Komm. ZPO).
- HAUßLEITER, Martin (Hrsg.): *FamFG Kommentar*, 2. Baskı, C. H. Beck, München, 2017.
- HONSELL, Heinrich / VOGT, Nedim Peter / GEISER, Thomas (Hrsg.): *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I*, 3. Baskı, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel, 2006 (Yazar, BSK-ZGB I).
- HÜSSER, Manuel: *Die gerichtlichen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Schulthess Verlag, Zürich, 2012.
- KAPLAN, Mikail Bora: “Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi Raporu ile Uzman Görüşü Arasındaki Çelişkinin Giderilmesi”, *Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 4, Sayı 2, s. 557-586.
- KARABAĞ BULUT, Nil: “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Kurumunun Ağır Tehlike Arz Eden Salgın Hastalık Hali Bakımından Elverişliliğinin Değerlendirilmesi”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2020, Cilt 78, Sayı 2, s. 517-561.
- KARADEMİR AYDEMİR, Dilek: *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KARAFAKİH, İsmail Hakkı: *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.
- KARSLI, Abdurrahim: *Medeni Muhakeme Hukuku*, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: *Aile Hukuku*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- KILINÇ, Ayşe: *Medenî Usûl Hukukunda Adli Yardım*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- KOCAAĞA, Köksal: “Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, Cilt 10, Sayı 1-2, s. 33-54.
- KONURALP, Orhan Emre: “Kişilerden Kan ve Doku Örneği Alınmasına İlişkin Olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292’nci Maddesi Karşısında Türk Medenî Kanunu’nun 284’üncü Maddesinin Durumu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 69, Sayı 4, s. 1609-1640.
- KORAL, Rabi: “Takdiri İspat Vasıtaları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, Cilt 12, Sayı 4, s. 1165-1174.
- KÖROĞLU, Anıl: *Medeni Usul Hukukunda Sürelere İlişkin Esaslar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.
- KÖROĞLU, Anıl: *Medenî Usûl Hukuku Bakımından Ortaklığın Giderilmesi Davası*, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / NOBEL, Peter / SCHWANDER, Ivo / WOLF, Stephan (Hrsg.): *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 2. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2011.
- KRÜGER, Wolfgang / Thomas, RAUSCHER (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2 §§ 355-945b*, 6. Baskı, C. H. Beck, München, 2020.
- KURU, Baki: *Nizasız Kaza*, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961 (Nizasız Kaza).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt I*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. I).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. II).
- KURU, Baki: *Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt III*, 6. Baskı, Demir Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001 (Usul, C. III).
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usul El Kitabı, C. I).
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Cilt II*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usul El Kitabı, C. II).

- KURU, Baki / BUDAK, Ali Cem: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, Cilt 85, Sayı 5, s. 3-43.
- KÜÇÜK, Alper Tunga: *Vakıaların Toplanması Açısından Teksif İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- LENT, Friedrich: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Baskı, Verlag C.H. Beck, München-Berlin, 1958.
- MORDASINI-ROHNER, Claudia M.: *Gerichtliche Fragepflicht und Untersuchungsmaxime nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2013.
- OBERHAMMER, Paul / DOMEJ, Tanja / HAAS, Ulrich (Hrsg.): *Kurzkommentar ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2014 (Yazar, KUKO ZPO).
- ÖNEN, Ergun: *Medenî Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: “Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi”, *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, 2017, Sayı 1, s. 63-162 (Uzman Görüşü).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: *Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022 (Gider Avansı).
- ÖZÇELİK, Volkan: *Türk Medenî Usûl Hukukunda Taraflarca Getirilme İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukukunda Aslî Müdahale*, Alfa Basım Yayım Dağıtım, İstanbul, 1995.
- ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003 (Hukuki Dinlenilme).
- ÖZEKES, Muhammet: “Çekişmesiz Yargıda İlgililerin Kanun Yoluna Başvuru Hakkı”, *Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 685-691.
- ÖZMUMCU, Seda: *Uzak Doğu’da Arabuluculuk Anlayışı ile Türk Hukuk Sisteminde Arabuluculuk Kurumuna Genel Bir Bakış*, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- ÖZMUMCU, Seda: “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 2, MİHBİR Özel Sayısı, s. 145-171 (Re’sen Araştırma).
- ÖZTAN, Bilge: *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- ÖZTEK, Selçuk: “Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1607-1627.
- PEKCANİTEZ, Hakan: “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, *Makaleler, Cilt II*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 393-420 (Uzman Görüşü).
- PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, Cilt I).
- PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt II*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, Cilt II).
- PEKCANİTEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya (Ed.): *Pekcanitez Usûl - Medenî Usûl Hukuku, Cilt III*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017 (Yazar, Pekcanitez Usûl, Cilt III).
- PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 10. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PINAR, Burak: *Yargı ve İcra Harçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- POSTACIOĞLU, İlhan E. / ALTAY, Sümer: *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 8. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- PRÜTTING, Hanns / GEHRLEIN, Markus (Hrsg.): *Zivilprozessordnung Kommentar*, 8. Baskı, Luchterhand Verlag, Köln, 2016.



- RAUSCHER, Thomas (Hrsg.): *Münchener Kommentar zum FamFG, Band 2 §§ 271-493*, 3. Baskı, C. H. Beck, München, 2019 (Yazar, MüKoFamFG).
- RAEMY, Reinold: “Verfahrensrechtliche Aspekte der Fürsorgerischen Freiheitsentziehung im Kanton Freiburg”, *Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung*, 1993, s. 256-273.
- RECHBERGER, Walter H. (Hrsg.): *ZPO Zivilprozessordnung Kommentar*, 3. Baskı, Springer-Verlag, Wien, 2006.
- ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter: *Zivilprozessrecht*, 18. Baskı, C. H. Beck, München, 2018.
- RÜZGARESEN, Cumhur: “Çekişmesiz Yargıda Dosyanın İşlemden Kaldırılma Sebepleri ve Kaldırılma Usulü”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 5, Sayı 1, Arş. Gör. Ceren Damar Şenel Armağanı Özel Sayısı Cilt 2, s. 2637-2656.
- RÜZGARESEN, Cumhur: *Medeni Usul Hukukunda Dosyanın İşlemden Kaldırılması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- SAENGER, Ingo (Hrsg.): *Zivilprozessordnung Handkommentar*, 9. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2021.
- SARISÖZEN, M. Serhat: “Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)”, *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan*, Cilt 2, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 1699-1737.
- SPIRIG, Eugen: “Die fürsorgerische Freiheitsentziehung, Art. 397a-397f ZGB”, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 3. Abteilung: Die Vormundschaft (Art. 360-456 ZGB)*, Schulthess Verlag, Zürich, 1995.
- SPÜHLER, Karl / TENCHIO, Luca / INFANGER, Dominik (Hrsg.): *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Baskı, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel, 2017.
- STAEHELIN, Adrian / STAEHELIN, Daniel / GROLIMUND, Pascal: *Zivilprozessrecht, unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts*, 2. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2013.
- STERNAL, Werner (Hrsg.): *FamFG Kommentar*, 21. Baskı, C. H. Beck, München, 2023 (Yazar, Sternal FamFG).
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: *Türk Medeni Yargılama Hukuku*, Fakülteler Kitabevi Barış Yayınları, İzmir, 2013.
- SUTTER-SOMM, Thomas / HASENBÖHLER, Franz / LEUENBERGER, Christoph (Hrsg.): *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)*, 3. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich-Basel-Genf, 2016 (Yazar, Komm. ZPO).
- TAHİROĞLU, Fatih: *Medeni Usul Hukukunda Görevli Mahkemenin Belirlenmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013.
- TAHİROĞLU, Fatih: *Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021 (Re’sen Araştırma).
- TANRIVER, Süha: “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2013- 2024 (Çekişmesiz Yargı).
- TANRIVER, Süha: *Hukukumuzda Bilirkişilik*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017 (Bilirkişilik).
- TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021 (Usûl, C. I).
- TANRIVER, Süha: *Medenî Usûl Hukuku*, Cilt II, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Medenî Usûl Hukukunda İradî Taraf Değişikliği*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014 (Taraf Değişikliği).
- TAŞ KORKMAZ, Hülya: *Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ULUKAPI, Ömer: *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.

- ULUKAPI, Ömer / YARDIMCI, Taner Emre: “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan Özel Sayısı, s. 483-507.
- UMAR, Bilge: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- UMAR, Bilge / YILMAZ, Ejder: *İsbat Yükü*, 2. Baskı, Kazancı Matbaacılık Sanayii, İstanbul, 1980.
- UYUMAZ, Murat: *Noterlerin Çekişmesiz Yargı İşleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II*, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.
- WUFFLI, Daniel: *Die unentgeltliche Rechtspflege in der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen, 2015.
- YALÇINKAYA, Volkan: *TCK ve TMK Kapsamında Alkol ve Uyuşturucu Madde Bağımlılarına Uygulanan Zorla Tedavi ve Etik Boyutu*, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2018.
- YAZICI-TIKTIK, Çiğdem: “HMK M. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması”, *Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi*, 2011, Cilt 7, Sayı 20, s. 79-100.
- YILDIRIM, Kamil: “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, *Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2005, s. 18-48.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt III*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- YILMAZ, Ejder: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt IV*, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- ZORA, Fatih: *Anglo Amerikan Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ZOTSANG, Dheden C.: *Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung*, Schulthess Verlag, Zürich, 2015.

## Ceza Muhakemesi Hukukunda Tevil Yoluyla İkrar<sup>(\*)</sup>



### *Indirect Confession in Criminal Procedure Law*

**Emirhan AYDIN**



Araştırma Görevlisi

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı*

#### Anahtar Kelimeler

*Vicdani İspat,  
Beyan Delilleri,  
İkrar,  
Tevil Yoluyla İkrar,  
Sanık Hakları.*

#### Keywords

*Moral Certainty,  
Oral Evidence,  
Confession,  
Indirect Confession,  
Rights of Defendant.*

#### Öz

Türk ceza muhakemesi hukuku uygulamasında, ikrar delilinin bir türü olan tevil yoluyla ikrar kavramına mahkûmiyet hükmünün bir dayanağı olarak rastlamak mümkündür. Ancak bu ikrar türüne her zaman titizlikle yaklaşmak gerekir. Zira tevil yoluyla ikrar, özellikle savunmayla olan bağlantısı sebebiyle, alışılmış anlamıyla ikrardan bir hayli farklıdır. Bu farklılık, ikrarın açıklanma biçimiyle ilgilidir. Buna ek olarak öğretilerde eleştirilerin odağına oturan tevil yoluyla ikrar, gerek anlamı gerekse de uygulamadaki yorumlanmış şekli açısından sorun teşkil edebilmektedir. Çalışmamızda bu ikrar çeşidinin anlamı araştırılacak ve bu anlam doğrultusunda sanık haklarının araştırma konusuyla ilişkisi saptanacaktır. Ayrıca uygulamadaki durumdan bahsedilip erişilen bulgular ışığında bazı tespit ve eleştirilere yer verilecektir.

#### Abstract

In Turkish criminal procedure law practice, it is possible to coincide with the concept of indirect confession, which is a type of oral evidence, as a ground of conviction. But every time, this type of confession should be approached meticulously. Because indirect confession is different from confession in the usual meaning, especially due to its connection with defense. This difference is related to the way confession is explained. Moreover, indirect confession which is at center of criticism in doctrine constitutes problem in terms of both its meaning and interpretation in practice. In this article, meaning of this type of confession will be researched and relationship between research topic and rights of defendant will be detected. Additionally, some determinations and criticisms will be given in the light of findings obtained, mentioning situation in practice.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 15.12.2022, Kabul Tarihi: 10.03.2023.

## GİRİŞ

Ceza muhakemesinde isnadı doğrudan olmasa da birtakım şerhler düşmek suretiyle kabul eden sanığın ifadesine ikrar adı verilebilir mi? Fikrimizce bu soruya “evet” cevabı vermek mümkündür. Başka bir ifadeyle bu adlandırmanın kategorik olarak reddinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Kategorik olarak diyoruz zira belirtmek gerekir ki bu dolaylı çıkarım mantık kurallarına uygun olmalıdır. Bunun yanında söz konusu çıkarımın şüpheli ve sanık haklarına riayet edecek şekilde yapılması gerektiği gibi bu çıkarımın ceza muhakemesinde sübuta ilişkin hükmün verilmesinin ölçütü olan vicdani kanaat ölçütüne ve maddi gerçeğe ulaşma amacına aykırı olmaması gerekir. Bu iddianın temellendirilmesi tevil yoluyla ikrar yahut dolaylı ikrar<sup>1</sup> kavramına ilişkin bir araştırmayı gerekli kılmaktadır.

Öğretide de bu kavram hakkında detaylı bir çalışma mevcuttur<sup>2</sup>. Ancak genel olarak öğretiyeye baktığımızda kavramın uygulamadaki geniş yorumuna ve kavramla birtakım sanık hakları arasındaki ilişkiye fazla yer verilmediği görülmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere tevil yoluyla ikrar kavramı genelde tanımı yapılmak suretiyle yahut birtakım genel eleştirilere konu edilerek ele alınmıştır. Çalışmamız bu eksikliği giderme amacını gütmektedir.

Tevil yoluyla ikrar kavramının sistematik bir şekilde incelenebilmesi için ilk olarak bu kavramın üzerine kurulduğu ikrar delilinden kısaca söz edilecektir. Devamında ise tevil yoluyla ikrarın tanımı, vicdani ispat sistemindeki yeri, benzer kavramlardan farkı, şüpheli ve sanık haklarıyla ilişkisi ve nihayetinde ceza muhakemesi hukukumuzdaki uygulanma biçimi ele alınacaktır.

## I. BEYAN DELİLİ OLARAK İKRAR

### A. Genel Olarak

Ceza muhakemesi hukukunda, cezai uyumsuzluğa konu maddi vakıa veya vakıaların mahkemece değerlendirilmesi ve bu itibarla maddi gerçeğe ulaşılması deliller vasıtasıyla mümkün olmaktadır. Nitekim, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun (CMK) m. 217 hükmünde de ifade edildiği üzere, yürütülen yargılama faaliyeti sonucunda mahkemede oluşan kanaatin ve dolayısıyla verilecek olan kararın mutlaka duruşmada tartışılan delil veya delillere dayandırılması gerekir<sup>3</sup>. Hükmeye giden yolda olay hâkiminin, hükmeye ilişkin dayanağını oluşturan söz konusu deliller bakımından öğretide yapılan yaygın tasnif; belge delilleri, beyan delilleri ve belirti delilleri şeklindeki tasniftir<sup>4</sup>. İkrar da ceza muhakemesi hukukunda kullanılan delillerden biri olup mezkûr tasnife göre beyan delilleri olarak adlandırılan türün kapsamındadır.

İkrar kelime anlamı itibarıyla “saklamayıp doğruca söyleme”, “açıkça söyleme”, “bildirme”, “benimseme”, “onama”, “kabul”, “tasdik” gibi anlamlara gelmektedir<sup>5</sup>. Ceza muhakemesi hukukunda ise ikrar, teknik bir kavram olarak “sanığın isnadı teyit etmesi”<sup>6</sup>, “isnad ile ilgili konular hakkında sanığın ihtiyarı ile yaptığı beyanlar”<sup>7</sup>, “sanığın sorgusunun bariz ve özel şekli”<sup>8</sup>, “sanığın kendisinin suçluluğu

<sup>1</sup> Gerek doktrinde gerek ise uygulamada dolaylı ikrar yerine sıklıkla “tevil yoluyla ikrar” veya “tevilli ikrar” ifadesi kullanıldığından metin içinde bu kavramı tevil yoluyla ikrar şeklinde kullanacağız.

<sup>2</sup> BİRTEK, Fatih: *Ceza Muhakemesinde İkrar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

<sup>3</sup> ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 23.

<sup>4</sup> ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 572 vd.; KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022 (Ceza Muhakemesi), s. 204 vd.; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 517; ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 26. Fakat önemle belirtmek gerekir ki söz konusu tasnif delillerin kaynakları bakımından tasniftir. Bu biçimdeki tasnifin yanında deliller; vicdani ispat sistemine aykırı olarak ispat güçleri bakımından veya içerikleri bakımından da tasnif edilebilmektedir. Söz konusu tasnifler hakkında bkz. AYDIN, Devrim: *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 42 vd.

<sup>5</sup> Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “ikrar” maddesi, <https://sozluk.gov.tr/> (ET: 27.08.2022).

<sup>6</sup> CARRARA, Francesco: *Programma del Corso di Diritto Criminale Parte Generale*, F.lli Cammelli, Firenze, 1924, s. 420’den aktaran: CİHAN, Erol: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1965, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 111.

<sup>7</sup> VINCENZO, Manzini: *Trattato di Diritto Processuale Penale Italiano*, Utet, Torino, 1949, s. 413’ten aktaran: CİHAN, s. 111.

*hakkındaki şahadeti*<sup>9</sup>, “suçun onu işleyen tarafından açıklanması”<sup>10</sup> şekillerinde tanımlanmaktadır. *Belgesay* da ikrarı “bir kimsenin kendi aleyhine hukuki netice husule getirebilen bir vakıanın doğruluğunu kabul etmesi” olarak tanımlamıştır<sup>11</sup>. Öyleyse ikrar söz konusu olduğunda bir suçtan dolayı isnat altında olan kişi (şüpheli veya sanık) suçu işlediğini açıklamaktadır. Bu açıklamanın konusu sanığın veya şüphelinin bizzat yaşadığı, idrak ettiği, objektif (maddi) hadiselerdir. Dolayısıyla şüpheli veya sanığın değer hükümleri veya isnat konusu eyleme ilişkin hukuki vasıflandırması ikrar konusunun dışındadır<sup>12</sup>.

Çağımızda ikrarın muhakeme faaliyeti içerisinde edindiği konumun anlaşılabilmesi için kurumun tarihine bakılmalıdır. Ceza muhakemesi hukukunun tarihsel gelişimi nazara alındığında ikrarın en kadim delil olduğu ifade edilmektedir. Zaten delil elde etme yöntemlerinin günümüze nazaran gelişmemiş olduğu çağlarda, ikrar yahut tanık anlatımı gibi delillere başvurmaktan ve bu türden beyan delillerini öne çıkarmaktan başka çarenin bulunması da hayli zordur. Keza bu zorunluluktan dolayıdır ki bilhassa suçluluğun hangi tür ve miktarda delille ispat edileceğini önceden saptamak esasını taşıyan kanuni ispat sisteminde ikrar, delillerin kraliçesi/şahı (*confessio est regina probatio*) olarak adlandırılmıştır<sup>13</sup>. Bir muhakeme sistemi olarak tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde delillerin kraliçesi/şahı olarak görülen ikrarı elde etmek amacıyla işkence yoluna başvurmak dahi mazur görülmuş ve ikrar, elde edilmesi adeta zorunlu görülen başat delil niteliğine kavuşmuştur. Günümüzde ise -yine önemli bir delil olan ikrara haddinden fazla bir önem atfetme düşüncesi terk edilmiş olduğundan ikrar elde etmek uğruna sanığın maddi veya manevi zorlamaya tabi tutulması anlayışı söz konusu değildir<sup>14</sup>. Ancak adli alanda gelişen teknoloji ile birlikte önemi azalmışsa da<sup>15</sup> ikrarın tamamen terk edilmiş bir delil olduğu söylenemez. Nitekim ceza uyuşmazlığına esas teşkil eden olayla en yakın teması kurmuş bulunan (en azından kurduğu konusunda isnat altında bulunan) sanığın anlatımlarına ispat hukukunda her zaman ihtiyaç olacaktır<sup>16</sup>. Hatta öyle ki ikrarın, soruşturmayı esaslı bir şekilde kolaylaştırdığı, gerçeğe uygun olduğunda ve hukuka uygun bir biçimde elde edildiğinde hâkimin mahkûmiyet kararı vermesi bakımından vicdan rahatlığı sağladığı ifade edilmektedir<sup>17</sup>. Ayrıca ikrarın, uyuşmazlığa konu maddi vakıa hakkında en çok bilgisi bulunan kimsenin beyanı olduğu nazara alındığında, muhakemenin istikametini belirleyici bir etkisinin olduğu da yadsınmaz<sup>18</sup>. Tüm bu sebeplerden dolayı ceza muhakemesinde mühim bir beyan delili olan ikrarın, hükme ulaşmada tamamen gereksiz hâle geldiğini ileri sürmek isabetsizdir. Ancak delilden suçluya gitme anlayışının öne çıkmasıyla birlikte suçludan delile gitme anlayışı terk edilmiş olduğundan ikrara duyulan ihtiyaç azalmıştır<sup>19</sup>. Bunun yanında ceza muhakemesi de dâhil olmak üzere bütün muhakeme alanlarında ikrara -pek doğal olarak- nadiren rastlanmaktadır.

<sup>8</sup> FLORIAN, Eugenio: *Principi di Diritto Processuale Penale*, Giappichelli, Torino, s. 360'tan aktaran: EREM, Faruk: *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 359.

<sup>9</sup> CARNELUTTI, Francesco: *Lezioni sul Processo Penale*, Edizioni dell'Ateneo, Roma, 1946, s. 236'dan aktaran: CİHAN, s. 111.

<sup>10</sup> MONTALBANO, Giuseppe: *La Confessione nel Diritto Vigente*, Jovene, Napoli, 1958, s. 28'den aktaran CİHAN, s. 111.

<sup>11</sup> BELGESAY, Mustafa Reşit: *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, Güven Basımevi, İstanbul, 1940, s. 128.

<sup>12</sup> ŞAHİN, Cumhur: *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 149 vd. Nitekim ancak vakıaların ikrarı olabilir, kusurun ikrarı önemli değildir. Bkz. CİHAN, s. 110.

<sup>13</sup> EREM, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986 (Diyalektik) s. 375; FEYZİOĞLU, Metin / TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İslık Yayınevi, Ankara, 2015, s. 60.

<sup>14</sup> TANER, M. Tahir: *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 220.

<sup>15</sup> “Ceza işlerinde maznunun ikrarına evvelki asırlara atfolunan ehemmiyet ve kıymet gittikçe azalmaktadır”. Bkz. BELGESAY, s. 128. Ancak önemle ifade etmek gerekir bu konuda karşıt görüş olarak Şahin/Göktürk, Türk ceza muhakemesi uygulamasında sanığın ikrarının hâlâ delillerin şahı niteliğinde görüldüğünü ileri sürmektedir. Bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 27, dn. 19.

<sup>16</sup> BİRTEK, s. 23.

<sup>17</sup> CİHAN, s. 112. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da bir kararında şu saptamayı yapmıştır: “Sanığın isnat bakımından önemli görülen olayları beyanı ile kabul etmesi şeklinde tanımlanabilecek olan ikrar; eylem hakkında en çok bilgisi bulunanın beyanı olması, soruşturmayı esaslı surette kolaylaştırması, özgür iradeyle verilip gerçeğe de uygun olduğunun tespiti halinde hâkimin vicdani kanaatinin oluşumunda olumlu katkısının bulunması itibarıyla önemli bir sübut vasıtasıdır.” Bkz. Yargıtay, CGK, T. 30.09.2014, E. 2014/106, K. 2014/414 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET: 05.09.2022).

<sup>18</sup> BIÇAK, Vahit: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 473.

<sup>19</sup> BİRTEK, s. 18.

Ceza muhakemesinde ikrara ilişkin genel bir bakış sunarken zannediyoruz ki *Cihan*'ın şu özlü ifadesiyle bölümü sonlandırmak ikrarın yerini ortaya koymak bakımından son derece yerinde olacaktır: “*İkrar ne delillerin şahıdır ne de çok az önemi olan basit bir emaredir*”<sup>20</sup>.

## B. Şartları

Ceza muhakemesi hukuku salt şekli prosedürler ve usûl işlemleri zinciri değildir. Bu hukuk dalının ayrıca maddi bir karakteri bulunur<sup>21</sup>. Söz konusu maddi karakterin sonuçlarından biri de sanık haklarını korumak ve uyumsuzluğu dürüst bir şekilde çözmek amacıyla ceza muhakemesi faaliyetinde kullanılan bulguların arasından delil olabilecekleri, birtakım kriterler vasıtasıyla tespit etmektir. İkrar da son tahlilde bir delil olduğundan geçerli bir ikrarın varlığı ilk olarak söz konusu niteliklerin varlığına bağlıdır. Bu nitelikler maddi gerçeği araştırmayı amaç edinen ceza muhakemesi hukukunda her şeyin delil olabileceği esasını içeren serbest delil sisteminin de sınırını çizen niteliklerdir<sup>22</sup>. Delillerin özellikleri olarak da adlandırılan bu nitelikler şu şekilde sıralanabilir:

- Deliller gerçekçi olmalıdır.
- Deliller akılcı olmalıdır.
- Deliller olayı temsil edici olmalıdır.
- Deliller ispat açısından önemli olmalıdır.
- Deliller hukuka uygun olmalıdır.
- Deliller müşterek olmalıdır<sup>23</sup>.

Bu açıdan bakıldığında yukarıdaki sıraya göre maddi gerçekliğin bir parçasını oluşturan (gerçekçi), gerçekliği akla uygun olarak ifade edebilecek olan ve bilimce kabul gören (akılcı), olayın bir parçasını veya tümünü aksettiren (temsil edici), ispatına ihtiyaç duyulan vakıaları açıklamak bakımından faydalı olan (ispat açısından önemli), hukuk kurallarının öngördüğü usûle ve dürüst işlem ilkesinin gerekliliklerine uyularak elde edilmiş olan (hukuka uygun) ve bilhassa sanık başta olmak üzere içeriği iddia, savunma ve yargılamadan ibaret olan bütün muhakeme makamlarının bilgisine sunulan (müşterek) bulgular delil olarak kabul edilebilir<sup>24</sup>.

Geçerli bir ikrardan söz edilebilmesi için yukarıdaki özelliklere ek olarak ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği, özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarın hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, şüpheden arınmışlığı veya belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususların göz önünde bulundurulması<sup>25</sup> gerektiği gibi ikrar edenin akli melekeler de sahip olması gerekir<sup>26</sup>. Ayrıca ceza muhakemesinde çeşitli sebeplerden ötürü (maddi durumu iyi olmayan kimsele-  
rin cezaevine girmek istemesi, başkasını cezadan kurtarma arzusu, toplumda kahraman olarak anılma

<sup>20</sup> CİHAN, s. 114.

<sup>21</sup> Ceza muhakemesine ilişkin olarak ortaya çıkan temel hakların söz konusu olması dolayısıyla bu hakların kapsamını ve kullanımını belirlemek bakımından bu hukuk dalının önemli bir maddi içeriğe sahip olduğu ve sanıldığı aksine sadece birtakım usulî işlemleri inceleme konusu yapmadığı hakkında bkz. KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016 (Maddi Gerçek), s. 6.

<sup>22</sup> “*Ceza yargılamasında maddi gerçek arandığından hâkimi bu gerçeğe götürebilecek kanuni sınırlar içerisinde her şey delil olabilecektir. Ancak hükme dayanak alınan delillerin gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun olmaları gerekir. Bu belirleme ceza yargılamasında şekli duruma değil, somut gerçeğe itibar edileceğini ortaya koymaktadır.*” Bkz. Yargıtay, CGK, T. 02.06.2021, E. 2021/158, K. 2021/245 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>, ET: 09.09.2022).

<sup>23</sup> KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s. 533 vd.; YILDIZ, Ali Kemal: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 161 vd.; AYDIN, s. 47 vd.

<sup>24</sup> KUNTER / YENİSEY, s. 544 vd.

<sup>25</sup> KÖSE, Metin: *Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 173.

<sup>26</sup> EREM, *Diyalektik*, s. 375.

isteği gibi) yalan yere suçü üstlenme ile karşılaşılması muhtemel<sup>27</sup> olduğundan ikrar delili, delil değeri ve güvenilirliğinin sarsılmasına tıpkı diğer beyan delillerinde olduğu gibi hayli müsaittir. Dolayısıyla ceza muhakemesinde şüphelinin veya sanığın ikrar niyetinin (*animus confitendi*) ortaya konmasına ihtiyaç vardır. Bu yolla şüphelinin veya sanığın özel bir ikrar niyetinin olup olmadığı saptanmaya çalışılmış ve bu itibarla da ikrarın güvenilirliği test edilmiş olmalıdır<sup>28</sup>.

## II. TEVİL YOLUYLA İKRAR

### A. Doğrudan İkrar ve Dolaylı (Tevil Yoluyla) İkrar Ayrımı

#### 1. Kavram

İkrar çeşitli ölçütler nazara alınarak türlere ayrılmaktadır<sup>29</sup>. Bu ölçütlerden biri ikrarın ne şekilde açıklandığına (açıklama biçimine) ilişkin olarak yapılan doğrudan ikrar ve dolaylı (tevil yoluyla) ikrar ayrımıdır<sup>30</sup>. Doğrudan ikrar, ithamın konusunu oluşturan eylemin sanık veya şüpheli tarafından herhangi bir serh düşülmeksizin olduğu gibi kabul edildiği ikrar çeşididir<sup>31</sup>. Örneğin gece vakti konutta hırsızlık yaptığı isnadıyla yargılanan kişinin saat 23.00’te konuta gizlice girmek suretiyle birtakım taşınır eşyayı alarak uzaklaştığını ifade etmesi doğrudan ikrar türünden bir ikrardır. Yalın anlatımla bu ikrar çeşidinde isnadın konusunu oluşturan maddi vakıya veya vakıalar aynen kabul edilir. Tevil yoluyla ikrar ise doğrudan ikrarın zıttıdır. Nitekim “tevil” kelime anlamı itibarıyla “söylediği bir sözü ya da yaptığı bir davranışı görünür anlamından çekinip başka bir anlamdaymış gibi göstermeye çalışma” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>32</sup>. Ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir kavram olarak tevil yoluyla ikrar öğretimizdeki bazı yazarlar tarafından farklı şekillerde tanımlanmıştır. Özen’e göre tevil yoluyla ikrar şüpheli veya sanığın ithamın konusu olan eylemi işlediğini açıkça beyan etmemekle birlikte hareketleriyle kabul etmesidir. Bu tanıma göre örneğin zimmetine para geçirdiği iddia edilen kişinin parayı iade etmesi durumunda söz konusu olan tevil yoluyla ikrardır<sup>33</sup>. Erem’e göre tevil yoluyla ikrar aslında daraltıcı ikrardır. Sözelimi yazar tarafından ifade edildiği üzere “öldürdüm” diyerek ikrar eden kişinin bu eylemi saldırıya uğradığı için gerçekleştirdiğini ifade etmesi durumunda suç ikrar edilmiş fakat bir mazeret sebebi ortaya atılarak ikrar daraltılmıştır<sup>34</sup>. Birtek de tevil yoluyla ikrarın daraltılmış bir ikrar kabilinden olduğunu ancak bunun yanında söz konusu daralmanın sanık veya şüpheli bakımından olup yargılama mercileri yönünden bilakis tahkikatın genişlediğini vurgulamaktadır. Bu bağlamda “öldürdüm” diyerek ikrar eden sanığın, bu eylemi meşru savunma şartları altında işlediğini ifade etmesi durumunda kendi lehine yeni bir maddi vakıya ileri süren şüpheli veya sanık bakımından itham daraltılmış ise de yargılama mercii bakımından meşru savunma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde bir araştırmaya girişilmesi gerektiği (bu itibarla da tahkikatın genişlemesi gerektiği) sonucuna varılacaktır<sup>35</sup>. Tevil yoluyla ikrara ilişkin bir tanım da Taner tarafından yapılmıştır. Yazar, yukarıda doğrudan ikrar olarak ifade ettiğimiz durumu mutlak ikrar, tevil yoluyla ikrarı ise mukayyet (şartlı) ikrar olarak adlandırmaktadır. Yazara göre mutlak ikrar bir vakıanın hiçbir kayda bağlanmaksızın

<sup>27</sup> BELGESAY, s. 129.

<sup>28</sup> DEYNEKLİ, Adnan: “İkrarda Manevi Unsur”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Cilt 19, Sayı 64, s. 321 vd.

<sup>29</sup> Bu bağlamda ikrar içeriğine göre “basit” veya “nitelikli (mevsuf)”, meydana geldiği makam bakımından “mahkeme önünde” veya “mahkeme dışında”, meydana geliş şekline göre “açık (sarahatan)” veya “örtülü (zımnen)”, saikine göre “kendiliğinden” veya “kendiliğinden olmayan (önceleri inkâr eden sanığın sonradan kanuni haklardan faydalanabilmek için inkâr etmesi)” ve nihayet hukuki durumuna göre “geçerli ikrar” veya “hukuka aykırı ikrar” şeklinde sınıflandırılmıştır. CİHAN, s. 115 vd.

<sup>30</sup> BİRTEK, s. 219.

<sup>31</sup> BİRTEK, s. 219.

<sup>32</sup> PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali: *Türkçe Sözlük*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995, s. 1495. Benzer şekilde tevil etmek eylemi de söz veya davranışa başka anlam vermek şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü, “tevil etmek” maddesi, (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 12.10.2022).

<sup>33</sup> ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 398.

<sup>34</sup> EREM, *Diyalektik*, s. 376.

<sup>35</sup> BİRTEK, s. 220.

mevcudiyetini tanımaktır. Mukayyet ikrar -yani tevil yoluyla ikrar- ise hadisenin birtakım şartlar altında olmak üzere vuku bulduğunu kabul etmektir<sup>36</sup>. Nihayet *Soyaslan*, benzer şekilde, sanığın suçu işlediğini kabul etmekle beraber bunu tahrik veya savunma nedeniyle işlediğini ileri sürdüğü durumda tevil yoluyla ikrarın söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Öte yandan yine yazara göre sanığa isnat edilen bir olgunun onun tarafından kabulü bir sözü söylediğini veya başka bir hareketi yaptığını kabul etmesine bağlıysa bu durumda tevil yoluyla ikrar değil zimni (kapalı) ikrar mevcuttur<sup>37</sup>.

Öğreti tarafından geliştirilen tanımlar incelendiğinde, doğrudan ikrar itham konusu eylemin sanık veya şüpheli tarafından olduğu gibi kabul edilmesi olduğuna göre bunun tersi olan tevil yoluyla ikrarın da itham konusu eylemin işlendiğinin kabul edilmesi fakat aslında bu eylemin itham edildiği şekliyle değil de başka şekilde gerçekleştiğinin savunma olarak öne sürülmesi olduğu sonucuna varılabilir. Bu bağlamda “öldürdüm fakat bu eylemi meşru savunma altında gerçekleştirdim” ifadesi saf bir tevil yoluyla ikrardır. Yine şüphelinin veya sanığın ithama konu olan maddi vakiayı, isnadın içerisinde söz edilmeyen başka bir hareket gerçekleştirdiğini öne sürmek suretiyle kabul etmesi de tevil yoluyla ikrar kabilindedir. Sözelimi kasten yaralama suçunu işlediği isnadıyla yargılanan kişinin “vurmadım fakat ittim” şeklindeki ikrarı da tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilebilir. Ancak bu son hâlde yaralama olgusunun başka bir nedenden (itme harici) ötürü gerçekleşmediğinin ortaya konması gerekir<sup>38</sup>. Önemle altını çizmek gerekir ki şüphelinin veya sanığın muhakeme sürecinde kendi lehine olabilecek birtakım eylemlere (hırsızlık veya zimmet konusu malın iade edilmesi gibi) girişmesi itham konusu suçun işlendiğine dair tevil yoluyla ikrar anlamına gelmez<sup>39</sup>.

Netice olarak denebilir ki tevil yoluyla ikrar; ikrarın ve savunmanın bir araya geldiği kendine özgü bir durumdur.

## 2. Vicdani İspat Sisteminde İkrarın Yeri Bağlamında İkrarın Tek Delil Olması Durumunun Doğrudan İkrar-Tevil Yoluyla İkrar Açısından Değerlendirilmesi

### a. Genel Olarak

Ceza muhakemesi faaliyeti maddi gerçeğe erişmeyi amaç edinir<sup>40</sup>. Bu gerçekliği araştırma faaliyetinin konusu ise ceza muhakemesinde duruşma sırasında çözülmesi gereken sorunlardan en mühimi olan maddi sorundur. Maddi sorun, temel olarak uyuşmazlığa esas teşkil eden vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediği yahut kim tarafından, nasıl, nerede, ne zaman veya hangi vasıtalarla gerçekleştirildiği gibi soruların cevaplanmasıyla çözüme kavuşturulur. Söz konusu sorulara cevap ararken benimsenmesi gereken kanaat vicdani kanaattir. Vicdani kanaat de en genel manasıyla uyuşmazlığı çözmeye yetkili makamın, muhakeme faaliyeti sonucunda aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu sınırlar içinde kalarak maddi olayın ne şekilde gerçekleştiğine dair ulaştığı ve şüpheyi bertaraf eden bir tür kanaat olarak ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki Anayasa (AY) m. 138/1, CMK m. 217/1 düzenlemeleri gereği mahkemelerin vicdani kanaate göre hüküm vermesi hem Anayasal hem kanuni bir zorunluluktur.

<sup>36</sup> TANER, s. 223.

<sup>37</sup> SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 410. Yazar tarafından zimni ikrar olarak adlandırılan durumun da esasında bir tür tevil yoluyla ikrar olduğuna ilişkin karşıt görüş için bkz. BİRTEK, s. 219, dn. 824.

<sup>38</sup> BİRTEK, s. 22.

<sup>39</sup> *Öztürk vd.* uygulamada bir Ağır Ceza Mahkemesinin zimmet suçu işleyen bir bankacının ortaya çıkan zararı ödemek üzere devlet ile anlaşmasını tevil yoluyla ikrar olarak kabul ettiğini belirterek bu kabulü eleştirmektedirler. Bkz. ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 299.

<sup>40</sup> KARAKEHYA, *Maddi Gerçek*, s. 16. Bu amacın normatif dayanaklarını da mevzuatta bulmak mümkündür. Nitekim maddi gerçeğe ulaşma amacı en net ifadesini CMK m. 160 hükmünde bulmaktadır. Hükme göre cumhuriyet savcısının soruşturma işlemlerini yerine getirmekteki amacı “... maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi...” olarak belirlenmiştir. Bkz. CANPOLAT, Can: “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 2, s. 458.

<sup>41</sup> FEYZİOĞLU / TANER, s. 172.



Vicdani kanaat adı verilen düşünsel faaliyetin işlerlik kazanabilmesi için gerekli olan ispat ölçütü vicdani ispat sistemidir. Doğrudan doğruya vicdani kanaate göre karar verme zorunluluğundan ileri gelen bu sistemin en önemli aracı ise serbest delil sistemidir. Nitekim vicdani kanaatin esas tutulduğu bir muhakeme hukuku düzeninde bazı ispat araçlarına sınırlar getirmek, hukuka aykırı ispat araçları hariç olmak üzere, kategorik olarak kimi ispat araçlarının kullanılmasını yasak saymak yahut ispatı ancak belirli şekillerde mümkün görmek gibi anlayışların yeri olamaz<sup>42</sup>. Yalın ifadeyle vicdani ispat sisteminde, kural olarak, hangi hususun hangi delillerle ispat edileceği önceden bazı kurallara bağlı tutulmamıştır<sup>43</sup>. Bu sistemde hâkim delilleri serbestçe değerlendirir ve maddi olayın oluş biçimine dair bir kanaate varır. Bu kanaat oluşturulurken kullanılması muhtemel delillerden biri de hiç şüphesiz beyan delilidir. Dolayısıyla ikrar delili de vicdani ispat sisteminin tatbik edildiği bir alana dâhildir. Bu bağlamda ikrarın, ispat gereğini ortadan kaldıran bir hâl olarak kabul edildiği medeni muhakemeden farklı olarak ceza muhakemesinde ikrar konusunu oluşturan vakia doğrudan uyumsuzluk konusu olmaktan çıkmaz<sup>44</sup>. Öyleyse denebilir ki vicdani kanaate göre delillerin serbestçe değerlendirildiği ceza muhakemesinde sanığın ikrarı hâkimi bağlamaz. Ancak tam da burada önemle ifade etmek gerekir ki bu bağlamazlık durumunu yanlış anlamamak elzemdir. Zira bu ifade sanki diğer deliller (özellikle maddi deliller) ceza hâkimi açısından bağlayıcıymış da yalnızca ikrar bağlayıcı değilmiş gibi anlaşılma riskini taşımaktadır. Oysa vicdani ispat sisteminde kanuni olarak tüm delillere belirli ölçülerde kuvvet atfedilmiş olmadığı gibi deliller arasında ispat gücü bakımından derecelendirme yoluna gidilmiş de değildir<sup>45</sup>.

### b. Doğrudan İkrar Açısından

Vicdani ispat sisteminde ikrarın yerine ilişkin en mühim tartışma ikrarın tek delil olduğu durumda yaşanmaktadır. İkrarın tek delil olduğu bir uyumsuzlukta bu ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmünün verilip verilemeyeceği ise tartışmanın temelini oluşturmaktadır.

Öğretideki baskın görüşe göre ikrarın tek delil olması durumunda diğer delillerle doğruluğu desteklenmeksizin söz konusu ikrara dayanılarak suçun sübut ettiği kabul edilemez ve dolayısıyla mahkûmiyet hükmü verilemez<sup>46</sup>. Bu görüşü savunan yazarlar gerekçe olarak ceza muhakemesinin maddi gerçeği tespit etmeyi amaçladığını, bu sebepten ikrarın doğruluğunun maddi delillerle test edilmesi gerektiğini<sup>47</sup>, yine buna paralel olarak vicdani ispat sisteminde delillerin serbestçe değerlendirilmesinden dolayı sanığın kendi aleyhindeki beyanının tek başına mahkûmiyet gerekçesi olamayaca-

<sup>42</sup> EREM, *Diyalektik*, s. 353. Fakat belirtmek gerekir ki ceza muhakemesinde yalnızca duruşmanın akışının ispatıyla ilgili olarak kanuni delil sistemi benimsenmiştir. Nitekim CMK m. 222 hükmüne göre “*Duruşmanın nasıl yapıldığı, kanunda belirtilen usul ve esaslara uygun olarak yapılmış yapılmadığı, ancak tutanakla ispat olunabilir. Tutanağa karşı yalnız sahtecilik iddiası yöneltilir*”. Yine de duruşmanın akışına ilişkin ispat konusu, ceza muhakemesinin konusunu teşkil eden cezai uyumsuzluğun ispatıyla ilgili olmadığından anılan hükmün serbest delil sisteminin bir istisnası olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 256.

<sup>43</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 602.

<sup>44</sup> Nitekim medeni muhakemede ikrar, konu edindiği vakıalar bakımından ispat gereğini ortadan kaldıran bir usûl işlemidir. İkrar ile lehine ikrarda bulunulan taraf, ikrar edilen vakia bakımından artık delil göstermek mecburiyetinde değildir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun m. 187/2 hükmüne göre ikrar edilmiş vakıalar çekişmeli sayılmayacağı gibi yine aynı Kanun’un m. 188/1 hükmüne göre de “*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez*”. Bkz. KIRAZ, Taylan Özgür: *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013, s. 249. İkrar, ikrar eden taraf aleyhine kesin delil teşkil eder. bkz. KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt 1*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 656. Bu beyan (ikrar) diğer tarafı ispat yükünden kurtarır; artık bu olayın ispatına gerek olmaz. Bkz. PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 330.

<sup>45</sup> TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt 1*, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984, s. 719; CENTEL / ZAFER, s. 256.

<sup>46</sup> SELÇUK, Sami: “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, *Yargıtay Dergisi*, 1977, Cilt 3, Sayı 2, s. 58; GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 282; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 585; DOĞAN, Koray: *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkuhanı Sanık Yararlanırlar İlkesi “in dubio pro reo”*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 306 vd.; KÖSE, s. 178; TANER, s. 220; KUNTER / YENİSEY, s. 582; AYDIN, s. 64; SOYASLAN, s. 410.

<sup>47</sup> AYDIN, s. 64.

ğini<sup>48</sup> ileri sürmektedirler. *Kunter/Yenisey*'e göre de vicdani ispat sisteminde bütün deliller serbestçe takdir edilmekle beraber bazılarının tek başına delil olup olmaması düşünülebilir. Zira sanığın kendi aleyhindeki beyanının tek başına delil olmaması aynı zamanda bir teminat teşkil eder<sup>49</sup>. Önemle ifade etmek gerekir ki Yargıtay da çoğu zaman öğretilerdeki baskın görüşe paralel bir biçimde meseleye yaklaşmaktadır<sup>50</sup>. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında, “*ceza muhakemesinde ikrar mevzu bahis olduğunda ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği ve özgür iradeye dayalı olup olmadığı, ikrarda bulunanın beyanın ciddiyetini ve bundan doğacak sonuçları bilip bilmediği, ikrarın başkaca deliller veya emarelerle desteklenip desteklenmediği, hayatın olağan akışına uygun düşüp düşmediği, şüpheden arınmışlığını ve belirliliğini zayıflatacak biçimde ikrardan dönülüp dönülmediği gibi hususlar da göz önünde bulundurulmak suretiyle, somut olaydaki ikrarın delil değeri ortaya konulmalı ve ispat sorunu bu şekilde çözümlenmelidir.*” değerlendirmesini yapmıştır<sup>51</sup>. Yargıtayın birçok farklı kararında da tek başına ikrarın mahkûmiyet hükmü gerekçesi olamayacağı ifade edilmektedir<sup>52</sup>.

Öğretilerdeki azınlıkta kalan görüşe göre ise ikrarın tek delil olması durumunda şayet bu ikrar hukuka uygun bir biçimde elde edilmişse söz konusu ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulması mümkündür<sup>53</sup>. Bu görüşü savunan yazarlardan *Ünver/Hakeri*, ceza muhakemesinde deliller arasında ispat güçleri bakımından herhangi bir farkın öngörülmediğini, bu itibarla ikrarın ispat gücü bakımından diğer delillerden ne üstünlüğünün ne de zayıflığının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte yazarlara göre ikrarın tek başına mahkûmiyet hükmüne esas kabul edilemeyeceğini savunan görüşün ileri sürdüğü ispat gücünün zayıflığına ilişkin itirazlar zaten diğer deliller bakımından da ortaya çıkabilecek varsayımlardır<sup>54</sup>. *Birtek* ise ikrarın tek delil olduğu duruma ilişkin olarak Yargıtay kararlarında ortaya konan “özgür iradeye dayanıp dayanmama”, “ikrarın hangi aşamada gerçekleştiği”, “suç üstlenme veya başkasını suçtan kurtarma durumunun olup olmadığı”, “hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı”, “şüpheden arınmışlığı”, “ikrardan dönülüp dönülmediği”, “ikrarın dosya kapsamındaki maddi delillerle veya bilimsel delillerle uyumlu olup olmadığı” gibi kriterlerin, ikrarın sağlamlığını ve güvenilirliğini test eden kriterler olduğunu vurgulamaktadır. Fakat yazara göre tüm bu kriterler destekleyici delil mahiyetinde olamayacağından ikrarın tek delil olduğu durumlarda mahkûmiyet hükmünün kurulabilmesi için söz konusu ikrarın maddi delillerle desteklenmesi gibi bir gereklilik söz konusu değildir. Yazar, aksinin kabulü hâlinde vicdani ispat sisteminde yeri olmayan delil hiyerarşisi durumunun ortaya çıkacağını vurgulamaktadır<sup>55</sup>.

<sup>48</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 585.

<sup>49</sup> KUNTER / YENİSEY, s. 582.

<sup>50</sup> Nitekim bu konuda tıpkı öğreti gibi uygulamada da birlik olmadığı ancak Yargıtayın ağırlıklı olarak ikrarın maddi delillerle desteklenmesinin mahkûmiyet hükmüne esas alınmayacağını savunan görüşü benimsediği ifade edilmektedir. Bkz. GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphelinin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 46 vd.

<sup>51</sup> Yargıtay, CGK, T. 26.01.2016, E. 2015/669, K. 2016/38 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 03.10.2022).

<sup>52</sup> Örnek olarak Yargıtay, CGK, T. 10.12.1990, E. 1990/257, K. 1990/335; Yargıtay, 12. CD., T. 28.04.2014, E. 2013/20992, K. 2014/10218; Yargıtay, 7. CD., T. 30.06.2015, E. 2014/21368, K. 2015/18423; Yargıtay, 19. CD., T. 07.12.2015, E. 2015/8114, K. 2015/8116; Yargıtay, 5. CD., T. 15.10.2019, E. 2015/6487, K. 2019/9699 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 05.10.2022).

<sup>53</sup> ÜNVER, Yener: “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 2, s. 126; GEDİK / TOPALOĞLU, s. 47; ÜNVER / HAKERİ, s. 579; BİRTEK, s. 321. Bu konuda *Yurtcan* tarafından ifade edilen görüşleri aynen paylaşmak istiyoruz: “*İkrar başka delillerle aynı doğrultuda olup, onlarla takviye edilmeli ya da tek başına olsa bile inandırıcılık taşımalıdır*”. Dolayısıyla ikrarın tek delil olduğu durumda inandırıcılık taşınması gerektiğini ifade etmesi ve fakat ayrıca maddi delillerle desteklenmesi gerektiğini ifade etmemesinden anlaşılabilir yazarın ikrarın tek başına mahkûmiyet gerekçesi olabileceğini kabul ettiği. Bkz. YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 757.

<sup>54</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 580.

<sup>55</sup> Yazar ayrıca ikrarın tek delil olduğu durumlarda bu ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü kurulamayacağını öne sürmenin hukukumuzda geçerli olmayan *corpus delicti* kuralının *de facto* kabulü anlamına geldiğini ifade etmektedir. Bkz. BİRTEK, s. 321 vd. Çalışmamızın ilişkin olduğu konuya dair bütünlüğün bozulmaması için *corpus delicti* kavramından burada söz etmeyi yerinde buluyoruz. *Corpus delicti* kavramı *common law* hukuk sisteminde suçun üzerinde meydana geldiği maddi varlığı yahut bir suçun işlendiği gerçeğini gösteren maddi bir olguyu ifade etmektedir. Örneğin öldürülmüş bir insanın bedeni, yakılmış bir evden arta kalan kömür hâline gelmiş kalıntılar birer *corpus delicti* kabilindendirler. Bkz. BLACK, Henry Campbell: *Black's Law Dictionary*, 4. Baskı, West Publishing Co, Saint Paul, Minnesota, 1968, s. 413. *Corpus delicti* kuralı (*corpus delicti rule*) ise İngiltere’de ortaya çıkan bir ceza muhakemesi kuralıdır. Kurala göre ikrarın mahkûmiyet gerekçesi olabilmesi için ikrara esas teşkil eden maddi vakianın (suçun) gerçekten işlendiğini ortaya koyan ikrardan bağımsız maddi delillere ihtiyaç vardır. Bu kuralın zorlama veya zihinsel hastalık gibi sebeplerden dolayı aslında gerçekleşme-

Fikrimizce doğrudan ikrar bakımından azınlıkta kalan görüşün kabulü uygun olacaktır. Zira her ne kadar sanığın kendi aleyhine bir beyanı olan ikrarın tek başına mahkûmiyet gerekçesi olamayacağını ileri süren yazarlar bu durumu hâkimin delilleri vicdani kanaatine göre serbestçe takdir edeceği kuralına (CMK m. 217/1) dayandırsalar da aksine söz konusu kural, hukuka uygun biçimde elde edilmiş olan ikrarın tek başına mahkûmiyet gerekçesi olabileceğini destekler niteliktedir. Nitekim vicdani ispat sistemi ve serbest delil sisteminin esasından kişinin kendi aleyhine olarak verdiği beyana itibar etmesizin maddi delil araştırmasına girişmek gerektiği gibi bir sonuç çıkmamaktadır. Bu iki sistemin esas deliller arasında ispat güçleri bakımından hiyerarşinin ve derecelendirmenin bulunmamasıdır. İkrar da bir delil olduğuna göre delillerin özellikleri olarak yukarıda bahsettiğimiz özellikleri taşıyan ikrarın tek başına mahkûmiyet gerekçesi olmaması için bir sebep yoktur. Yukarıda da belirttiğimiz gibi “sanığın ikrarı hâkimi bağlamaz” şeklinde söylenegelen ifadenin maddi deliller lehine ve fakat bir beyan delili olan ikrar aleyhine bir ifade olarak algılanması esas problemi oluşturmaktadır. Hatta öyle ki ceza muhakemesinde ikrardan söz açıldığında akla derhâl ikrarın hâkimi bağlamadığı gelmektedir. Oysa, yinelemek gerekirse, delillerin serbestçe değerlendirilmesi esasını taşıyan vicdani ispat sisteminde hâkimi bağlamayan tek delil ikrar değildir. Bilimsel deliller de dâhil olmak üzere hiçbir delil hâkimi bağlamaz. Zaten takdir edilecektir ki “bir delil hâkimi bağlamaz” demek “o delilin varlığı durumunda hâkim, söz konusu delilin işaret ettiği maddi vakıyı sabit kabul edemez” demek değildir. Öte yandan ikrarın tek delil olduğu durumda bu ikrara dayanılarak mahkûmiyet hükmü verilemeyeceği doğrultusunda gelişen uygulamanın, nazari mülâhazalardan ziyade somut olayda ikrarın hukuka uygun bir biçimde elde edilip edilmediğine ilişkin endişelere ve ikrarın sırf bir beyan olması dolayısıyla zayıf bir delil olarak görülmesine dayandığı da aşikârdır<sup>56</sup>. Yani denebilir ki uygulamanın bir problemi olan bu durum teorik alana aktarılmaya çalışılmaktadır. Ancak ikrarın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı veya hukuka uygun bir biçimde elde edilip edilmediği problemi, ikrarın hükme esas alınıp alınamayacağına ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirse de bu durum ek maddi delil araştırılması gerektiği anlamına gelmez. İkrarın delil değerini ortaya koymanın şart olması, bu faaliyetin maddi deliller yardımıyla yapılması gerektiği anlamına gelmez. Örneğin akli dengesi yerinde olan (A)’nın özgür iradesine dayanan ikrarında (B)’yi kasten öldürdüğünü herhangi bir şerh düşmeksizin doğrudan ve aynen ikrar etmesi durumunda şayet söz konusu ikrar tecrübe kurallarına da aykırı düşmüyorsa uzun süredir kayıp olan (B)’nin cesedine ulaşılamamış olması (maddi delilin bulunmaması) mahkûmiyet hükmünün kurulmasına doğrudan engel olmamalıdır.

### c. Tevil Yoluyla İkrar Açısından

Ceza uyumsuzluğunda elde edilmiş tek delilin tevil yoluyla ikrar türünden olan bir ikrar olması durumunda bu ikrara dayanılarak doğrudan mahkûmiyet hükmü kurulamaması gerekir. Zira tevil yoluyla ikrar söz konusu olduğunda şüpheli veya sanık kendi lehine olacak şekilde yeni bir maddi vakıya ileri sürmektedir. Kişinin kendi lehine olarak ileri sürdüğü bir maddi vakıyanın herhangi bir araştırma faaliyetine girişilmeksizin reddedilmesi veya doğrudan kabul edilmesi ise ceza muhakemesi faaliyetinin amaçlarıyla bağdaşmaz<sup>57</sup>. Tevil yoluyla ikrarın tevil içeren kısmına ilişkin bir gerekçelendirme de ancak ve ancak maddi delillere başvurmak suretiyle yapılabilir. Sözelimi, meşru savunma örneği üzerinden devam edecek olursak, öldürme eylemini meşru savunma şartları altında işlediğini beyan eden sanığa, başka hiçbir araştırmaya gerek olmaksızın beraat hükmü vermek de hukuka aykırı olacağı gibi öldürme eylemini sabit kabul edip meşru savunma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştır-

miş bir suçun üstlenilmesini önleme düşüncesinden doğduğu ifade edilmektedir. Bkz. MORAN, David: “In Defense of The Corpus Delicti Rule”, *Ohio State Law*, 2003, Cilt 64, Sayı 3, s. 817. Kuralın esaslı bir testten ibarettir. Bu teste göre jürinin, sanığın gerçekten suçu işlediğine kanaat getirebilmesi için ikrar, diğer deliller vasıtasıyla doğrulanmalıdır. Bkz. MELVILLE, Max D: “Corpus Delicti”, *Dicta*, 1953, Cilt 30, Sayı 6, s. 202.

<sup>56</sup> Aynı yönde bkz. BİRTEK, s. 323.

<sup>57</sup> Ceza muhakemesi faaliyetinin temel olarak üç amacı bulunur. Bunlar; maddi gerçeğe erişme, adaleti sağlama ve hukuki barışı koruma amaçlarıdır. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARAKEHYA, *Maddi Gerçek*, s. 5 vd. Tevil yoluyla ikrarda bu ikrarın maddi deliller vasıtasıyla değerlendirilmemesi ve bu şekilde şüphelinin veya sanığın ikrar ettiği temel vakıya nazara alınarak lehe vakıyanın es geçilmesi suretiyle mahkûmiyet hükmü kurulması özellikle maddi gerçeğe erişme amacına ters düşer.

maksızın mahkûmiyet hükmü vermek de aynı şekilde hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla doğrudan ikrar açısından hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan ve tecrübe kurallarına aykırı düşmeyen ikrar tek başına mahkûmiyet gerekçesi olabilecek iken tevil yoluyla ikrar açısından sanık veya şüpheli tarafından ileri sürülen vakianın sübutu hakkında başkaca delillere başvurulması gerekir<sup>58</sup>. Bu durum ceza muhakemesinde ikrarın bölünüp bölünemeyeceği meselesinin gündeme getirilmesini lüzumlu kılmaktadır. Belirtmek gerekir ki ceza hâkimi tıpkı bütün deliller gibi ikrarın da delil olma durumunu serbestçe takdir yetkisini haiz olduğundan söz konusu ikrarın bir kısmını kabul edip diğer kısmını reddedebilir<sup>59</sup>. Bu bağlamda ikrarın bölünmezliği ilkesi adı verilen ve medeni muhakemede geçerli olan ilke ceza muhakemesinde söz konusu değildir<sup>60</sup>. Bu sebepten ötürüdür ki ceza hâkimi ikrara esas teşkil eden temel vakianın (öldürme) sübut ettiğini kabul edebilecek iken tevilli kısmını (meşru savunma) reddedebilir. Ancak reddedilen kısım bakımından gerekli araştırmaya girişilmesi yani meşru savunma olgusunun sabit olmadığına deliller vasıtasıyla ortaya konması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay da tevil yoluyla ikrarı konu edinen mahkûmiyet hükümlerinde bu hükümleri başkaca maddi delillerin mevcut olduğu uyuşmazlıklarda tesis etmektedir<sup>61</sup>. Fakat, aşağıda ayrıca inceleneceği üzere, Yargıtay uygulamasının eleştiriye açık yönü tevil yoluyla ikrarın tek başına mahkûmiyet hükmüne esas alınmayacağı durumundan ziyade tevil yoluyla ikrar kavramının geniş yorumundan kaynaklanmaktadır.

## B. Tevil Yoluyla İkrar ve Kısmi İkrar Ayrımı

Tevil yoluyla ikrar, kısmi ikrarla karıştırılma riskini barındıran bir ikrar çeşididir. Bu sebepten iki kavram arasındaki farkın ortaya konması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun için ilk olarak kısmi ikrar kavramından söz edilmelidir. Kısmi ikrar tam ikrarın zıttı konumda yer alır. Bu bağlamda tam ikrar ithama konu olan maddi vakianın bütününe şüpheli veya sanık tarafından kabul edilmesidir. Bu ikrar çeşidinde şüpheli veya sanık hem asıl maddi vakıya (fiil) hem tali vakialara (suçun nitelikli hâlleri ve özel görünüş biçimleri) hem de yardımcı maddi vakialara (kusurluluğu kaldıran veya azaltan sebepler) ilişkin olan suç isnadını bütün olarak kabul etmektedir<sup>62</sup>. Kısmi ikrar ise adından da anlaşılacağı üzere maddi vakianın yahut maddi vakianın kapsadığı olaylara ilişkin birtakım koşulların yalnızca bir kısmının sanık veya şüpheli tarafından kabulü anlamına gelir<sup>63</sup>. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere tevil yoluyla ikrar durumunda söz konusu olan, maddi vakianın bir kısmının kabulünden ziyade sanığın veya şüphelinin itham konusuna karşı olarak kendi lehine yeni bir vakıya ileri sürmesi yahut itham konusu olaydaki neticeyi doğuran başka hareketler sergilediğini beyan etmesidir<sup>64</sup>. Kısmi ikrarda ise sanık veya şüpheli kendi lehine yeni ve ayrı bir vakıya ileri sürmemekte, isnadın içerisinde mevcut bulunmayan başkaca hareketlerle neticeye sebebiyet verdiğini beyan etmemektedir. Bu ikrarda sanık veya şüpheli isnat konusunun yalnızca bir bölümünü kabul etmektedir. Bu açıdan bakıldığında kasten yaralama suçundan yargılanan sanığın “vurmadım fakat ittim” şeklindeki beyanı tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilebilecek iken (yaralanma olgusunun itme fiilinden ileri geldiği ispat edilmişse) “vur-

<sup>58</sup> BİRTEK, s. 43.

<sup>59</sup> TANER, s. 223; CİHAN, s. 127 vd.; EREM, *Diyalektik*, s. 376; BİRTEK, s. 298. *Kunter/Yenisey* ise ceza muhakemesinde hâkimin ikrarla bağlı olmadığı gerekçesini ileri sürerek ikrarın bölünüp bölünemeyeceğine dair bir meselenin söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. KUNTER / YENİSEY, s. 583.

<sup>60</sup> Medeni muhakemede ikrarın içeriğine göre türlere ayrıldığı ve bu ayrıma göre bölünüp bölünememe durumunun değiştiği ifade edilmektedir. Açıklamalar ve tartışmalar için bkz. KİRAZ, s. 212 vd.

<sup>61</sup> Örnek teşkil etmesi açısından bkz. Yargıtay, 3. CD., T. 04.11.2020, E. 2020/11296, K. 2020/15492: “Sanık hakkında eşi olan mağduru basit tıbbi müdahale ile giderilebilir şekilde yaralama suçundan TCK'nin 86/2,3-a maddeleri uyarınca cezalandırılması istemiyle açılan kamu davasında, sanığın soruşturma aşamasında alınan ifadesinde mağdur eşi ile tartıştığı ve eliyle iteklediği yönündeki tevil yollu ikrarı, mağdur anlatımı ile uyumlu doktor raporunda mağdurun kol ve boyun bölgesinde kızarıklık oluşacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralandığının belirtildiği anlaşılmalı, sanığın eşi olan mağdura karşı kasten yaralama eylemi sabit olduğu halde, atılı suçtan beraatine karar verilmesi...”.

<sup>62</sup> CİHAN, s. 115; BİRTEK, s. 328.

<sup>63</sup> BİRTEK, s. 221.

<sup>64</sup> BİRTEK, s. 329. *Köse* ise aralarında kavga çıktığını, müşterinin kendisini dövdüğünü iddia eden veya karşılıklı yaka paça tutuştuklarını ifade eden sanık beyanının suçun kısmen kabul edilmesi anlamına geldiğini ifade etmektedir. Biz buna katılmıyoruz. Zira burada yukarıdaki meşru savunma örneğimiz gibi bir durum söz konusuysa kısmi ikrar değil tevil yoluyla ikrar mevcuttur. Bkz. KÖSE, s. 170.

dum fakat sopayla değil elimle vurdum” diyen sanığın beyanı ise kısmi ikrar olarak kabul edilebilir. Nitekim bu son hâlde sanık Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 86/2-e uyarınca nitelikli kasten yaralama suçundan isnat altındayken eylemi silah kullanmaksızın işlediğini beyan ederek isnadın yalnızca bir kısmını kabul etmektedir.

Önemle ifade ediyoruz ki kısmi ikrar, ikrar edilmeyen kısmın da dolaylı olarak kabul edildiği yorumuyla ayrıca tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilemez<sup>65</sup>. Sözelimi TCK m. 148 hükmü uyarınca yağma suçundan yargılanan sanığın isnat konusu malı aldığını fakat bu eylemi cebir veya tehdit kullanmaksızın gerçekleştirdiğini ifade etmesi durumunda bu hususta tahkikata girişilmeksizin eldeki ikrar üzerinden doğrudan yağma suçunun sabit olduğu sonucuna varmak hukuka aykırı olur<sup>66</sup>.

### III. TEVİL YOLUYLA İKRARIN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA EGEMEN OLAN BAZI İLKELER İLE ŞÜPHELİ VE SANIK HAKLARI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Meram Anlatma İlkesi ve Savunma Hakkı

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere tevil yoluyla ikrar hem ikrarı hem de savunmayı içerisinde barındıran özel bir ikrar çeşididir. Dolayısıyla meselenin ilk olarak ceza muhakemesi hukukunun merkezine yerleşmiş bulunan meram anlatma ilkesi kapsamında ele alınması gerektiğini düşünüyoruz.

Meram anlatma ilkesi veya hukuki dinlenilme hakkı (*Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs*<sup>67</sup>) sanığın hiç veya gereği gibi dinlenmeden mahkûm edilememesini, aleyhine olarak öne sürülen iddiaları çürütebilmesini ve bu sayede muhakemenin gidişatını etkileyebilmesini ifade etmektedir<sup>68</sup>. Adil yargılanma hakkının bir gereği olan bu hakkın temel olarak üç unsuru bulunur. Bunlar; bilgilendirilme, açıklamada bulunabilme ve açıklamalarının dikkate alınmasını isteme olarak sıralanabilir<sup>69</sup>.

Meram anlatma ilkesinin tevil yoluyla ikrar bakımından dikkate alınması gereken yönü bu ikrar türünde şüphelinin veya sanığın kendi lehine yeni bir maddi vakıa ileri sürmesidir. Öyleyse denebilir ki meram anlatma ilkesinin ve savunma hakkının korunması tevil yoluyla ikrar durumlarında önem kazanmaktadır. Nitekim savunma, suç isnadı altında olan bir kişinin yetkili organlar önünde kendisine isnat edilen fiili işlemediğini veya fiili işlemiş olduğunu kabul etmekle beraber bu fiilin hukuka aykırı olmadığını yahut fiilde kendi lehinde hafifletici bir sebep bulunduğunu yahut da belli sebeplerden dolayı fiilin cezalandırılmayacağını ileri sürmesi olarak tanımlanmaktadır<sup>70</sup>. Tanımda bulunan “bir fiilin hukuka aykırı olmadığını ileri sürmek” veya “fiilde lehte hafifletici sebepler bulunduğunu iddia etmek” unsurları da yeni bir maddi vakıa ileri sürmek şeklinde ortaya çıkan tevil yoluyla ikrar vasıtasıyla ortaya çıkabilir. Ek olarak savunma, fiilin iddia edildiği gibi işlenmediği antitezini de içerebilmektedir<sup>71</sup>. Dolayısıyla sıklıkla fiilin iddia edildiği gibi işlenmediği savunmasını da içeren tevil yolu-

<sup>65</sup> BİRTEK, s. 331.

<sup>66</sup> Fakat bu durumda *davasız yargılama olmaz ilkesi* gündeme gelebilir. Duruşmada ortaya koyulan delillere (somut olayda ikrara) bağlı olarak uyuşmazlık konusu fiilin iddianamede belirtilenden farklı şekilde gerçekleştiği (cebir veya tehdit kullanılmadığı) sonucuna varılıp, işlenen suçun yağma değil de hırsızlık olduğu anlaşılırsa ceza muhakemesi hukuku bakımından fiilin değişmesi söz konusu olur. Fiilin aynılığını etkileyen böyle bir değişiklik sonucunda hırsızlık suçuna ilişkin ikrar gerekçe gösterilerek hırsızlık suçundan doğrudan mahkûmiyet hükmü verilemez. Böyle bir durumda hırsızlık suçu üzerinden yeni bir iddianame düzenlenmelidir. Nitekim CMK m. 225 uyarınca hüküm ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve fail hakkında verilir. Duruşma sırasında fiilin değişmesinin ceza muhakemesi hukuku bakımından sonuçları için bkz. KARAKEHYA, *Ceza Muhakemesi*, s. 612 vd.

<sup>67</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 55.

<sup>68</sup> ÜNVER / HAKERİ, s. 55; GÖKCEN / BALCI / ALŞAHİN / ÇAKIR, s. 123; ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 54; ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÛTÛNCÛ / ALTINOK VIL-LEMIN / TOK, s. 138.

<sup>69</sup> KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2 (Meramını Anlatabilme Hakkı), s. 202.

<sup>70</sup> YÛCE, Turhan Tufan: “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı”, *Adalet Dergisi*, 1960, Cilt 51, Sayı 11-12, s. 1017.

<sup>71</sup> ZAFER, Hamide: “Savunma Hakkı ve Sınırları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 510.

la ikrara ilişkin değerlendirme yapılırken meram anlatma ilkesine ve savunma hakkına riayet edilmesi zorunludur. Bu açıdan bakıldığında şüphelinin veya sanığın sırf kendi lehine maddi vakıya ileri sürmesinden ve bu vakıya karşılık gelen hukuki müesseselere (hukuka uygunluk sebepleri, kusurluluğu kaldıran veya azaltan hâller gibi) dayanarak savunmasını geliştirmesinden hareketle doğrudan fiili işlediği sonucuna varılıp başkaca araştırmaya girilmeksizin bu beyanın ikrar içeren kısmının mahkûmiyet hükmüne esas alınması, meram anlatma ilkesini ve savunma hakkını ciddi şekilde ihlal eder. Yine şüphelinin veya sanığın, isnada konu olan vakıada başkaca hareketler sergilediğini ifade etmesinden dolayı bu başka hareketlerin neticeye sebep olup olmadığı ortaya konmaksızın mahkûmiyet hükmü kurulması da aynı sonucu doğuracaktır<sup>72</sup>. Aksi yöndeki bir anlayış, belirli durumlarda şüpheli veya sanığın savunma yapmaktan ve kendi lehine yeni bir maddi vakıya ileri sürmekten çekinmesi sonucunu dahi doğurabilir. Hatta şüpheli veya sanık müdafininin dahi müvekkili adına savunma yaparken bu çekinceyle karşılaşması söz konusu olabilir.

## B. Suçsuzluk Karinesi ve Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi

Suçsuzluk karinesi bir suçtan dolayı isnat altında olan kişinin, suçluluğu mahkeme kararıyla sabit olana dek suçlu sayılamaması anlamına gelir (AİHS m. 6/2, AY m. 38)<sup>73</sup>. Karine esas olarak iki amaca hizmet etmektedir. Birincisi isnat altında olmasına rağmen suçu işlemediğinin sonradan ortaya çıkması mümkün olan şüpheli veya sanığı muhtemel adli hatalar karşısında lekelenme riski bakımından korumaktır. İkincisi ise suçu işlediği ispatlanamamış kimselere karşı cezai yaptırımların uygulanmasının engellenmesi suretiyle hukukun üstünlüğünü tesis etmektir<sup>74</sup>.

Suçsuzluk karinesinin ceza muhakemesi kapsamındaki en mühim sonucu, “şüpheden sanık yararlanır” yahut “şüpheden sanık lehinedir (*in dubio pro reo*)” şeklinde ifade edilen ilkedir<sup>75</sup>. Söz konusu ilkeye göre iddia makamı maddi soruna ilişkin olarak suçsuzluk karinesine uygun şekilde sanığın suçu işlediği hususunda yargılama makamını ikna edecektir. Şayet bu ikna faaliyeti yerine getirilmemiş ve neticede sanığın suçu işlediği her türlü şüpheden uzak bir biçimde ortaya konmamışsa mevcut şüpheden sanık lehine kabul edilecektir. Nitekim şüpheden sanık yararlanır ilkesi bu açıdan bakıldığında şüphelinin yenilmesi suretiyle ortaya çıkacak olan vicdani kanaat ile doğrudan ilişkilidir<sup>76</sup>. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin bu anlamıyla en saf ifadesi, yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumunda beraat kararı verileceğini öngören CMK m. 223/2-e hükmünde bulunur. Ancak

<sup>72</sup> Aynı yönde bkz. BİRTEK, s. 325 vd.

<sup>73</sup> KUNTER / YENİSEY, s. 390; EREM, *Diyalektik*, s. 357; CENTEL / ZAFER, s. 194; ÜZÜLMEZ, İlhan: “Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 58, s. 42; SCHROEDER, Friedrich-Christian / PEUKERT, Wolfgang / YENİSEY, Feridun: *Ceza Muhakemesinde “Fair Trial” İlkesi*, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999, s. 28; BECCARIA, Cesare: *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev.) SELÇUK, Sami, 8. Baskı, İmge Kitabevi, 2019, s. 85. Günümüzdeki anlamıyla suçsuzluk karinesi veya masumiyet karinesi olarak anılan bu ilkenin muhakeme olarak yürütülen işin yalnızca gerekli yaptırımı saptamaktan ibaret olduğu yönündeki anlayışın değişmesi suretiyle ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Bu değişim sanıklık durumunun bugün anladığımız biçimde ilk defa 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinde yer almasından sonra gerçekleşmiştir. Bkz. TOSUN, s. 304.

<sup>74</sup> STUMER, Andrew: *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2010, s. 28 vd.

<sup>75</sup> BARKHUYSEN, Tom / EMMERIK, Michiel van / JANSEN, Oswald / FEDOROVA, Masha: “Chapter 10. Right to a Fair Trial”, (Ed.) DIJK, Pieter van / HOOF, Fried von / RIJN, Arjen van / ZWAAK, Leo: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 612; DÖNMEZER, Sulhi: “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 68; FEYZİOĞLU / TANER, s. 323; ÜZÜLMEZ, s. 62. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından yapılan değerlendirmelere göre de şüpheden sanık yararlanır ilkesi masumiyet karinesinin özel gör görünüş şeklindedir. Bu durum *Tandem v. İspanya* kararında da açıkça vurgulanmıştır. Bkz. DOĞAN, s. 159 vd.

<sup>76</sup> FEYZİOĞLU / TANER, s. 321. “Ceza yargılamasının en önemli ilkelerinden biri olan “*in dubio pro reo*” yani “kuşkudan sanık yararlanır” kuralı uyarınca, sanığın bir suçtan cezalandırılmasının temel koşulu, suçun kuşkuyla yer vermeyen bir kesinlikle ispat edilmesine bağlıdır. Gerçekleşme şekli kuşkulu ve tam olarak aydınlatılmamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan kanıtların bir kısmına dayanılarak ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan olası kanıya değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir kuşku ve başka türlü bir oluşa olanak vermeyecek açıklıkta olmalıdır. Yüksek de olsa bir olasılığa dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza yargılamasının en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan varsayım dayalı olarak hüküm vermek anlamına gelir. O halde ceza yargılamasında mahkûmiyet, büyük veya küçük bir olasılığa değil, her türlü kuşkudan uzak bir kesinliğe dayanmalıdır. Adli hataların önüne geçilebilmesinin başka bir yolu da bulunmamaktadır.” Yargıtay, CGK, T. 12.07.2011, E. 2011/126, K. 2011/171. Bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s. 172, dn. 296.

önemle ifade etmek gerekir ki söz konusu ilke bir bütün hâlinde cezai uyumsuzluğa konu olan maddi vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin olarak ortaya çıkan şüphe durumlarında uygulama alanı bulabilir. Bu sebepten, suçun işlenip işlenmediğine ilişkin olarak ortaya çıkan şüphenin yanında maddi vakıanın ne şekilde meydana geldiğine ilişkin olarak ortaya çıkan diğer şüphe durumlarında da şüpheden sanık yararlanır ilkesine başvurulabilir<sup>77</sup>.

Suçsuzluk karinesi ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin tevil yoluyla ikrar bakımından öne çıkan yönü mahkemenin vicdani kanaate ulaşırken tevil yoluyla ikrar kavramına verdiği anlamda yatar. Yani şüpheli veya sanığın maddi vakıaya ilişkin anlatımlarından, teville ilişkin araştırma yükümlülüğü yerine getirilmeksizin salt ihtimallere dayalı birtakım anlamlar çıkarılması, tevil yoluyla da olsa ikrar olarak kabul edilemeyecek beyanların ikrar olarak değerlendirilmesi ve bu şekilde mahkûmiyet hükmü kurulması, suçsuzluk karinesinin ve şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihlaline sebebiyet verebilir<sup>78</sup>.

### C. Gerekçeli Karar Hakkı

Hukuk açısından gerekçe, şüpheyile başlayan ve infazla sona eren muhakeme aşamasında hükmün yazgısını belirleyen eylem, işlem, söz ve kararların savunma hakkı ile kanun yollarının etkili olarak kullanılmasına olanak verecek şekilde tutarlı, yeterli, doğru, haklı, yasal, makul, vicdana uygun olarak açıklanmasını hedefleyen derinlemesine bir etkinliktir<sup>79</sup>. Dolayısıyla hükmün üzerine kurulduğu argüman veya argümanlar olarak gerekçe, hükmün rasyonel ve hukuki temelini oluşturmakla beraber<sup>80</sup> bu temel sorgulanabilmesine ve test edilebilmesine de hizmet eder. Ayrıca demokratik bir toplumda, bu toplum adına karar alan mahkemelerin kararlarını üzerine kurdukları sebeplerin bilinmesi gerekliliği, kararların gerekçeli olması zorunluluğunun temel sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir<sup>81</sup>. Mahkeme kararlarının gerekçeli olması, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak normatif dayanağını esasen AİHS m. 6 ve AY m. 36 hükmünden alır. Bunun yanında yine AY m. 141/3'teki "*Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır.*" hükmü ile CMK m. 34'teki "*Hakim ve mahkemelerin her türlü kararı karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır. Gerekçenin yazımında 230 uncu maddede göz önünde bulundurulur. Kararların örneklerinde karşı oylar da gösterilir.*" hükmü ile gerekçe düzenleme altına alınmıştır<sup>82</sup>.

Gerekçeli karar hakkı bağlamında, mahkemelerin gerekçe gösterme yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi tevil yoluyla ikrar ile gerekçeli karar hakkı arasındaki ilişkiyi belirlemek bakımından son derece önemlidir. Belirtmek gerekir ki taraflar tarafından ileri sürülen her hususun gerekçelendirilerek

<sup>77</sup> İlkenin normatif etki alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞAN, s. 192 vd.

<sup>78</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ, s. 56.

<sup>79</sup> ŞEKER, Hilmi: *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekçe*, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 46 vd.

<sup>80</sup> Gerekçe, psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalaanın üçüncü unsuru olan sonucun mantık yönünden dayanağıdır. Bu nedenle gerekçeye "mantıklı delil" adı da verilir. Bkz. KUNTER / YENİSEY, s. 46. Gerekçe, sonucun mantık yönünden dayanağıdır, yani o kişiyi sonuca götüren nedendir. Başka bir anlatımla gerekçe, hükmün akla ve mantığa uygun biçimde açıklanmasıdır. Bkz. CENTEL / ZAFER, s. 865. Gerekçe hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Bkz. ÜNVER / HAKERİ, s. 665. Gerekçe kurulan yargının, yargı kararının üçüncü ögesi olan "sonuç"un mantığa yaslanan dayanağı, "mantıksal kanıt"ı, bir bakıma doğadaki nedensellik bağlantısıdır. Küçük ve büyük önergelerden başka bir sonucu çıkarmaya nasıl mantık izin vermezse, karar ya da görüş niteliğinde olan yargılar da mantıklı gerekçelere dayanmak durumundadır. Bkz. SELÇUK, Sami: *Suç Yargılama Süreci Hukuku Dogmatığı ve/ya Grameri*, İmge Kitabevi, Ankara, 2022 (Suç Yargılama Süreci), s. 451.

<sup>81</sup> HARRIS, David / O'BOYLE, Michael / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla: *Law of The European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014, s. 430.

<sup>82</sup> YERDELEN, Erdal: *Ceza Muhakemesinde Hükmün Gerekçesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 63-64. Adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak gerekçeli karar hakkı Anayasa Mahkemesi (AYM) tarafından Hilmi Kocabay ve Diğerleri başvurusuna ilişkin kararda şu şekilde vurgulanmıştır: "*Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında herkesin adil yargılanma hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak gerekçeli karar hakkından açıkça söz edilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." denilerek kararlarını gerekçeli olarak yazma yükümlülüğü mahkemelere yüklenmiştir. Anayasa'nın 36. maddesi, 141. maddesinin üçüncü fıkrası ışığında yorumlandığında adil yargılanma hakkının gerekçeli karar hakkını da güvence altına aldığı anlaşılmaktadır. Öte yandan adil yargılanma hakkı doğası gereği gerekçeli karar hakkını da içermektedir. Bu sebeple gerekçeli karar hakkının Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının temel güvencelerinden biri olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.*" AYM, Hilmi Kocabay ve Diğerleri, B. No: 2018/27686, T. 17.11.2021, § 77 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2018/27686,ET:10.11.2022>).

değerlendirilmesi gibi bir zorunluluk söz konusu değildir<sup>83</sup>. Mahkemelerin bu yükümlülüğü dava bakımından esas konumda bulunan hususlar ve davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikteki iddia ve savunmalar ile sınırlandırılmaktadır<sup>84</sup>. Dolayısıyla açık ve somut bir biçimde ileri sürülen bir iddia veya savunma, davanın sonucunu etkileyebilecek nitelikte ise bu iddia veya savunma mahkeme tarafından gerekçe gösterilerek değerlendirilmelidir<sup>85</sup>. Öyleyse tevil yoluyla ikrarın söz konusu olduğu durumlarda şüpheli veya sanık tarafından davanın sonucunu etkileme ihtimalini haiz beyanların ileri sürülmesi gerekçeli karar hakkını gündeme getirmektedir. Zira kendi lehine yeni bir maddi vakıa ileri sürmek suretiyle isnadı kabul eden kişinin durumu bakımından söz konusu lehe vakıanın gerçekten sübut bulup bulmadığının saptanması gerekir. Bu saptama yapılmaksızın salt ikrar içeren kısmın mahkûmiyet hükmüne esas alınması ise gerekçeli karar hakkı özelinde adil yargılanma hakkının ihlali gündeme getirebilir. Örneğin, haksız tahrik şartları altında fiili işlediğini kabul eden ve bu itibarla tevil yoluyla ikrarda bulunan bir sanığın durumunu ele alırsak, davanın sonucunu bir hayli etkileme ihtimali bulunan bu haksız tahrik vakıasının sübut bulup bulmadığını saptamaksızın yahut bu saptamayı yeterli ve sorgulanabilir bir şekilde gerekçelendirmeksizin mahkûmiyet hükmü kurulduğunda durum böyledir.

#### IV. UYGULAMADA TEVİL YOLUYLA İKRAR

##### A. Genel Olarak

Uygulamada, diğer delillerin sübuta ve dolayısıyla mahkûmiyete işaret ettiği kanısına varan Yargıtay, uyuşmazlık konusu suçun sübutu hakkında çok az şey ifade eden ve ikrar anlamına gelemeyecek birtakım ifadeleri -bir şekilde mahkûmiyet hükmüne esas alabilmek amacıyla- tevil yoluyla ikrar olarak (tanıma aykırı şekilde) değerlendirebilmektedir. Bu durumda verilen hükümlerin maddi gerçeğe uygun olup olmadığı probleminden daha ziyade savunmayı zayıflatıcı bir muhakeme usulünün ortaya çıkması problemi doğmaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere uygulamada, tevil yoluyla ikrar genelde başkaca maddi delillerin mevcut bulunduğu uyuşmazlıklarda hükme esas alınmaktadır. Bu açıdan bakıldığında tevil yoluyla ikrarda, sanığın lehine olarak ileri sürdüğü yeni vakıanın yahut sergilediği başka hareketlerin sübut bulup bulmadığının maddi deliller vasıtasıyla araştırıldığı ve tevil yoluyla ikrara ilişkin bu şartın yerine getirildiği kararlara rastlanmaktadır<sup>86</sup>. Ancak yine de kanaatimizce uygu-

<sup>83</sup> Nitekim AİHS uygulamasında da durumun bu şekilde olduğu ifade edilmektedir. Bkz. HARRIS / O'BOYLE / BATES / BUCKLEY, s. 430.

<sup>84</sup> “Mahkemelerin anılan yükümlülüğü, yargılamada ileri sürülen her türlü iddia ve savunmaya karar gerekçesinde ayrıntılı yanıt verilmesi gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Ancak derece mahkemeleri, kendilerine sunulan tüm iddialara yanıt vermek zorunda değilse de davanın esas sorunlarının incelenmiş olduğu gerekçeli karardan anlaşılmalıdır. Bir kararda tam olarak hangi unsurların bulunması gerektiği davanın niteliğine ve koşullarına bağlıdır. Muhakeme sırasında açık ve somut bir biçimde öne sürülen iddia ve savunmaların davanın sonucuna etkili olması, başka bir deyişle davanın sonucunu değiştirebilecek nitelikte bulunması hâlinde davayla doğrudan ilgili olan bu hususlara mahkemelerce makul bir gerekçe ile yanıt verilmesi gerekir” Aksi bir tutumla mahkemenin davanın sonucuna etkili olduğunu kabul ettiği bir husus hakkında ilgili ve yeterli bir yanıt vermemesi veya yanıt verilmesini gerektiren usul veya esasa dair iddiaların cevapsız bırakılmış olması hak ihlaline neden olabilecektir.” AYM, Çetin Gül, B. No: 2020/16856, T. 02.02.2022, § 35-36 (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2020/16856>, ET: 11.11.2022).

<sup>85</sup> İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 327. Bu bağlamda AİHM tarafından 2017 tarihli *Moreira Ferreira v. Portekiz* kararında da belirtildiği üzere yargılamanın tarafları, uyuşmazlığı sonucu bakımından belirleyici olabilecek argümanlarına karşı açık bir cevap bekleme hakkına sahiptir. Bkz. AİHM, *Moreira Ferreira*, B. No: 19867/12, T. 17.07.2017, § 84 (<https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-175646%22%5D%7D>), ET: 11.11.2022).

<sup>86</sup> Örnek olarak bkz. Erzurum BAM, 1. CD., T. 02.07.2018, E. 2018/1575, K. 2018/1838 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 29.11.2022): “a-Sanığın aşamalarda kendini savunmak için yerde bulduğu sopayı etrafa salladığına ilişkin tevil yollu savunmaları, mağdur ve tanık beyanları, mağdura ait adli raporlar, kolluk tutanakları ile tüm dosya kapsamı bir arada değerlendirildiğinde; olay tarihinde taraflar arasında kız meselesi nedeniyle oluşan husumet neticesinde sanık K1 ‘in kimliği belirlenemeyen şahıslarla birlikte silahtan sayılan sopalara mağdur K2 ‘ı hayati tehlikeye ve kafasında 3.derece kemik kırığı ile birlikte subaraknoit kanamaya neden olacak şekilde yaraladığı, b-Sanığın kavga hareketli ortamında hayati bölgeyi bilerek hedef aldığına dair her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı deliller bulunmaması, ciddi bir engel bulunmadığı halde ikinci bir hamle yapmaması, eylemine kendiliğinden son vermesi, öldürmeye sebep olabilecek bir husumet olmaması dikkate alındığında kastının yaralamaya yönelik olup eyleminin neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçuna nitelik olarak uyduğu, c-Kavga sırasında ilk haksız hareketin hangi taraftan geldiği tespit edilemediğinden, sanık hakkında haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının yerinde olduğu, tahrikin derecesinin doğru takdir edildiği, d-Sanığın mağdur tarafından darp edildiğine dair savunmasının adli raporla desteklenmemesi nedeniyle soyut nitelikte kaldığı ve kabul edilen oluş çerçevesinde sanık lehine meşru savunma koşullarının oluşmadığı, e-Mahkemenin kararında eleştiri nedeni dışında usule ve esasa ilişkin herhangi bir hu-



lamadaki esas sorun, tevil yoluyla ikrardaki lehe olarak öne sürülen vakıyı araştırma zorunluluğundan değil, kendi lehine yeni bir maddi vakıya sürerek dahi isnadı kabul etmiş olmayan yahut neticeye sebep olan başkaca hareketler gerçekleştirdiğini ifade etmeyen sanıkların savunmaya yönelik ifadelerinin geniş yorumlanarak tevil yoluyla ikrar şeklinde kabul edildiği vakit ortaya çıkmaktadır. Bu bakımdan söz konusu uyuşmazlıkların çoğunda geniş yorum dolayısıyla hatalı olarak tevil yoluyla ikrar şeklinde değerlendirilen sanık anlatımları olmasaydı yine de eldeki maddi deliller vasıtasıyla mahkûmiyet hükmünün kurulabileceği, dolayısıyla tevil yoluyla ikrara ilişkin uygulamayı eleştirmenin yersiz olduğu söylenebilir. Ancak, aşağıda görüleceği üzere, mahkemeler, tevil yoluyla ikrar kavramını karşılayacak şekilde ve sanığın beyanı bakımından savunmayı değil ikrarı öncelikli anlamına gelebilecek ifadeler kullanmaktadır. Kimi zaman ise tevil yoluyla da olsa ikrar olamayacak ifadeleri bu türden kabul etmektedir. Bu tutum, şüphelinin veya sanığın, savunma amaçlı olan ve olayın başka türlü gerçekleştiğini içeren beyanlarını ileri sürmekten çekinmesine ve hatta inkâr etmekten başka seçeneğe sahip olmadığını düşünmesine yol açabilir. Söz konusu durum kişilerin etkin bir savunma geliştirememesi ile sonuçlanabilecek, neticede ise sanık ve şüpheli hakları bakımından olumsuz bir muhakeme ortamı oluşacaktır. Takdir edilecektir ki modern ceza muhakemesinin yegane amacı uyuşmazlığın maddi gerçeğe uygun bir şekilde çözümü değildir. Ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri şüpheli ve sanık haklarına riayet ederek muhakeme sürecinin de hukuka uygun bir şekilde yürütülmesini gerekli kılmaktadır<sup>87</sup>.

Uygulamada tevil yoluyla ikrar bahsinde ayrıca değinmek gerekir ki mahkemeler tevil yoluyla ikrara ilişkin değerlendirme yaptığı bazı kararlarında, “tevil yollu beyan”<sup>88</sup> “tevil yollu anlatım”<sup>89</sup> yahut “tevil yollu savunma”<sup>90</sup> ifadelerini de kullanabilmektedir. Belirtmek gerekir ki tevil yoluyla ikrar içerisinde savunmayı barındırsa da son tahlilde bir ikrardır. Fakat görüldüğü üzere Yargıtay ceza daireleri açıkça kendilerinin dahi ikrar olarak nitelenmekten imtina ettikleri sanık anlatımlarını -her ne kadar söz konusu kararları maddi delillerle destekleme gayretinde olsalar da- ikrar gibi değerlendirmektedir. Mahkemenin tevil yoluyla ikrara ilişkin anlayışı ve bu anlayışın kullandığı terminolojiye yansımaları bahsinde ayrıca “kaçamaklı ikrar” yahut “kaçamaklı savunma” ifadelerinden de söz etmek gerekir. Yargıtay bazı kararlarında isnat konusu maddi vakıyanın isnat edildiğinden başka şekilde gerçekleştiğini içeren beyanları bu kavramlarla adlandırmaktadır. Örneğin Mahkeme, bir kararında<sup>91</sup> kasten yaralama suçundan dolayı isnat altında olan sanığın katılanla itiş kakış yaşadığını beyan etmesinin kaçamaklı ikrar kabilinden olduğuna karar vermiştir. Tevil yoluyla ikrara ilişkin araştırma yükümlülüğünü gündeme getirmesi gereken bu türden bir beyana “kaçamaklı” denmesi yerinde değildir. Zira bu ifade, adeta, ikrar etmek niyetinde olmayan sanığın ifadelerinden ikrar anlamı çıkarma gayretinde olunduğunu akla getirmektedir<sup>92</sup>. Takdir edilecektir ki ifade veya sorgu, salt ikrar yakalamak için yürütülen bir muhakeme işlemi değildir.

*kuka aykırılığın bulunmadığı, delillerde ve işlemlerde herhangi bir eksiklik olmadığı, ispat bakımından değerlendirmenin yerinde olduğu, eylemin doğru olarak nitelendirildiği, temel cezanın belirlenmesinde, cezanın şahsileştirilmesinde yasaya ve dosyadaki bilgilere aykırılık bulunmadığı vicdani kanaatine varılmıştır.”*

<sup>87</sup> KARAKEHYA, *Maddi Gerçek*, s. 18 vd.

<sup>88</sup> Yargıtay, 13. CD., T. 26.09.2018, E. 2017/2919, K. 2018/12570; Yargıtay, 14. CD., T. 25.05.2021, E. 2020/4468, K. 2021/3664; Yargıtay, 9. CD., T. 18.05.2021, E. 2020/6724, K. 2021/2315 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.11.2022).

<sup>89</sup> Yargıtay, 14. CD., T. 08.12.2015, E. 2014/830, K. 2015/11485; Yargıtay, 6. CD., T. 04.11.2021, E. 2021/2017, K. 2021/17181 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 20.11.2022).

<sup>90</sup> Yargıtay, 18. CD., T. 06.04.2016, E. 2015/25668, K. 2016/6909; Yargıtay, 19. CD., T. 15.12.2016, E. 2015/35819, K. 2016/23540 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 02.12.2022).

<sup>91</sup> “Katılanın aşamalarda değişmeyen beyanları, katılana ait adli raporda yanakta kesi tespit edilmesi, sanık ... ile temyiz dışı sanık ...'un katılanı dövmeye çalışıklarına yönelik tanık Birol'un soruşturma ve kovuşturma beyanları, katılan ile itiş-kakış yaşadıklarına yönelik sanığın kaçamaklı ikrarı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın üzerine atılı suçu işlediği sabit olduğu halde mahkûmiyeti yerine yazılı şekilde beraatine karar verilmesi...” Yargıtay, 3. CD., T. 17.11.2020, E. 2020/1196, K. 2020/16515 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 22.11.2022).

<sup>92</sup> Bu ifadenin doktrinde de eleştirildiği görülmektedir. Bkz. BİRTEK, s. 325. Kaçamaklı savunma ifadesinin, savunma hakkının özüne zarar vermekle birlikte bu ifadenin Yargıtay kararlarında kullanılmasının şüpheli veya sanığın ifadesine mesafeli yaklaşıldığını gösterdiği hakkında ayrıca bkz. BİRTEK, s. 222, 836. ÖZBEK / DOĞAN / BACAKSIZ, s. 56.

## B. Tevil Yoluyla İkrar Sayılamayacak İfadeler

Fikrimizce uygulamadaki problemlerin en mühimi, somut uyuşmazlıktaki mevcut deliller karşısında sanığın olayın başka türlü vuku bulduğuna yönelik beyanına itibar etmeyen yargılama makamlarının, tevil yoluyla ikrar türünden olamayacak ifadeleri kimi zaman bu türden kabul etmesidir. Gerçekten Yargıtay, savunmaya yönelik beyanlar kapsamında kalan birtakım ifadeleri isnat konusu suç bakımından tevil yoluyla ikrar kabul edebilmektedir.

Bir kararda “Sanığın kovuşturma aşamasında yakalama emri üzerine alınan savunmasında kolluk görevlilerini görünce hırsızlık yaptığı için değil asker firarisi olduğu için kaçtığını söyleyerek olay tarihinde gece saat 03.30 sıralarında suça konu akülerin ele geçirildiği aracın içinde bulunduğunu” ifade etmesi tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmiş, yine aynı kararda “hayatın olağan akışına ve dosya kapsamına uygun düşmeyen beyanda bulunan sanığın, kendisini suçtan kurtarmaya yönelik savunmasına itibar edilemeyeceği ve atılı suçun sanık tarafından işlendiği” sabit görülmüştür<sup>93</sup>. Belirtmek gerekir ki sanığın savunmasına itibar edilmemesi ve dosyadaki diğer delillere üstünlük tanınması gayet tabii mümkündür. Ancak tevil yoluyla ikrar, isnat konusu suçun dolaylı olarak kabul edilmesi anlamına geldiğine göre asker firarisi olduğundan mütevellit polisten kaçtığını ifade eden sanığın, olay yerinde bulunduğunu örtülü olarak kabul etmesi, dolaylı olarak hırsızlık suçunu işlediğini kabul ettiği anlamına gelmez. Dolayısıyla bu türden bir beyan hırsızlık suçu açısından tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilemez. Nitekim sanık ne kendi lehine yeni bir maddi vakıya ileri sürmekte ne de olayda neticeyi meydana getiren başka hareketler sergilediğini ifade etmektedir. Hatta denebilir ki sanığın bu beyanı ikrar değil inkâr kabilindedir. Zira sanık hırsızlık yapmadığını, asker firarisi olduğundan polisten kaçtığını ifade etmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından yapılan bu değerlendirmede tevil yoluyla ikrar kavramının sınırlarını hayli genişletmektedir. Benzer bir olay Yargıtay 13. Ceza Dairesi önünde tartışılmıştır. İştirak hâlinde hırsızlık suçunu işledikleri isnadıyla yargılanan iki sanıktan biri suçu birlikte işlediklerini ifade etmiştir. Diğer sanık ise olay günü ikrar eden sanıkla birlikte olduğunu, hırsızlık suçuna konu olan araca bindiğini ancak çalma eylemini kabul etmediğini beyan etmiştir. Beraat hükmünü onayan bu karara karşı daire üyelerinden birinin yazdığı karşı oyda ise olay gününde ikrar eden sanıkla birlikte olduğunu ve arabaya da bindiğini ifade eden sanığın beyanları tevil yoluyla ikrar olarak nitelendirilmiş, hatta “Sanık ... atılı suçu inkar etse de tevil yolla kabulde bulunmuştur.” denmiştir<sup>94</sup>. Söz konusu değerlendirme bir önceki kararda olduğu gibi tevil yoluyla ikrar

<sup>93</sup> Yargıtay, CGK, T. 30.09.2021, E. 2017/166, K. 2021/434 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 07.12.2022).

<sup>94</sup> “Katılanın, suça konu ... plaka sayılı aracını 14.08.2011 tarihinde 01:30 sıralarında kapıları kilitlenemediği için kilitlenmeden ancak kapalı halde park ederek ayrıldığı, ertesi sabah 11:00 sıralarında yerinde aracının olmadığını görmesi üzerine şikâyetçi olduğu, aracın kolluk kuvvetleri tarafından 15.08.2011 tarihinde 00:15 sıralarında terk edilmiş vaziyette bulunduğu, aynı tarihli araştırma tutanağı içeriğine göre; ... ilçesine gelen yabancı şahıslar ile ilgili yapılan istihbari çalışmalar sonucunda sanık ... 'ye ve hakkında verilen mahkumiyet kararı Dairemizce düzeltilerek onanan sanık ... 'ye ulaşıldığı, ... 'ın aşamalarda alınan savunmalarında, olay gecesi 01:00-01:30 saatleri arasında ... ile birlikte suça konu aracı çaldıklarını ikrar ettiği, sanık ... 'in ise kolluk aşamasında ve savcılıkta alınan savunmalarında; olay günü ... ile buluştuğunu, ... 'in araba ile doluşmayı teklif etmesi üzerine parkta bulunan suça konu aracın yanına giderek birlikte doluşmaya başladıklarını, aracın kime ait olduğunu sorunca ... ilçesinden çaldığını söylediğini, ancak kendisinin ... 'ı aracı çalarken görmediğini beyan ettiği, 21.12.2012 tarihli mahkeme aşamasında alınan savunmasında ise sanık ile dışarı çıktıklarını, kendisinin bir ara markete girdiğini, bu sırada... 'in yanından ayrılıp kısa bir süre sonra döndüğünde yanında suça konu araç ile geldiğini, arabanın kime ait olduğunu sorunca akrabasının arabası olduğunu söyleyerek atılı suçlamayı kabul etmediğini bildirdiği somut olayda, olay yeri inceleme raporu içeriğine göre de sanığa ait herhangi bir parmak izinin bulunamadığının anlaşılması karşısında, yüklenen suçu işlediğine ilişkin diğer sanık ... 'ün atfı cürüm niteliğindeki anlatımları dışında, hükümlülüğüne yeterli, kesin ve inandırıcı hukuka uygun kanıtlar bulunmadığı belirlenerek yapılan incelemede; Dosya ve duruşma tutanakları içeriğine, kararın dayandığı gerekçeye ve takdire göre, o yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazı yerinde görülmemiş olduğundan reddiyle usul ve kanuna uygun ve takdire dayalı bulunan hükmün tebliğnameye aykırı olarak ONANMASINA, 14/03/2019 gününde oy çokluğuyla karar verildi. KARŞI OY: Olay tarihinde katılanın aracını 01.30 sıralarında kapıları kilitlenmediği için, kilitlenmeden ancak; kapatarak bıraktığı ertesi gün saat 11.00'de yerinde bulmadığını beyan etmiştir. İstihbari çalışmalar sonunda söz konusu eylemi ... ile ... 'nin birlikte gerçekleştirdiklerinin öğrenilmesi üzerine her iki sanığa da ulaşılmıştır. Bundan sonra sanık ... samimi bir şekilde diğer sanık ... ile birlikte işlediklerini kabul etmiştir. Sayfa 1/2 Sanık ... atılı suçu inkar etse de tevil yolla kabulde bulunmuştur. Olay günü olay saatinde suçu ikrar eden sanık ile birlikte olduğunu ve çalınan arabaya birlikte bindiğini kabul etmekte ancak çalma eylemini kabul etmemektedir. Araca binme gerekçesini ise ifadeleriyle değiştirerek anlatmaktadır. Sanıkların atılı suçu birlikte işledikleri sabittir. Şöyle ki; 1-Yapılan istihbari çalışmalarda her iki sanığın birlikte atılı suçu işledikleri istihbaratı yapılmış ve sanıklara o şekilde ulaşılmıştır. 2-İstihbarat bilgisi ile ulaşılan sanıklardan... samimi bir şekilde suç saatini de belirttiklerini kabul etmişlerdir. 3-Sanık ... ise olay yerinde ve olay saatinde suçu kabul eden sanık ile birlikte olduğunu kabul etmektedir. 4-Sanık ... suçu kabul etmese de çalınan aracı suç saatinde gece saat 01:30 sıralarında yani çalınma anında bindiğini de kabul etmektedir. Ancak çalmadığını savunmaktadır. Yani tevil yoluyla olarak eyleme katıldığını tüm aşamalarda beyan etmekte ve dolayısıyla istihbari bilgi ve diğer sanık ikrarını teyit etmektedir. Bu nedenlerle sanığın mahkumiyeti yerine beraat kararı verilmesi nedeniyle direnme kararın bozulması yönündeki çoğunluk görüşüne katılmıyorum.” Yargıtay, 13. CD., T. 14.03.2019, E. 2018/6867, K. 2019/3974 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 24.11.2022).

kavramına uymamaktadır. Bununla birlikte “*inkar etse de tevil yolla kabulde bulunmuştur*” ifadesi hayli düşündürücüdür. Zira inkardan dahi bir şekilde ikrar anlamı çıkarmak için sanığın ifadelerinde açık aramanın, hukuk devletinde kabulü mümkün olan bir yönü yoktur.

Başka bir kararda<sup>95</sup> ise tefecilik suçundan dolayı isnat altında olan sanığın borç para verdiği ilişkin beyanı bu suç bakımından tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmiştir. Fikrimizce mesele, tevil yoluyla ikrarın anlamı üzerinden -tefecilik suçunun yapısı da nazara alınarak- değerlendirildiğinde Yargıtayın bu kabulünün yerinde olmadığı sonucuna varmak gerekir. Zira tefecilik suçunun oluşabilmesi için fiilde bulunması gereken unsurlar (kazanç elde etmek amacıyla, belirli bir vadeye bağlı olarak ve fahiş orandaki bir faizle borç vermek<sup>96</sup>) göz önünde bulundurulduğunda “borç vermiş olmak” bu unsurların yalnızca bir tanesini oluşturmaktadır. Dolayısıyla borç verdiği kabul eden ve yeni bir maddi vakıa ileri sürmeyen sanığın bu ifadesi olsa olsa kısmi ikrar olabilir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere kısmi ikrarda, ikrar edilen kısımdan yola çıkılarak ikrar edilmeyen kısımların da tevil yoluyla dolaylı bir şekilde ikrar edildiği sonucuna varılamaz.

Bir kararda<sup>97</sup> ise mala zarar verme suçundan isnat altında olan sanığın uyuşmazlık konusu olan fidanlara yanlışlıkla zarar verdiğini ifade etmesi tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu türden bir beyan esasen savunma kabilinden olup doğrudan veya dolaylı olarak ikrar içermektedir. Nitekim kasten işlenen mala zarar verme suçunun<sup>98</sup> taksirli hâlinin Kanun’da düzenlenmemiş olduğu da nazara alındığında bu ifadenin tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmesi isabetsizdir. Uyuşmazlık konusu fiili kasten gerçekleştirmediğini ifade eden sanığın bu beyanına değil de dosyadaki diğer delillere üstünlük tanınırken verilecek mahkûmiyet hükmünü desteklemek amacıyla söz konusu beyanın ayrıca tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmesi savunma hakkını anlamsızlaştırmaktadır.

Mühür bozma suçuna (TCK m. 203) ilişkin olarak verilen bir kararda<sup>99</sup> da isnat altında olan sanığın, elektriğin kesildiği bilgisini havi sayaç tutanağını gördüğünü ifade etmesi tevil yoluyla ikrar olarak kabul edilmiştir. Bu kabul tevil yoluyla ikrara ilişkin tanımın çok uzağında olduğu gibi son derece zorlama bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Nitekim sanığın dolaylı yoldan da olsa mühür bozma suçu bakımından ikrar anlamına gelen tek bir ifadesini sözü geçen beyanda bulmak güçtür. Benzer şekilde hakaret suçuna (TCK m. 125) ilişkin bir kararda<sup>100</sup> sanığın, yalnızca, katılanı telefonla aradığını ifade etmesi, suç bakımından hatalı şekilde tevil yoluyla ikrar olarak değerlendirilmiştir.

<sup>95</sup> “... müşteki ve tanıklarının aşamalarda beyanları, sanığın borç verdiği ilişkin tevil yolu beyanı ve kamera ve ses çözüm raporu ile tüm dosya kapsamından sanığın kazanç sağlamak için tefecilik fiilini işlediği, yüklenen suçun tüm unsurlarıyla oluştuğu gözetilmeden, mahkûmiyeti yerine dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen gerçeklerle yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırı, katılan Hazine vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmesi olduğundan hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK’nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 18/05/2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.” Yargıtay, 9. CD., T. 18.05.2021, E. 2020/6724, K. 2021/2315 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 25.11.2022).

<sup>96</sup> ARSLAN, Çetin: “Tefecilik Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 1, s. 36.

<sup>97</sup> “Dosyada mevcut Akdeniz Kaymakamlığı tarafından verilen tahliye kararının sanık ... hakkında ve Hazine’nin maliki olduğu 932 numaralı parsel hakkında olduğu, tanık anlatımları ve sanığın “yanlışlıkla fidanlara zarar verdiği” şeklindeki tevilli ikrarı ile mahkemenin gerekçesi yeterli görüldüğünden tebliğnamedeki bozma isteyen düşünceye iştirak edilmemiştir. Yapılan duruşmaya, toplanan delillere, gerekçeye, hâkimin kanaat ve takdirine göre temyiz nedenleri yerinde olmadığından reddiyle hükmün isteme aykırı olarak ONANMASINA, 29.09.2021 gününde oy birliğiyle karar verildi.” Yargıtay, 2. CD., T. 29.09.2021, E. 2020/24934, K. 2021/15554 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>, ET: 25.11.2022).

<sup>98</sup> TCK m. 151/1: “Başkasının taşınır veya taşınmaz malını kısmen veya tamamen yıkan, tahrip eden, yok eden, bozan, kullanılamaz hale getiren veya kirleten kişi, mağdurun şikayeti üzerine, dört aydan üç yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır.”

<sup>99</sup> “Bozma kararına uyularak yapılan yargılamada sanığın ikametgahındaki elektriğinin borç sebebiyle kesilerek mühürlenmesine rağmen tüketime devam ettiği iddiasıyla açılan davada, usulüne uygun mühürleme ve tespit tutanaklarının dosyada bulunması, sanığın “2011 yılı Mart ayı içerisinde eve geldiğimde sayaçta bir tutanak vardı, bu tutanakta elektriğin kesildiği yazılı idi” şeklindeki tevilli ikrarını içeren ifadesi, suça konu 23.03.2011 günlü tutanakta mühürlendiği belirtilen sayacın 07.05.2011 tarihli tespit tutanağından sonra değiştirildiğinin anlaşılması karşısında, mühürleme tarihinde özelleştirilmemiş kurum tarafından yapılan mühürleme işleminin konuluş amacıyla aykırı hareket eden sanığa yüklenen suçun tüm unsurları itibarıyla sübuta erdiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, ...” Yargıtay, 11. CD., T. 13.03.2017, E. 2016/7826, K. 2017/1797 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 25.11.2022).

<sup>100</sup> “Katılanın aşamalarda değişmeyen beyanı ile uyumlu aşamalarda değişiklik göstermeyen tanık anlatımı, katılanın sanığı tanıması ve aralarında suç isnadında bulunmayı gerektirecek bir husumetin de bulunmaması nedeniyle katılan beyanlarının samimi olduğunun anlaşılması karşısında, sanığın katılanı aradığına ilişkin tevilli ikrarı ve arama kayıtlarına göre sanığın üzerine atılı suçlardan mahkûmiyeti yerine yasal ve yerinde olmayan gerekçelerle beraatine karar verilmesi...” Yargıtay, 4. CD., T. 07.04.2016, E. 2014/1190, K. 2016/6681 (<https://www.lexpera.com.tr>, ET: 26.11.2022).

## SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Ceza muhakemesi hukukunda tevil yoluyla ikrar uyuşmazlık konusu suçun işlendiğini kabul eden sanığın kendi lehine olarak ileri sürdüğü yeni vakıalar sebebiyle kendine özgü bir ikrar çeşididir. Dolayısıyla bu kavramı ne tam ve doğrudan olarak ikrar ne de tam olarak savunma şeklinde kabul etmek mümkündür. Bunun doğal bir sonucu olarak da kavramın kendine özgü bir şekilde değerlendirilmesi gerekir. Tevil yoluyla ikrarda esas olan sanığın kendi lehine olarak ileri sürdüğü vakıaların sabit olup olmadığını diğer delillerle ortaya koymaktır. Bu durum tevil yoluyla ikrar olarak değerlendirilebilecek beyan doğrultusunda mahkemelerin araştırma yükümlülüğü altında olmasını ifade eder. Eş bir anlatımla lehe olarak ileri sürülen vakıanın maddi gerçeğe uygunluğu araştırılmalı, bu vakıanın sübut bulduğuna karar verilirse sanık ileri sürdüğü vakıaya karşılık gelen hukuk müessesinden yararlandırılmalıdır. Aksinin (lehe maddi vakıanın sübut bulmadığının) ispatının her türlü şüpheden uzak bir biçimde yerine getirilemediği hâllerde ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince sanığın lehe maddi vakıaya karşılık gelen hukuki müesseseden yine yararlanması gerektiği izahtan varestedir.

Tevil yoluyla ikrarın şüpheli ve sanık hakları karşısındaki durumu titiz bir incelemeyi gerektirir. Nitekim şüphenin yenilmesi gerekliliği alt unsurunu içeren vicdani kanaate göre karar verme zorunluluğundan dolayı tevil yoluyla ikrar anlamına gelemeyecek ifadelere ihtimale dayalı olarak bu anlamın yüklenmesi şüpheden sanık yararlanır ilkesine ve suçsuzluk karinesine aykırıdır. Hatta bu anlamın yüklenmesi yargılama diyalektiği açısından da son derece sakıncalıdır. Aksinin benimsenmesi hâlinde ise somut olayın şartları itibarıyla geliştirilmesi sanık yararına olan savunmadan geri durulması zarureti doğmaktadır. Uygulamada sanık müdafilerinin dahi müvekkillerine, inkara yönelik savunma yapmasını önermeleri bu sebeptendir. Gerçekten uyuşmazlık konusu suçu, ceza sorumluluğunu ortadan kaldıracak veya bir hayli azaltacak şartlar altında işlediği iddiasında olan kişilerin söz konusu şartlardan bahsetmeden önce iki kere düşünmek zorunda kaldığı bilinmektedir. Bu düşünce ise maalesef söz konusu şartlardan hiç bahsetmeyip inkara yönelik savunma yapmanın daha uygun olacağı fikriyle sonuçlanabilmektedir. Neticede hukuk karşısında lehe olabilecek olgulardan söz edilememesi dolayısıyla etkili bir savunma geliştirme imkanının önü kapanmaktadır. Eriştığımız bulgular kapsamında uygulamadaki problemin de bu olduğunu düşünüyoruz.

Bir hükmün saygınlığını ve otoritesini sağlayan, bu itibarla da hükmü meşru kılan şey iddia ve savunma karşıtlığına mümkün mertebe olanak sağlamaktır<sup>101</sup>. Hâl böyleyken isnada konu olan suçu açıkça inkâr etmeyen sanığın beyanlarından zorlama akıl yürütme ve ihtimaller üzerinden tevil yoluyla ikrar adı altında ikrar anlamı çıkarmak, sözgelimi tevil yoluyla ikrarın “dolaylı” olmasına işaret ederek bu dolaylı olma hâlinin sınırlarını zorlamak iddia-savunma karşıtlığında dengeyi savunma aleyhine bozmaktadır. Bu durumu önlemek amacıyla maddi vakıaya ilişkin birtakım hususları doğrulayan ifadelere, sırf açıkça inkâr içermiyor diye her zaman tevil yoluyla ikrar anlamı verilemeyeceği unutulmamalı şayet bu anlam verilebiliyorsa bu sefer de tevil yoluyla ikrarın mahkemeler bakımından ek bir araştırma ve gerekçelendirme yükümlülüğü getirdiği dikkate alınmalıdır.

<sup>101</sup> SELÇUK, *Suç Yargılama Süreci*, s. 777.

**KAYNAKÇA**

- ARSLAN, Çetin: “Tefecilik Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2014, Sayı 1, s. 23-48.
- AYDIN, Devrim: *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- BARKHUYSEN, Tom / EMMERIK, Michiel van / JANSEN, Oswald / FEDOROVA, Masha: “Chapter 10. Right to a Fair Trial”, (Ed.) DIJK, Pieter van / HOOFF, Fried von / RIJN, Arjen van / ZWAAK, Leo: *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, 5. Baskı, Intersentia, Cambridge, 2017, s. 497-651.
- BECCARIA, Cesare: *Suçlar ve Cezalar Hakkında*, (Çev.) SELÇUK, Sami, 8. Baskı, İmge Kitabevi, 2019.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, Güven Basımevi, İstanbul, 1940.
- BIÇAK, Vahit: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- BİRTEK, Fatih: *Ceza Muhakemesinde İkrar*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BLACK, Henry Campbell: *Black’s Law Dictionary*, 4. Baskı, West Publishing Co, Saint Paul, Minnesota, 1968.
- CANPOLAT, Can: “Ceza Muhakemesi Hukukunun Amacı”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 15, Sayı 2, s. 451-499.
- CENDEL, Nur / ZAFER, Hamide: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- CİHAN, Erol: “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkrar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1965, Cilt 31, Sayı 1-4, s. 109-129.
- DEYNEKLİ, Adnan: “İkrarda Manevi Unsur”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006, Cilt 19, Sayı 64, s. 321-336.
- DOĞAN, Koray: *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkudan Sanık Yararlanır İlkesi “in dubio pro reo”*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- DÖNMEZER, Sulhi: “Suçsuzluk Karinesi Üzerine Düşünceler”, *Prof. Dr. Nurullah Kunter’e Armağan*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1998, s. 67-74.
- EREM, Faruk: *Ceza Usulü Hukuku*, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973.
- EREM, Faruk: *Diyalektik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, 6. Baskı, Işın Yayıncılık, Ankara, 1986 (Diyalektik).
- FEYZİOĞLU, Metin / TANER, Fahri Gökçen: *Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat*, İslık Yayınevi, Ankara, 2015.
- GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÖKCEN, Ahmet / BALCI, Murat / ALŞAHİN, M. Emin / ÇAKIR, Kerim: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- HARRIS, David / O’BOYLE, Michael / BATES, Ed / BUCKLEY, Carla: *Law of The European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2014.
- İNCEOĞLU, Sibel: *İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- KARAKEHYA, Hakan: “Ceza Muhakemesinde Sanığın Meramını Anlatabilme Hakkının Unsurları”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2015, Cilt 3, Sayı 2, s. 199-226 (Meramını Anlatabilme Hakkı).
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Nisan Kitabevi, Eskişehir, 2022 (Ceza Muhakemesi).
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğin Tespiti*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2016 (Maddi Gerçek).
- KİRAZ, Taylan Özgür: *Medeni Yargılama Hukukunda İkrar*, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2013.
- KÖSE, Metin: *Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

- KUNTER, Nurullah / YENİSEY, Feridun: *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak: *Medeni Usul Hukuku El Kitabı Cilt I*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.
- MELVILLE, Max D: "Corpus Delicti", *Dicta*, 1953, Cilt 30, Sayı 6, s. 202-208.
- MORAN, David: "In Defense of The Corpus Delicti Rule", *Ohio State Law*, 2003, Cilt 64, Sayı 3, s. 817-854.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pinar: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZEN, Mustafa: *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin F. / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VIL-LEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can: *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet: *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- PÜSKÜLLÜOĞLU, Ali: *Türkçe Sözlük*, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian / PEUKERT, Wolfgang / YENİSEY, Feridun: *Ceza Muhakemesinde "Fair Trial" İlkesi*, İstanbul Barosu CMUK Uygulama Servisi Yayınları, İstanbul, 1999.
- SELÇUK, Sami: "Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti", *Yargıtay Dergisi*, 1977, Cilt 3, Sayı 2, s. 49-70.
- SELÇUK, Sami: *Suç Yargılama Süreci Hukuku Dogmatığı ve/ya Grameri*, İmge Kitabevi, Ankara, 2022 (Suç Yargılama Süreci).
- SOYASLAN, Doğan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- STUMER, Andrew: *The Presumption of Innocence: Evidential and Human Rights Perspectives*, Bloomsbury Publishing Plc, London, 2010.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan: *Ceza Muhakemesi Hukuku-II*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ŞAHİN, Cumhur: *Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994.
- ŞEKER, Hilmi: *Esbab-ı Mucibe'den Retoriğe Hukukta Gerekeçe*, Yeditepe Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2018.
- TANER, M. Tahir: *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- TOSUN, Öztekin: *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt I*, 4. Baskı, Acar Matbaacılık, İstanbul, 1984.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÜNVER, Yener: "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, 2006, Cilt 1, Sayı 2, s. 103-205.
- ÜZÜLMEZ, İlhan: "Türk Hukukunda Suçsuzluk Karinesi ve Sonuçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2005, Cilt 4, Sayı 58, s. 41-72.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe: *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- YERDELEN, Erdal: *Ceza Muhakemesinde Hükümün Gerekeçesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- YILDIZ, Ali Kemal: *Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- YURTCAN, Erdener: *Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- YÜCE, Turhan Tufan: "Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünde Savunma Hakkı", *Adalet Dergisi*, 1960, Cilt 51, Sayı 11-12, s. 1017-1028.
- ZAFER, Hamide: "Savunma Hakkı ve Sınırları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 2, s. 507-540.

## İdari Vesayet Denetimi Kapsamında Görevlendirilmiş Belediye Başkanı<sup>(\*)</sup>



*Mayor Appointed for Administrative Tutelage within the Scope of Control*

**Levent ÇAĞLANCI<sup>(\*\*)</sup>**



Doktora Öğrencisi

*Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*

*Kamu Hukuku Anabilim Dalı*

**Emre EZİN**



Araştırma Görevlisi

*Yozgat Bozok Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi*

*Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü*

### Anahtar Kelimeler

*Yerel Yönetimler,  
İdari Vesayet,  
Görevlendirilmiş Belediye Başkanı,  
Kayyum,  
Kamu Yararı.*

### Öz

Merkezden yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere karma bir sistemin uygulandığı Türkiye’de, yerinden yönetimlerin denetimi Anayasa’da belirtildiği üzere “idari vesayet denetimi” ile sağlanmaktadır. Kanunlara uygun olarak karar vermesi ve hareket etmesi gereken yerel yönetimlerin işlemleri ve aldıkları kararlar merkezi idare tarafından denetlenmektedir. Yerel yönetimler alanında merkezi idare tarafından gerçekleştirilen reformlarla yerel yönetimler idari ve mali açıdan özerk kuruluşlar hâlini almış olsa da üniter yapıya sahip Türkiye’nin, bu yapısının bozulmasına yol açabilecek her türlü duruma karşılık idari vesayet denetimini uyguladığı görülmektedir. Türkiye’de yerel yönetimler üzerinde uygulanan idari vesayet denetimi kapsamında, terör örgütleri ile iltisakı belirlenen belediye başkanı ve belediye organlarının görevden alınması ve merkezi idare tarafından belediye başkanı görevlendirilmesi hususu bu çalışmada incelenmiştir.

### Keywords

*Local Government,  
Administrative Tutelage,  
Appointed Mayor,  
Trustee,  
Public Interest.*

### Abstract

In Turkey, where a mixed system of central and local administration is applied, the control of local administration is ensured by “administrative tutelage” as stated in the Constitution. The actions and decisions of local governments, which are required to make decisions and act in accordance with the laws, are controlled by the central government. Although local administrations have become autonomous organizations administratively and financially as a result of reforms carried out by the central government in the field of local governments, administrative tutelage is implemented against any situation that could disrupt the unitary structure of Turkey. Within the scope of administrative tutelage control applied on local governments in Turkey, the dismissal of the mayor and municipal organs, which are affiliated with terrorist organizations, and the appointment of a mayor by the central administration are examined in this study.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 20.01.2023, Kabul Tarihi: 10.02.2023.

<sup>(\*\*)</sup> Sorumlu Yazar.

## GİRİŞ

Mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanabilmesi için halka en yakın birimler olarak konumlanan yerel yönetimler, idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi statüsüyle kanunda yer almaktadır. Organlarının seçimle göreve geleceği ve yine organ sıfatlarını seçimle kaybedecek olan yerel yönetimlerin yetki ve sorumlulukları, 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda<sup>1</sup> ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir. Türkiye'nin Tanzimat ile başlayan yerel yönetim süreci günümüzde hâlâ değişiklikler yaşamaya devam etmektedir. İdari örgütlenme bakımından merkezden yönetim ve yerinden yönetim olmak üzere karma bir sistemin uygulandığı Türkiye'de, yerinden yönetimlerin denetimi Anayasa'da belirtildiği üzere "idari vesayet denetimi" ile sağlanmaktadır. Merkezi idarenin elindeki denetim yetkisi şeklinde karşımıza çıkan idari vesayet yetkisi, özellikle seçilmiş organların ve bu anlamda öne çıkan belediye başkanlarının görevden alınması uygulamalarına bağlı olarak sıklıkla tartışma konusu edilmektedir. Avrupa Yerel Yönetimler Özerklik Şartı'nın ülkemiz tarafından 21 Mayıs 1991 tarihinde onaylanması ile gündeme gelen özerklik konusu, yerel yönetimlerin literatürde kendisine daha fazla yer bulmasına sebebiyet vermiş, bunun yanı sıra idari vesayet yetkisi sürekli tartışılan bir konu olmuştur. Çalışmamızda, öncelikle Türkiye'de yerel yönetimlerin tarihçesi Osmanlı Dönemi'nden günümüze kadar kısaca incelenecek, bu sayede Türk devlet teşkilatının esasları ortaya koyulacaktır. İkinci bölümde ise yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet denetimi incelenecek, kanunlar ve Anayasa üzerinden yapılacak değerlendirmelerde merkezi idarenin idari vesayet yetkisinin yerel yönetimler üzerindeki etkisi açıklanmaya çalışılacaktır. Son bölümde ise idari vesayet yetkisinin bir uzantısı olarak ortaya çıkan ve kamuoyunda "kayyum" literatürde ise "kayyım"<sup>2</sup> olarak yer alan "görevlendirilmiş belediye başkanı" incelenecektir.

## I. TÜRKİYE'DE YEREL YÖNETİMLERİN TARİHSEL SÜRECİ

Osmanlı'da 19. yüzyılın ortalarından sonra ortaya çıkan yerel yönetimler, demokrasiyi geliştirme amacından ziyade kentte ihtiyaç duyulan hizmetlerin sağlanmasını kolaylaştırma amacı taşımaktadır<sup>3</sup>. Osmanlı Devleti'nde, yerel ihtiyaçların karşılanması ve yerel düzeyde; yargı, hükümet ve belediye işlerinin görülmesi kadılık kurumu aracılığıyla yürütülmektedir<sup>4</sup>. Osmanlı kadısı, sadece belediye hizmetlerinden değil aynı zamanda askeri ve mülki görevlerden de sorumludur. Kent temizliği, pazar ve esnaf kontrolü gibi görevlerin yanı sıra vakıfların denetimini de üstlenen kadı, devlet memurlarıyla beraber kentin güvenliğini de sağlamakta, bu görevlerini yerine getirirken Yeniçeri Ocağına bağlı bulunan kolluk kuvvetlerinin yardımını almaktadır. Ancak Osmanlı'nın son dönemlerine doğru yeniçeri ocağının kaldırılması ile birlikte kadılık kurumunun askeri destekten yoksun kalmasıyla yerel yönetimler üzerinde kadının etkisi azalmış ve bunun düzeltilmesi için önce 1826'da kurulan *İhtisab Nazırlığı* kadı elinde bulunan belediye hizmetlerini görme yetkisini almış; vakıfların denetimi ise 1836'da kurulan *Evkaf Nazırlığına* devredilmiştir<sup>5</sup>. Ancak belli bir süre sonra kurulan bu yeni nazırlıklar, kentin ihtiyaçlarının karşılanmasında yeterli olmamış, birçok belediye hizmet aksamış ve bunun sonucunda İhtisab Nazırlığı kaldırılarak yerine 1854 yılında İstanbul'da belediye hizmetlerini yürütmekle görevli teşkilat olarak *Şehremaneti* kurulmuştur<sup>6</sup>. Kurulan Şehremanetin başına merkezi idare tarafından bir *şehremini* atanmış ve yerel halk içerisinde seçilen on iki üye ve şehremininin iki yar-

<sup>1</sup> 13.07.2005 tarihli ve 25874 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> KELEŞ, Ruşen / ÖZGÜL, Can Giray: "Belediye Organlarına 'Kayyım' Atamaları Üzerine Bir Değerlendirme", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2017, Cilt 72, Sayı 2, s. 301.

<sup>3</sup> ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur / SADIÖĞLU, Uğur: "Türkiye'de Yakın Dönemde Yapılan Yerel Yönetim Reform Çalışmalarının İİ Özel İdarelerine Yansımaları", *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 2009, Cilt 18, Sayı 1, s. 2.

<sup>4</sup> KELEŞ, Ruşen: *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 11. Baskı, Cem Yayınevi, İzmir, 2019, s. 157.

<sup>5</sup> SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet: *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010, s. 2.

<sup>6</sup> YAYLI, Hasan: "Türkiye'de Yerel Yönetimlerin Tarihi Gelişimi", (Ed.) GÖRMEZ, Kemal / YAYLI, Hasan: *Yerel Yönetimler*, 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2018, s. 62.



dımcısından oluşan bir de şehir meclisi kurulmuştur<sup>7</sup>. Osmanlı Devleti'nde merkezde padişahın mutlak otoritesi sağlanmış ve merkezin taşra üzerindeki denetimi yoğun bir şekilde gerçekleşmiştir. 16. yüzyıldan itibaren etkisi azalmaya başlayan merkezîyetçilik, Tanzimat ile daha da zayıflamıştır<sup>8</sup>. Osmanlı Devleti'nde modern anlamda bir yerel yönetimin kurulması Tanzimat ile birlikte gerçekleştirilmiş olsa da belediye teşkilatı şeklinde kurulan yerel yönetimlerle demokrasiyi güçlendirme amacından ziyade kentin ihtiyaçlarının karşılanmasının kolaylaştırılması, vergilerin daha rahat toplatılması ve nihayetinde merkezi idareyi güçlendirme amacı güdülmüştür.

1867 yılında *Vilayet-i Umumiye Nizamnamesi* ile sadece İstanbul'da değil, taşrada da belediyelerin kurulması öngörülmüş ve kurulacak belediye meclislerinin ve personelin görev tanımları yapılmıştır. 1871 yılında çıkarılan *İdare-i Umumiye-i Vilayet Nizamnamesi* ile ise Osmanlı Devleti, "vilayet, liva, kaza, nahiy ve köy" olarak ayrılmış ve bütün kentlerde belediye kurulması istenmiştir. Tüm bu gelişmeler göstermektedir ki Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi ile birlikte modern belediyeçiliğin temelleri atılmıştır<sup>9</sup>. 1877 yılında günümüz Büyükşehir Belediye Kanunu'nun temellerini atan iki kanun çıkarılmıştır. Bunların ilki, sadece İstanbul yönetimini düzenleyen *Dersaadet Belediye Kanunu*, ikincisi ise taşrada yer alan belediye yönetimlerini düzenleyen *Vilayetler Belediye Kanunu*'dur. Bununla birlikte 1876 yılında çıkartılan *Kanun-u Esasi*'de illerin yetki genişliği ve görev ayrımı ilkelerine göre yönetilmesi öngörülmüş ve bu durum 1921 tarihli *Teşkilat-ı Esasiye*'de de aynı şekilde kabul görmüştür. Teşkilat-ı Esasiye'de, Kanun-u Esasi'den farklı olarak illere ve bucaklara özerk bir statü verilmiş, iller ve bucaklar ayrı birer tüzel kişi olarak tanımlanmıştır. Bu durum henüz Cumhuriyet kurulmadan dahi yerel yönetimlere verilen önemi göstermektedir<sup>10</sup>. Cumhuriyet öncesi dönemde yerel yönetimler konusunda yapılan reformlara bakıldığında öncelikle kent hizmetlerinin sunumu ön plana çıkmış ancak merkezi idarenin güçlendirilmesi de amaçlanmıştır. Önceki dönemde kadılık kurumu tarafından yürütülen belediye hizmetlerinde kadının görev alanına bakıldığında, günümüzde illerde belediye başkanı ve mülki idare amirleri tarafından yürütülen hizmetlerin tek elde toplandığı görülmektedir. Kadı hem belediye hizmetlerini yürütmekte hem yargılama yapmakta hem de askeri görevleri bünyesinde barındırmaktadır. Yeniçeri Ocağı kaldırılana kadar bu görevlerin hepsini üstlenen kadı, Yeniçeri Ocağının kaldırılması ile kendisine yardımcı olacak bir kolluk gücünün olmaması sebebiyle bu hizmetlerin birçoğunu yerine getiremez hâle gelmiştir. Tanzimat ile birlikte modern yerel yönetimlerin temelini atıldığı Osmanlı'dan günümüze kadar yerel yönetimler çeşitli değişimler geçirmiştir.

Cumhuriyet Dönemi'nde modern belediyeçilik için atılan ilk adım 1924 tarihli *Ankara Şehremaneti Kanunu* olmuştur. Bu Kanun ile Ankara'yı yönetmek için merkezi idare tarafından atanan bir şehremaneti ve seçimle oluşacak olan yirmi dört kişilik bir meclis öngörülmüştür<sup>11</sup>. 1924 Anayasası kabul edilmeden birkaç ay önce kabul edilerek yasalaşan ve günümüzde de hâlâ yürürlükte olan 442 sayılı Köy Kanunu ile köylere tüzel kişilik verilmiş; köy muhtarı, köy derneği ve köy ihtiyar meclisinin her köyde zorunlu olarak yer alması ve seçimle başa gelmesi kararlaştırılmıştır. 1924 Anayasası ile de Türkiye'de yönetimler, "il, ilçe, bucak, kasaba ve köy" olarak ayrılmıştır. Ancak sadece "il, şehir, kasaba ve köyler" tüzel kişiliği haiz birimler olarak yer almıştır. 1921 Anayasası'nda tüzel kişiliği bulunan bucakların tüzel kişiliği 1924 Anayasası'yla kaldırılmıştır<sup>12</sup>. Cumhuriyet Dönemi'nde yerel yönetimler konusunda ilk kapsamlı düzenleme 1930 tarihli ve 1580 sayılı Belediye Kanunu ile gerçekleştirilmiştir. Fransa belediye sistemi esas alınarak hazırlanan bu Kanun ile belediye yönetimi, "bele-

<sup>7</sup> AKIN, Fehmi: "Yerel Yönetimlerin Tarihsel Gelişimi ve Türk İdari Yapısındaki Yeri", (ed.) MECEK, Mehmet / DOĞAN, Mesut / PARLAK, Bekir: *İdari ve Mali Açından Türkiye'de Yerel Yönetimler*, Bekad Yayınları, Ankara, 2015, s. 37.

<sup>8</sup> ATAY, Ender Ethem: "Osmanlıda Devlet Anlayışı ve Teşkilatı", *Journal of Social Sciences and Humanities*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 15.

<sup>9</sup> SEYİTDANLIOĞLU, s. 4.

<sup>10</sup> KELEŞ, s. 163.

<sup>11</sup> KOÇAK, Süleyman Yaman / EKŞİ, Ali: "Katılımcılık ve Demokrasi Perspektifinden Türkiye'de Yerel Yönetimler", *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, Sayı 21, s. 299.

<sup>12</sup> AKIN, s. 42.

diye meclisi, belediye encümeni ve belediye reisi” olarak üç organa verilmiştir. Kanun’a göre belediye seçimleri tek dereceli seçim sistemi ile gerçekleştirilmekte olup seçilme yaşı yirmi beş, seçme yaşı ise on sekiz olarak belirlenmiştir. Ulusal seçimlerde kadınların oy kullanamadığı bir dönemde yerel düzeyde yapılan belediye seçimlerinde böyle bir ayrıma gidilmemesi modern yerel yönetim anlayışı açısından büyük önem arz etmektedir. 1580 sayılı Kanun, İstanbul ve Ankara dışındaki tüm belediye yönetimlerini kapsamış ve farklılıkları gidermiştir. İstanbul’da vali, belediye başkanı olarak görev yapmakta iken Ankara’da belediye başkanı İçişleri Bakanlığı tarafından atanmaktadır. 1961 Anayasası ile yerel yönetimlerin karar organlarının seçimle belirleneceği düzenlenmiş olsa da belediye başkanının seçimine dair bir düzenleme getirilmemiştir. Bu sebeple belediye başkanlarının merkezi idare tarafından atanmalarının önü açık bırakılmış ancak 1963 tarihli ve 307 sayılı Kanun’la atama usulüne son verilmiş ve belediye başkanlarının doğrudan halk tarafından seçilmesi kararlaştırılmıştır. 1961 Anayasası aynı zamanda “seçilmiş organların” organlık sıfatını kazanma ve kaybetmelerinin ancak yargı yolu ile olabileceğini belirtmiştir<sup>13</sup>.

1982 Anayasası’nın 126. maddesinde “Türkiye, merkezi idare kuruluşu bakımından, coğrafya durumuna, ekonomik şartlara ve kamu hizmetlerinin gereklerine göre, illere; iller de diğer kademeli bölümlere ayrılır” ifadeleri yer almış, 127. maddesinde ise yerel yönetimler: “... il, belediye veya köy halkının mahalli müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzel kişileri...” olarak tanımlanmıştır. 1982 Anayasası’nın 127. maddesi yerel yönetimler için detaylı ifadeler yer vermiştir. “Kanun, büyük yerleşim merkezleri için özel yönetim biçimleri getirebilir.” ifadeleri ile büyükşehirlerde ayrı bir yönetimin ortaya çıkmasının yolu açılmıştır. 1984 yılında buna istinaden 3030 sayılı Büyük Şehir Belediyelerinin Yönetimi Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun<sup>14</sup> ile büyükşehir ve ilçe yönetimlerinin kurulması sağlanmıştır. 1982 Anayasası, yerel yönetimleri “tüzel kişiliği haiz kurumlar” olarak tanımlamıştır. Diğer anayasalarda da bu durum kendisine yer edinmiş olsa da 1982 Anayasası, diğer anayasalardan farklı olarak merkezi idareye, yerel yönetimler üzerinde bir denetim mekanizması olarak “idari vesayet yetkisini” tanımlamıştır<sup>15</sup>.

## II. BELEDİYELER ÜZERİNDE İDARİ VESAYET DENETİMİ

Yönetimin bir işlevi olarak kabul edilen denetim, kurumların önceden belirlenmiş hedeflere ulaşmasında yol gösterici niteliktedir. Yerel yönetimlerde gerçekleşen dış denetim; yerel yönetimlerin hukuka uygun hareket etmesini, şeffaf bir yönetim anlayışına sahip olmalarını, kamu kaynaklarını etkin ve verimli kullanmalarını sağlamayı amaçladığı gibi aynı zamanda da keyfi yönetimi ve vatandaşın haklarının ellerinden alınmasını önlemeyi amaçlamaktadır<sup>16</sup>. Günday<sup>17</sup>, idari vesayeti, “devletin bütünlüğünü ve kamu hizmetlerinin ülke genelinde aynı biçimde verilmesini sağlamak amacıyla, merkezin, yerel yönetimleri denetleme yetkisi” olarak tanımlamaktadır. İdari vesayet yetkisi, üniter yapıya sahip devletler tarafından benimsenen bir yetki olup, hukuka uygunluk ile sınırlı olmaktadır<sup>18</sup>. Kanunlara uygun olarak karar vermesi ve hareket etmesi gereken yerel yönetimlerin işlemleri ve aldıkları kararlar merkezi idare tarafından denetlenmektedir. Üniter yapıya sahip devletlerde yerel yönetimlerin idari anlamda özerkliği, merkezi idareden tamamen bağımsız şekilde hareket edecekleri anlamına gelmemektedir. Merkezi idare tarafından yerel yönetimlere verilen yetkilerin hukuka uygun olarak

<sup>13</sup> YAYLI, s. 77.

<sup>14</sup> 09.07.1984 tarihli ve 18453 sayılı Resmî Gazete.

<sup>15</sup> EZİN, Emre: *Büyükşehir Belediyelerinin Kurumsal Kapasitelerinin Stratejik Planlar ve Faaliyet Raporları Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 23.

<sup>16</sup> TÜRKİYILMAZ, Atilla: “Belediyelerde Denetim”, *Denetim*, 2016, Sayı 15, s. 17.

<sup>17</sup> GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 12.

<sup>18</sup> APAN, Ahmet: “İdari Vesayet, Belediye Başkanlarının Görevden Uzaklaştırılması ve “Kayyum” Görevlendirmesi: Teori ve Uygulama”, *Türk İdare Dergisi*, 2021, Sayı 492, s. 75.

kullanılıp kullanılmadığını denetlemek, merkezi idarenin asli görevi olarak görülmektedir<sup>19</sup>. Vesayet denetimi, “*kamu tüzel kişilerinden birinin diğeri üzerinde, kanunla açıkça belirlenmiş haliyle teşkilatın oluşumuna, personellerine, eylem ve işlemlerine yönelik olarak yaptığı denetimdir*”<sup>20</sup>. Coşkun, idari vesayet yetkisini şu şekilde açıklamaktadır<sup>21</sup>:

*“Katı bir merkezi yönetimin sakıncalarını ortadan kaldırmak ve yönetimde verimlilik ve etkinliği en iyi bir şekilde gerçekleştirebilmek ve devletin yüklendiği çeşitli ekonomik ve toplumsal görevlerin yerine getirilmesini kolaylaştırmak amacıyla, yerel yönetim birimlerine, kendi organları eliyle bağımsız olarak aldıkları kararları uygulama hakkı ve kamu hizmeti yapan kuruluşlara da yasalarla hukuki kişiliği (tüzel kişilik) kazandırılarak yine çalışma alanlarında bağımsız bir şekilde kendi organları eliyle uygulama olanağı tanımıştır. Ancak kamu düzeni ve kamu yararı bakımından merkezi yönetim, belirli konularda yerel yönetim veya kamu hizmeti yönetim tüzel kişisini çeşitli şekillerde denetleme yetkisini saklı tutmuştur. Bu denetim ilişkisi idari vesayeti oluşturmuştur.”*

5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 3. maddesinde belediye, “... idari ve mali özerkliğe sahip kamu tüzel kişisi” olarak tanımlanmaktadır. Özerklik ve denetim kavramları her ne kadar birbirine zıt kavramlar olarak görülse de kamusal alanda hizmetlerin standartlaşması, kamu yararının korunması ve üniter devlet yapısının zarar görmemesi için 1982 Anayasası ile merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki denetimi “idari vesayet” yolu ile gerçekleştirilmektedir. Bu denetim yolu Anayasa’nın 127. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir: “*Merkezi idare, mahalli idareler üzerinde, mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla, kanunda belirtilen esas ve usuller dairesinde idari vesayet yetkisine sahiptir.*” 127. maddede belirtilen ve açıklanan idari vesayet yetkisi ile merkezi idare, kanunen denetim yetkisine sahiptir. Mahalli idareleri açıklayan 127. maddede ayrıca İçişleri Bakanlığına yerel yönetimlerin organlarını ve bu organların üyelerini geçici olarak görevden uzaklaştırma yetkisi de verilmiştir:

*“Mahalli idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümlü ve kaybetmeleri, konusundaki denetim yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahalli idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir.”*

Anayasa’da belirtildiği üzere, merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki denetim yetkisi, demokrasiyi baltalamak veya yerel yönetimlerin idari özerkliğini engellemek amacıyla değil, ülkenin üniter yapısını ve idarenin bütünlüğünü korumak, hizmetlerin ülkenin her yerinde yaşayan vatandaşlara eşit dağılmasını sağlamak ve kamu güvenliğini tesis etmek amaçlarını taşımaktadır.

İdari özerklik için iki önemli koşul gerekmektedir. Bunlardan birisi, yerel yönetimlerin organlarının seçimle göreve gelmesi ve seçilmiş organların organlık sıfatını kaybetmelerinin yine ancak yargı yolu ile olabilmesidir. Bir diğer koşul ise seçimle gelen organların, kararlarını ilgili mevzuat çerçevesi içinde alma ve uygulayabilme özgürlüğüdür<sup>22</sup>. Ancak mevzuatta belirtilen kamu hizmetlerinin yerel yönetimler tarafından yapılmaması ya da kesintiye uğratılması durumunda ise 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 57. maddesi hükümleri uygulanmaktadır<sup>23</sup>. Bu madde ile belediye yönetimi, halkın so-

<sup>19</sup> KÜÇÜK, Hülya: “Yerel Özerklik Bağlamında Belediyelerin Denetimi: İtalya ve Türkiye Örneği”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 50.

<sup>20</sup> KÜÇÜKALTUN, Hakan: *İdari Vesayet ve Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanışı*, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Karabük, 2022, s. 66.

<sup>21</sup> COŞKUN, Bayram: “Türkiye’de İdari Vesayet Denetimi ve Yerel Yönetimlerin Özerkliği”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1996, Cilt 5, Sayı 3, s. 36.

<sup>22</sup> ABAKAR, Mahamat: “Türkiye’de Yerel Özerklik Açısından İdari Vesayetin Yerel Yönetimler Üzerine Etkileri”, *Iksad Journal*, 2020, Cilt 6, Sayı 21, s. 41.

<sup>23</sup> “Belediye hizmetlerinin ciddi bir biçimde aksatıldığının ve bu durumun halkın sağlık, huzur ve esenliğini hayati derecede olumsuz etkilediğinin İçişleri Bakanlığının talebi üzerine yetkili sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenmesi durumunda İçişleri Bakanı, hizmetler-

rumlu olduğu ihtiyaçlarını karşılamaz veya karşılayamaz ise merkezi idare, valilikler aracılığı ile halkın ihtiyaçlarını karşılamaktadır. Anayasa’da belirtilen ve merkezi idarenin elinde bulunan idari vesayet yetkisi, Anayasa’nın 123. maddesinde belirtilen “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” ifadelerinin bir yansıması olarak karşımıza çıkmakta ve idarenin bütünlüğü esas alınmaktadır. İdari vesayet, “*yerel idarelerin ve kamu kurumlarının onlara varlık veren devlet tarafından kamu yararı amacıyla denetlenmesi*” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>24</sup>. Merkezi idarenin, idarenin bütünlüğü ilkesi doğrultusunda kullandığı bir yetki olan idari vesayet yetkisi, devlet tüzel kişiliği dışında kalan, bağımsızlığı ve özerkliği olan tüzel kişiler üzerinde kullandığı bir yetkidir. Bu yetki söz konusu kuruluşların bağımsızlık ve özerkliğinin de bir istisnasıdır. Bu istisna ile birlikte idari vesayet yetkisinin alanının genişletilmesi, kamu tüzel kişilerinin bağımsızlık ve özerkliğini daraltacağından idari vesayet yetkisi; kanunla, kanunun gösterdiği sınırlar çerçevesinde ve yine kanunun öngördüğü makamlar tarafından kullanılmaktadır<sup>25</sup>.

İdari vesayet yetkisi, yerel yönetimlerce verilen kararların değiştirilmesi veya yerel yönetimlerin yerine geçerek karar verme gibi bir yetkiyi sağlamamakta, sadece kanunun öngördüğü hâl ve durumlarda ve yine kanunun öngördüğü şekilde bu yetki kullanılmaktadır. Ayrıca idari vesayet yetkisi, idarenin keyfilikliğini sağlamamakta, kanunda belirtilen hâl ve durumların meydana gelmesi ile yasal bir zorunluluk olarak uygulanmaktadır<sup>26</sup>. Merkezi idarenin yerel yönetimlerin işlemleri üzerine vesayet denetimi “iptal, onama, yeniden görüşme isteme, yargıya başvurma, erteleme ve izin yetkisi” olarak ortaya çıkmaktadır. Yerel yönetimlerin aldıkları kararların hukuka aykırı olması durumunda vesayet yetkisinin kullanılmasıyla alınan kararlar geçmişe yönelik olarak ortadan kaldırılmakta ve iptal edilmektedir. İptal yetkisi, alınan kararların hukuka uygunluk denetiminin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Kanunda belirtilen kararların yine kanunun öngördüğü şekilde vesayet makamı tarafından onanması da idari vesayet yetkisinin bir sonucudur<sup>27</sup>. 5393 sayılı kanunun 6. ve 9. maddelerinde belediye sınırlarının kesinleşmesi, belediye sınırlarında mahalle kurulması, kaldırılması veya birleştirilmesinin, belediye meclis kararı ve kaymakamın görüşü üzerine valinin onayı ile kesinleştiği belirtilmektedir. İdari vesayet denetimi hiyerarşi denetimi ile karıştırılmaması gereken bir konudur. İdari vesayet denetiminde, emir/talimat verme ve düzeltme yetkileri bulunmamaktadır. İdari açıdan özerk konumda olan yerel yönetim birimlerinin almış olduğu kararlarda merkezi idare yetkilileri düzeltme yapamazlar veya yerel yönetim birimlerine iş ve işlemlerine yönelik emir ve talimat veremezler<sup>28</sup>.

1580 sayılı mülga Belediye Kanunu’nda belediye meclis kararlarının yürürlüğe girebilmesi, mahallin en büyük mülki idare amirinin onayına tabi iken yürürlükte olan 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 23. maddesine göre belediye meclisinin almış olduğu kararların yürürlüğe girebilmesi yani uygulanabilmesi için mahallin en büyük mülki idare amirine gönderilmesi gerekmektedir. 5393 sayılı Kanun’un 23. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “*Mülkî idare amiri hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idarî yargıya başvurabilir.*” hükmü ile mülki amirlere yerel yönetimler üzerinde vesayet yetkisi kapsamında yargıya başvurma yetkisi tanınmış<sup>29</sup> ancak bahse konu fıkra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi, Danıştay 6. Dairesinin somut norm denetimi yoluyla

*de meydana gelecek aksamanın giderilmesini, hizmetin özelliğine göre makul bir süre vererek belediye başkanından ister. Aksama giderilemezse, söz konusu hizmetin yerine getirilmesini o ilin valisinden ister. Bu durumda vali, aksaklığı öncelikle belediyenin araç, gereç, personel ve diğer kaynaklarıyla giderir. Mümkün olmadığı takdirde diğer kamu kurum ve kuruluşlarının imkânlarını da kullanabilir. Ortaya çıkacak maliyet vali tarafından İller Bankasına bildirilir ve İller Bankasınca o belediyenin müteakip ay genel bütçe vergi gelirleri tahsilâtı toplamı üzerinden belediyeye ayrılan paydan valilik emrine gönderilir. İçişleri Bakanlığının talebi üzerine sulh hukuk hâkimini tarafından alınan karara karşı ilgili belediyece asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir.”*

<sup>24</sup> GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Dersleri*, 24. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2006, s. 102.

<sup>25</sup> ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 8. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022 (İdare Hukuku), s. 153.

<sup>26</sup> DÖNMEZ, Cahit: “İdarî Vesayet Yetkisi ve Kullanılması”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 3, s. 17.

<sup>27</sup> GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 162.

<sup>28</sup> GÖZLER, s. 102.

<sup>29</sup> KAVRUK, Hikmet / YAYLI, Hasan: “2004 Belediye Reform Çalışmalarında İdari Vesayete İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi ve Bir Araştırma”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 10, Sayı 3, s. 9.

iptal istemli itirazının incelenmesi neticesinde mülki idare amirine hukuka aykırı gördüğü kararlar aleyhine idari yargıya başvurma yetkisini veren kanun hükmünün, idarenin bütünlüğünü teminen merkezi idareye tanınan idari vesayet yetkisi kapsamında olmadığından bahisle iptal etmiştir<sup>30</sup>. Bu nedenle belediye meclislerinin aldıkları kararların yedi gün içinde mülki idare amirine gönderilmesi sadece alınan kararın yürürlüğe girmesi açısından önem arz etmektedir. Bunun yanında 5393 sayılı Kanun'un 10. maddesinde belde adının değişebilmesi için; meclis kararı, valilik görüşü ve İçişleri Bakanlığı onayı gerekmektedir<sup>31</sup>. Belediye meclislerinin verdikleri kararlar idari işlem olarak değerlendirildiğinde, bu kararların nihai amacının kamu yararı olması gerektiği sonucuna varmak mümkündür. Belediyeler, mahallin müşterek ihtiyaçlarına cevap vermek, kamu yararını sağlamak amacıyla kurulmuş yönetsel birimlerdir. Bu yönetsel birimlerin de almış oldukları ve uyguladıkları kararların kamu yararı taşıması gerekmektedir. Yapılan işlemlerde ve alınan kararlarda kamu yararı dışında başka bir amacın güdülmesi, bu işlem ve kararları hukuka aykırı hâle getirmektedir<sup>32</sup>. Kamu yararı ve toplum yararı kavramlarının soyut özellik taşıması sebebiyle, idari vesayet yetkisi kanunda belirlendiği çerçevede ve yine kanunda yetki verilen makamlar aracılığıyla kullanılması gereken bir yetki olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>33</sup>.

Merkezi idarenin idari vesayet yetkisinin bulunmadığı bir durumda, yerel yönetimlerin idari özerkliği, siyasi özerklik olarak kullanmalarının da önü açılacağından, Türkiye'nin üniter yapısının ve idarenin bütünlüğünün korunabilmesi için idari vesayet yetkisinin bir denetim yolu olarak kullanılması kanunen gerekli görülmüştür. Siyasi özerklik ve siyasi yerinden yönetim terimleri, federatif devlet yapılanmasını işaret etmektedir. İdari yerinden yönetim terimi ise yasama ve yargı erklerinin merkezde toplandığı, ancak yürütmeye ilişkin bazı yetkilerin merkezi yönetim dışındaki kamu tüzel kişilerine aktarıldığı üniter devlet yapılanmasını işaret etmektedir<sup>34</sup>. Belediye Kanunu'nun 10. maddesinde belde adının değiştirilmesinin, belediye meclis üye tam sayısının en az dörtte üç çoğunluğunun kararı ve valinin görüşü üzerine İçişleri Bakanlığının onayı ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Ayrıca belde adının değişmesi ile belediye adının da değişeceği belirtilmiştir. Bu madde ile belediye meclisinin almış olduğu bir karara karşı uygulanan idari vesayet yetkisi görülmektedir. Merkezi idarenin elindeki idari vesayet yetkisi, yerel yönetimlerin seçimle işbaşına gelen kişi ve organları üzerinde bir tür disiplin yetkisi olarak görülmektedir. Vesayet makamı, seçilmiş organların verdikleri kararların hukuka veya kamu yararına aykırı olması gibi durumları ortadan kaldırmak amacıyla bu denetim ve gözetim yetkisini kullanabilmekte, hukuka aykırı işlemlerinden dolayı seçilmiş kişilerin görevlerini askıya alabilmekte, görevlerine son verebilmekte veya organlarını tamamen feshedebilmektedir<sup>35</sup>. 5393 sayılı Kanun'da merkezi idarenin belediye organları üzerindeki idari vesayet yetkisini kullandığı durumlar şu şekilde sıralanmaktadır<sup>36</sup>:

- Belediye meclisi üyeliğine seçilme yeterliliğinin kaybedilmesi durumunda, vali üyeliğin düşürülmesi için durumu Danıştaya bildirmektedir (m. 29).
- Belediye başkanının mazeretsiz ve kesintisiz olarak yirmi günden fazla görevini terk etmesi durumunda, tespit edecek olan makam vali olarak öngörülmektedir (m. 44).

<sup>30</sup> AYM, T. 04.02.2010, E. 2008/27, K. 2010/29.

<sup>31</sup> "Bir beldenin adı, belediye meclisi üye tam sayısının en az dörtte üç çoğunluğunun kararı ve valinin görüşü üzerine İçişleri Bakanlığının onayı ile değiştirilir. Bu karar Resmî Gazetede yayımlanır. Beldenin adının değişmesi ile belediyenin adı da değişmiş sayılır."

<sup>32</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 294.

<sup>33</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ATAY, *İdare Hukuku*, s. 150-160; TRUCHET, Didier: "Fransız Danıştay'ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş", (Çev.) ATAY, Ender Ethem: *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük'e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 357-375.

<sup>34</sup> SADIOĞLU, Uğur / ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur: "Yerel Aktörlerin Gözünden "Yerel Özerklik" Sorunsalı: Türkiye'de İl Belediyeleri Örneği", *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 2014, Sayı 50, s. 201.

<sup>35</sup> ATAY, *İdare Hukuku*, s. 159.

<sup>36</sup> ÖNEN, Semih Mustafa / EKEN, İhsan: "Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdelenmesi", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 56, s. 228.

- Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması durumunda, belediye meclisinin vali tarafından on gün içinde toplanması sağlanmaktadır (m. 45).
- Boşalan başkanlık yerine yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçilememesi durumunda, seçim yapılmaya kadar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyeleri için İçişleri Bakanı, diğer belediyeler için vali tarafından görevlendirme yapılmaktadır (m. 46).
- Belediye meclisinin çalışma esas ve usulleri İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenmektedir (m. 19).

Merkezi idarenin, belediyelerin seçilmiş organları üzerindeki vesayet yetkisi dışında belediyelerin personeli üzerinde de yetkileri bulunmaktadır. 2007 yılında çıkarılan Belediye ve Bağlı Kuruluşları ile Mahalli İdare Birlikleri Norm Kadro İlke ve Standartlarına Dair Yönetmelik<sup>37</sup> ile belediyelerin personel sayıları belirlenmektedir. Yönetmelik ilk çıktığında norm kadroyu belirleme yetkisi İçişleri Bakanlığına ait iken 17 Nisan 2022 tarihinde Yönetmelik'te yapılan değişiklik ile bu yetki Çevre Şehircilik ve İklim Değişikliği Bakanlığına verilmiş ve söz konusu değişiklik 5393 sayılı Kanun'un 49. maddesine de işlenmiştir. Yönetmelik tarafından belirlenen kadro tahsislerine uygun olarak belediye'deki norm kadroların belirlenme yetkisi belediye meclisine aitken personeli atama yetkisi belediye başkanına aittir<sup>38</sup>. Norm kadro usul ve esaslarının merkezi idare tarafından belirlenmesi ile hizmette standartlaşma sağlanmaya çalışılmaktadır. Söz konusu Yönetmelik incelendiğinde, belediyeler nüfuslarına göre farklı cetvellere ayrılmış ve o nüfus aralığında bulunan belediyelerde bulunması gereken; birimler, birim yöneticileri, memur sayıları ve sürekli işçi sayıları sayısal olarak belirlenmiştir. Örneğin, İzmir ve Bursa için 6.589 memur öngören Yönetmelik'te, Eskişehir ve Mardin için memur sayısı 1.971 olarak belirlenmiştir. Bu sayede merkezi idare, yaklaşık nüfusa sahip belediyelerde, mahalli müşterek ihtiyaçların giderilmesinde ve hizmet kalitesinde standartlaşmayı sağlamayı amaçlamaktadır.

Belediye meclisinin yetkili olduğu alanlarda yine kanunda yapılan düzenlemelerle idari vesayet makamı yetkili olarak bulunabilmektedir. Yetkili ve sorumlu olduğu alanda kentsel dönüşüm veya gelişim alanı ilan etme yetkisi belediye meclisine aitken kamunun kullanımına ait olan yerlerde kentsel dönüşüm veya gelişim alanları belediyenin talebi üzerine cumhurbaşkanının kararı ile ilan edilebilmektedir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 73. maddesinde hem belediye meclisinin kentsel dönüşüm ve gelişim alanı ilan etmesi için gerekli hâller belirtilmiş hem de hangi durumda idari vesayet makamının yetkili olacağı belirlenmiştir<sup>39</sup>. Kentsel dönüşüm alanı ilan etmek için Belediye Kanunu'nda belirtilen hâller dışında belediye tarafından kentsel dönüşümün gerçekleştirilebilmesi için 5393 sayılı Kanun ile değil, 6306 sayılı Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanun<sup>40</sup> ile de bu işlem gerçekleştirilebilmektedir. 6306 sayılı Kanun'un 3. maddesinde idare tanımı, "*Belediye ve mücavir alan sınırları içinde belediyeleri, bu sınırlar dışında il özel idarelerini, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerini ve Bakanlık tarafından yetkilendirilmesi hâlinde büyükşehir belediyesi sınırları içindeki ilçe belediyeleri*" şeklinde yapılmıştır. Ancak afet riski taşıdığı için kentsel dönüşümüne sokulacak alanın tespiti de yine bakanlığın belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde ve yine Bakanlık tarafından yetkilendirilmiş ve lisanslandırılmış kurumlar aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Bahsi

<sup>37</sup> 22.02.2007 tarihli ve 26442 sayılı Resmî Gazete.

<sup>38</sup> "Norm kadro ilke ve standartları Çevre ve Şehircilik Bakanlığı ve Devlet Personel Başkanlığı tarafından müştereken belirlenir. Belediyenin ve bağlı kuruluşlarının norm kadroları, bu ilke ve standartlar çerçevesinde belediye meclisi kararıyla belirlenir. Belediye personeli, belediye başkanı tarafından atanır. Birim müdürlüğü ve üstü yönetici kadrolarına yapılan atamalar ilk toplantıda belediye meclisinin bilgisine sunulur."

<sup>39</sup> "Belediye, belediye meclisi kararıyla; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir. Bir alanın kentsel dönüşüm ve gelişim alanı olarak ilan edilebilmesi için yukarıda sayılan hususlardan birinin veya birkaçının gerçekleşmesi ve bu alanın belediye veya mücavir alan sınırları içerisinde bulunması şarttır. Ancak, kamunun mülkiyetinde veya kullanımında olan yerlerde kentsel dönüşüm ve gelişim proje alanı ilan edilebilmesi ve uygulama yapılabilmesi için ilgili belediyenin talebi ve Cumhurbaşkanınca bu yönde karar alınması şarttır."

<sup>40</sup> 31.05.2012 tarihli ve 28309 sayılı Resmî Gazete.

geçen düzenlemede süreç ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Buna göre Bakanlık belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini belediyeden de isteyebilmektedir<sup>41</sup>. Yukarıda, idari vesayet makamının yerel yönetimler üzerindeki yetkilerinde emir ve talimat veremediği belirtilmişti. Ancak Kanun'da belirtilen “Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir.” ibareleri merkezi idarenin yerel yönetimler üzerindeki yetkisinin genişletildiği olarak da yorumlanabilmektedir. Belediyeler, belediye meclisi kararı ile uluslararası organizasyonlara üye olabilmekte ve bu organizasyonların diğer üyeleriyle ortak faaliyet ve proje yürütebilmektedir. Ancak 5393 sayılı Kanun'un 74. maddesinde bu faaliyetlerin denetiminin ve izninin merkezi idarenin elinde olduğu görülmektedir<sup>42</sup>.

### III. GÖREVLENDİRİLMİŞ BELEDİYE BAŞKANI

2016 yılında çıkarılan 674 sayılı Kanun Hükmünde Kararname<sup>43</sup> (KHK) ile terörle iltisaklı olan belediye başkanlarının görevden uzaklaştırılması hâlinde merkezi idare tarafından görevlendirilen belediye başkanları kamuoyunda kayyum/kayyım şeklinde anılmıştır. Ancak “kayyum” kelimesi Allah'ın adlarından biriyken “kayyım” kelimesi “*hâkim tarafından kısıtlı, gaip vb. kişiler adına hukuki tasarruflarda bulunmak üzere tayin edilen kimse*” anlamına gelmektedir. “Kayyum” ve “kayyım” kelimeleri, yukarıda açıklanan anlamları itibarıyla, görevlendirilen belediye başkanlarını tanımlamak için uygun ve doğru bir kullanım sayılmamaktadır<sup>44</sup>. 674 sayılı KHK'nın 38. maddesi 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 45. maddesinde değişiklik yapmış ve “... belediye başkanı veya başkan vekili ya da meclis üyesi görevlendirilir.” ifadeleri kullanılmıştır. Bu sebeple bu çalışmada genel kullanım olan kayyum ya da kayyım değil, “görevlendirilmiş belediye başkanı” ifadesi kullanılacaktır.

Her ne kadar görevlendirilmiş belediye başkanlığı 674 sayılı KHK ile uygulanmış olsa da Anayasa'nın 127. maddesinde görevleri ile ilgili bir suç neticesinde hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan yerel yönetim organlarını görevden alma veya uzaklaştırma yetkisi İçişleri Bakanlığına verilmiştir<sup>45</sup>. 674 sayılı KHK'nın 38. maddesi<sup>46</sup> ile terörle iltisakından dolayı görevinden uzaklaştırılan belediye başkanı yerine belediye başkanı görevlendirme yetkisi 5393 sayılı Kanun'un 46. maddesinde belirtilen yetkililere<sup>47</sup> verilmiştir. 674 sayılı KHK ile getirilen yeni düzenleme haricindeki durumlarda

<sup>41</sup> “Riskli yapıların tespiti, Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde masrafları kendilerine ait olmak üzere, öncelikle yapı malikleri veya kanuni temsilcileri tarafından, Bakanlıkça lisanslandırılan kurum ve kuruluşlara yaptırılır ve sonuç Bakanlığa veya İdareye bildirilir. Bakanlık, riskli yapıların tespitini süre vererek maliklerden veya kanuni temsilcilerinden isteyebilir. Verilen süre içinde yaptırılmadığı takdirde, tespitler Bakanlıkça veya İdarece yapılır veya yaptırılır. Bakanlık, belirlediği alanlardaki riskli yapıların tespitini süre vererek İdareden de isteyebilir. Bakanlıkça veya İdarece yaptırılan riskli yapı tespitlerine karşı maliklerce veya kanuni temsilcilerince onbeş gün içinde itiraz edilebilir. Bu itirazlar, Bakanlığın talebi üzerine üniversitelerce, ilgili meslek disiplini öğretim üyeleri arasından görevlendirilecek dört ve Bakanlıkça, Bakanlıkta görevli üç kişinin iştiraki ile teşkil edilen teknik heyetler tarafından incelenip karara bağlanır.”.

<sup>42</sup> “Belediye, belediye meclisinin kararına bağlı olarak görev alanıyla ilgili konularda faaliyet gösteren uluslararası teşekkül ve organizasyonlara, kurucu üye veya üye olabilir. Belediye bu teşekkül, organizasyon ve yabancı mahallî idarelerle ortak faaliyet ve hizmet projeleri gerçekleştirebilir veya kardeş kent ilişkisi kurabilir. Birinci ve ikinci fıkra gereğince yapılacak faaliyetlerin, dış politikaya ve uluslararası anlaşmalara uygun olarak yürütülmesi ve önceden Çevre ve Şehircilik Bakanlığının izninin alınması zorunludur.”.

<sup>43</sup> 01.09.2016 tarihli ve 29818 sayılı Resmî Gazete.

<sup>44</sup> KELEŞ / ÖZGÜL, s. 301.

<sup>45</sup> “Mahallî idarelerin seçilmiş organlarının, organlık sıfatını kazanmalarına ilişkin itirazların çözümü ve kaybetmeleri, konusundaki denetim yargı yolu ile olur. Ancak, görevleri ile ilgili bir suç sebebi ile hakkında soruşturma veya kovuşturma açılan mahallî idare organları veya bu organların üyelerini, İçişleri Bakanı, geçici bir tedbir olarak, kesin hükme kadar uzaklaştırabilir.”.

<sup>46</sup> “Ancak, belediye başkanı veya başkan vekili ya da meclis üyesinin terör veya terör örgütlerine yardım ve yataklık suçları sebebiyle görevden uzaklaştırılması veya tutuklanması ya da kamu hizmetinden yasaklanması veya başkanlık sıfatı veya meclis üyeliğinin sona ermesi hallerinde 46 ncı maddedeki makamlarca belediye başkanı veya başkan vekili ya da meclis üyesi görevlendirilir. Görevlendirilecek kişinin seçilme yeterliğine sahip olması şarttır. Görevden uzaklaştırılan veya tutuklanan belediye meclisi üyesinin istifa etmesi halinde de bu fıkra hükümleri uygulanır. Bu fıkra gereğince belediye başkanı veya başkan vekili görevlendirilen belediyelerde bütçe ve muhasebe iş ve işlemleri valilik onayı ile defterdarlığa veya mal müdürlüğüne gördürülebilir. Bu belediyelerde belediye meclisi, başkanın çağrısı olmadıkça toplanamaz. Meclisin, encümenin ve komisyonların görev ve yetkileri 31 inci maddede belirtilen encümen üyeleri tarafından yürütülür.”.

<sup>47</sup> “Belediye başkanlığının herhangi bir nedenle boşalması ve yeni belediye başkanı veya başkan vekili seçiminin yapılamaması durumunda, seçim yapıluncaya kadar belediye başkanlığına büyükşehir ve il belediyelerinde İçişleri Bakanı, diğer belediyelerde vali tarafından görevlendirme yapılır. Görevlendirilecek kişinin belediye başkanı seçilme yeterliğine sahip olması şarttır.”.

İçişleri Bakanlığı veya valilik aracılığıyla görevlendirilen belediye başkanının görev süresi, meclis tarafından yeni bir başkan seçilene kadardır. Yani bu durumda, merkezi idarenin seçim olmaksızın belediye başkanı görevlendirmesi; sadece terör ve terör örgütlerine iltisakından dolayı görevden uzaklaştırılan, tutuklanan, kamu hizmetinden yasaklanan ya da başkanlık sıfatı sona eren belediye başkanı yerine gerçekleştirilen görevlendirmelerde geçerlidir. KHK ile sadece belediye başkanı için değil, aynı zamanda terörle iltisaklı olan belediyenin diğer organları için de aynı görevlendirme şekli geçerlidir<sup>48</sup>. Merkezi idarenin bu kadar katı şekilde tavır alması, yerel yönetimlerin idari özerkliğini siyasi özerklik olarak kullanan ve terör örgütleri ile iltisaklı olan belediye organlarının, Türkiye'nin üniter yapısını yıkmaya yönelik girişimlerini engelleme ve Anayasa'nın 3. maddesinde yer alan “*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.*” ifadesinin anlamlı ve değiştirilemez yapısını koruma amacı gütmektedir.

Türk devlet geleneğinde, merkezi idarenin her zaman güçlü bir konumda olduğu görülmektedir. Tanzimat ile kurulmaya başlanan yerel yönetim birimlerinin Batı'ya kıyasla çok daha geç başladığı ve bu birimlerin kuruluş amacının, yerel demokrasinin yerleştirilmesinden ziyade merkezi idarenin bazı yükümlülüklerinin yerine getirilmesinde meydana gelen gecikmeler nedeniyle hizmetlerin zamanında ve mahallinde bizzat yürütülmesinin sağlanması olduğu söylenebilir. 1963 tarihli 307 sayılı Kanun'a<sup>49</sup> kadar belediye başkanlarının merkezi idare tarafından atanmasının yolunun açık olması, İstanbul belediye başkanlığı görevinin vali tarafından yürütülmesi, Ankara belediye başkanının ise İçişleri Bakanlığı tarafından atanması da bu durumu doğrular niteliktedir. Yerel yönetimler alanında merkezi idare tarafından gerçekleştirilen reformlarla yerel yönetimler idari ve mali açıdan özerk kuruluşlar hâlini almış olsa da üniter yapıya sahip Türkiye'nin, bu yapısının bozulmasına yol açabilecek her türlü duruma karşılık idari vesayet denetimini uyguladığı görülmektedir. *Turan*, çözüm süreci döneminde, bazı belediye başkan ve meclis üyelerinin, “demokratik özerklik” ve “öz yönetim” isteklerini dile getirdiklerini, bu yolla idari özerkliği siyasi özerkliğe çevirmek istediklerini dile getirerek, bu taleplerin devletin üniter yapısına bir tehdit oluşturduğunu ifade etmektedir<sup>50</sup>. Çözüm süreci döneminde henüz 674 sayılı KHK'nın yürürlükte olmadığını ve bundan dolayı Kanun'da belirtildiği şekilde görevden alınan belediye başkanları yerine belediye meclisleri içerisinde görevlendirilme yapıldığını belirten *Turan*, KHK ile birlikte mülki idare amirlerinin belediye başkanı olarak görevlendirildiğini ve Türk kamu yönetiminde “Belediye Başkan Vekilliği Modelinin” hayata geçirildiğini ifade etmektedir. Görüldüğü gibi aslında merkezi idarenin belediye başkanı görevlendirme yetkisi KHK ile yeni gelmiş bir yetki değildir. KHK ile yapılan düzenlemede, görevlendirilecek belediye başkanının sadece meclis içerisinde olma zorunluluğu kaldırılmıştır. Anayasa'nın 127. maddesinde merkezi idarenin, yerel yönetimler üzerindeki idari vesayet yetkisinin “*mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması amacıyla*” kullanıldığı belirtilmektedir. 674 sayılı KHK ile yapılan düzenleme de Anayasa'da belirtilen bu amaç çerçevesinde oluşturulmuştur. Terörle iltisakı tespit edilen, terör örgütlerine yardım ve yataklık yaptığı belirlenen belediye başkanlarının, gerçekleştirdikleri eylemlerinde ve aldıkları kararlarda “toplum yararını” korumadıkları ve idarenin bütünlüğü ilkesine karşı oldukları gerekçeleri ile merkezi idare, idari vesayet yetkisinin bir sonucu olarak bu belediye başkanları yerine bir belediye başkanı görevlendirilmesini öngörmüştür.

5393 sayılı Kanun'un 47. maddesinde görevden uzaklaştırılan belediye başkanlarının durumu ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu maddeye göre, görevden uzaklaştırılma kararı iki ayda bir gözden geçirilmekte, kamu yararı bulunmayan görevden uzaklaştırma kararları kaldırılmaktadır. Ayrıca soruşturma açıldığı için görevden uzaklaştırılan belediye başkanları hakkında kovuşturma başlatılmamışsa

<sup>48</sup> KELEŞ / ÖZGÜL, s. 306.

<sup>49</sup> 27.07.1963 tarihli ve 11465 sayılı Resmî Gazete.

<sup>50</sup> TURAN, Abdulmenaf: “Osmanlı'dan Günümüze Türkiye'de Belediye Başkanlarının Göreve Gelmesi ve Görevden Alınması”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2020, Cilt 9, Sayı 2, s. 17.



veya dava düşmüşse görevden uzaklaştırma kararı kaldırılmaktadır. Kanun, yerel demokrasiyi baltalamak, seçimle başa gelen belediye başkanı veya meclis üyelerini görevden alarak vatandaşın iradesini elinden almaya çalışmamakta bilakis kamu yararını göz önüne alarak çoğunluğun hakkını savunmayı amaçlamaktadır. Terör bağlantısı bulunan belediye başkanı veya meclis üyelerinin ivedilikle görevden uzaklaştırılması, üniter devlet yapısına zarar verebilecek her türlü hukuka aykırı iş ve işlemlerin önlenmesi için gerçekleştirilmektedir. Belediye başkanının terörle iltisakından dolayı görevden alınması sonucunda, belediye meclisi içerisinde değil de dışarıdan bir görevlendirme yapılmasının sebebi her ne kadar belediye yönetiminin terör örgütleri ile olan iltisakından dolayı yeni başkanın meclis içerisinde atanmasının istenmemesi olsa da bu durumun Kanun'da net bir şekilde açıklanmaması tartışılabilir<sup>51</sup>.

Önemle belirtilmesi gereken husus şudur: Anayasa'nın 127. maddesi yerel yönetimler olarak adlandırılan; il, belediye ve köy idarelerinin kuruluş amacını, o mahalde yaşayan halkın müşterek ihtiyaçlarının karşılanması olarak belirtmiştir. Söz konusu kamu idarelerinin kamu tüzel kişiliği ile idari ve mali özerk yapıya sahip olduğu da Anayasa'nın ve 5393 sayılı Kanun'un ilgili hükümlerinde açıkça belirtilmiştir. Bunun yanı sıra yerel yönetim idarelerinin, idarenin bütünlüğü ilkesi doğrultusunda idari vesayet denetimine tabi olduğu ve denetimin kapsamının da mahalli hizmetlerin idarenin bütünlüğü ilkesine uygun şekilde yürütülmesi, kamu görevlerinde birliğin sağlanması, toplum yararının korunması ve mahalli ihtiyaçların gereği gibi karşılanması olduğu Anayasa'nın 127. maddesinde düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemelerin yanı sıra Anayasa'nın 3. maddesinde "*Türkiye Devleti, ülkesi ve milletiyle bölünmez bir bütündür.*" hükmü, 5. maddesinde ise "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.*" hükmü yer almaktadır.

Yerel yönetimler anayasal kuruluşlar olarak karşımıza çıkmakta ve özerk yapıları doğrultusunda seçimle işbaşına gelmiş organları vasıtası ile hizmet görmektedir. Anayasa ve 5393 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri gereği özerk olarak faaliyet gösteren yerel yönetimlerin, Anayasa'nın diğer hükümlerine de uygun faaliyette bulunmaları gerekmektedir. Anayasa ve Kanun'un sadece kamu tüzel kişiliğine, idari ve mali özerkliğe ilişkin düzenlemelerine uyulup diğer hükümlerine aykırı olarak faaliyet gösterilmesi hukuken kabul edilebilir bir durum olmayacaktır. Buradan hareketle İçişleri Bakanlığına verilen görevden uzaklaştırma yetkisinin kullanılması ve özellikle terör ve terör örgütlerine yardım ve yataklık suçlarından dolayı görevinden uzaklaştırılan, tutuklanan ya da kamu hizmetinden yasaklanan belediye başkanı yerine vali ya da içişleri bakanı tarafından görevlendirilme yapılmasının eleştirilmesinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Anayasa'nın ilgili hükümlerinde devletin görevinin; ülkenin bölünmez bütünlüğünün korunması ile kişilerin ve toplumun huzur ve refahının sağlanması olduğu açıkça belirtilmiştir.

Belediye kaynaklarının terör örgütlerine aktarılmasına, terör örgütü üyelerinin ülkenin bölünmez bütünlüğüne karşı eylem yapmasına ve toplumun huzurunu bozacak şekilde silahlı ve şiddet içerecek şekilde eylemlerde bulunmasına yardım edecek yerel yöneticilerin, yönetici olarak kalmasına yerel yönetimlerin sırf idari ve mali özerkliğine zarar gelmemesi için göz yumulmasının Anayasa'nın diğer hükümlerinde belirtilen kurallara ve temel hak ve ödevlere ilişkin düzenlemelere aykırı olacağı açıktır.

Hâl böyle iken yerel yönetimlere ayrılan kaynakların mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması amacı dışında ya da kamu yararına aykırı şekilde toplum menfaatleri aleyhine kullanılması durumunda

<sup>51</sup> ERDEM, Nisa / ERSAVAŞ, Suna: "Türkiye'de Belediyelere Yapılan Kayyım Atamalarının Kanunilik Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ombudsman Akademik*, 2020, Sayı 12, s. 163.

idari vesayet makamlarının konuya el atmaması düşünülemez. Bu itibarla görevlendirilmiş belediye başkanlarının yerel demokrasiye bir müdahale aracı olarak görülmelerinden ziyade bu kişilerin, yerel düzeyde hizmetlerin usulüne uygun şekilde sağlanmaması nedeniyle hukuka ve kanunlara uygun şekilde müşterek ihtiyaçların karşılanması amacıyla görevlendirilen kişiler olarak görülmeleri çok daha yerinde olacaktır.

*İzci / Geylani*, çözüm süreci sonrasında 674 sayılı KHK ile belediye başkanları görevden alınan belediyelerde, olağanüstü hâl dönemi bittiğinde de seçimlerin yapılmadığını, görevlendirilen belediye başkanlarının 2019 yerel seçimlerine kadar görevde kaldıklarını belirtmektedirler<sup>52</sup>. Yazarlar çalışmalarında HDP'nin, 2014 yerel seçimlerinden sonra görevlendirilmiş belediye başkanı bulunan 94 belediyeden 44'ünü 2019 yerel seçimlerinde kaybettiğini, bu durumun vatandaşların terörle iltisaklı olan bir yönetim yerine görevlendirilmiş belediye başkanı tarafından yönetilen bir belediyeyi tercih ettikleri anlamına geldiğini belirtmektedirler. Yazarlara göre bu durum, ya halkın terör ve şiddet eylemlerinden yıldırdığını ve artık bu olayları yaşamak istemediğini ya da görevlendirilmiş belediye başkanı tarafından yönetilen belediyeden memnun olduğunu göstermektedir<sup>53</sup>.

## SONUÇ

Modern anlamda yerel yönetimlerin oluşması Osmanlı Dönemi'nde Tanzimat ile birlikte başlamış, günümüze kadar birçok reform ve değişiklik geçirmiştir. Belediye başkanlarının merkezi idare tarafından atanabilmesi, 1963 yılında çıkarılan 307 sayılı Kanun ile kaldırılmış, belediye başkanları doğrudan halk tarafından seçimle göreve gelmeye başlamıştır. Merkezden yönetim ve yerinden yönetim ilkelerine dayanan idari teşkilat yapılanmasında, yerel yönetimlerin kararlarının, iş ve işlemlerinin hukuka uygunluğunun denetlenebilmesi 1982 Anayasası'nda "idari vesayet denetimi" ile mümkün kılınmıştır. "Onama, iptal, izin verme, erteleme" gibi yetkilerle donatılan merkezi idare, yerel yönetimlerin iş ve işlemlerini hem hukuka uygunluk hem de yerindelik denetimlerini sağlayarak kontrol etmektedir. 5393 sayılı Belediye Kanunu'nda "idari ve mali özerk" olarak tanımlanan belediyelerin özerkliğinin, literatürde sıklıkla vesayet yetkisi ile çakıştığı, vesayetle artmasıyla özerkliğin azaldığı ifadeleri yer almaktadır. Belediyelerin mali denetimleri Sayıştay aracılığıyla gerçekleştiriliyor olsa da idari denetimi, merkezi idarenin birçok kurumu tarafından gerçekleştirilmektedir. Norm kadro usul ve esaslarını belirleyen Yönetmelik ile belediyelerin hizmet sunumunu sağlayacağı personelinin belirleyen merkezi idare, bazı konularda -5393 sayılı Kanun'un 81. maddesinde olduğu gibi- belediye meclis kararlarını da valilikler aracılığıyla kontrol etmeyi amaçlamaktadır. Tarihi boyunca merkezi bir yapıya sahip Türkiye'de yerel yönetimlerin Batı'ya nazaran daha az idari ve mali özerkliğe sahip olduğu yadsınamaz bir gerçek olsa da verilen her türlü özerkliğin "siyasi özerkliğe" çevrilmesi ile merkezi idare yerel yönetimlere daha temkinli yaklaşır hâle gelmiştir. Çözüm süreci döneminde birçok belediyede seçilen belediye başkanının yanında terör örgütleri ile iltisaklı kişilerin "eş başkan" olarak atandığı görülmüştür. Olağanüstü hâl kapsamında çıkarılan 674 sayılı KHK ile terörle iltisaklı olan belediye başkan ve meclis üyelerinin bölgede terör örgütlerine maddi gelir sağladığı ve terör örgütlerinin eylemleri için olanaklar sunduğundan bahisle, belediye organları görevlerinden el çektilmiş ve yerlerine merkezi idare tarafından belediye başkanı görevlendirilmiştir. 2019 öncesi literatür incelendiğinde olağanüstü hâl bittikten sonra dahi görevlendirilen belediye başkanlarının görevlerine devam etmesinin eleştirildiği görülmektedir. Fakat 2019 yerel seçimleri sonrasında dahi seçimle başa gelen kırk dokuz belediye başkanının terör örgütleriyle irtibatının görüldüğü belirtilerek görevden uzaklaştırma tedbiri uygulanmıştır.

<sup>52</sup> İZCİ, Ferit / GEYLANI, Didem: "Kayyım Sisteminin Demokratik Yönetim İlkeleri ve Yasal Açıdan Değerlendirilmesi", *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 6, s. 569.

<sup>53</sup> 17 Haziran 2022 tarihinde "Görevlendirme Yapılan Belediyeler Koordinasyon Toplantısında" İçişleri Bakanı Süleyman Soylu, 2019 seçimleri sonrasında terör suçları nedeniyle 48'i PKK, 1'i FETÖ olmak üzere 49 belediye başkanını görevden aldıklarını ve görevlendirme yaptıklarını belirtmiştir. Bkz. <https://www.icisleri.gov.tr/bakanimiz-sn-suleyman-soylu-gorevlendirme-yapilan-belediyeler-koordinasyon-toplantisina-katildi> (E.T.: 16.01.2023).

Yerel yönetimler her ne kadar yerel demokrasinin gelişimi için gerekli olsalar da terör örgütleriyle iç içe bir yönetim anlayışının benimsendiği belediyelerde, yerel yönetimin asıl amacı olan kamu yararı ilkesinin zedelendiği görülmektedir. Merkezi idarenin görevi, ülkede yaşayan her vatandaşın hizmetlerini aynı kalitede almasını sağlamaktır. Merkezi idare bu amacını gerçekleştirebilmek amacıyla terörle iltisaklı belediye başkanlarını görevden almakta ve kentin ihtiyaçlarını giderebilecek, vatandaşa hizmet sunacak belediye başkan vekillerini görevlendirmektedir. 674 sayılı KHK ile 5393 sayılı Kanun'da yapılan değişikliklerde terör örgütlerine yardım eden ve iltisaklı olan kişilerin görevden uzaklaştırılacağı belirtilmiş, ayrıca yine aynı Kanun'un 47. maddesinde hakkındaki suçlamalardan beraat eden veya hiç kovuşturma açılmayanların göreve iadelerinin gerçekleştirileceği ifade edilmiştir. Buradan da anlaşılmaktadır ki merkezi idarenin asıl amacı vatandaşın iradesini hiçe saymak değil vatandaşın güvenliğini ve kamu yararını tesis etmektir.

---

**Katkı Oranı Beyanı:**

Çalışmaya Levent ÇAĞLANCI yüzde altmış, Emre EZİN yüzde kırk oranında katkı sağlamıştır.

---

**KAYNAKÇA**

- ABAKAR, Mahamat: “Türkiye’de Yerel Özerklik Açısından İdari Vesayet’in Yerel Yönetimler Üzerine Etkileri”, *Iksad Journal*, 2020, Cilt 6, Sayı 21, s. 40-48.
- AKIN, Fehmi: “Yerel Yönetimlerin Tarihsel Gelişimi ve Türk İdari Yapısındaki Yeri”, (Ed.) MECEK, Mehmet / DOĞAN, Mesut / PARLAK, Bekir: *İdari ve Mali Açısından Türkiye’de Yerel Yönetimler*, Bekad Yayınları, Ankara, 2015, s. 35-49.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- APAN, Ahmet: “İdari Vesayet, Belediye Başkanlarının Görevden Uzaklaştırılması ve “Kayyum” Görevlendirmesi: Teori ve Uygulama”, *Türk İdare Dergisi*, 2021, Sayı 492, s. 71-105.
- ATAY, Ender Ethem: *İdare Hukuku*, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022 (İdare Hukuku).
- ATAY, Ender Ethem: “Osmanlıda Devlet Anlayışı ve Teşkilatı”, *Journal of Social Sciences and Humanities*, 2022, Cilt 6, Sayı 1, s. 14-38.
- COŞKUN, Bayram: “Türkiye’de İdari Vesayet Denetimi ve Yerel Yönetimlerin Özerkliği”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 1996, Cilt 5, Sayı 3, s. 35-47.
- DÖNMEZ, Cahit: “İdarî Vesayet Yetkisi ve Kullanılması”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal ve Teknik Araştırmalar Dergisi*, 2012, Cilt 1, Sayı 3, s. 1-18.
- ERDEM, Nisa / ERSAVAŞ, Suna: “Türkiye’de Belediyelere Yapılan Kayyum Atamalarının Kanunilik Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Ombudsman Akademik*, 2020, Sayı 12, s. 155-179.
- EZİN, Emre: *Büyükşehir Belediyelerinin Kurumsal Kapasitelerinin Stratejik Planlar ve Faaliyet Raporları Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2022.
- GÖZLER, Kemal: *İdare Hukuku Dersleri*, 24. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2006.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, 5. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- GÜNDAY, Metin: *İdare Hukuku*, 11. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2017.
- İZCİ, Ferit / GEYLANİ, Didem: “Kayyum Sisteminin Demokratik Yönetim İlkeleri ve Yasal Açısından Değerlendirilmesi”, *Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi*, 2019, Cilt 6, Sayı 6, s. 562-573.
- KAVRUK, Hikmet / YAYLI, Hasan: “2004 Belediye Reform Çalışmalarında İdari Vesayete İlişkin Düzenlemelerinin Değerlendirilmesi ve Bir Araştırma”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2008, Cilt 10, Sayı 3, s. 1-31.
- KELEŞ, Ruşen: *Yerinden Yönetim ve Siyaset*, 11. Baskı, Cem Yayınevi, İzmir, 2019.
- KELEŞ, Ruşen / ÖZGÜL, Can Giray: “Belediye Organlarına ‘Kayyum’ Atamaları Üzerine Bir Değerlendirme”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2017, Cilt 72, Sayı 2, s. 299-313.
- KOÇAK, Süleyman Yaman / EKŞİ, Ali: “Katılımcılık ve Demokrasi Perspektifinden Türkiye’de Yerel Yönetimler”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2010, Sayı 21, s. 295-307.
- KÜÇÜK, Hülya: “Yerel Özerklik Bağlamında Belediyelerin Denetimi: İtalya ve Türkiye Örneği”, *Marmara Üniversitesi Siyasal Bilimler Dergisi*, 2018, Cilt 6, Sayı 1, s. 35-60.
- KÜÇÜKALTUN, HAKAN: *İdari Vesayet ve Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanışı*, Karabük Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Karabük, 2022.
- ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur / SADİOĞLU, Uğur: “Türkiye’de Yakın Dönemde Yapılan Yerel Yönetim Reform Çalışmalarının İl Özel İdarelerine Yansımaları”, *Çağdaş Yerel Yönetimler*, 2009, Cilt 18, Sayı 1, s. 1-22.
- ÖNEN, Semih Mustafa / EKEN, İhsan: “Yerel Yönetimler Üzerinde Uygulanan İdari Vesayet Yetkisinin İrdenmesi”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 2016, Cilt 15, Sayı 56, s. 216-234.
- SADİOĞLU, Uğur / ÖMÜRGÖNÜLŞEN, Uğur: “Yerel Aktörlerin Gözünden “Yerel Özerklik” Sorunsalı: Türkiye’de İl Belediyeleri Örneği”, *İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi*, 2014, Sayı 50, s. 197-224.

- SEYİTDANLIOĞLU, Mehmet: *Tanzimat Döneminde Modern Belediyeciliğin Doğuşu*, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2010.
- TURAN, Abdulmenaf: “Osmanlı’dan Günümüze Türkiye’de Belediye Başkanlarının Göreve Gelmesi ve Görevden Alınması”, *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi*, 2020, Cilt 9, Sayı 2, s. 1-19.
- TRUCHET, Didier: “Fransız Danıştay’ı Kararlarında Kamu Yararı: Kaynağa ve Dengeye Dönüş”, (Çev.) ATAY, Ender Ethem: *Prof. Dr. A. Şeref Gözübüyük’e Armağan*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2005, s. 357-375.
- TÜRKYILMAZ, Atila: “Belediyelerde Denetim”, *Denetişim*, 2016, Sayı 15, s. 16-33.
- YAYLI, Hasan: “Türkiye’de Yerel Yönetimlerin Tarihi Gelişimi”, (Ed.) GÖRMEZ, Kemal / YAYLI, Hasan: *Yerel Yönetimler*, 2. Baskı, Orion Kitabevi, Ankara, 2018, s. 59-119.



## İcra ve İflâs Hukukunda Elektronik Ortamda (Çevrimiçi) Satış Usûlü<sup>(\*)</sup>



*Electronic (Online) Sales Procedure in Enforcement and Bankruptcy Law*

**Burcu ÇAVUŞ ERYENDİ**



Araştırma Görevlisi

*Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

*Medeni Usûl ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı*

### Anahtar Kelimeler

*7343 Sayılı Kanun,  
Çevrimiçi Satış,  
Açık Artırma,  
Elektronik Ortamda  
Satış,  
Paraya Çevirme.*

### Öz

Bu çalışmada, 7343 sayılı “İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” ile İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen “elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış” usûlü incelenmiştir. İcra ve İflâs Kanunu’na eklenen 111/b maddesine göre haczolunan malın satışı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi’ne entegre Elektronik Satış Portalı’nda açık artırma suretiyle gerçekleştirilir.

Cebri icra yoluyla el konan malların satışında hedef, mümkün olan en yüksek değer üzerinden satışı gerçekleştirmek, böylece alacaklıyı alacağına kavuşturmak ve borçluyu ise borcundan kurtarmaktır. Alacaklıları tatmin etmek amacıyla yapılan bu satışlarda istenen hedeflere ulaşmak için hareket edilmelidir. Yüz yüze yapılan açık artırma suretiyle satışlar kapsamında ulaşılan satın alma düşüncesine sahip kitle ile çevrimiçi satış usûlünde satış için teklif sunabilecek ve süreç dâhil olacak kitlenin kişi sayısı dikkate değer derecede farklıdır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından icra memurunun daha az giderle daha yüksek gelir elde edebileceği satış usûlü olarak açık artırma ile satışların artık elektronik ortamda Satış Portalı üzerinden yapılması usûlü düzenlenmiştir.

Çalışmada öncelikle çevrimiçi satış usûlünün amacı ve hukukî niteliği incelenecek, daha sonra çevrimiçi satış usûlünün şartları ve süreci üzerinde durulacaktır.

### Keywords

*Law No. 7343,  
Online Sale,  
Auction,  
Electronic Sale,  
Liquidation.*

### Abstract

In this study, the method of “selling by electronic auction”, which was added to the Enforcement and Bankruptcy Law with the “Law on the Amendment of the Execution and Bankruptcy Law and Some Laws” numbered 7343, was examined. In accordance with Article 111/b added to the Enforcement and Bankruptcy Law, the sale of the seized property is carried out through auction on the Electronic Sales Portal integrated into the National Judicial Network Information System.

The target in the sale of goods confiscated through forcible enforcement is to sell at the highest possible value, thus repaying the creditor and freeing the debtor from his debt. In these sales made to satisfy the creditors, it is necessary to act in order to reach the desired targets. The number of people who have the idea to buy, reached within the scope of the sales through face-to-face auctions, and the audience who can submit an offer for the sale in the online sales method and will be involved in the process, are considerably different. For this reason, the legislator has regulated the method of making auctions and sales via the Sales Portal electronically, as a sales method in which the bailiff can earn higher income with less expense.

In the study, first of all, the purpose of the online sales method and its legal nature will be examined. Then, the conditions of the online sales method and the procedure will be emphasized.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 14.12.2022, Kabul Tarihi: 27.02.2023.

## GİRİŞ

Türk icra ve iflâs hukuku sisteminde alacaklıların, borçlunun icra takibi doğrultusunda haczedilen malları üzerinden doğrudan tatmin edilmesi, diğer bir ifadeyle bu malların doğrudan alacaklıya teslimi ile takibin sonlandırılması kabul edilmemiştir. İcra ve İflâs Kanunu'nda<sup>1</sup> (İİK) öngörülen haciz ile haczedilmiş olan malların alacaklıya teslimi veya devri amaçlanmamaktadır. İcra ve İflâs Kanunu kapsamındaki haczin amacı, haczedilen malların satılarak paraya çevrilmesi ve elde edilen para ile alacaklının tatmin edilmesidir.

Türk hukukunda 1932 tarihinde yürürlüğe giren 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda haczedilen malların açık artırma usûlü ile mezat salonlarında satışı düzenlenmekte idi ancak yapılacak olan açık artırmaların çevrimiçi satış ortamlarında, çevrimiçi müzayede sitelerinde ve benzeri platformlarda gerçekleştirilebilmesine olanak sağlayan açık bir düzenleme mevcut değildi. 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Ertelenmesi Hakkında Kanun<sup>2</sup> m. 24 ile İİK m. 114'te, m. 29 ile İİK m. 126'da değişiklikler yapılarak satış ilanının elektronik ortamda da yapılacağı, açık artırmaya elektronik ortamda teklif verme yoluyla başlanacağı düzenlenmiş ve karma bir usûle geçilmişti. Karma usûlde yaşanan sorunlar ve bunlar nedeniyle meydana gelen hak kayıplarını önlemek için elektronik ortamda teklif vermeye başlayıp fizikî ortamda devam eden açık artırma suretiyle satış usûlünden vazgeçilmiştir. Bu çerçevede uygulama birliğini de sağlamak amacıyla 7343 sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun<sup>3</sup> m. 13 ile İİK'ya eklenen "Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış" başlıklı m. 111/b düzenlemesiyle haczedilen malların çevrimiçi ortamda satış usûlü getirilmiştir.

Türk hukukunda haczedilen malların satışı ve alacaklının borç yönünden tatmin edilmesi açık artırma ile satış (İİK m. 114 vd.), pazarlık yoluyla satış (İİK m. 119), alacakların devri (İİK m. 120) ile intifa hakkı ve hisse satışı (İİK m. 121) usûlleri ile gerçekleştirilmekteydi. 7343 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikler sonrası haczin ardından alacaklıları borç yönünden tatmin etme usûlü olan açık artırma ile satış elektronik ortamda satış usûlüne dönüştürülmüş (İİK m. 111/b) ve yeni bir usûl olarak borçluya satış yetkisi verilmesi (İİK m. 111/a) yöntemi getirilmiştir. Kanun'da düzenlenen bu usûller, alacaklının borcuna kavuşması yolunda kolaylıklar sağlanmasına ve değişen hayat koşulları dikkate alınarak güncel imkânların icra iflâs hukuku alanında da kullanılmasına hizmet etmektedirler.

Bu çalışmada alacaklının satış talebi üzerine icra memurları tarafından uygulanan satış usûlleri noktasında -özellikle Almanya ve İsviçre hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ve uygulamalardan da yararlanılarak- çevrimiçi satışın amacı, bu usûlün avantajları ve verimli şekilde uygulanma yöntemleri, icra hukukuna etkileri üzerinde durulmuştur.

## I. E-SATIŞ DÜZENLEMESİNİN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile İİK'ya eklenen 111/b maddesi birinci fıkrasına göre "*Haczolunan malın satışı, Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemine entegre elektronik satış portalında açık artırma suretiyle yapılır*"<sup>4</sup>. Yapılan düzenlemenin Kanun'un tamamında uyumlu olmasını sağlamak amacıyla İİK'da iflâsta artırma suretiyle satışın şartlarını düzenleyen 244. maddesinde yer alan atıf hükümlerinde de değişiklik yapılmıştır<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> 19.06.1932 tarihli ve 2128 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> 05.07.2012 tarihli ve 28344 sayılı Resmî Gazete.

<sup>3</sup> 30.11.2021 tarihli ve 31675 sayılı Resmî Gazete.

<sup>4</sup> İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi, TBMM Adalet Komisyonu tarafından değişiklik yapılmadan aynı şekilde kabul edilmiştir. Kanun Teklifi ve Adalet Komisyonu Raporu için bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss285.pdf> (ET: 04.05.2022).

<sup>5</sup> Adalet Komisyonu Raporu, s. 18.



Değişiklik ile ihale sürecinin tamamen elektronik ortamda<sup>6</sup> yapılmasını sağlamak hedeflenmiştir ve bu değişikliğe geçişin aşamalı olarak uygulanmasına yönelik hükümler ihdas edilmiştir. 7343 sayılı Kanun m. 33 ile İİK'ya eklenen geçici m. 18'de, İİK m. 111/b'nin uygulanmasına ilişkin yönetmeliğin düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde çıkarılacağı öngörülmüş ve 8 Mart 2022 tarihinde "İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usûlü Hakkında Yönetmelik"<sup>7</sup> (E-Satış Yön.) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Mevzuatta yapılmış olan bir değişikliğin veya getirilmiş olan yeni bir düzenlemenin ne zaman yürürlüğe gireceği kanun koyucu tarafından belirlenebilir. Belirlenen yürürlüğe girme tarihi, düzenlemenin uygulanması ile her zaman örtüşmek zorunda değildir. Kanunun zaman bakımından uygulanması ile yürürlüğe girmesi aynı anlama gelmediği için yürürlüğe giren bir düzenleme aynı tarihte uygulanmaya başlamıyor olabilir. Usûl hukukunda yapılacak değişiklikler için kural olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>8</sup> (HMK) m. 448'de düzenlenmekte olan derhâl uygulanma ilkesi geçerlidir<sup>9</sup> ancak kanun koyucunun zaman bakımından uygulanma noktasında özel bir düzenleme yapma yetkisi de bulunmaktadır<sup>10</sup>. İİK'da ise HMK m. 448'e karşılık gelen genel bir zaman bakımından uygulanma düzenlemesi bulunmamaktadır ve buradaki boşluğu doldurmak için HMK m. 448 düzenlemesi genel hüküm olarak kıyasen uygulanabilir<sup>11</sup>.

İİK m. 111/b düzenlemesinin ne zaman uygulanmaya başlayacağına dair kanun koyucu düzenleme yapma yetkisini kullanarak derhâl uygulanma ilkesinden ayrılmıştır<sup>12</sup>. İİK geçici m. 18'e göre elektronik ortamda açık artırma suretiyle satışa dair İİK m. 111/b düzenlemesi ve bu kapsamda yapılan diğer değişiklikler, yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Adalet Bakanlığı'nca belirlenen il veya ilçelerde uygulanmaya başlar ve değişiklikler en geç bir yılın sonunda ülke genelinde uygulanır. İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usûlü Hakkında Yönetmelik 08.03.2022 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve Adalet Bakanlığının resmî internet sitesinde yapılan duyurulara göre ilk olarak Ankara Batı Adliyesi (mülhakatlar hariç) yargı çevresinde 15.03.2022 tarihi itibarıyla<sup>13</sup>; sonrasında Ankara, Kayseri ve Bursa illeri ile bu illerin ilçelerinde 01.06.2022 tarihi itibarıyla<sup>14</sup>; Antalya, Aydın, Gaziantep, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun ve Van illeri ile bu illere bağlı olan

<sup>6</sup> Elektronik ortama dair detaylı açıklamalar için bkz. KAZMAZ TEPE, Büşra: *İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 19 vd.

<sup>7</sup> 08.03.2022 tarihli ve 31772 sayılı Resmî Gazete.

<sup>8</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>9</sup> "Yargılama (usûl) hukukuna ilişkin değişiklikler ise "derhâl uygulanma" kuralına tâbidir. Bu ilkenin benimsenmesinin nedeni ise bu kanun hükümlerinin kamu düzeni ile yakından ilgili olduğu, daima eskisinden daha iyi ve amaca en uygun olduğu fikri ile kanun koyucunun, fertlere ait olan hakların yeni usûl hükümleri ile daha önce yürürlükte olan kısımdan daha iyi ve daha adil korunacağına ilişkin inancıdır (Yargıtay, HGK, T. 18.01.2012, E. 2012/13-701, K. 2012/6). Kural olarak bireylerin usûl kurallarının değişmeyeceğine olan güvenleri korunmaz. Buna göre her usûl işlemi, işlem tarihinde yürürlükte olan kanuna göre yapılır. Derdest bir davada önceki kanuna göre tamamlanmış işlemlerin yeni kanuna göre tekrarlanmasına gerek yoktur. Yeni usûl kanunu, yürürlüğe girmeden önce açılmış olan davalarda tamamlanmamış işlemlere uygulanır. Bu nedenle yargılama esnasındaki her usûl işlemi ayrı ayrı değerlendirilmeli, bunların tamamlanmış olanları için yeni usûl kanunu uygulanmamalıdır. Derhâl uygulama ilkesi, usûl kanunlarının geçmişe uygulandığı anlamında yorumlanmamalıdır. Bu nedenle kazanılmış hak ihlalinde de söz edilemez." Yargıtay, İBBGK., T. 13.04.2018, E. 2016/2, K. 2018/4 (Lexpera, ET: 10.05.2022).

<sup>10</sup> Derhâl uygulanma ilkesi için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Sema: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 40 vd.; PEKCANİTEZ, Hakan: *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, Cilt I*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 43. vd.; BERKİN, Necmettin M.: "Usûle İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı", *Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, s. 165-171; ÖZEKES, Muhammet: "Özel Hukuk - Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibarıyla Uygulanması", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2871 vd.; PEKCANİTEZ, Hakan: "Medenî Usûl Hukuku'nda Görev Kurallarının Zaman İtibarıyla Uygulanması", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Sayı 2, s. 181 vd.

<sup>11</sup> PEKCANİTEZ, Hakan / ERİŞİR, Evrim: "6352 Sayılı Kanun'la İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibarıyla Uygulanması", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, Cilt 86, Sayı 6, s. 17; PEKCANİTEZ, Hakan / AKKAN, Mine: "7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Cilt 35, Sayı 160, s. 259-297.

<sup>12</sup> PEKCANİTEZ / AKKAN, s. 268.

<sup>13</sup> İlgili duyuru için bkz. <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/elektronik-ortamda-yapilacak-satislara-iliskin-duyuru10032022104700> (ET: 16.11.2022).

<sup>14</sup> İlgili duyuru için bkz. <https://iidb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeliği-ve-tarifenin-uygulanmasına-dair-duyuru23052022043721> (ET: 16.11.2022).

ilçelerde 01.09.2022 tarihi itibarıyla<sup>15</sup>; İstanbul ili ile bu ile bağlı olan ilçelerde 01.11.2022 tarihi itibarıyla<sup>16</sup> ve en son ülke genelinde henüz uygulamaya geçilmeyen tüm il ve ilçelerde 02.01.2023 tarihi itibarıyla<sup>17</sup> ilanı yapılacak artırımlar hakkında İİK m. 111/b hükmü uygulanmaya başlanmıştır. Ülke kapsamında yeknesak uygulamaya geçiş sürecinde İİK m. 111/b hükmü uygulamasına geçilmeyen yerlerde haczedilen malların satışı için önceki hükümler kapsamında elektronik ortamda teklif verme ve fizikî ortamda artırma usûlü devam ettirilmiştir<sup>18</sup>.

İİK m. 111/b hükmünün uygulanması için hem malın haczedilme tarihi hem de artırma ilanına çıkma tarihi esas alınmıştır. İİK geçici m. 18/2-1'e göre uygulamaya başlanan il ve ilçelerde uygulama tarihinden önce haczedilen malların değişiklik öncesi hükümler kapsamında satışı yapılacaktır. İİK geçici m. 18/2-2'ye göre ise geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırımlar için İİK m. 111/b ve bu hüküm doğrultusunda değiştirilen artırma usûlüne dair diğer düzenleme hükümleri uygulanacaktır. Görüldüğü üzere kanun koyucu ilk olarak haciz tarihini esas almış ancak buna da istisna getirmiştir: Uygulamaya geçiş tarihinden önce haczedilmekle birlikte bu tarihten sonra artırma ilanı yayımlanacak olan durumlarda da İİK m. 111/b'nin uygulanmasını öngörmüştür. Ayrıca İİK geçici m. 18/2-4'e göre geçiş tarihinden önce artırma ilanına çıkmış olsa da ihalesi gerçekleştirilmeyen haczedilen mallara dair yeniden satış talebi üzerine yapılacak açık artırımlar için de değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanacaktır. Kanun koyucunun böyle bir düzenleme yapmasındaki amacı, bir an önce yeknesak olacak şekilde elektronik ortamda satış usûlünün uygulanmasıdır. Son durumda sadece uygulamaya geçilmeyen yerlerde haczedilen mallar ile uygulamaya geçilse dahi geçiş tarihinden önce haczedilen ve artırma ilanına çıkılan malların satışı için değişiklikten önceki hükümler uygulanmaktadır.

## II. SATIŞ, AÇIK ARTIRMA YOLUYLA SATIŞ VE E-SATIŞ KAVRAMLARI

Türk icra hukuk sisteminde alacaklı ile borçlu tarafından aksi kararlaştırılmadıkça<sup>19</sup> alacaklının alacağı, borçlunun haczedilen mallarının aynen alacaklıya verilmesi suretiyle ödenmez. Alacaklının alacağının para ile ödenmesi kuraldır. Cebri icra sürecinde borçlunun haczedilen malları, kural olarak, talep üzerine satılır ve bedeli ile alacaklının alacağı ödenir<sup>20</sup>. Takip kapsamındaki borcun alacaklısı veya borçlusu satış yapılmasına dair talepte bulunabilir (İİK m. 107, m. 113/1). Ancak icra hukuku alanında da tasarruf ilkesi geçerli olduğu için icra dairesi kural olarak kendiliğinden haczedilen malların satışını gerçekleştiremez<sup>21</sup>. Öte yandan kanun koyucu buna bir istisna getirerek haczedilmiş olan malların değerinin sürekli düşmesi veyahut malların muhafazasının masraflı olması durumlarında taraf menfaatlerinin korunabilmesi için icra müdürünün talep olmaksızın malların satışına karar verebileceğini öngörmüştür (İİK m. 113/2).

<sup>15</sup> İlgili duyuru için bkz. <https://iadb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeliginin-uygulanmasina-dair-duyuru25082022024708> (ET: 16.11.2022).

<sup>16</sup> İlgili duyuru için bkz. <https://iadb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeliginin-uygulanmasina-dair-duyuru19102022120128> (ET: 16.11.2022).

<sup>17</sup> İlgili duyuru için bkz. <https://iadb.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/e-satis-yonetmeliginin-uygulanmasina-dair-duyuru27122022014050> (ET: 11.01.2023).

<sup>18</sup> PEKCANITEZ / AKKAN, s. 270.

<sup>19</sup> Malvarlığı terki suretiyle konkordato, alacaklının parayla tatmin edilmesi ilkesinin istisnası oluşturmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 732 vd.; ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Ali: *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019, s. 32 vd.; DURAK, Yasemin: "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 6, s. 338 vd.

<sup>20</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 389; YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 255-261; KARSLI, Abdurrahim: *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 418; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 277; YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 609 vd.; KODAKOĞLU, Mehmet: "İcra ve İflâs Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması", *Medeni Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2021, Cilt 17, Sayı 49, s. 529; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 215; BERKİN, Necmettin M.: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (1969), s. 124-125.

<sup>21</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 277; AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 227.

Borçlunun haczedilen malının para olduğu durumlarda (İİK m. 88/1) paraya çevirme aşamasına gerek kalmaksızın paraların paylaşılmasına geçilir (İİK m. 138-144). Cebri icra sürecinde haczedilen malın para dışında bir şey olduğu durumlarda ise bunun paraya çevrilmesi, diğer bir ifade ile satılması gerekmektedir<sup>22</sup>. İİK’da paraya çevirme başlığı altında düzenlenen maddelerde genel olarak “satış” kavramı kullanılmaktadır. Burada kullanılmakta olan satış kavramı temel ve ilk akla gelen anlamından ayrılmaktadır. Satış denilince, borçlar hukuku kapsamında satış sözleşmesi çerçevesinde satıcı ile alıcı arasında yapılan ve bir malın mülkiyetinin alıcıya verilmesi ve bunun karşılığında bir fiyat, bir değer alınması yoluyla yapılan işlem<sup>23</sup> akla gelmektedir. Ancak İİK’da satış kavramı, cebri icra tasarrufu ile borçlunun haczedilmiş mallarının paraya çevrilmesi anlamında kullanılmaktadır<sup>24</sup>. Bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu’nun<sup>25</sup> (TBK) ikinci kısım birinci bölümünde düzenlenen satış sözleşmesine dair hükümlerin cebri icra süreçlerinde açık artırma usûlü ile gerçekleştirilen satışlar açısından doğrudan uygulanması mümkün değildir<sup>26</sup>. Diğer bir ifade ile İİK hükümlerine göre yapılan açık artırma sonucunda TBK anlamında bir satış sözleşmesi yapılmamaktadır<sup>27</sup>. TBK’deki satış sözleşmelerine dair hükümler, İİK’da açık artırma usûlü düzenlemeleri açısından sadece tamamlayıcı nitelikte kabul edilebilirler<sup>28</sup>.

Açık artırma yoluyla satış TBK m. 274’te “... yeri, zamanı ve koşulları önceden belirlenerek, hazır olanlar arasından en yüksek bedeli öneren ile yapılan satıştır.” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu hükme göre önceden belirlenen şartlara uygun olarak satış süreci başlatılmakta, süreçte ilgililer tekliflerini sunmakta ve en yüksek bedelli teklif sunan kişiye ihale edilmesi ile satış sözleşmesi kurulmaktadır (TBK m. 275)<sup>29</sup>. TBK’da tanımlanan bu satış usûlü İİK’da değişiklik yapılmadan önce açık artırma yoluyla satış olarak uygulanmakta olan usûlün temelini oluşturmaktaydı.

İİK’da e-satış düzenlemesi yapılmadan önce satış kavramı, fizikî ortamda açık artırma usûlü ile haczedilen malların satışını karşılamak üzere kullanılmaktaydı. Her ne kadar 6352 sayılı Yargı Hizmetlerinin Etkinleştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması ve Basın Yayın Yoluyla İşlenen Suçlara İlişkin Dava ve Cezaların Erteleme Hakkında Kanun ile İİK’da yapılan değişiklikler ile satış işlemi için teklif verme usûlü elektronik ortamda başlasa da haczedilen mala dair son teklifler fizikî ortamda verilmekte ve süreç mezar salonlarında devam ederek tamamlanmaktaydı.

Çevrimiçi artırmalar, bir açık artırma firmasının satış konusu yapılan malları kendi adına satışı sunması yahut bu firmanın satıcı ile potansiyel alıcılar arasında açık artırma yapılabilmesini sağlayacak elektronik platform sunması ile satış sözleşmelerine aracılık etmeleri şeklinde gerçekleştirilen artırmalardır<sup>30</sup>. Cebri icra sürecinde elektronik ortamda satış ise takip kapsamında haczedilmiş bir malın, zaman mefhumu olmaksızın, 7/24 hizmet veren ve dijital ortamda bulunan Satış Portalı vasıtasıyla en yüksek teklif sunan alıcıya ihale edilmesi ve karşılığında bir fiyat, bir değer alınması yoluyla yapılan satış yöntemi olarak tanımlanabilir. E-Satış Yön. m. 3’te yapılan tanıma göre elektronik satış, UYAP’a<sup>31</sup> entegre Elektronik Satış Portalı üzerinden İcra ve İflâs Kanunu hükümleri çerçevesinde açık artırma suretiyle yapılan satışlardır.

<sup>22</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 389.

<sup>23</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 03.05.2022); EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 26.

<sup>24</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 389.

<sup>25</sup> 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete.

<sup>26</sup> YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 265.

<sup>27</sup> KAZMAZ TEPE, s. 25.

<sup>28</sup> SADIOĞLU, Fikriye Ceren: *Artırma Yoluyla Satış*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 2; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 237.

<sup>29</sup> EREN, s. 233; KAZMAZ TEPE, s. 21; ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 251; SADIOĞLU, s. 11.

<sup>30</sup> ŞENOCAK, Zariye: “İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 93. İnternet ortamında artırımın türlerine dair detaylı bilgi için bkz. SADIOĞLU, s. 309.

<sup>31</sup> Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) hakkında detaylı açıklamalar için bkz. KAZMAZ TEPE, s. 30.

Elektronik ortamda açık artırma ile satış, diğer bir adlandırma ile e-müzayede, özel hukuk alanında bilinen ve uygulamasına başvuru yöntemleridir<sup>32</sup>. İİK m. 111/b düzenlemesi ile cebri icra süreci kapsamında haczedilen malların paraya çevrilmesi usûlü olan satış yönteminin artık tamamen elektronik ortamda yapılması öngörülmüştür. Elektronik ortamda satışın e-ticaret siteleri, çevrimiçi satış siteleri, çevrimiçi müzayede siteleri ve benzeri platformlarda gerçekleştirilmesi mümkün olmakla birlikte kanun koyucu sürecin sağlıklı işleyişini, güvenliğini ve uygulamada birliği sağlamak adına UYAP sistemine entegre Portal'da açık artırma usûlünün yürütülmesini öngörmüş ve alternatif platformlarda çevrimiçi satışın gerçekleştirilmesini istememiştir.

### III. E-SATIŞIN AMAÇLARI

7343 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler öncesinde uygulanmakta olan karma usûlden kaynaklanan sorunlar ve meydana gelen hak kayıplarına çözüm bulmak için kanun koyucu yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı hissetmiştir. İİK m. 111/b düzenlemesi ile bu karma usûl terk edilmek istenmekte ve yeknesaklık için tamamen elektronik ortamda satış usûlüne geçmek amaçlanmaktadır. Öğretide, elektronik ortamda satış usûlünün yapılacak yerinde düzenlemeler ve gerçekleştirilecek iyi bir uygulama ile şeffaflık, yeknesaklık, kolaylık, verimlilik sağlanması ve ilgili kişilerin katılımını artırma gibi birçok olumlu yönünün bulunup yararlı olacağını düşünen görüşler<sup>33</sup> mevcuttur. Bu görüşlerin yanı sıra tek satış yönteminin çevrimiçi açık artırma usûlü ile satış olarak düzenlenmesi, internet ortamının kırsal kesimlerde sınırlı olması ile açık artırma sırasında yaşanabilecek teknik problemler gibi sorunların yaşanması ihtimali değerlendirildiğinde ve hem alacaklının hem de borçlunun menfaatini gözetme amacı dikkate alındığında uygun bir tercih olmadığını belirtilerek eleştiren görüşler<sup>34</sup> de bulunmaktadır. Kanaatimizce tek usûl olarak çevrimiçi açık artırma yoluyla satış düzenlemek yerine, gerek bölgesel gerekse teknik sebeplerle zorunlu olduğu tespit edildiği hâllerde icra memuruna fizikî artırmayı tercih etme hakkı tanınmalıydı. Ayrıca fizikî açık artırmaya daha çok katılımın sağlanabileceği öngörülen durumlarda icra memurunun elektronik ortamda pey sürme ve devamında mezar salonlarında yapılan açık artırma ile satış yapılabilmesine karar verebilmesi mümkün olmalıydı. Satılacak malın değeri, katılımcı çeşidi, çevrenin genişliği dikkate alınarak çevrimiçi satış ya da fizikî satıştan birini açık artırma türü olarak belirleme yetkisinin icra memurlarına bırakılmasının daha yerinde olacağı, elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış yöntemini eleştiren görüş tarafından da belirtilmektedir<sup>35</sup>. Öğretideki benzer bir diğer görüşe göre de tarafların ve kamu yararının bir gereği olarak açık artırma şeklini veya alternatif artırma tarzını belirlemeye yönelik takdir yetkisinin cebri icra organına verilmesi ve mevzuatta bu yönde değişiklik yapılması gerekmektedir<sup>36</sup>.

Elektronik ortamda açık artırma yapılması nitelik olarak çevrimiçi ortamlarda karşılaşılabilecek bilişim sisteminin işleme hâle getirilmesi, sisteme izinsiz girişler, sistemin kopyalanması veya taklit edilmesi gibi güvenlik sorunlarının ortaya çıkma ihtimalini içinde barındırmaktadır. Bu noktada gerekli idarî tedbirlerin alınması, uygulayıcıların özenle eğitilmesi, ciddi bir denetim sisteminin kurulması gerektiği öğretilde ifade edilmektedir<sup>37</sup>.

<sup>32</sup> ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhâlenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", *Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 149, Sayı 68, s. 421; ŞENOCAK, s. 98-101.

<sup>33</sup> YARDIM, Mehmet Ertan: "İcra ve İflâs Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 2021 (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, ET: 01.12.2022); AYDEMİR, Fatih: "7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 'Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satış' Hakkındaki Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Yayını, Erzincan, 2022, s. 231.

<sup>34</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 219.

<sup>35</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 219.

<sup>36</sup> ÇELİKOĞLU, s. 427.

<sup>37</sup> YARDIM, Mehmet Ertan: "İcra ve İflâs Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 2021 (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, ET: 01.12.2022).

Kanun koyucuya göre İİK m. 106 ve devamında öngörülen haczedilen malların paraya çevrilmesine dair düzenlemeler, icra sürecinde yer alan kişilerin menfaatleri doğrultusunda ve her şeyden önce alacaklıyı memnun etmek amacıyla mümkün olan en yüksek kazancı elde etmeye hizmet etmelidir<sup>38</sup>. En yüksek geliri elde etmenin yanı sıra hacizli malların daha kısa sürede ve daha az masrafla paraya çevrilmesi de kanun koyucunun amaçları arasındadır<sup>39</sup>. Bu amaçlara ulaşmak için değişiklik öncesi öngörülen fizikî ortamda yapılan açık artırma süreçlerinin yetersiz olması ve paraya çevirme işlemlerinin tamamen sanal ortamda gerçekleştirilmek istenmesi<sup>40</sup> nedeniyle İİK m. 111/b ve devamında öngörülen elektronik ortamda açık artırma usûlü ile yapılan satış usûlüne geçilmiştir.

Elektronik ortamda yapılan çevrimiçi açık artırmaların avantajı, çok büyük bir kitleye ulaşılması ve teklif verme zamanlarının çok daha esnek olmasına olanak sağlamasıdır<sup>41</sup>. Bu kapsamda bilişim teknolojilerinin kullanımına cebri icra sürecinde daha fazla yer verilerek daha etkin bir cebri icra hizmetinin sağlanması da kanun koyucunun bir diğer amacıdır<sup>42</sup>. Yüz yüze, müzayede salonlarında yapılan cebri icra sonrası açık artırmaların ilanı yurt düzeyinde yapılırsa da teklif verenler genellikle bölge veya il düzeyi ile sınırlı kalmakta, halk tarafından ve dolayısıyla potansiyel teklif sahipleri tarafından yeterince katılım sağlanamamaktadır. Öte yandan, elektronik ortamda gerçekleştirilen açık artırmalar herkese açıktır<sup>43</sup> ve bu açık artırmalardan haberdar olan kitle çok daha fazladır<sup>44</sup>. Ulaşılabilecek hedef kitlenin büyüklüğü de göz önüne alındığında, internet üzerinden satışlardan olabilecek en iyi satış sonucuna ulaşılması beklenebilir<sup>45</sup>.

Çevrimiçi müzayede platformları ile ulaşılan kişi sayısının fazla olması, satışı mümkün olan en yüksek bedel üzerinden gerçekleştirmeyi de vaat etmektedir. Ayrıca bu platformların düşük işlem maliyetleri nedeniyle de tercih edilmesi söz konusudur. Özellikle de hızlı bir değer kaybına maruz kalan tüketim mallarının satışı için hem uygun maliyetli olması hem de hızlı satışa olanak sağlaması nedeniyle fizikî açık artırma usûlüne nazaran çevrimiçi açık artırma satışı daha uygun bir yöntemdir. Diğer taraftan genel olarak potansiyel alıcı çemberi internet ortamında geniş olduğu için, bugün internet üzerinden alıcı bulamayan neredeyse hiçbir şey yoktur. Örneğin açık artırmalarda alan adları, antikalar, sanat eserleri veya araba plakaları satılmaktadır<sup>46</sup>. Bu niteliği nedeniyle de çevrimiçi açık artırma platformlarının kullanımına geçiş kaçınılmaz olmuştur.

Yapılan ilanlar ile açık artırmadan haberdar olunsada dahi fiziken müzayede salonunda bulunulması zorunluluğu, çoğu kişiyi teklif vermekten alıkoymaktadır. Ancak çevrimiçi açık artırmalarda, müzayede salonuna gitme zorunluluğu ve dolayısıyla seyahat etmeye gerek olmaması sebebiyle ilgili kişiler, sürece katılmak için daha az çaba sarf etmektedirler. Bu nedenle de çevrimiçi açık artırmalar, müzayede salonlarında yapılan açık artırmalara nazaran daha caziptir. Katılmak isteyen kişiler, ilanda belirtilen tarihler arasındaki günlerde yirmi dört saat boyunca ve dünyanın herhangi bir yerinden tekliflerini

<sup>38</sup> KALE, Serdar: “İcra İflâs Hukukunda Online Satış”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022); GRUBER, Urs: “ZPO § 814 Öffentliche Versteigerung”, (Hrsg.) KRÜGER, Wolfgang / RAUSCHER, Thomas: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: §§ 355-945b*, 6. Baskı, C.H. Beck, München, 2020 (Yazar, MüKoZPO), Rn. 2.

<sup>39</sup> AYDEMİR, Dilek: “7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile “İhalenin Feshi” Konusunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Yayını, Erzincan, 2022, s. 227.

<sup>40</sup> AYDEMİR, s. 227.

<sup>41</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 2; KAZMAZ TEPE, s. 40; ŞENOCAK, s. 93; KALE, Serdar: “İcra İflâs Hukukunda Online Satış”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>42</sup> AYDEMİR, s. 227.

<sup>43</sup> ŞENOCAK, s. 94; SADIÖĞLU, s. 318.

<sup>44</sup> REMMERT, Andreas / GLADBACH, Bergisch: “Das Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2009, Sayı 35, s. 2572; KALE, Serdar: “İcra İflâs Hukukunda Online Satış”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>45</sup> STAIBLE, Dominic: “Online-Versteigerungen in Betreibungs- und Konkursverfahren”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)*, 2021, Sayı 54, s. 524.

<sup>46</sup> STAIBLE, s. 523-524; SADIÖĞLU, s. 46.

verebilir. Yüz yüze yapılan açık artırmalar ise birçok teklif vermek isteyen kişinin katılım gösteremeyeceği olağan iş saatlerinde gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle de açık artırmanın gerçekleştiği sırada mesai saatlerinde olan birçok kişi sürece katılım gösterememektedir<sup>47</sup>.

Elektronik ortamda yapılacak açık artırmalar, katılımcıların yanı sıra icra organları açısından da fizikî ortamda gerçekleştirilen müzayedelere nazaran daha kolay ve rahattır, süreçte çalışan kişi sayısı azaldığından cebri icralardaki iş yükünün fazlalığı sorunu ile de mücadele edebilir mahiyettedir<sup>48</sup>.

Çevrimiçi açık artırma ile satışlarda genişletilmiş bir teklif veren gruba ulaşılması ve teklif verme sürelerinin esnekliği, önemli ölçüde büyük bir açık artırma başarısı elde edilmesini sağlar. Bu başarı hem açık artırma konusu yapılarak satılabilecek hacizli mal sayısı hem de her bir mal için elde edilen gelir açısından geçerlidir. Cebri icra sürecindeki alacaklı ve borçlular da bu başarının sonuçlarından eşit olarak yararlanır. Sürecin verimli geçmesi üzerine alacaklı alacağına daha hızlı ulaşır ve daha fazla tatmin edilebilir. Borçlu da hacizli malının daha yüksek bedelden satılması hâlinde diğer mallarının haczedilerek satılmasından kurtulur<sup>49</sup>.

Alman hukukunda 19 Haziran 2009'da Federal Meclisin "Cebri İcrada İnternette Açık Artırma ve Diğer Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"u kabul etmesi üzerine 5 Ağustos 2009'da yürürlüğe girerek uygulanmaya başlayan çevrimiçi açık artırma ile satış usûlü, Kuzey Ren-Vestfalya'da başarılı şekilde uygulanmış ve çevrimiçi açık artırmanın avantajları bu eyalette deneyimlerle doğrulanmıştır<sup>50</sup>. Türk hukukunda ise Ankara, Kayseri ve Bursa illeri ile bu illerin ilçelerinde 01.06.2022; Antalya, Aydın, Gaziantep, Kocaeli, Konya, Mersin, Samsun ve Van illeri ile bu illere bağlı olan ilçelerde 01.09.2022; İstanbul ili ile bağlı olan ilçelerde 01.11.2022 itibarıyla ilanı yapılacak artırmalar hakkında uygulanmaya başlayan çevrimiçi açık artırma usûlünün, müzayede salonlarında yapılan açık artırmalara nazaran daha avantajlı olduğu deneyimlenmeye başlanmıştır ve en son olarak da ülke genelinde henüz uygulamaya geçilmeyen tüm il ve ilçeler 02.01.2023 tarihi itibarıyla çevrimiçi açık artırma usûlü uygulama kapsamına dâhil edilmiştir.

Özetle kanun koyucunun İİK m. 111/b ve devamındaki düzenlemeleri yapmaktaki amacı; mahcuz malın en az giderle ve en yüksek bedelle satılması için çok sayıda kişinin teklif verebilmesi, teklif verenlerin hukukunun korunması, elektronik satış işlemlerinin gerçekleştirileceği sistemin sağlıklı bir şekilde işleyişinin ve güvenliğinin sağlanması, hak kayıplarının önlenmesi ve uygulama birliğinin sağlanmasıdır<sup>51</sup>.

#### IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ SATIŞ DÜZENLEMELERİ

##### A. Genel Olarak

Çalışmanın bu bölümünde Almanya, Avusturya ve İsviçre hukukundaki cebri icra süreçlerinde uygulanmakta olan açık artırma satış usûlleri üzerinde durulmuştur. Bu satış usûllerine dair ilgili hukuk sistemlerindeki mevzuat düzenlemelerine değinilmiş ve Türk hukuk sisteminden farklı olan hususlara genel hatları ile vurgu yapılmıştır.

<sup>47</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2572; KAZMAZ TEPE, s. 40-41. Açık artırma sürecine mesai saatleri veya benzeri nedenler ile katılmayacak kişilere danışmanlık ve avukat aracılığı ile açık artırmaya katılma hizmetini üyelik ücreti karşılığında veren internet siteleri mevcuttur. Örneğin bkz. <https://www.icralik.com/nasil-calisir>, <https://www.icraburada.com/>, <https://www.ihaleden.com/> (ET: 08.12.2022). Elektronik Satış Portalı üzerinden bu sitelerin vermiş olduğu hizmete artık erişim ücretsiz sağlanabildiği ve istenilen her saatte teklif verildiği için bu tür internet sitelerine ihtiyaç kalmamıştır.

<sup>48</sup> ÇELİKOĞLU, s. 423-424.

<sup>49</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2572.

<sup>50</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2572.

<sup>51</sup> Adalet Komisyonu Raporu, s. 13; KARSLI, s. 422-423.

## B. Alman Hukuku

İcra hukuku kapsamında cebri icrada haczedilen taşınır malların satışı Alman Medeni Usûl Kanunu'nun (*Deutsche Zivilprozessordnung*—dZPO) 814'üncü paragrafında ve devamında düzenlenmiştir<sup>52</sup>. dZPO § 814'teki düzenlemenin ilk fıkrasına göre haczedilen mallar icra memuru tarafından açık artırmayla satılır ve haczedilen şey bir değerli eşya ise açık artırmadan önce bir bilirkişi tarafından değerlendirilir. İkinci fıkrada açık artırma şekilleri öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre icra memurunun takdirine bağlı olarak haczedilen mala dair açık artırma, fizikî ortamda açık artırma olarak veya internette genel olarak erişilebilir bir açık artırma platformu aracılığıyla açık artırma olarak yapılabilir. Üçüncü fıkrada ise ikinci fıkranın ikinci bendine göre çevrimiçi açık artırma söz konusu olduğunda eyalet yönetimlerinin yasal düzenleme ile belirleyecekleri hususlar belirtilmiştir<sup>53</sup>. Bu kapsamda her bir eyalet yönetimi yapacağı yasal düzenlemede açık artırmaya izin verilen zamanı, açık artırmanın yapılacağı platformu, isteklilerin açık artırmaya kabulü ve isteklilerin açık artırmaya katılma başvurularının reddedilmesi şartlarını<sup>54</sup>, açık artırmanın başlangıcı, bitişi ve iptali, dZPO § 806'ya göre garanti dışı bırakma hakkında katılımcılara bilgi verilmesi de dâhil olmak üzere açık artırma koşulları ve açık artırmanın diğer yasal sonuçları, borçlunun kişisel bilgilerinin yayımlanmadan önce anonim hâle getirilmesi ve isteklilerin verilerinin anonim hâle getirilebilme imkânı ve uyulması gereken diğer özel prosedürleri belirleyebilmektedir<sup>55</sup>.

Türk hukukunda açık artırma işlemi noktasında köklü bir usûl-şekil değişikliği yapılarak mezar salonlarında yüz yüze yapılmakta olan ihale aşaması, elektronik ortamda gerçekleştirilen açık artırma teklif aşaması ile birleştirilip tamamen elektronik ortama taşınmıştır<sup>56</sup>. Diğer bir ifade ile Türk hukukunda değişiklik yapılmadan önce uygulanan mezar salonlarında yapılan açık artırma usûlü, değişiklik ile çevrimiçi satış usûlüne dönüştürülerek cebri icra sonrası açık artırmalar için tek bir yöntem hâline getirilmek istenmektedir. Alman hukukunda çevrimiçi satış ile açık artırma usûlü, tek bir satış yöntemi değildir; yüz yüze yapılan açık artırma yöntemine bir alternatiftir. Bu kapsamda dZPO çerçevesinde yapılan haciz sonrası icra memuru, haczedilen malın niteliğine ve diğer koşullara bağlı olarak yüz yüze açık artırma mı yoksa çevrimiçi açık artırma mı yapılacağına karar vermektedir. Bu seçimi yaparken icra memurunun en yüksek gelir elde etmeyi umduğu yönetime yönelmesi esastır<sup>57</sup>.

Alman icra hukukunda yapılacak açık artırmanın yeri ve zamanına dair düzenleme dZPO § 816'da yer almaktadır. Bu düzenlemenin ilk paragrafına göre açık artırma en erken haciz tarihinden bir hafta sonra yapılabilir<sup>58</sup>. Kural olarak icra memuru müzayedede tarihini haciz anında belirler<sup>59</sup>. İcra memuru tarafından bu süre kanun hükümlerine göre hesaplanır ve süre bir haftadan uzun olabilir an-

<sup>52</sup> İlgili maddeler için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/> (ET: 06.08.2022).

<sup>53</sup> Şimdiye kadar eyaletler tarafından çıkarılan yönetmelikler içerik olarak büyük ölçüde aynıdır. Hepsi müzayedede platformu olarak "www.justiz-auktion.de" platformunu kullanmaktadır. GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 11; SAENGER, Ingo: *Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar*, 9. Baskı, Nomos Verlag, Baden, 2021, ZPO § 814 Rn. 5.

<sup>54</sup> Alman hukuk sisteminde ilgili şartın düzenlenmesi yapılırken isteklilerin açık artırmaya kayıt başvurularının kabulü veya reddinin gerçek kişilerin kimliklerini kanıtlama şartına dayandığı durumlarda elektronik kimlik belgesinin kullanımına -Kimlik Kartları Yasası'nın (*Personalausweisgesetz*-PAuswG) 18. maddesi- en geç 1 Ocak 2013 tarihinden itibaren izin verileceği ayrıca belirtilmiştir. Türk hukuk sisteminde ise UYAP Elektronik Satış Portalı, e-Devlet ile entegre edilmiş; isteklilerin e-Devlet Kapısı'nı kullanarak kimlik doğrulandıktan sonra e-satış sistemine giriş yapabilecekleri düzenlenmiştir. Sisteme giriş için bkz. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/esatis/giris.jsp> (ET: 15.08.2022).

<sup>55</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2573.

<sup>56</sup> ÇELİKOĞLU, s. 411-421.

<sup>57</sup> UHL, Matthias: "ZPO § 814 Öffentliche Versteigerung", (Hrsg.) VORWERK, Volkert / WOLF, Christian: *Beck'scher Online Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 44. Baskı, C.H. Beck, München, 2022 (Yazar, BeckOK-ZPO), Rn. 3, § ZPO 816 Rn. 3-4; GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 2, § 816 Rn. 2-3; SAENGER, ZPO § 814 Rn. 1, § 816 Rn. 5.

<sup>58</sup> Alacaklı ve borçlu daha erken bir tarihte anlaşır veya müzayedede çıkarılacak eşya (çabuk bozulacak mallar) önemli bir değer kaybına maruz kalacaksa yahut müzayedede konusu malın muhafazası orantısız maliyetlere (yem masrafı yüksek olan hayvanlar) sebep olacaksa süre kısaltılabilir; bunlar dışında farklı bir nedenle daha erken bir tarihte müzayedede yapılamaz. SAENGER, ZPO § 816 Rn. 3.

<sup>59</sup> İcra Memurları İçin İş Talimatları (Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher-GVGA) § 92 Abs. 1 S 1.

çak bir aydan uzun olamaz<sup>60</sup>. Türk hukukunda ise satış isteme süresi gerek taşınır gerekse taşınmaz mallar için haciz tarihinden itibaren bir yıldır. En erken açık artırmanın ne zaman yapılacağına dair ayrı bir düzenleme olmamakla birlikte hacizden hemen sonra satış istenmesi durumunda kanunda öngörülen artırma yapılmadan on beş gün önce ilan edilmesi şartı nedeniyle Türk hukukunda en erken hacizden on beş gün sonra açık artırma yapılabilir (İİK m. 106/1, m. 114/2).

dZPO § 816'nın ikinci paragrafında müzayede şeklinde yapılacak olan açık artırmaların yerine dair bir hüküm bulunmaktadır ve düzenlemeye göre alacaklı ile borçlunun üzerinde anlaştıkları herhangi bir yer yok ise müzayede haczin gerçekleştirildiği yerde veya icra mahkemesinin çevresinde başka bir yerde yapılabilir<sup>61</sup>. dZPO § 816'nın üçüncü paragrafında, müzayedenin yeri ve zamanından herkesin haberdar olabilmesi için, müzayede tarihinden önce bu bilgilerin kamuya duyurulması gerektiği düzenlenmiştir<sup>62</sup>. Benzer bir düzenleme Türk hukukunda açık artırma hazırlık tedbirleri kenar başlıklı İİK m. 114 ve m. 126'da yer almaktadır. Müzayede zamanı ve teklif verebilecek kişilere dair düzenlemelere çevrimiçi müzayedelerde de uyulacağı ancak müzayede yeri ve ilanına dair hususların çevrimiçi açık artırmalar için uygulanmayacağı dZPO § 816 son fıkrasında belirtilmektedir<sup>63</sup>.

dZPO § 817'de yapılacak açık artırmanın seyri (teklifler vb.), açık artırma sonucu malın ihale edilmesi, ihale konusu malın teslimi, münferit açık artırma koşullarının belirlenmesi ve ihale alıcısının ödeme planının nasıl olacağı düzenlenmektedir<sup>64</sup>. dZPO § 817/a'da açık artırmada verilebilecek asgari teklifin malın tespit edilen normal satış değerinin yarısı kadar olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>65</sup>.

dZPO § 818'de ise açık artırmanın sona ermesi düzenlenmektedir. Hükme göre alacaklıyı tatmin etmeye ve haciz masraflarını karşılamaya yetecek miktarda gelir elde edilir edilmez açık artırma sona erdirilir<sup>66</sup>.

### C. Avusturya Hukuku

Avusturya hukukunda açık artırma usûlüne genel olarak Avusturya İcra Kanunu (*Exekutionsordnung*–EO) § 85'te yer verilmiştir. Bu maddede fizikî ortamda yapılacak açık artırmanın nasıl başlayacağı, tekliflerin nasıl alınacağı, açık artırmanın yapılış şekli ile nasıl sona erdirileceği düzenlenmiştir. EO § 270<sup>67</sup> ve devamı maddelerde ise hacedilen taşınır malların satış usûllerine dair düzenlemeler bulunmaktadır. EO § 272a'da açık artırma ilanının nasıl olması gerektiği düzenlenmiştir. Maddede satılacak malların açık artırma ilanında belirtilmesi, açık artırmanın yerinin veya internette açık artırma olması durumunda internet adresinin ve icra yerinde açık artırma yapılması hâlinde yükümlünün adının yazılması, açık artırmanın başlama saati ve açık artırma yapılacak malların müzayededen önce

<sup>60</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 1-2; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 2; İcra Memurları İçin İş Talimatları (Geschäftsweisung für Gerichtsvollzieher-GVGA) § 92 Abs. 3 S 4.

<sup>61</sup> Mümkün olan en yüksek teklifi elde etmek için müzayedenin haczin gerçekleştiği yerde yapılması her iki tarafın da çıkarına olacaktır. SAENGER, *ZPO* § 816 Rn. 1. Müzayedenin borçlunun konutunda veya işyerinde yapılacağına karar verildiğinde ise ayrıca onun rızası da gereklidir. İcra memuru isteklilerin kolayca ulaşabileceği, en uygun gösterim seçeneğine sahip ve aynı zamanda da gereksiz nakliye ve depolama maliyetleri yaratmayacak bir yer belirlemelidir. UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 3-4; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 3; SAENGER, *ZPO* § 816 Rn. 6.

<sup>62</sup> Kamuya duyurma şekline icra memuru karar verir. Eğer mal aynı zamanda rehin konusu ise bu da genel hatlarıyla duyuruda açıklanmalıdır. Her ihale tarihi ve her değişiklik için ayrı bir ilan yapılmalıdır. Borçlu ve alacaklının müzayede tarihini bilmediği durumlarda, icra memurunun kendilerine tarihi bildirmesi zorunludur. UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 5-6; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 4; SAENGER, *ZPO* § 816 Rn. 7.

<sup>63</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 8; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 3.

<sup>64</sup> İcra memuru, müzayedenin açılışında müzayede şartlarını ilan eder ve ilgilileri teklif vermeye davet eder. Hacizli malların birlikte satışının uygun olmadığı veya katılımcılar farklı bir düzen istemediği sürece mallar el konulduğu sıraya göre satışa sunulacaktır. İcra memuru § 817a'ya göre asgari teklifi, olağan satış değeri ve gerekirse değerli madenlerin maddi değeri ile birlikte ilan etmelidir. UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817 Rn. 1-3; GRUBER, *MüKoZPO*, § 817 Rn. 1.

<sup>65</sup> Borçluyu koruyan bu düzenlemenin amacının malvarlıklarının haciz yoluyla çarçur edilmesini önlemek olduğu ifade edilmektedir. GRUBER, *MüKoZPO*, § 817a Rn. 1; SAENGER, *ZPO* § 817/a Rn. 1.

<sup>66</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 818 Rn. 1; SAENGER, *ZPO* § 818 Rn. 1.

<sup>67</sup> Avusturya İcra Kanunu metni için bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/eo> (ET: 15.06.2022).



ne zaman ve nerede incelenebileceği, internet üzerinden açık artırma yapılması durumunda açık artırmanın başladığı gün ve tekliflere izin verilen sürelerin belirtilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Avusturya hukukuna göre açık artırmalar dört farklı yerde yapılabilir; EO § 274 Abs. 1'e göre açık artırmalar internette, müzayede evinde, müzayede salonunda veya haczedilen eşyaların bulunduğu yerde gerçekleştirilebilir. İcra organı, diğer bir ifade ile yetkili icra dairesi veya icra müdürü, en yüksek gelirin nerede elde edilebileceğini ve hangi masrafların karşılanacağını tespit ederek açık artırma yerini belirler (EO § 274 Abs. 2). Maddede haczedilen malların türüne göre örnekleme yoluyla ayırım yapılmış teknik cihazlar, değerli video ve ses medyaları, dergiler, kitaplar ve müzik aletlerinin özellikle "Justice-Auktion.at" internet platformunda açık artırmaya çıkarılacağı düzenlenmiştir. Çok değerli nesnelere, altın ve gümüş eşyalar veya diğer değerli eşyalar, sanat eşyaları, pullar, madeni paralar, yüksek kaliteli mobilya parçaları, koleksiyonlar ve benzerleri söz konusu olduğunda ise bir müzayede evinde veya internette müzayedenin uygun olacağı belirtilmiştir. Maddede icra organının internette müzayedeye karar verdiğinde "Justice-Auktion.at" satış platformunu kullanmasının zorunlu olmadığı, yalnızca maliyetler dikkate alındığında, açıkça daha yüksek bir gelir elde edilmesinin beklendiği durumlarda başka çevrimiçi satış platformlarında da satışa karar verebileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte "Justice-Auktion.at" platformunda yapılacak açık artırmalar için gerekli olmasa da diğer platformlar tercih edildiğinde bir müzayedecinin atanabileceği belirtilmiştir (EO § 274 Abs. 2).

Yanıcı ve patlayıcı nesnelere ile zararlı radyasyon yayan nesnelere, zehirler, dezenfeksiyon yapılmadığı sürece bulaşıcı hastalıkların bulunduğu veya mevcut olduğu apartmanlardan alınan eşyalar, temizlik yapılmadan önce kirli veya haşere bulaşmış olan eşyalar, müzayede evinin tesislerinin kısmen de olsa yeterli olmadığı kalemler, hızlı çürümeye maruz kalan şeyler, hayvanlar ve bitkiler, hurda, paçavra ve diğer atık maddeler, pornografik malzemeler ve silahlar ise "Justiz-Auktion.at" platformu üzerinden internetteki açık artırmadan hariç tutulmuştur (EO § 274 Abs. 3).

Avusturya hukukunda öngörülen açık artırma türlerinden olan internette açık artırma usûlü EO § 277 ve devamı maddelerde düzenlenmiştir. Cebri icra sürecinde haczedilen eşyalar, ancak kıymet takdiri yapıldıktan ve satış için muhafaza altında veya emanette olduklarında veya başka bir şekilde eşyaların alıcıya teslim edilebilmesi sağlandığında internette satışa sunulabilir (EO § 277 Abs. 1). Açık artırmaya çıkacak çok sayıda eşya olduğunda ve bazı eşyalardan elde edilen gelirin, satış yoluyla icraya koyulan tüm alacaklıların icra edilebilir taleplerini karşılamak ve bu taleplerin tüm ek ücretlerini ve yürütme masraflarını karşılamak için yeterli olduğu varsayılabildiğinde, sadece bunların açık artırmaya çıkarılması gerektiği düzenlenmiştir (EO § 277 Abs. 2). İnternette yapılan açık artırma için ilanda açık artırmaya konu olan eşya, en düşük teklif, değerlemenin bir parçası olarak kontrol edilen öğenin takdir edilen değeri ve hizmet verilebilirliği, tekliflere izin verilen bir son tarih (bu süre yedi günden az, dört haftadan fazla olamaz), alıcının, masrafları kendisine ait olmak üzere eşyanın gönderilmesini talep edip edemeyeceğine dair bir uyarı, eşyanın depolandığı yerin adresi, yerinde incelenip incelenemeyeceği ve ne zaman incelemek için ziyaret edilebileceğine dair bir gösterge; teminatın hariç tutulmasına ve cayma hakkının bulunmadığına ve nakliye riskinin alıcıya ait olduğuna dair bir referans ve ayrıca anında satın alma olasılığının ve bunun için § 277a'ya göre ödenecek fiyatın veya hemen satın almanın hariç tutulduğuna dair bir bildirim bulunmalıdır (EO § 277 Abs. 3). İlan ayrıca malın tarifini, en az bir fotoğrafı ve mevcut yazılı bir ekspertiz raporu eklenmelidir (EO § 277 Abs. 4).

İnternet müzayedelerinde, isteklinin verdiği teklifin, başka bir isteklinin verdiği teklif aşılana kadar verilen en yüksek teklif olması sağlanabilir. Teklifleri izleyen bir otomatik veri işleme programı kullanılarak teklif verilmesine izin verilmemektedir ve tekliflere izin verilen süre dolmadan hemen önce, program ("Sniper") kullanarak mümkün olan en yüksek limit dâhilinde mevcut en yüksek teklifi aşan bir teklif vermek yasaktır. Bu tür bir programı kullanan kişiler tarafından verilen teklifler geçersizdir (EO § 277 Abs. 5).

§ 277a’da anında satın alma imkânı düzenlenmiştir. Maddeye göre herhangi bir teklif verilmediği sürece mal, açık artırmaya tâbi tutulmadan, tahmini değerinin dörtte bir oranını aşan bir fiyatla internetteki bir müzayedede satın alınabilir. Bu durumda da alıcı ile sözleşme yapılacaktır. İcra organının anında satın alma imkânını öngörmemesi, diğer bir ifade ile ilgili mal için anında satın alma usûlünün hariç tutulması mümkündür. Müzayede ilanı gönderildiğinde taraflara bu hususun da bildirilmesi gerekmektedir.

#### D. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda taşınır mallara dair açık artırma usûlü genel olarak İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu<sup>68</sup> (*Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs–SchKG*) Art. 125’te düzenlenmiştir. Maddeye göre paraya çevirme açık artırma yoluyla yapılır; yeri, günü ve saati önceden duyurulur (SchKG Art. 125 Abs. 1). İcra memuru tarafından açık artırma ilanının niteliği, açık artırmının yöntemi, yeri ve tarihi ilgili tarafların menfaatleri en iyi gözetilecek şekilde belirlenir ve bu durumda resmî gazete yoluyla ilan zorunlu değildir (SchKG Art. 125 Abs. 1). Borçlu, alacaklı ve ilgili üçüncü şahısların İsviçre’de bilinen bir ikamet yeri veya temsilcisi varsa icra dairesi onları açık artırmadan en az üç gün önce iadeli taahhütlü olmayan mektupla müzayedenin yeri ve zamanı hakkında bilgilendirir (SchKG Art. 125 Abs. 3)<sup>69</sup>. Taşınmaz malların açık artırma usûlü ile satışı SchKG Art. 138’de düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre ise açık artırma, açık artırma gününden en az bir ay önceden kamuya duyurulur (SchKG Art. 138 Abs. 1). Artırma ilanında artırma yeri, günü ve saati, artırma koşullarının teşhir olduğu günün bilgisi, rehin alacaklısı ve ilgili diğer tüm tarafların, özellikle faiz ve masraflar olmak üzere mal üzerindeki alacaklarını yirmi gün içinde icra dairesine sunmalarını istemesi; bu talepte, verilen süreye uyulmadığı takdirde, hakların tapu kütüğüne kaydedilmesi kaydıyla, ancak artırma sonucuna katılacağı duyurulacaktır (SchKG Art. 138 Abs. 2)<sup>70</sup>.

İsviçre hukukunda iflâs takibinde yapılacak açık artırma usûlü ise SchKG Art. 257’de düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre artırma yeri, günü ve saati kamuoyuna duyurulur (SchKG Art. 257 Abs. 1). Taşınmaz için açık artırma yapılacak ise ilan, artırmının yapılacağı günden en az bir ay önce yapılır ve artış şartlarının iflâs dairesinde incelenmeye hazır olacağı gün ilanda belirtilir (SchKG Art. 257 Abs. 2). Tahmini tutarı belirten ilanın birer örneği rehinli alacaklılara ayrıca tebliğ edilir (SchKG Art. 257 Abs. 3)<sup>71</sup>.

İsviçre hukukunda açık artırma usûlüne dair genel düzenleme olmakla birlikte açık artırmının yapılabildiği türüne dair bir sınırlama olmadığı için özel satış hükümlerine göre (iflâs davası dışında) icra memurunun çevrimiçi satış platformlarını kullanarak da hacizli malın satışını gerçekleştirebileceği kabul edilmektedir<sup>72</sup>.

Covid-19 salgını sonrasında İsviçre Federal Konseyi, koronavirüsle bağlantılı yargı ve usûl hukuku alanındaki önlemlere ilişkin 16 Nisan 2020 tarihinde yayımlanıp 20 Nisan 2020 tarihinde yürürlüğe giren ve 30 Eylül 2020 tarihine kadar geçerli olan Yönetmelik de dâhil olmak üzere, çeşitli acil durum yönetmelikleri<sup>73</sup> yayımlamıştır. Bu Yönetmelik’in (Covid-19-VJV) “Çevrimiçi müzayede platformu

<sup>68</sup> İsviçre Federal İcra ve İflâs Kanunu metni için bkz. [https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529\\_488\\_529/de](https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/11/529_488_529/de) (ET: 16.06.2022).

<sup>69</sup> SCHLEGEL, Roger / ZOPFI, Markus: “SchKG Art. 125-138”, (Hrsg.) KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / VOCK, Dominik: *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017 (Yazar, SchKG), s. 763-767; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlässen*, 20. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020, s. 398-401.

<sup>70</sup> SCHLEGEL / ZOPFI, *SchKG*, Art. 138, s. 821-824; KREN KOSTKIEWICZ, s. 430-432.

<sup>71</sup> SCHÖBER, Roger: “SchKG Art. 257”, *SchKG*, 2017, s. 1436-1437; KREN KOSTKIEWICZ, s. 468-469.

<sup>72</sup> STAIBLE, s. 521.

<sup>73</sup> AS 2020 1229 Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht (Covid-19-VJV) (16.04.2020) - AS 2020 1229 sayılı Korona Virüs ile Bağlantılı Yargı ve Usûl Hukukunda Alınan Tedbirlere İlişkin Yönetmelik (Covid-19 Adalet ve Usûl Hukuku Yönetmeliği) (Yayın Tarihi: 16.04.2020), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2020/234/de> (ET: 16.04.2022); Yönetmelik’in 9. maddesi, 17.12.2021 yayım tarihi ve 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe giren AS 2021 898 Koronavirüsle Bağlantılı Yargı ve Usûl Hukukunda Tedbirlere Dair Yönet-

üzerinden açık artırma” başlıklı 9. maddesi ile çevrimiçi açık artırma platformları aracılığıyla icra memurlarının hacizli malların satışı için açık artırma yapmalarına izin verilmiştir. Düzenleme ile İsviçre kanun koyucusu, açık artırma için çevrimiçi platformların kullanımına dair yasal belirsizliklerin salgın süresince ortadan kaldırılmasını ve başlamış olan icra takiplerinin devamının sağlanmasını amaçlamıştır<sup>74</sup>.

Covid-19-VJV Art. 9 Abs. 1 düzenlemesi yürürlükte olduğu süre boyunca İsviçre icra ve iflâs hukukunda izin verilen satış türleri kataloğunu, “kamuya açık bir çevrimiçi platform” aracılığıyla açık artırma seçeneğini içerecek şekilde genişletmiştir. “Platform” terimi, özel açık artırma yazılımı aracılığıyla birbirine bağlanan veya bu yazılım tarafından kontrol edilen internet siteleri grubunu ifade etmektedir. Platform, bir internet adresinden erişilebiliyorsa ve temelde herhangi bir (gerçek veya tüzel) kişiyi kullanıcı olarak kabul ediyorsa “kamuya açık” olarak nitelendirilebilmektedir<sup>75</sup>.

Covid-19-VJV Art. 9, belirli bir açık artırma formatı belirtmemiştir. Bununla birlikte açık artırma kavramı ile İngiliz açık artırmaları olarak ifade edilen artan tekliflerin alınması şeklinde gerçekleştirilen açık artırma anlaşılmaktadır. Düzenleme metnine göre çevrimiçi platformlar aracılığıyla yapılan elektronik açık artırmalarda en yüksek teklifin üç kez çağrılması gerekli değildir. Ancak çevrimiçi platformda başlangıçtan itibaren herhangi bir açık artırma prosedürüne uymayan bir teklif formatının seçilmesinin Covid-19-VJV Art. 9’un ifadesiyle çelişecek nitelikte olabileceği belirtilmiştir<sup>76</sup>.

Düzenleme metnine göre çevrimiçi açık artırma imkânı taşınır mallar (*biens meubles/beni mobili*), yani taşınabilir nesnelere sınırlıdır. Bu nedenle gayrimenkuller, diğer bir ifade ile taşınmaz mallar için bir seçenek değildir. Aynı zamanda SchKG terminolojisinde diğer haklar (SchKG Art. 116 Abs. 1) veya farklı türden varlık bileşenleri (SchKG Art. 132 Abs. 2) olarak ifade edilen intifa hakları, fikri mülkiyet hakları, paylı mülkiyet payları veya kripto para birimleri gibi haciz konuları için de çevrimiçi açık artırmaya izin verilmemiştir<sup>77</sup>.

İsviçre hukuk sisteminde icra ve iflâs takibinde, açık artırmaların geleneksel açık artırma veya özel satış yerine çevrimiçi bir platform üzerinden yapılabileceğine ilişkin karar, takipten sorumlu icra organının sorumluluğundadır. İflâs hâli için ise alacaklılar kurulunun onayı gerekmektedir<sup>78</sup>.

## V. TÜRK HUKUKUNDA ELEKTRONİK ORTAMDA SATIŞ

### A. E-Satış İçin Ön Koşullar

Elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış, cebri icra sürecinde haczedilen taşınır ve taşınmaz mallar için uygulanır, haczedilen şeyin para olduğu durumlarda doğrudan paraların paylaşılması aşamasına geçilir<sup>79</sup>. Bu kapsamda satış yapılabilmesi için haczedilen malın İİK m. 88/1’de sayılan para, banknot, hamiline ait senet, poliçe ve sair cirosu kabil senet ile altın, gümüş ve diğer kıymetli şeylerden olmaması gerekmektedir.

melik (Covid-19 Adalet ve Usûl Hukuku Yönetmeliği) ile yürürlükten kaldırılmış (AS 2021 898 Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Covid-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) (17.12.2021), <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/2021/898/de> (ET: 11.01.2023).) ve Yönetmelik 01.01.2023 tarihinde tamamen yürürlükten kalkmıştır. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2020/234/de> (ET: 11.01.2023).

<sup>74</sup> STAIBLE, s. 520.

<sup>75</sup> STAIBLE, s. 522-523.

<sup>76</sup> STAIBLE, s. 523.

<sup>77</sup> STAIBLE, s. 523.

<sup>78</sup> STAIBLE, s. 523.

<sup>79</sup> GÖRGÜN, Lütfi Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet / *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 209. Alman hukukunda dZPO § 814 ve devamında özel bir düzenlemeye tâbi olmayan tüm taşınır malların haciz sonrası açık artırma ile paraya çevrilmesi usûlü düzenlenmektedir. UHL, *BeckOK-ZPO*, § 814 Rn. 1; GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 4; SAENGER, *ZPO* § 814 Rn. 2.

Elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış gerçekleştirilebilmesi için genel bir icra sürecinin tüm gereklilikleri yerine getirilmelidir. Usûlüne uygun bir şekilde icra süreci başlatılmış ve borçlunun borca yetecek kadar malı<sup>80</sup> haczedilmiş olmalıdır<sup>81</sup>. Öte yandan rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde bir haczin varlığı gerekmemektedir<sup>82</sup>.

Borçlunun borca yetecek kadar haczedilmiş olan malları kural olarak talep üzerine satılarak paraya çevrilebilir. Bu talebi alacaklı veya borçlu ileri sürmelidir (İİK m. 107 ve 113). İcra dairesinin haczedilen malları resen satış yetkisi ise bulunmamaktadır. İstisnai olarak kıymeti süratle düşen veya muhafazası masraflı olan haczedilmiş malların satışına, icra müdürünün talep olmaksızın karar vermesi (İİK m. 113/2), kanun koyucu tarafından alacaklının borç yönünden tatmin edilebilmesi ve malın en yüksek değerden satışının gerçekleştirilebilmesi amaçları ile mümkün kılınmıştır<sup>83</sup>.

Haczedilmiş olan mallardan muhafaza altına alınmamış olanların satışı yapılamaz. Bu malların satışının gerçekleştirilebilmesi için satış talebi üzerine muhafaza altına alınmaları veya artırma sonunda ihale alıcısı olan kişiye teslim hazırlanmaları gerekmektedir (İİK m. 88/2)<sup>84</sup>.

Alacaklı veya borçlunun yapacağı satış talebinin yazılı veya sözlü istemin tutanağa geçirilmesi şeklinde yahut elektronik ortamda, takibin yürütüldüğü ve kural olarak haczi gerçekleştiren icra dairesine verilmesi gerekir. Haczin istinabe ile yapıldığı durumlarda ise haczi gerçekleştiren icra dairesi farklı olsa da satış talebi takibin başlatıldığı ve takibi yürüten icra dairesine yöneltilir. Verilen talebin şarta bağlanması ise mümkün değildir<sup>85</sup>.

Alacaklı veya borçlunun taşınır veya taşınmaz mal hacizlerinde, haciz tarihinden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını istemeleri gerekmektedir<sup>86</sup>. Borçlunun üçüncü kişide bulunan alacaklıları için de bir yıllık süre geçerlidir (İİK m. 106)<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Alman hukukunda dZPO § 818'in gereklilikleri yerine getirilirse açık artırma durdurulur. Bu durumda açık artırmaya eklenmiş ancak alacaklının memnun edilmesi için gerekli olmayan mallar serbest bırakılarak icra memuru tarafından gecikmeksizin borçluya teslim edilmelidir (UHL, *BeckOK-ZPO*, § 818 Rn. 4.). Türk hukukunda, kural olarak, borçlunun borcu karşılamaya yetecek malı haczedileceği düzenlendiği için haczedilen malların açık artırması yapılmaktadır ve alacaklılar tatmin edildikten sonra kalan kısım borçluya iade edilmektedir ancak Alman hukukundakine benzer şekilde borcun açık artırma sırasında karşılanması ve artırmanın durdurulması hacizli diğer malların borçluya iadesine dair bir mevzuat hükmü olmadığı gibi bu yönde icra memurlarının bir uygulaması da bulunmamaktadır.

<sup>81</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 818 Rn. 1-2; SAENGER, *ZPO* § 814 Rn. 3.

<sup>82</sup> Rehinli malın paraya çevrilmesi usûlünün düzenlendiği İİK m. 150/g'de, İİK m. 111/b'ye atf olmasa dahi İİK m. 112'den 137'ye kadar olan hükümlerin kıyas yoluyla uygulanacağı belirtilmiştir. Bu kapsamda açık artırma usûlü artık tamamen çevrimiçi satışa döneceği için rehinli malın satışı da çevrimiçi satış olarak gerçekleştirilecektir. İİK m. 150/g'de atf yapılmaması da İİK geçici m. 18/2 b. 3'te "*Uygulamaya geçilen il ve ilçelerde, taşınır rehininin veya ipotegin paraya çevrilmesi, iflâs tasfiyesi ve ortaklığın giderilmesine ilişkin satışlar bakımından, geçiş tarihinden sonra ilanı yapılacak açık artırmalar hakkında bu maddeyi ihdas eden Kanunla değiştirilen ve ihdas edilen hükümler uygulanır. Geçiş tarihinden önce ilanı yapılmış açık artırmalar hakkında ise değişikliklerden önceki hükümler ile ilga edilen hükümlerin uygulanmasına devam olunur.*" şeklindeki hüküm sevk edilerek elektronik ortamda açık artırma usûlünün maddede sayılan satışlarda da uygulanacağı düzenlenmiştir. Öğretide İİK m. 150/g'de atf yapılan hükümlerin sınırlı sayıda olduğu ve bu nedenle (rehinli malın paraya çevrilmesi usûlü dâhil) atf yapılmayan hususlarda uygulanmayacağına dair görüş için bkz. YILMAZ, s. 816. Elektronik ortamda açık artırma ile satış usûlünün rehnin paraya çevrilmesi ve iflâs yoluyla takiplerde uygulanacak şekilde düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte, 150/g'de maddesinde değil de geçici bir madde ile atf yapılmasını kanun tekniği açısından oldukça sakıncalı bir yöntem olarak gören öğretideki görüş için bkz. YARDIM, Mehmet Ertan: "İcra ve İflâs Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 2021 (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, ET: 01.12.2022).

<sup>83</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 215; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 210-211.

<sup>84</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 210; KALE, Serdar: *İcra İflâs Hukukunda Online Satış*, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>85</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 215-216; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 210; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 255-256; KARSLI, s. 418.

<sup>86</sup> AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 232; 7343 sayılı Kanun değişikliği öncesinde haczolunan mal taşınır ise hacizden itibaren altı ay, taşınmaz ise hacizden itibaren bir yıl içinde alacaklıların satış isteyebilecekleri düzenlenmişti. Satış isteme süresine dair detaylı açıklamalar için bkz. ERİŞİR, Evrim: "7343 Sayılı Kanunla Yeniden Düzenlenen Cebrî İcrada Satış İsteme Süresi ve Satış Gerçekleştirilemediğinde İzlenecek Prosedür", *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2022, Cilt 18, Sayı 52, s. 408 vd.; İsviçre hukukunda SchKG Art. 116/1'e göre alacaklı, hacizli taşınır ile alacak ve diğer haklarının paraya çevrilmesini en erken bir ay ve en geç bir yıl, hacizli taşınmazın paraya çevrilmesini ise en erken altı ay ve en geç iki yıl içinde talep edebilir. Detaylı açıklamalar için bkz. ZONDLER, Georg: "SchKG Art. 116", *SchKG*, s. 728-732; KREN KOSTKIEWICZ, s. 387-389; Alman hukukunda dZPO § 816'ya göre açık artırma kural olarak en erken haciz tarihinden bir hafta sonra yapılabilir. Açık artırma tarihini kural olarak haciz sırasında icra memuru belirler ve bu süre bir aydan uzun olamaz. Detaylı açıklamalar için bkz. SAENGER, *ZPO* § 816 Rn. 3; UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 1-2; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 2.

## B. E-Satışta Yetki

Açık artırma ile satışlar hacizli malın bulunduğu yerde, kural olarak da haczi gerçekleştiren icra dairesi tarafından gerçekleştirilir<sup>88</sup> ve açık artırmadan, haczi gerçekleştiren icra memuru ve icra müdürü sorumludur<sup>89</sup>. Birden fazla haciz yapılması durumunda icra mahkemesince aksi yönde karar verilmedikçe ilk haczi gerçekleştiren icra memuru açık artırmalardan sorumlu olacaktır<sup>90</sup>.

İstinabe yolu ile haciz yapılması durumunda, takibin yürütüldüğü icra dairesine verilen satış talebi haczi koyan icra dairesine de yine istinabe yolu ile iletilecektir<sup>91</sup>. Bu durumda istinabe ile satış yapılması istenen icra dairesinin çevrimiçi açık artırma sürecini de yürütmesi gerekmektedir.

İcra memuru açık artırmayı gerçekleştirirken alacaklı veya borçlunun temsilcisi olarak hareket etmez, kanun koyucunun verdiği yetki kapsamında icra sürecini yürütür. Ancak açık artırma görevlerini yerine getirirken alacaklıdan gelecek her taleple hukuk kuralları çerçevesinde bağlıdır<sup>92</sup>.

## C. E-Satış İlanı

### 1. Genel Olarak

Açık artırma usûlü hazırlık aşaması ve artırma safhası olmak üzere temelde iki basamaklı olarak gerçekleştirilmektedir<sup>93</sup>. Açık artırma usûlüne katılacak ve süreçten etkilenecek tüm ilgililerin menfaatlerini korumak ve sürecin sağlıklı şekilde ilerletilerek başarılı bir artırma gerçekleştirilmesini sağlamak için hazırlık aşaması ve bu aşamada yapılacak olan ilan özel bir öneme sahiptir<sup>94</sup>.

UYAP'a entegre Portal'da yapılacak olan çevrimiçi açık artırma usûlüyle satış için açık artırmaların yapılacağı gün ve saat aralığı, artırma başlangıç tarihinden en az on beş gün önce icra dairesi tarafından ilan edilir (İİK m. 114-126; E-Satış Yön. m. 12). Satış ilanı internet ortamında Elektronik Satış Portalı'nda yapılır ve ilan yapılması zorunludur. İlanda ayrıca ikinci artırmaların da yapılacağı gün ve saat aralığı, ilk artırmaların bitiminden itibaren bir ayı geçmeyecek şekilde belirlenerek gösterilir<sup>95</sup>.

Elektronik Satış Portalı'nda yapılan ilan ve artırma şartnamesi, daha fazla alıcının haberdar olmasını ve katılmasını sağlamak amacı ile artırmaların bitimine kadar erişime açık tutulur<sup>96</sup>. Yapılacak olan ilanda bazı hususların yer alması gerektiği kanun koyucu tarafından öngörülmüştür ve bunlar İİK m. 114/6 ile E-Satış Yön. m. 6'da düzenlenmiştir<sup>97</sup>.

<sup>87</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 211 vd.; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 256; KARSLI, s. 414-417; UYSAL, Merve: "İcra İflâs Hukukunda Teknolojik Gelişmeler ve Özellikle Elektronik Satış", *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1361.

<sup>88</sup> Bu kural açık artırma ile satışlarda emredici bir kural olarak karşımıza çıkarken pazarlıkla satış ve alacağın devri usûllerinin malın bulunduğu yer icra memurunun muvafakati ile takibin yapıldığı yerdeki icra memuru tarafından da yapılabileceği kabul edilmektedir. YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 261.

<sup>89</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 814 Rn. 2; VOGT-BEHEIM, Carmen: "§ 814 Öffentliche Versteigerung", (Hrsg.) ANDERS, Monika / GEHLE, Burkhard: *Beck'sche Kurz-Kommentare Zivilprozessordnung: mit GVG und anderen Nebengesetze*, 80. Baskı, C.H. Beck, München, 2022, ZPO § 814 Rn. 3; GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 7.

<sup>90</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 7.

<sup>91</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 216; KARSLI, s. 418.

<sup>92</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 8.

<sup>93</sup> ÇELİKOĞLU, s. 425; SADIOĞLU, s. 166.

<sup>94</sup> YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 269; SADIOĞLU, s. 166.

<sup>95</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 220; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 395; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 217; KARSLI, s. 422; KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>96</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 220; KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>97</sup> İlanda yer alması gereken hususlar şu şekildedir: (1) satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, muhammen kıymeti, bulunduğu yer ve varsa görselleri ile artırma şartnamesinde yer alan diğer bilgileri; (2) artırmaya katılabilmek için mahcuzun kıymetinin yüzde onunu karşılayacak tutardaki teminatın satışı yapan icra dairesinin banka hesabına yatırılmasının zorunlu olduğu, teminatın nakit olması durumunda en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün saat 23:30'a kadar yatırılması gerektiği; (3) gösterilecek teminatın teminat mek-

Taşınmaz malların satışı için ise ayrıca açık artırma şartnamesi de düzenlenir (İİK m. 124-125; E-Satış Yön. m. 7). Taşınmazın açık artırma şartnamesine dosya numarası, alacaklı ve borçlunun adı ve soyadı, birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı gün ve saat aralığı, taşınmazın tapu kaydı ve niteliği, varsa taşınmazın üzerindeki irtifak hakları, ipotekler, ipotekli borç senetleri, irat senetleriyle birlikte satıldığı ve borçlunun bu taşınmaz ile temin edilmiş şahsi borçlarının da alıcıya intikal edeceği, tapu sicilindeki diğer bilgiler ve taşınmaz üzerindeki mükellefiyetler, muhammen kıymeti, artırmaya katılacakların taşınmazın muhammen kıymetinin yüzde onu oranında nakit teminat veya banka teminat mektubunu tevdi etmeleri gerektiği, artırmaya çıkarılan taşınmazın üzerinde hakkı olan alacaklı veya ilgiliden teminat aranıp aranmayacağı, taşınmazın son imar durumu, hangi giderlerin alıcıya ait olacağı ve diğer gerekli bilgiler yazılır.

## 2. Elektronik Satış Portalı'ndaki İlanlar

Elektronik Satış Portalı üzerindeki ilanlar, sitenin anasayfası ile ihaleler sekmesi altında en çok teklif verilenler, ihalesi bitecekler, uzatılan ihaleler ve pazarlık usûlü ile ihaleler olmak üzere dört kategori altında erişime sunulmaktadır. Anasayfa üzerindeki ilanlar küçük kutucuklar içerisinde yer almaktadır. Kutucuğun üst kısmında ihale konusu malın muhammen bedeli bulunmakta, sol köşede kaçınıcı ihale olduğu yazmakta, en orta kısımda ihale konusu mala ait görsele yer verilmekte, görselin altında ise hangi icra dairesinin ilanı olduğu, kaç teklif verildiği ve son teklif tarihi ile saati yer almaktadır<sup>98</sup>.

Anasayfadaki ilgili ilan kutucuğuna tıkladığında site, malın ilan sayfasına yönlendirmektedir. Burada sol kısımda ihale bitimine kalan süre geri sayım olarak gösterilmekte, ilan konusu mala dair detaylı görseller bulunmakta, sayfanın sağ kısmında yer alan kutucukta malın muhammen bedeli, teminat miktarı, KDV oranı, artırma başlangıç ile bitiş tarih ve saatleri, ihalenin gerçekleştirileceği yer - tüm ülkede elektronik ortamda satış usûlünün yeknesak olarak uygulanmadığı geçiş sürecinde ilanı elektronik ortamda yapıp fizikî açık artırmalar yapıldığından bu bilgi mevcuttur- ihale teklif sayısı, ihale başlangıç bedeli, ihaleye verilen en yüksek teklif bulunmaktadır. Sayfanın alt kısmında ise ilana ait genel açıklamalar, detaylı incelemeler, ihale evrak listesi ve sisteme giriş yapan kişinin ihaleye ait tekliflerinin gösterildiği alt sekmelere yer verilmektedir<sup>99</sup>. Ayrıca bu bölümde ihalenin sosyal medya platformlarında kolayca paylaşımına olanak sağlayan bağlantılar yer almakta ve ilanı izlemeye almaya yönelik bir buton bulunmaktadır. İlanı izlemeye alma butonu ile teklif veren veya vermeyi düşünen ilgililerin malı bulmak için her seferinde arama yapmasına gerek kalmaksızın söz konusu mala dair ilan sayfasına anasayfada bulunan kısayol üzerinden ulaşmasını sağlamak amaçlanmıştır<sup>100</sup>.

E-satış Portalı anasayfasında, yedi günlük satış süresinin bitimine üç gün kalmış olan mallara öncelik verilmiştir ve ilgili gün sonunda teklif süresi bitecek mallar öncelikli olarak sayfada görülmekte-

---

tubu olması hâlinde, artırmaya katılacakların, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışa konu mahcuzun kıymetinin yüzde onunu karşılayacak tutarda kesin ve süresiz banka teminat mektubunu, satışı yapan icra dairesine tevdi etmelerinin zorunlu olduğu; (4) temsilci vasıtasıyla artırmaya katılacakların, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmelerinin zorunlu olduğu; (5) hisseli satışın mümkün olduğu hâllerde açık artırma konusu malı belirli paylarla satın almak isteyen müşterek alıcıların, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmelerinin zorunlu olduğu; (6) satış talep eden ve artırmaya katılmak isteyen alacaklı ile ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde artırmaya katılmak isteyen pay sahibinin, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri hâlinde alacağın veya ortaklık payının teminatı karşılığında miktar kadar kendilerinden teminat alınmayacağı; (7) şartlar yerine gelmişse malın en yüksek teklif verene ihale edileceği; (8) Elektronik Satış Portalı'nda verilecek tekliflerin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alıcısına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşımına masraflarını geçmesi gerektiği; (9) ihale alıcısının en yüksek teklifi verip de süresi içinde ihale bedelini yatırmaması hâlinde, alınan teminatın iade edilmeyip öncelikle satış masraflarından düşülmek üzere alacaklarına mahsuben hak sahiplerine ödeneceği; (10) asgarî ihale bedelinin teklif edilmemesi nedeniyle ihalenin yapılamadığı veya en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmaması sebebiyle ihalenin iptal edildiği hâllerde ikinci artırmanın ilk açık artırmadaki şartlar çerçevesinde tekrar yapılacağı; (11) ihale alıcısının, satış bedelinin tamamını ihalenin gerçekleştiğine ilişkin tutanağın Elektronik Satış Portalı'nda ilan edildiği tarihten itibaren en geç yedi gün içinde icra dairesine hesabına ödemesi gerektiği; (12) satışa katılanların bütün ekleriyle birlikte şartnameyi görmüş ve içeriğini kabul etmiş sayılacakları; (13) ihalenin kesinleşmesi üzerine malın tescil ve teslim işlemlerinin yapılacağı.

<sup>98</sup> <https://esatis.uyap.gov.tr/main/esatis/> (ET: 10.12.2022).

<sup>99</sup> <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775> (ET: 10.12.2022).

<sup>100</sup> KAZMAZ TEPE, s. 95. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21775> (ET: 10.12.2022).

dir<sup>101</sup>. En yüksek kıymetli ve fotoğrafı bulunan ilanlar, ihale kıymetleri yüksekten düşüğe göre sıralanmış olup bu ihaleler arasından ilk altmış tanesi anasayfada gösterilmektedir<sup>102</sup>.

Elektronik Satış Portalı anasayfasında kategoriye veya birime göre ihale araması yapılabilmesine olanak sağlayan arama butonu sekmelerinin yanı sıra geçmiş ilanlara ulaşılacak ve harita üzerinden ilanların tespitinin gerçekleştirilebileceği arama butonu sekmeleri de bulunmaktadır<sup>103</sup>. Kategoriye göre ilan araması taşınır, taşınmaz ve taşıtlara dair yapılabilmekte, her bir kategorinin alt kategorisi seçilerek araması gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca bu sekmelerde il, ilçe ve birim seçimi ile aramalar filtrelenebileceği gibi ihale başlangıç bitiş tarihi, muhammen bedel aralığı, sadece ikinci ihaleye kalan mallar, fotoğraflı ilanlar, pazarlık usûlüne tâbi ilanlar seçimleriyle filtreleme yapılabilir. Ek olarak taşınır mallar kategorisindeki mallar için marka ve model aralığı filtresi bulunmakta, taşınmaz mallar kategorisinde ise taşınmazın bulunduğu il ve ilçe filtresi yer almaktadır<sup>104</sup>.

Elektronik Satış Portalı ana sayfası sağ alt köşede üzerinde İngilizce “merhaba” yazan ve el sallayarak hareket eden bir robot sembolü butonu da mevcuttur. Bu buton aracılığı ile teminat yatırma, teklif verme, otomatik teklif verme, ihale kalan bedeli yatırma, satış öncesi işlemler, satış sonrası işlemler, anlatım kılavuzu, satış için hangi banka, satışa giriş işlemleri vb. konulara dair soruların yöneltilmesi olanağı mümkündür<sup>105</sup> ve ilanlar ile ihale süreci hakkında bilgi sahibi olunması kolaylaştırılmak istenmiştir.

### 3. Gazete İlanları

Hacedilmiş taşınır veya taşınmazın gazete ile ilanı zorunlu değildir<sup>106</sup>, taraflar zorunlu ilanlar dışında diledikleri vasıtalar ile ilan yapabilir<sup>107</sup>. İlanın şekli ve gazete ile de ilan yapıp yapılmayacağı icra dairesince takip alacaklısı ve borçlusunun menfaatlerine en uygun şekilde takdir edilir<sup>108</sup>. Ancak ilanın yurt düzeyinde yayınlanan bir gazete ile yapılmasına karar verilmesi hâlinde bu ilan satış talebi tarihinde tirajı elli binin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle yapılır (İİK m. 114/3; E-Satış Yön. m. 12/3). Yapılacak açık artırma ilanına satış şartnamesi eklentisiyle geçirilmeyip satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, muhammen kıymeti ve bulunduğu yer, birinci ve ikinci artırmanın yapılacağı gün ve saat aralığı ile artırmaya ilişkin bilgilerin yer aldığı Elektronik Satış Portalı’na erişim yapılacak internet adresi yazılarak gazete ilanı yapılır (İİK m. 114/4; E-Satış Yön. m. 12/2). Bu düzenleme ile sadece şartname ile sınırlı kalınmayıp detaylı açıklamaların bulunduğu Portal’a erişim için gerekli internet adresinin de gazete ilanında yazılması öngörülerek açık artırma sürecine katılacak ilgililerin süreç ile artırma konusu mala dair kapsamlı ve yeterli bilgi sahibi olmalarının sağlanmasının amaçlandığı söylenebilir<sup>109</sup>.

Gazete veya farklı bir yöntem ile ilan yapıldığı hâllerde, ilan metinleri arasında farklılık bulunması durumlarında Elektronik Satış Portalı’nda yapılmış olan ilan metni esas alınacaktır. İlan metinlerinde mevcut olan hatalar ihale tarihi değiştirilmeksizin Elektronik Satış Portalı üzerinden ilan edilerek düzeltilir. Ancak bu düzeltme ilanı ayrıca ilgililere tebliğ edilmez<sup>110</sup> (İİK m. 114/5; E-Satış Yön. m. 12/6). Portal’daki ilanla-

<sup>101</sup> KAZMAZ TEPE, s. 95.

<sup>102</sup> [https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis\\_hakkinda.pdf](https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis_hakkinda.pdf) (ET: 10.12.2022).

<sup>103</sup> [https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis\\_hakkinda.pdf](https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis_hakkinda.pdf) (ET: 10.12.2022).

<sup>104</sup> <https://esatis.uyap.gov.tr/main/esatis/> (ET: 10.12.2022).

<sup>105</sup> <https://esatis.uyap.gov.tr/main/esatis/> (ET: 10.12.2022).

<sup>106</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 398.

<sup>107</sup> KARSLI, s. 426; KALE, Serdar: “İcra İflâs Hukukunda Online Satış”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>108</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 217; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 269.

<sup>109</sup> ÇELİKOĞLU, s. 427-428.

<sup>110</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 217; KARSLI, s. 431; KALE, Serdar: “İcra İflâs Hukukunda Online Satış”, 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

rın esas alınması ve buradaki hata ve eksikliklerin de yine Portal üzerinden düzeltilebileceğine dair bu düzenleme ile de Portal'daki ilanların önemi artırılarak<sup>111</sup> ilgili kişilere fizikî tebliğ ile düzeltme gönderilmesinin süreci uzatan etkisinden kurtarılması suretiyle ilan yoluyla tebliğ yönteminin kolaylığı, kanun koyucu tarafından tercih edilmeye devam edilmiş ve usûl ekonomisi ilkesine de uygun hareket edilmiştir.

#### D. E-Satış İçin Teminat

Cebri icra sürecinde haczedilen taşınır malların paraya çevrilmesinde artırmaya katılacak isteklilerin teminat yatırma zorunluluğu bulunmamakla birlikte uygulamada icra memuru satılacak malın niteliği gereği önemli artırımlarda teminat yatırma şartı getirmekte idi<sup>112</sup>. 7343 sayılı Kanun değişikliği ile taşınır malların paraya çevrilmesinde de artırmaya katılacak alıcılar için teminat yatırma zorunluluğu getirmiştir. Artırmaya katılabilmek için Elektronik Satış Portalı sayfasında gösterilen mahcuz malın muhammen kıymetinin yüzde onunu karşılayacak tutardaki nakit teminatın en geç artırma süresinin bitiminden önceki gün saat 23.30'a kadar<sup>113</sup> satışı yapan icra dairesinin TL cinsinden açılan banka hesabına, Portal üzerinden yatırılmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir (İİK m. 114 ve m. 126; E-Satış Yön. m. 13/1; E-Satış Aydınlatma Metni<sup>114</sup> m. 2.2 ve m. 3.5)<sup>115</sup>.

Gösterilecek teminatın, teminat mektubu olması hâlinde, artırmaya katılacaklar veya ilgili banka tarafından, en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai bitimine kadar satışı yapan icra dairesine elden veya sistem altyapısı oluşturulduğu takdirde elektronik olarak satışa konu mahcuzun muhammen kıymetinin yüzde onunu karşılayacak tutarda kesin ve süresiz banka teminat mektubunun tevdi edilmesi zorunlu tutulmuştur (E-Satış Yön. m. 13/2; E-Satış Aydınlatma Metni m. 2.18)<sup>116</sup>.

Satış talep ederek artırmaya katılmak isteyen alacaklıdan ve ortaklığın satış suretiyle giderilmesinde artırmaya katılmak isteyen pay sahibinden, en geç artırma süresinin sona ermesinden önceki iş günü mesai saati bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri hâlinde alacak veya ortaklık payının teminatı karşıladığı miktar kadar teminat alınmayacağı da düzenlenmiştir (İİK m. 114/6-6; E-Satış Yön. m. 13/3). Alacağın veya ortaklık payının teminata yeterli gelmediği durumda ise eksik kısmın başvuru anında icra dairesi hesabına yatırılması veya teminat mektubunun icra dairesine tevdi edilmesi zorunlu tutulmuştur (E-Satış Yön. m. 13/3; E-Satış Aydınlatma Metni m. 2.21).

Temsilci aracılığı ile açık artırmaya katılacak olan kişilerin ve malı belirli paylarla satın almak isteyen müşterek alıcıların teminat miktarını başvuru anında icra dairesi hesabına yatırmaları veya teminat mektubunu icra dairesine tevdi etmeleri zorunludur (E-Satış Yön. m. 13/4, E-Satış Aydınlatma Metni m. 2.19 ve 2.20).

#### E. E-Satışa Katılım

##### 1. Genel Olarak

Elektronik ortamda gerçekleştirilen her çevrimiçi açık artırma halka açık olarak yapılır ve açık artırmalara herkes katılabilir<sup>117</sup>. Diğer bir ifade ile açık artırmalar halkın katılımı ile halk için gerçekleştiril-

<sup>111</sup> ÇELİKOĞLU, s. 428.

<sup>112</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 223.

<sup>113</sup> Saatin gün sonu yerine 23.30 olarak belirlenmesi bankacılık uygulamasının bir gereğidir. KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>114</sup> İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışlara İlişkin Kullanım Şartları ve Aydınlatma Metni için bkz. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21776> (ET: 10.12.2022).

<sup>115</sup> KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>116</sup> KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

<sup>117</sup> YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 271; SCHLEGEL / ZOPFI, *SchKG*, Art. 126, s. 768-769.



rilir<sup>118</sup> ve herkesin açık artırma sürecine ücretsiz erişime sahip olması gerekir<sup>119</sup>. Açık artırmaların düzenlendiği İİK m. 111/b hükmünde açıkça belirtilmese de Anayasa m. 141'de ve HMK m. 28'de düzenlenen duruşmaların açık olması gerekliliğine dair alenîyet ilkesi<sup>120</sup>, haczedilen malların açık artırma ile satışında da kıyasen uygulanır<sup>121</sup>. Açık artırma ilanları ve sonuçlarının bildirilmesi aleni şekilde yapılmalı, açık artırmalar mahkemelerde yapılan duruşmalar gibi herkese açık olmalıdır. HMK m. 28/2'de belirtildiği üzere genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin yahut yargılama ile ilgili kişilerin korunmaya değer üstün bir menfaatinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, ilgilinin talebi üzerine yahut resen yapılacak açık artırmaların bir kısmının veya tamamının gizli yapılmasına da karar verilebilir<sup>122</sup>.

İcra memurunun açık artırma yapılması ve açık artırmaların başlaması hakkında bilgilendirme yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Açık artırma yapılırken koşulların izin verdiği ölçüde sınırsız sayıda kişinin teklif verebilmesi mümkün olmalıdır. Bu yapılırken güvenlik hususlarına dikkat edilmesi ve yasal düzenlemelere uyum içinde hareket edilmelidir. Fizikî açık artırmalarda müzayede salonunun boyutunun küçük olması, bazı kişileri açık artırmadan dışlama nedeni yapılamayacağı gibi çevrimiçi açık artırmalarda da açık artırma platformunun kabul edebileceği katılımcı sayısının sınırlı olduğu belirtilerek kişilerin teklif verme hakkı engellenmemelidir. Kamu düzeninin gerektirdiği durumlarda alenîyet ilkesinin istisnası olarak sınırlı katılımcı kabul edildiği durumlar haricinde kişilerin açık artırmaya katılımları sınırlanmamalıdır<sup>123</sup>.

Açık artırma sürecine teklif vererek katılabilmek için öncelikle hak ehliyetine sahip olmak gerekmektedir<sup>124</sup>. Elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış kapsamında yapılan çevrimiçi açık artırmaya fiil ehliyetine sahip gerçek kişiler ve tüzel kişilerin katılmasına izin verilmektedir. Fiil ehliyetinin tam olmaması hâlinde ise kanuni temsilciler vasıtasıyla açık artırmaya katılım sağlanması kural olarak mümkündür. Sınırlı ehliyetli<sup>125</sup> gerçek kişiler ile mal varlığı yönetimi için yasal danışman atanmış kişiler yasal temsilcileri vasıtasıyla açık artırma sürecine katılabilirler. Sınırlı ehliyetsizlere kanuni temsilcilerinin muvafakat vermesi şartıyla açık artırmaya katılma izni verilir. Tam ehliyetsizler ise açık artırmaya katılamazlar, onlar adına sadece yasal temsilcileri açık artırma sürecine katılabilir<sup>126</sup>.

Fiziken yapılan açık artırmalara vekil aracılığıyla katılım için vekâletname getirilmesi istenmekteydi ve TBK m. 504/3'e göre vekile özel yetki<sup>127</sup> verilmesi gereken durumlardan olmadığı için genel vekâletname ile açık artırmalara katılım sağlanabiliyordu<sup>128</sup>. Elektronik Satış Portalı'na ise e-Devlet üzerinden e-şifre aracılığı ile giriş sağlanmakta olup bu sistem, vekilin müvekkili adına elektronik teklif verebilmesine imkân sağlayan bir sistem olarak çalışmamaktadır ve kural olarak kişilerin bireysel olarak Elektronik Satış Portalı'nda tekliflerini sunmaları gerekmektedir. Ancak E-Satış Yön. m.

<sup>118</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 814 Rn. 4.

<sup>119</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 9; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 271; SAENGER, *ZPO* § 814 Rn. 7.

<sup>120</sup> Alenîyet ilkesine dair detaylı açıklamalar için bkz. KURT KONCA, Nesibe: *Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 5 vd.

<sup>121</sup> İcra takibi sırasında kural olarak alenîyet ilkesi bulunmamakla birlikte icra ve iflâs hukukuna ilişkin dava ve işlerin de aleni olması gerekir. KURT KONCA, s. 234-235.

<sup>122</sup> KURT KONCA, s. 257 vd.

<sup>123</sup> VOGT-BEHEIM, *ZPO* § 814 Rn. 5-6.

<sup>124</sup> UYAR, Talih: "Taşınır Mallara İlişkin İhalelerin Yapılması (İİK Mad. 115, 116)", *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, Cilt 4, Sayı 47, s. 3382.

<sup>125</sup> Alman hukukunda kanuni temsilcisinin muvafakati olmaksızın çevrimiçi açık artırmaya katılan sınırlı ehliyetli kişiler, açık artırma dışı bırakılabilirler. Çevrimiçi açık artırmada teklifler, açık artırma portalına giriş yetkisi olmayan kişiler tarafından sunulması hâlinde de bu teklifler açık artırma dışı bırakılabilir, bu noktada karar ilgili icra memuruna aittir. Açık artırma süreci dışında tutulmayı gerektiren birden fazla ihlalin varlığı durumunda ise katılan kişiler elektronik ortamda yapılacak tüm müzayedelerden hariç tutulabilir. GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 13.

<sup>126</sup> UYAR, s. 3383.

<sup>127</sup> Açık artırmaya girmek için özel yetki gerekmez de vekalet veren kişi adına vekilin başkaları ile ortak olarak ihaleye katılması için özel yetkisinin bulunması gerekmektedir (UYAR, s. 3382). Ancak Portal'da ortak teklif verilebilmesine olanak sağlayan bir sistem mevcut olmadığından elektronik açık artırma usûlünde Portal üzerinden ortak teklif verilerek satışa katılım mümkün görünmemektedir.

<sup>128</sup> UYAR, s. 3382.

13/4 ve E-Satış Aydınlatma Metni m. 2.19'da belirtildiği üzere vekilin noterden usûlüne uygun olarak aldığı vekâletnameyi bulundurması hâlinde icra dairesine müracaat ederek artırmaya katılım sağlaması da mümkündür.

Öte yandan açık artırma sürecinde bir başkası adına teklif vermek için baroya kayıtlı avukat olma zorunluluğu da bulunmamaktadır<sup>129</sup>. Yargıtaya göre adli işlemler ve takiplerin avukat aracılığı ile yürütülmesi gerekli olup ihalede pey sürmek bir adli işlem olmadığından vekilin avukat olma zorunluluğu olmaksızın başkası adına ihaleye teklif verebilmesi mümkündür<sup>130</sup>. Bu durumda ise kişilerin temsilci aracılığı ile artırmaya katılmaları, temsilcileriyle birlikte en geç artırma süresinin bitiminden önceki iş günü mesai saati bitimine kadar satışı yapan icra dairesine müracaat etmeleri hâlinde mümkündür (İİK m. 114/6-4; E-Satış Yön. m. 13/4). Ancak noterlerin, resmî dairelerin veya yetkili makamların yetkileri dâhilinde ve usûlüne göre verdikleri vekâletnameyi veya belgeyi bulunduran temsilcinin icra dairesine müracaatı yeterli görülmektedir (E-Satış Yön. m. 13/4; E-Satış Aydınlatma Metni m. 2.19).

İcra mahkemesi hâkimleri, icra ve iflâs müdürleri ile müstahdemleri İİK m. 11'e göre dairelerince takibi yapılmakta olan bir alacak veya satılmakta bulunan bir şey hakkında kiminle olursa olsun kendileri veya başkaları hesabına bir akit yapamayacakları<sup>131</sup> için bu kişiler çevrimiçi açık artırma sürecine de katılamazlar<sup>132</sup>. Bu husus Alman hukukunda Alman Medenî Kanunu (*Bürgerliches Gesetzbuch-BGB*) § 450'de icra müdürünün tarafsızlığını garanti altına almak için kendisi veya diğer icra memurlarının açık artırmada teklif veremeyeceği şeklinde düzenlenmiştir<sup>133</sup>.

İsviçre hukukunda SchKG Art. 125 Abs. 3'te, borçlular da dâhil herkesin açık artırmaya katılabileceği düzenlenmiştir<sup>134</sup>. Alman hukukunda BGB § 1239'da rehinli mal için yapılacak açık artırmalarda rehin sahibi alacaklı, mal sahibi ve borçlunun da teklif vermesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Ancak nakit teminatın sağlanamaması durumunda icra memurunun bu kişilerin teklifini reddedebileceği olanağı vardır<sup>135</sup>. Türk hukukunda ise borçluların açık artırmaya katılmasına izin veren veya bunu yasaklayan açık bir düzenleme olmamasına rağmen Yargıtayın yerleşik içtihatları<sup>136</sup> kapsamında borçluların açık artırmaya katılamayacakları ifade edilmektedir<sup>137</sup>. Öğretide ise satış işleminden önce borcunu

<sup>129</sup> Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde baro levhasında yazılı bulunmayanların ve işten yasaklanmış olanların icra işlemlerini takip edemeyecekleri açıkça belirtilmektedir. Öte yandan Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde "icra işlemleri" tekel kapsamında yer almıştır. Bu çerçevede avukatlık tekelinin kapsamında yer almayan ve baroya kayıtlı olan avukatların dışındaki kişiler tarafından da yapılması mümkün olabilen icra işlemleri mevcuttur. Detaylı açıklamalar ve bu konudaki görüşler için bkz. ARSLAN, Ali Çetin: "Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, s. 1693 vd.; İYİMAYA, Ahmet: "Avukatlık Tekeli", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004 - Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004, s. 157-170; ERDOĞAN, Mehmet Şirin: "Avukatlık Tekel Hakkı", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004 - Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004, s. 138-155; ELVERİŞ, İdil: "Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yaratıldığı Adalete Erişim Sorunları", *Özer Seliçi'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 185.

<sup>130</sup> UYAR, s. 3382. "1136 Sayılı Avukatlık Kanununun 35. maddesi hükmüne göre adli işlemler ve takipler ancak baroda kayıtlı avukatlar eli ile yürütülebilir. İcra Dairelerinde yapılan ihale bir adli işlem ise de ihalede pey ileri sürülmesi adli bir işlem değildir. Dolayısıyla ihaleye Türk Borçlar Kanunu'na göre düzenlenen vekâletname ile bir başkası adına katılabilmek mümkündür ve bu vekilin avukat olması zorunluluğu yoktur." Karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 08.04.2013, E. 2013/6616, K. 2013/13294. Benzer karar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 09.03.2006, E. 2006/1841, K. 2006/4760 (Lexpera, ET: 08.12.2022).

<sup>131</sup> ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 60; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 14-15.

<sup>132</sup> BERKİN, 1969, s. 29-30; UYAR, s. 3383. Alman hukukunda ceza yargılamasında tasarruf yetkisi reddedilen kişiler, icra memuru, BGB § 450'ye göre görevlendirilen kişi ile yardımcıları ve ayrıca icra memurunun akrabaları ile onun tarafından istihdam edilen kişilerin açık artırmaya katılamayacağı kabul edilmektedir. Hessen Yönetmeliği (Hessen: ZVIVVO) § 20 ise mübaşir yakınlarının yanı sıra görevlendirilen yardımcıların yakınlarını da kabul etmemekte ancak mübaşir tarafından çalıştırılan kişileri hariç tutmamaktadır. GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 12.

<sup>133</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 7; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 7-12.

<sup>134</sup> SCHLEGEL / ZOPFI, *SchKG*, Art. 126, s. 768-769.

<sup>135</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 816 Rn. 7; GRUBER, *MüKoZPO*, § 816 Rn. 8; SAENGER, *ZPO* § 816 Rn. 8.

<sup>136</sup> "Kaldı ki malı taşınmazı arttırılmaya çıkarılan borçlu, ihaleye katılamaz ve kendisine ihale yapılmaz. Borçlu ancak satıştan önce borcunu ödeyip haczi kaldırtmak suretiyle satışı önleyebilir." Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 20.4.2016, E. 2016/8861, K. 2016/11724. "... İİK'nun 129 ve devamı maddeleri ile Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre taşınmazı satışa çıkarılan borçlu, ihaleye katılamaz ve kendisine ihale yapılamaz." Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 2021/6653, E. 2021/5611, K. 21.6.2021. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 24.06.2002, E. 2002/12407, K. 2002/13540; Yargıtay, 12. HD, T. 3.3.2022, E. 2022/1310, K. 2022/2709 (Lexpera, ET: 30.11.2022).

<sup>137</sup> UYAR, s. 3384.

ödeyerek satışı önleme olanağı bulunan borçlunun artırmaya katılmasında bir yararı olmayacağı ve borçlunun ihaleye katılmasına izin verilmesi hâlinde ihale bedelini yatırmayarak ihalenin uzamasına neden olacağını belirten görüşlerin<sup>138</sup> yanı sıra iyi niyetli borçluyu koruyabilmek için İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi borçlunun ihaleye katılmasına izin verilmesi gerektiğini, bunun artırmanın açık olmasının bir gereği olduğunu ancak kendisinden teminat yatırmasının veya kefil göstermesinin istenebileceğini belirten görüşler<sup>139</sup> de vardır<sup>140</sup>.

## 2. Elektronik Satış Portalı'na Kayıt

Elektronik Satış Portalı'na üye olabilmek için Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmak gerekmektedir ve siteye giriş e-Devlet ile yapılan entegrasyon doğrultusunda e-Devlet Kapısı'nı kullanarak kimlik doğrulaması yapıldıktan sonra mümkündür. Bu nedenle Portal'a girişin ön koşulu Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olup e-Devlet şifresi almış olmaktır<sup>141</sup>. Sisteme giriş yaptıktan sonra İcra ve İflâs Kanunu Uyarınca Elektronik Ortamda Yapılacak Satışların Usûlü Hakkında Yönetmelik m. 14'e göre elektronik ortamda teklif verebilmek için Bakanlıkça hazırlanan sözleşmenin katılımcılar tarafından kabul edilmesi gerekmektedir.

Alman hukuk sisteminde ise elektronik ortamda açık artırma ile satış usûlü için çevrimiçi açık artırma platformuna katılımcıların önceden kayıt yaptırılmaları gerekmektedir. Bunun için serbestçe seçilebilen kullanıcı adı, şifre, kişinin adı, adresi ve doğum tarihi ile e-posta adresi belirtilmelidir. Kayıtlı veriler, kayıtlı kişinin talebi üzerine, verilerin mevcut yasal ilişkileri yerine getirmek ve işlemek için artık gerekli olmadığı veya katılımcının iki yıl boyunca açık artırma platformuna giriş yapmadığı durumlarda silinmektedir. Verilen en yüksek tekliflere olan taahhüt ise silme işlemi ile sona ermez<sup>142</sup>. Türk hukukunda ise sözleşme imzalanacağı düzenlenmekle birlikte bu hususlar detaylandırılmamıştır. Portal'a giriş yapıldıktan sonra ilan sayfasına geçmeden önce sözleşme metni<sup>143</sup> ile karşılaşmaktadır ve "Okudum, onayladım." butonuna tıklanmadığı takdirde sisteme girilememekte, ilanlara teklif için erişim izni verilmemektedir.

Türk vatandaşlarının yanı sıra Türkiye'de ikamet etme hakkı bulunan yabancı uyruklu vatandaşlar e-Devlet üzerinden resmî işlemlerini gerçekleştirebilir. Ayrıca mavi kartlılar (5901 sayılı Türk Vatandaşlığı Kanunu'nun 28. maddesinde belirtilen yabancı ülke vatandaşları) ile Türkiye Cumhuriyeti yetkili makamlarınca verilmiş yabancı kimlik numarasına sahip yabancılar da e-Devlet şifresi alabilir<sup>144</sup>. Bu kapsamda olup e-Devlet şifresi bulunan yabancıların da, kural olarak, Portal'a girmeleri mümkündür.

Şirketlerin MERSİS kaydının bulunması şartı gibi belli koşulları yerine getirmeleri hâlinde resmiyet kazanarak e-Devlet şifresi alabilmelerine olanak sağlanmıştır<sup>145</sup>. Buna göre de bir şirket e-Devlet şifresi sahibi ise Portal'a girebilir ve açık artırmalara teklif vererek katılabilir.

<sup>138</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 271; KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku -El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 529.

<sup>139</sup> ERTURGUT, Mine: *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 93.

<sup>140</sup> UYAR, s. 3384.

<sup>141</sup> Fizikî ortamda yapılan açık artırmalara ise bazı koşullar yerine getirildiğinde yabancılar da katılabilmekteydi. KAZMAZ TEPE, s. 52.

<sup>142</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 14.

<sup>143</sup> Sözleşmenin konusu, elektronik teklif sisteminde icra daireleri tarafından satışa çıkartılan malların üye tarafından teklif edilmesine ilişkin şartlar ile koşulların belirlenmesi ve bu doğrultuda tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespit edilmesidir (E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 2). E-Satış Kullanım Sözleşmesi için bkz. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21776> (ET: 10.12.2022).

<sup>144</sup> <https://www.turkiye.gov.tr/bilgilendirme?konu=sikcaSorulanlar#s02> (ET: 01.12.2022).

<sup>145</sup> "Mülga Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, Ulaştırma ve Altyapı Bakanlığı e-Devlet Dairesi, TÜRKSAT yetkililerinin katılımıyla gerçekleştirilen 08.02.2018 tarihli toplantıda; MERSİS verileri kullanılarak, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile yapılacak ortak çalışmalar sonucunda e-devlet kapısında tüzel kişiliklere yönelik mevcut hizmetlerin daha etkin sunumu ve birçok yeni hizmet açılabilme potansiyeli değerlendirilmiş ve MERSİS bünyesinde şirket yetkililerine ilişkin rol tabanlı kimlik doğrulama altyapısı oluşturularak e-Devlet kapısından hizmet sunumu için gerekli yetkilendirme standardizasyonu çalışmalarının yapılması kararlaştırılmıştır. Akabinde, Mülga Başbakanlık İdareyi Geliştirme Başkanlığı, Ticaret Bakanlığı İç Ticaret Genel Müdürlüğü ve Bilgi İşlem Daire Başkanlığı, Ulaştırma ve

### 3. E-Satışta Teklif

#### a. Teklif Verme

Açık artırma prosedürü kapsamında ilgili kişilerin vermiş oldukları teklifler sadece özel hukuk kapsamındaki birer irade beyanı<sup>146</sup> niteliğinde olmayıp usûle ilişkin birer işlem niteliğindedir. Bu nedenle de usûl işlemi yapılabilmesi için gerekli olan fiil ehliyetinin varlığı açık artırma teklifi verirken de aranır. Bir temsilci ile hareket edildiği durumlarda ise temsilcinin usûlüne uygun olarak yetkilendirilmiş olduğunun kanıtlanması gerekmektedir<sup>147</sup>.

İlgililer yalnızca müzayedede sırasında veya çevrimiçi müzayedeler için açık artırmanın başlamasından sonra teklif verebilirler, açık artırma sürecinin başlaması öncesinde teklif verilemez<sup>148</sup>. İlgililerin açık artırmaya katılımlarının zamansal olarak belli bir aralıkta gerçekleştirilmesi öngörülebilir. Bu kapsamda da kanun koyucunun tekliflerin alınmasına dair belirlediği yedi günlük süre içinde kişiler, tekliflerini vererek katılım sağlamalıdır (İİK m. 111/b/2). Resmî olarak açık artırma usûlünde teklif verebilme süreci başlamadan veya süreç sona erdikten sonra teklif verilmesi, açıkça izin verilmedikçe mümkün değildir. Kanun koyucu elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış düzenlemelerinde açık artırma başlamadan önce veya sonra sunulan tekliflerin de kabul edilebileceğini öngörmemiştir ve bu çerçevede ilgililerin, Portal'da açık artırma teklif sürecinin başlangıcı öncesinde veya sürecin sona ermesi sonrasında verecekleri teklifleri dikkate alınmayacaktır.

Teklifler Elektronik Satış Portalı'nda verileceği için teklif verme süresi içinde Portal'ın bilişim sisteminin bakımı veya iyileştirilmesi için gerekli olan işlemler yapılabilir. Bu işlemlerin ise ihalenin geçerliliğini etkilemeyeceği öngörülmüştür<sup>149</sup>. Sistem bakımı ve iyileştirme işlemlerinin ilgililerin teklif vermesini engellemeyecek saatlerde ve şekillerde yapılması beklenmektedir. Makul süreyi aşacak çalışmalar ile teklif sürecinin aksatılmaması veya engellenmemesi gerekir. Aksi bir durumda yapılan açık artırmanın iptal edilerek sürece yeniden başlanması söz konusu olacaktır<sup>150</sup>.

Açık artırma süreci sona erdikten sonra Portal'daki bakım, iyileştirme vb. çalışmalardan kaynaklanan teknik aksaklıklar Portal kayıtlarına bakılarak artırmayı takip eden ilk iş gününde tespit edilecektir. Portal kayıtlarının incelenmesi sonucu açık artırmanın son on dakikası içerisinde teklif verilemediğinin belirlenmesi üzerine icra müdürü tarafından açık artırmanın bir gün uzatılması gerekir. İcra müdürünün vereceği bu uzatma kararının da uzatma artırımının başlayacağı ve biteceği tarih ile saatleri de gösterir şekilde ve uzatma sebebini de belirterek derhâl Portal üzerinden duyurulması gerekmektedir. Bu şekilde uzatma kararı verildiği durumlarda açık artırmanın başlangıç tarihi, artırma süresinin uzatılmasına karar verildiği tarihten itibaren üç günü geçmemelidir (İİK m. 115/8)<sup>151</sup>.

#### b. Asgarî Teklif Miktarı

İİK m. 114/6'da ilanda yazılması gereken hususlarda belirtildiği üzere Elektronik Satış Portalı'nda verilecek tekliflerin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu

*Altyapı Bakanlığı Haberleşme Genel Müdürlüğü ve Bilgi İşlem Daire Başkanlığı ve TÜRKSAT yetkilileri ve temsilcileri ile gerçekleştirilen toplantılarda söz konusu çalışma ayrıntılı bir şekilde analiz edilmiştir. Kamudan İş Dünyasına Sunulan (G2B) Hizmetler İçin E-Devlet Kapısı - MERSİS Entegrasyonu Çalışmaları kapsamında, tüzel kişilerin e-devlet hizmetlerini kullanabilmelerine ve yetkilendirme süreçlerini tamamlayabilmelerine yönelik olarak tasarlanan altyapı ve ekranlar 05.10.2018 tarihinde devreye alınmıştır.* Bkz. <https://ticaret.gov.tr/ic-ticaret/ticaret-sicili/merkezi-sicil-kayit-sistemi-mersis> (ET: 01.12.2022).

<sup>146</sup> İnternette artırma yoluyla satışlarda verilen tekliflerin kural olarak birer elektronik irade beyanı olduğuna dair açıklamalar için bkz. SADIOĞLU, s. 318 vd.

<sup>147</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817 Rn. 4.

<sup>148</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 817 Rn. 6.

<sup>149</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 224; KARSLI, s. 423.

<sup>150</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 292.

<sup>151</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 292.

miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını geçmesi gerekmektedir. Teklifin belli bir tutarı geçmesi gerekliliği asgarî teklif şartı olarak ifade edilebilir<sup>152</sup>.

Elektronik Satış Portalı'nda asgarî teklif miktarı da ilan sayfasında gösterilmektedir ve kullanıcılar tarafından verilecek teklifler bu belirtilen tutarın %50'sinden aşağı olmamalıdır (E-Satış Kullanım Sözleşmesi<sup>153</sup> m. 3.1). Aksi hâlde belirtilen miktar altındaki teklifler sistem tarafından değerlendirmeye alınmamaktadır<sup>154</sup>.

Alman hukukunda da borçlunun mal varlığını korumaya yönelik asgarî teklif uygulaması bulunmaktadır. Haciz sırasında dZPO § 813'e göre icra memuru veya bilirkişi tarafından olağan satış değeri belirlenir ve asgarî teklif sınırı belirlenen bu değer yarısı kadardır. Asgarî teklifin belirlenmesi ile borçlu ve alacaklının menfaatleri karşı karşıya getirilmekte ve özellikle piyasa değeri ile en yüksek teklif arasında bariz bir dengesizlik oluşmasının engellendiği belirtilmektedir<sup>155</sup>. Alman hukukunda açık artırmaya çıkarılan hacizli malın belirlenen değerinin yeniden değerlendirmeye tâbi tutulması gerekli görülür ise müzayedeye değişen bir satış değeriyle ve dolayısıyla değiştirilmiş bir asgarî teklifle devam edilebilmesi için müzayedeye katılanların dinlenmesi ve yeni bir müzayede tarihinin planlanması gerekmektedir<sup>156</sup>. Türk hukukunda, sicile kayıtlı mallar hariç, açık artırmaya konu olan malın kıymeti, haciz yapan memur tarafından takdir edilir ve bu mallar için gerek görüldüğü durumlarda bilirkişiye müracaat edilebilir (İİK m. 87/1). Sicile kayıtlı olan mallar haciz konusu yapıldıklarında, bu malların kıymet takdirlerinin ise bilirkişilik bölge kurulu listesinde kayıtlı ve bu konuda Bakanlıkça izin verilen bilirkişilere, bunların bulunmaması hâlinde listede kayıtlı diğer bilirkişilere yaptırılması zorunludur (İİK m. 87/2). İcra müdürü tarafından veya sicile kayıtlı mallar için bilirkişilerce takdir edildikten sonra açık artırmaya bu bedel esas alınarak devam edilmekle birlikte - kesinleşen kıymet takdirinin yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden kıymet takdiri istenemeyeceği düzenlenmiştir (İİK m. 128 ve 128/a)- malın kıymetinin artırma sırasında değişmesi ve yeniden değerlendirmeye tâbi tutulması mevzuatta ayrıca ele alınmamıştır. Alman hukukundaki uygulamaya benzer şekilde borçlunun mal varlığını koruyarak alacaklıyı tatmin etmek amacıyla piyasadaki ani değişimler nedeniyle hacizli malın değerindeki değişikliklerin açık artırma sürecinde resen dikkate alınması ve gerekli görülen durumlarda artırmaya katılan kişilerle bu durum görüşülerek yeni bir açık artırma sürecinin planlanması yerinde olabilir. Sicile kayıtlı mallar için icra müdürünün gerekli görmesi üzerine yeniden kıymet takdirine izin verilmeli ve diğer mallar açısından da icra müdürü tarafından yeni bir kıymet takdiri yapılarak açık artırmaya bu yeni belirlenen bedeller üzerinden devam edilebilmesini mümkün kılan düzenlemelerin mevzuata eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Açık artırmalarda sunulan tekliflerin ilanda belirtilen asgarî teklif şartına her zaman uygun olması gerekmektedir. Bu şarta uygunluğun icra müdürü tarafından resen dikkate alınması, mevcut yeni sistemde ise Elektronik Satış Portalı'nda yapılacak bir algoritma düzenlemesi ile tekliflerin bu şarta uygun olarak verilmesinin sağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde asgarî teklif koşuluna uyulmaması durumunda sorumluluk düzenlemelerinin uygulanması gündeme gelecektir<sup>157</sup>.

Açık artırma sürecinde kural olarak teklif ancak en azından asgarî teklife ulaşıldığında kabul edilebilir. Bu teklif limitinin altında teklif verilmesi veya altında verilmiş tekliflerin kabulü mümkün değildir. Aynı zamanda borçlunun, malın belirlenen kıymetine göre hesaplanacak asgarî teklife uyulması şartından feragat etmesi de mümkün değildir<sup>158</sup>.

<sup>152</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. MERİÇ, Nedim: *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 31 vd.; NAMLI, Mert: *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 496 vd.

<sup>153</sup> E-Satış Kullanım Sözleşmesi için bkz. <https://esatis.uyap.gov.tr/main/jsp/esatis/index.jsp?menuId=21776> (ET: 10.12.2022).

<sup>154</sup> KAZMAZ TEPE, s. 93.

<sup>155</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817a Rn. 1; GRUBER, *MüKoZPO*, § 817a Rn. 1-2.

<sup>156</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817a Rn. 1.

<sup>157</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817a Rn. 1-2.

<sup>158</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817a Rn. 3-6; GRUBER, *MüKoZPO*, § 817a Rn. 6.

Elektronik Satış Portalı'nda istekliler tarafından verilen teklifler arasındaki fark, satışa çıkarılan malın muhammen kıymetinin binde birinden ve her hâlde yüz Türk lirasından az olamaz (İİK m. 111/b/4; E-Satış Yön. m. 14/4). Ayrıca açık artırma sürecinde en yüksek teklifi vermiş olan ihale alıcısı süreci devam ederken kendisinden yüksek bir teklif verilmedikçe teklifini çekemez ve teminatını geri alamaz. Açık artırma için öngörülmüş olan yedi günlük sürenin son on dakikası içerisinde yeni bir teklifin verilmiş olması hâlinde açık artırmanın bir defaya mahsus olarak on dakika uzatılması söz konusu olacaktır (İİK m. 111/b/6; E-Satış Yön. m. 14/6).

### c. Otomatik Teklif

Elektronik ortamda açık artırma süreçlerinde Portal üzerinden teklif vermiş olan ilgililer, ihale konusu malın ilan sayfasından kendi tekliflerinden daha yüksek bir teklifin verilmiş olup olmadığını takip edebilir. Ayrıca UYAP bünyesinde SMS Bilgi Sistemi de bulunmaktadır ve UYAP Elektronik Satış Portalı kapsamında da ilgililerin SMS Bilgi Sistemi'ne kaydolarak ilana verilmiş olan teklifleri bilgi mesajları aracılığı ile öğrenmesi mümkündür<sup>159</sup>. İhale sonucunu kişi, Portal'dan öğrenebileceği gibi kişinin Bilgi Sistemi'ne kayıtlı ve ihale alıcısı olması durumunda SMS ile bu kişiye bilgilendirme de yapılır. Ancak E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 3.10'a göre ihale sonucu kendisine ayrıca bildirilmez<sup>160</sup>. SMS Bilgi Sistemi'ne kayıtlı ihale alıcısına, ihale sonucunun SMS olarak gönderilmesi sadece bildirici niteliktedir<sup>161</sup>. Açık artırma konusu malın mülkiyeti ihale anında ihale alıcısına geçtiği için (İİK m. 115/2, m. 129), SMS ile ihale alıcısına sonuç bildirimini yapılmasının mülkiyetin kazanılmasında veya ihale sürecinin geçerliliği kapsamında herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle de SMS ile sonuç gönderiminin bildiri niteliğinde olduğu ifade edilebilir.

Elektronik Satış Portalı'nda kendilerinden daha yüksek teklif verilme durumundan haberdar olmak için öngörülen bilgilendirme sisteminin yanı sıra üye olan kullanıcı tarafından verilebilecek en yüksek teklif miktarının ve artış oranlarının girişinin yapılabilmesine de olanak sağlanmıştır. Bu şekilde üye adına otomatik teklif verilebilmektedir ve bu uygulama, sistemde "otomatik teklif tanımlama" olarak adlandırılmaktadır. Kişinin verdiği otomatik teklifin her artışında SMS bilgisi almak isteyip istemediğinin seçiminin yapıldığı bir seçim kutusu da Portal'da bulunmaktadır. Otomatik teklif tanımlama birden fazla kullanıcı tarafından tercih edilebilir. Başka bir kullanıcı tarafından da tanımlanmış bulunan bir otomatik teklif olması hâlinde, bu teklifin altında bir otomatik teklif tanımlaması yapılması durumunda tanımlanan azami tutar teklif olarak verilmektedir. Otomatik teklif verebilme imkânı sadece Portal üzerinden verilecek teklifler için mümkündür; diğer bir anlamıyla tanımlanan otomatik teklif sadece çevrimiçi teklif verilmesi hâlinde çalışmaktadır, fizikî ihalede kullanılmamaktadır<sup>162</sup>.

### d. Teklif Verme Süresi

Çevrimiçi açık artırma platformları üzerinden yapılacak açık artırmalar için klasik açık artırmaların aksine artırma konusu malın da niteliği dikkate alınarak artırma süresinin birkaç gün veyahut haftalarca sürebilecek şekilde belirlenmesi mümkündür. Bu platformlarda daha fazla ziyaretçi ile sürecin tamamlanması hedeflendiğinden, mümkün olan en uzun açık artırma süresinin tercih edilmesi önerilmektedir<sup>163</sup>. Ancak cebri icra süreçlerinde açık artırma süresinin uzun öngörülmesi alacaklının alacağına kavuşmasına ilişkin süreyi de uzatacağından açık artırma teklif süresine bir sınırlandırma getirilmesi gereklidir. Bu kapsamda kanun koyucu da Elektronik Satış Portalı'nda haczedilmiş malın satışı için yapılacak açık artırmalar açısından teklif verme süresini yedi gün olarak düzenlemeyi tercih etmiştir

<sup>159</sup> KAZMAZ TEPE, s. 98. <https://sms.uyap.gov.tr/nedir.html> (ET: 10.12.2022).

<sup>160</sup> KAZMAZ TEPE, s. 104.

<sup>161</sup> ŞENOCAK, s. 109.

<sup>162</sup> [https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis\\_hakkinda.pdf](https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis_hakkinda.pdf) (ET: 10.12.2022).

<sup>163</sup> STAIBLE, s. 528.

ve düzenleme kapsamında açık artırma, ilanda belirtilen gün ve saat aralığında ve teklif verme yoluyla yapılır (İİK m. 111/b; E-Satış Yön. m. 14)<sup>164</sup>.

#### e. Teklif Verenin Gizliliği

Portal'da verilecek tekliflerde kişisel verileri korumak amacıyla teklif verenlerin kişisel bilgileri, artırma süresi içinde bilişim sistemini işleten kamu görevlileri hariç, hiç kimse tarafından görülemez ve bilişim sisteminde gösterilemez<sup>165</sup>. Düzenlemenin amacı, açık artırmaya katılan kişilerin baskı altına alınmasının, ihaleden çekilmeye zorlanmasının veya iradelerinin fesada uğratılmasının önlenmesidir<sup>166</sup>. Alman hukukunda da benzer şekilde borçluya ve sürece katılan isteklilere dair kişisel bilgilerin yayımlanmadan önce anonim hâle getirilmesi gerekliliği kabul edilmektedir (dZPO § 814 Abs. 3 Nr. 6)<sup>167</sup>.

#### F. E-Satışın Gerçekleştirileceği Yer

İİK m. 111/b'deki düzenleme ile elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi'ne entegre Elektronik Satış Portalı'nda gerçekleştirilir. *eBay* gibi satış portalları aracılığıyla yapılan açık artırmalara ise İİK m. 111/b kapsamında izin verilmemektedir<sup>168</sup>. Öte yandan borçluya satış yetkisi verilmesinin düzenlendiği İİK m. 111/a hükmü kapsamında verilen yetki ile borçlunun malı istediği şekilde satabilmesi mümkündür ve bu satışı Kanun'da belirtilen Portal dışında diğer çevrimiçi müzayede portallarını kullanarak gerçekleştirebilir<sup>169</sup>.

UYAP'a entegre Elektronik Satış Portalı'nda satışa çıkarılan hacizli malların bilgileri ve görsellerine<sup>170</sup> ulaşılabilmektedir. İlgililer, Portal'a üye olarak giriş yaptıktan sonra Portal üzerinden tekliflerini verebilmektedir<sup>171</sup>.

#### G. E-Satışta İhalenin Yapılması

Çevrimiçi açık artırma için öngörülen ve ilanda belirtilen saat geldiğinde Elektronik Satış Portalı'nın açık artırma yazılımının algoritmaları devreye girer ve sisteme kayıtlı kullanıcılar teklif vermeye başlar. Belirtilen açık artırma süresi sonunda sistem otomatik olarak kapatılır ve verilen bireysel teklifler arasından en yüksek teklif verene satış konusu mal ihale edilmiş olur<sup>172</sup>.

Elektronik Satış Portalı'nda artırma bitip mal en yüksek teklif verene ihale edildikten sonra icra müdürü, sonraki ilk iş gününde artırmanın sonucuyla ilgili bir artırma sonuç tutanağı düzenler ve bu tutanaktaki bilgiler aynı Portal'dan ilan edilir (İİK m. 115/4)<sup>173</sup>. Bu tutanakta ihale alıcısının adı ve soyadı, ihalenin hangi gün ve saatte tamamlandığı, ihale bedeli, ihale edilen malın muhtevası, şartlar yerine gelmişse en yüksek teklifi verene malın ihale edildiği, ihale bedelinin tutanağın ilanından itibaren

<sup>164</sup> Alman icra hukukunda dZPO § 814'te müzayedenin başlangıç ve bitiş tarihlerinin ilan edileceği düzenlenmekle birlikte ihale teklif sürecinin ne kadar olacağına dair asgari veya azami bir süre düzenlemesi kanunda yapılmamıştır. Alman hukukunda dZPO § 814'te açık artırma ilanında satışa sunulan hacizli mala dair bilgilerle birlikte açık artırmanın başlangıç ve bitişini, eyaletlerin yapacakları düzenlemeler kapsamında belirleyecekleri düzenlenmiştir ve genel olarak bu hususlar icra memuru tarafından tayin edilerek belirlenmektedir. Eyaletlerin açık artırmanın başlangıç ve bitişine dair farklı uygulamalar belirlemişlerdir. Hessen Yönetmeliği (Hessen: ZVIVVO) § 23 Abs. 1 S. 2'de müzayedenin başlangıcı ile bitiş arasında en az üç gün olması gerektiği şart olarak düzenlenmiştir. Thüringen Yönetmeliği (Thüringen: ThürIntVerstVO) § 4 Abs. 1 S. 2'de müzayedenin başladıktan en geç yetmiş iki saat sonra bitmesi gerektiği düzenlenmiştir. GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 15.

<sup>165</sup> KARSLI, s. 424.

<sup>166</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 292.

<sup>167</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 19.

<sup>168</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 814 Rn. 5; PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 224.

<sup>169</sup> Borçluya satış yetkisi verilmesi usûlüne ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. YAZICI, Burçin: "İcra ve İflâs Kanunu M. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 2, s. 1126 vd.; PEKCANITEZ, Hakan: "Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 836 vd.

<sup>170</sup> Bkz. yukarıda "C. 2. Elektronik Satış Portalı'ndaki İlanlar" başlığı altındaki açıklamalar.

<sup>171</sup> Portal'a dair detaylı bilgi için bkz. [https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis\\_hakkinda.pdf](https://esatis.uyap.gov.tr/main/destek/esatis_hakkinda.pdf) (ET: 10.12.2022).

<sup>172</sup> STAIBLE, s. 530.

<sup>173</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 220.

ren yedi gün içinde icra dairesi hesabına ödenmesi gerektiği, şartlar yerine gelmediği takdirde ihalenin hangi gerekçeyle yapılamadığı yer alır (E-Satış Yön. m. 11)<sup>174</sup>.

Açık artırma artık mezat salonlarında gerçekleştirilmeyip Kanun'da belirlenen yedi günlük sürenin sonunda elektronik ortamda artırma yapıldığından, artırma gününün resmî tatil günleri dışında bir gün olarak tespit edilmesi gerekliliği<sup>175</sup> ortadan kalkmıştır. Her ne kadar İİK m. 51/1'deki "Güneşin batmasından bir saat sonra ile güneşin doğmasından bir saat önceye kadarki devrede (gece vakti) ve tatil günlerinde takip muameleleri yapılamaz." düzenlemesinin bir gereği olarak, kural olarak, ihale işleminin de tatil günlerinde yapılamayacağı düşünülse de değişiklik sonrası öngörülen yedi günlük sürenin sonunun tatil gününe denk gelmesinin sorun oluşturmayacağı İİK m. 115/4'teki "İcra müdürü, elektronik satış portalında artırma bittikten sonraki ilk iş gününde artırmanın sonucuyla ilgili bir artırma sonuç tutanağı düzenler ve bu tutanağı bilgileri aynı gün satış portalında ilan eder." düzenlemesinden çıkarılmaktadır. Kanun koyucu bu değişiklik ile artırmanın hafta sonu veya tatil günlerinde sonlandırılmasında bir sakınca görmemiştir. Hafta sonu ihale gerçekleşse dahi sonuç tutanağının ilk iş gününde düzenleneceğini öngörmüştür. Öğretide satış işleminin de bir icra takip işlemi olmasından dolayı tatil günü yapılamayacağını belirten görüşlerin<sup>176</sup> aksine kanun koyucu böyle bir düzenlemeyi uygun bulmuştur<sup>177</sup>.

Elektronik Satış Portalı'nda yapılacak çevrimiçi açık artırmada, artırma konusu hacizli mal şartların yerine gelmesi hâlinde en yüksek teklif verene ihale edilir (İİK m. 115, m. 129; E-Satış Yön. m. 15). İhale edilebilmesi için birinci ve ikinci artırma, icra müdürü tarafından, ilanda belirlenen gün ve saatte, haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi üzerinden başlatılmış olmalıdır. Ayrıca artırma bedelinin haczedilen malın muhammen kıymetinin yüzde ellisi ile o malla güvence altına alınan ve satış isteyen alacağına rüçhanı olan alacakların toplamından hangisi fazla ise bu miktarı ve ayrıca bu miktara ilave olarak paraya çevirme ve paylaşırma masraflarını da geçmesi şarttır.

Mevzuatta teklifler arasındaki farkın satışa çıkarılan malın muhammen kıymetinin binde birinden ve her hâlde yüz Türk lirasından az olmaması gerektiği de öngörülmüş olmakla birlikte malın binde birinden fazla olup yüz Türk lirasından az olarak sisteme bir teklifin yüklenmesi ve en yüksek teklifin bu olması durumunda ne yapılacağı mevzuatta açıkça düzenlenmiş değildir. Teklifler arasında yüz Türk lirası farkın bir geçerlilik şartı olarak kabulü durumunda en yüksek teklif dahi olsa bu kişiye malın ihale edilmemesi gerekmektedir. Elektronik Satış Portalı'nda yüz Türk lirası üzeri teklif verilmesini izin verecek şekilde geliştirilmiş teklif algoritmasının mevcut olup olmadığının net olarak bilinmemesi ile birlikte böyle bir durumda hatalı şekilde en yüksek teklife ihale edilmesi hâlinde ihalenin feshi mi yoksa Portal'dan kaynaklanan bir sebep olduğu için idarenin sorumluluğu hükümlerine mi gidileceğinin mevzuatta yapılacak bir düzenleme ile açıklığa kavuşturulması gerektiği görüşünderiz. Kanaatimizce en yüksek teklifin, bir önceki yüksek tekliften yüz Türk lirası fazla olmaması durumu bir ihale geçerlilik şartı olmadığından ne ihale hazırlık aşamasına dair bir usûlsüzlük ne ihalenin yapılması aşamasına dair bir usûlsüzlük ne de ihaleye fesat karıştırma olarak nitelendirilebilir. Öte yandan teklifler arası farkın yüz Türk lirasından az olması hâlinde ihalenin feshine karar verilmesi ağır bir yaptırım olacaktır ve böyle bir ihtimalin gerçekleşmesi durumunda ihalenin feshedilmemesinin daha yerinde bir yaklaşım olacağı görüşünderiz. Bu noktada teklifler arası farkın yüz Türk lirası olmasının sağlanması için Portal'a bir algoritma düzenlemesi yapılmasının kanun koyucu tarafından öngörülmesi ve sistemsal olarak izin verilmemesine rağmen bir sistem hatası üzerine yüz Türk lirası üzerinde olmayan bir teklifin verilmiş olması durumunda idarenin sorumluluğuna dair hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

<sup>174</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 228.

<sup>175</sup> UYAR, s. 3377.

<sup>176</sup> UYAR, s. 3377; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 238.

<sup>177</sup> Bununla birlikte Portal'daki ihaleler için öngörülen başlangıç tarihleri şu ana kadar hafta içi bir gün olduğundan sürenin sona ermesi de hafta içi gerçekleşmiş ve hafta tatiline denk gelen bir artırmaya rastlanmamıştır. Ancak hafta içi bir tatil gününün mevcudiyeti hâlinde teklif süresinin tatil günü sona erme ihtimali mevcuttur.



Portal'da yapılacak çevrimiçi açık artırmalar için ayrı bir açık artırma formatı veya bir açık artırma algoritmasının mevcudiyetine dair Kanun'da ve Yönetmelik'te herhangi bir gereklilik öngörülmemiştir. Bu kapsamda Elektronik Satış Portalı'nda yapılacak çevrimiçi açık artırmalar için mezar salonlarındakine benzer şekilde ilgili teklifin tellal tarafından üç kez anons edilmesi artık bir gereklilik değildir<sup>178</sup>. Tellal yerine bir uyarı ekranı veya anons sistemi şeklinde herhangi açık bir düzenleme de öngörülmemiştir. Artık süreç sadece çevrimiçi ortamda ilerlediğinden açık artırmalarda üç kez bağırarak anons yapacak bir tellala da ihtiyaç bulunmamaktadır.

Mevzuatta ihale sonucunun Portal üzerinden ilan edileceği düzenlenmekle birlikte farklı bir sonuç bildirim yöntemi getirilmemiştir. Sadece SMS Bilgi Sistemi'ne kaydolunması hâlinde talep eden kişilere ihale sonucunun SMS ile bildirim yapılabilir. Bu noktada İsviçre, Alman ve diğer hukuk sistemlerinde uygulanan, çevrimiçi platform aracılığı ile gerçekleştirilen ihalenin sonucunun mal sahibi borçlunun ve en yüksek teklif vererek ihale alıcısı olan kişinin platform operatörü tarafından otomatik olarak oluşturulacak bir e-posta veya SMS ile de bilgilendirilmesi ile sonuçtan haberdar olunarak bir an önce paranın ödenmesi ve sözleşmenin yapılmasının sağlanması makul bir yöntem olabilir<sup>179</sup>. İhale sonrası satın alma bedelinin ödenmesini ve malın tesliminin sağlanması için borçlu ile ihale alıcısının bir an önce sonuçtan haberdar edilmeleri ve bunun e-posta, SMS vb. vasıtalar ile sağlanması usûl ekonomisine de uygun yerinde bir yaklaşım olacaktır. Burada e-posta, SMS vb. araçlarla yapılacak bildirim, Portal üzerinden yapılan ilan ile eşdeğer hüküm ve sonuç doğurmayacaktır; böyle bir sonuç doğurması ancak yasal bir düzenleme ile sağlanabilir.

Elektronik Satış Portalı operatörü açık artırma sürecinde yalnızca bir aracı konumundadır. İhalenin yapılması, en yüksek teklifin verilmesi üzerine bu teklifin kabul edilmesi sonucu doğan hukukî ilişki doğrudan icra makamları ile ihale alıcısı kişi arasında kurulur<sup>180</sup>. İhale ile birlikte malın mülkiyeti en yüksek teklifi vermiş olan ihale alıcısına geçer<sup>181</sup>. Sonrasında icra makâmı ile ihale alıcısı arasında malın teslimi ve söz konusu satın alma ücretinin ödenmesi işlemleri yapılır.

Alman hukukunda müzayede salonunda açık artırma yöntemi tercih edildiğinde sunulmuş olan en yüksek teklif için üç kez çağrı yapıldıktan sonra bu kişiye, internet ortamında gerçekleştirilen çevrimiçi müzayede tercih edildiğinde ise süre sonunda en yüksek teklifi vermiş kişiye ihale yapılır<sup>182</sup> ve daha sonrasında ihale alıcısı ile icra makamları arasında borçlar hukuku hükümlerine tâbi kamu hukukuna göre bir sözleşme akdedilir<sup>183</sup>. Sözleşme yapılırken ihale alıcısı artık icra dairesinden malın teslimini ve dolayısıyla mülkiyetinin devrini talep edebilir<sup>184</sup>. Türk hukukunda ihale anında ihale konusu malın mülkiyetinin geçeceği düzenlenmiştir. Ancak artırma işlemlerinin tamamlanması sonucunda borçlar hukuku anlamında bir satış sözleşmesi kurulmamaktadır, burada icra memurunun malı ihale etmesi

<sup>178</sup> STAIBLE, s. 525.

<sup>179</sup> STAIBLE, s. 531; GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 17; ŞENOCAK, s. 95.

<sup>180</sup> STAIBLE, s. 531.

<sup>181</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 226; ŞENOCAK, s. 109-110.

<sup>182</sup> İsviçre hukukunda da benzer şekilde en yüksek son teklif üç kez çağrıldıktan sonra daha yüksek teklif verilmezse artırma koşullarını sağlaması durumunda son teklif verene mal ihale edilecektir. İlk iki çağrı teklifin tekraren söylenmesi şeklinde yapılır, son çağrıda ise genellikle üçüncü çağrı olduğu belirtilerek duraklanır veya daha yüksek tekliflerin beklendiği ifade edilir. Kural olarak üçüncü çağrı veya ardından gelen çekiç darbesi ile ihale gerçekleştirilir. SCHLEGEL / ZOPFI, *SchKG*, Art. 126, s. 770.

<sup>183</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817 Rn. 6-9. İcra memurunun icra yetkisi, mevzuattaki düzenlemeler uyarınca hacizli malı açık artırma yoluyla paraya çevirmek için dZPO § 814 ve devamındaki hükümlere göre kamu hukukuna dâhil bir yetkiye dayanmaktadır. Bir malın haczi ile bu malın paraya çevrilmesi sınıflandırma olarak kamu hukukuna tâbi ve özel hukuka tâbi şeklinde ikiye ayrılmaz; aksine icra memurunun işlemleri tutarlı bir şekilde kamu hukuku niteliğinde kabul edilmelidir. Borçlu açısından hem haciz hem de mülkiyetin istekliye devri kamu erkinin birer müdahale eylemleridir. Açık artırma sonundaki akdın kamu hukuku kapsamında nitelendirilmesi modern yasama organının görüşüyle de örtüşmektedir. İcra internet müzayedelerine ilişkin düzenlemeler de kamu hukuku anlayışına dayanmaktadır. Alman hukukunda hakim görüş, açık artırma sonunda icra organı ile ihale alıcısı arasında kamu hukukuna göre satış benzeri bir sözleşmenin yapılacağını varsaymaktadır. GRUBER, *MüKoZPO*, § 817 Rn. 3. İhale sonrası bedelin ödenmesi ve malın mülkiyetinin devri işlemleri kamusal niteliktedir. Bu işlemlerin BGB hükümlerinden olan satın alma sözleşmesi ve mülkiyet nakli düzenlemelerine işlevsel olarak benzerlik göstermesi kamusal niteliklerini değiştirmez. SAENGER, *ZPO* § 817 Rn. 1.

<sup>184</sup> UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817 Rn. 6; GRUBER, *MüKoZPO*, § 817 Rn. 10-12.

üzerine özel hukuka dair sonuçlar da doğuran kamusal bir işlemin varlığı söz konusudur<sup>185</sup>. Görüldüğü üzere Alman hukukunda, Türk hukukundan farklı olarak devlet ile alıcı arasında bir sözleşme ilişki-  
ne girileceği ve bu sözleşmeye göre mülkiyet naklinin gerçekleştirileceği belirtilmektedir.

İhale alıcısının en yüksek teklifi verip de süresi içinde ihale bedelini yatırmaması hâlinde alınan teminat iade edilmez. Öncelikle satış masraflarına mahsup edilir. Teminat bedelinin kalması hâlinde, bu bakiye teminat, Kanun hükümlerine göre belirlenecek hak sahiplerine alacaklarına mahsuben ödenir (İİK m. 115/3; E-Satış Yön. m. 15).

Portal üzerinden gerçekleştirilen ihalede hiçbir teklifin yapılmaması ihtimali de bulunmaktadır. Bir diğer ihtimalde ise en yüksek teklifi veren kişiye malın ihale edilmesi sonrasında ihale alıcısının satın alma bedelini yatırmaması durumu ile de karşılaşılabılır. Bu iki ihtimale ek olarak teklif verme süresi bitmeden önce borcun ödenmesi de söz konusu olabilir. Bu hâllerde ihalenin yapılmadığını veya iptal edildiğini, icra müdürü tutanakla tespit eder (İİK m. 115/6). Asgari ihale bedelinin teklif edilmediği veya en yüksek teklif verenin ihale bedelini yatırmadığı hâllerde ikinci artırmanın, birinci artırmadaki şartlar çerçevesinde daha önce ilan edilen tarihte başlayarak yapılacağı düzenlenmiştir (İİK m. 115/6; E-Satış Yön. m. 15)<sup>186</sup>.

İkinci açık artırma süreci sonunda da herhangi bir alıcı çıkmaz veyahut en yüksek teklifi veren bir ihale alıcısının bulunması ve bu kişiye malın ihale edilmesine rağmen satış bedeli yatırılmaz ise ilk satış talebinden kalan satış isteme süresi içerisinde alacaklı tekrar satış günü verilmesini isteyebilir (İİK m. 115/7)<sup>187</sup>.

Çevrimiçi açık artırmada, alıcı çıkmazsa veya Kanun'da ve Yönetmelik'te yazılı şartlar gerçekleşmezse alacaklı, önceki satış talebinden kalan satış isteme süresi içinde satış günü verilmesini talep edebilir. Satış isteme süresi satış talebiyle birlikte durur ve duran bu süre, ihalenin yapılmadığına veya iptal edildiğine ilişkin tutanak tarihinden itibaren kaldığı yerden işlemeye başlar (İİK m. 115/7; E-Satış Yön. m. 15).

Açık artırma sürecinde satış gerçekleştirilemediğinde satış isteme süresinin kaldığı yerden işlemeye devam mı ettiği yahut sürenin yeniden mi başladığı noktasında görüş ve içtihat farklılıkları bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre<sup>188</sup> İİK m. 106 ve m. 115/7 birlikte okunmalı, birbirinden bağımsız ele alınmamalıdır. Sadece satış gerçekleştirilemedikten sonraki satış talebi ile değil, ilk satış talebi ile de satış isteme süresi duracaktır. Duran süre ikinci artırma gerçekleştirilemese dahi işlemeye devam eder ve bu süre bittikten sonra süre bir yıl daha uzar. Alacaklı da ilk bir yıllık kök süre içinde satış talep etmesine rağmen satışın gerçekleştirilememesi durumunda satış günü verilmesini isteyebilir, Kanun'da öngörülen bir yıllık uzama ek süresi içinde ise hacizli malın yeniden satışa çıkarılmasını talep edebilecektir. Bu anlamda satış günü verilmesinin istenilmesi üzerine yapılacak artırma eski düzenlemelerdeki tamamlayıcı artırma gibidir ve bu durumda bir artırma yapılacaktır.

Diğer bir görüşe göre<sup>189</sup> İİK 106'daki ek bir yıllık süre, eski düzenlemedeki satış talebinin düşmesi üzerine haczin kalkması ve haciz kalkmadığında da hangi şartlarda satış talebinin ileri sürüleceğinin net olmamasından kaynaklanan tartışmalara son vermek için getirilmiştir. Bu düzenleme ile artık satı-

<sup>185</sup> KAZMAZ TEPE, s. 25; SADİOĞLU, s. 162.

<sup>186</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 226-227; ERİŞİR, s. 417 vd. Alman hukukunda da benzer şekilde en yüksek teklifi vererek mal üzerine ihale edilen kişi müzayede şartlarına uygun olarak bedelini zamanında ödemez ve malı teslim almaz ise bu kişinin verdiği teklifin geçersiz olacağı ve malın daha sonraki bir tarihte yeniden müzayedeye çıkarılacağı düzenlenmiştir. İkinci açık artırmada ise ilk artırmanın en yüksek teklif vereninin artık teklif vermesine izin verilmeyeceği ve bu kişinin alacaklıya, borçluya veya üçüncü kişi olan mal sahibine karşı ek masraflar da dâhil olmak üzere her türlü zarardan sorumlu olacağı belirtilmektedir (dZPO ZPO § Abs. 3). UHL, *BeckOK-ZPO*, § 817 Rn. 12; GRUBER, *MüKoZPO*, § 817 Rn. 18.

<sup>187</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 227.

<sup>188</sup> ERİŞİR, s. 422 vd.

<sup>189</sup> YARDIM, Mehmet Ertan: "İcra ve İflâs Kanunu'nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler", *KHAS Hukuk Bülteni*, 2021 (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, ET: 01.12.2022); UYSAL, s. 1361.

şın gerçekleşmemesi hâlinde haciz kalkamayacak ve ek bir yıl içinde satış talebi yeniden ileri sürülebilecektir. Ancak bu bir yıllık süre sadece alacaklı lehine tanınmıştır.

Üçüncü bir görüşe göre<sup>190</sup> İİK m. 106'da düzenlenmekte olan bir yıllık uzama süresi ilk satış talebi sonrası kalan bir süre mevcut ise bu sürenin sonuna eklenecektir. Uzama süresi içinde sonraki satış talebi üzerine yapılan açık artırmanın da sonuçsuz kalması hâlinde artık yeni bir satış talep süresinin tanınmayacağını ve haczin düşeceğini ifade etmektedir. Bir başka görüşü savunan yazarlarca<sup>191</sup> ikinci arttırmada mal ihale edilip ihale bedeli ödenmezse tekrar artırma yapılabilmesi için İİK m. 115/7 uyarınca yeniden satış talebinde bulunulması gerektiği ifade edilmektedir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise İİK m. 106'da öngörülen 1 yıllık satış isteme süresi satış talebi ile durmamaktadır ve bu bir yıllık süre içinde satış gerçekleştirilemediği durumda kalan süre ve ek bir yıllık süre içinde alacaklı satış isteyebilir. Bu ek bir yıllık süre sadece ilk bir yıl içinde satış isteyen alacaklı için öngörülmüştür, satış isteyen borçlu açısından bu süre uygulanmayacaktır. Kanun'da öngörülen 1 yıl içinde satış istenmediği takdirde ise mal üzerindeki haciz kalkacaktır (İİK m. 110/1), satış istenip gerçekleştirilemez ise bir yıl daha haciz varlık sürdürmeye devam edecektir<sup>192</sup>. Açık arttırmada alıcı çıkmaz veyahut şartlar gerçekleşmez ise önceki satış isteme süresinden kalan sürede satış günü verilmesi talep edilebilir. İlk satış talebi olmasa da ikinci satış talebi ile satış isteme süresinin duracağı İİK m. 115/7'de düzenlenmiştir<sup>193</sup>.

## H. E-Satışta Meydana Gelen Aksaklıklardan Sorumluluk

Satış süreci İsviçre, Avusturya ve Almanya'da özel çevrimiçi satış platformları aracılığı ile gerçekleştirildiğinde, icra makamları bu platformlara kullanıcı sözleşmesi ile dâhil olmaktadır ve süreç sonunda ihalenin gerçekleştirilmesi durumunda da icra makamı ile ihale alıcısı arasında satış sözleşmesi düzenlenmektedir. Platform ile icra makamı ve icra makamı ile ihale alıcısı arasındaki bu sözleşmeler özel hukuka tâbidir ve taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların özel hukuk kuralları kapsamında çözüme kavuşturulması gerekmektedir<sup>194</sup>. Hukuk sistemimizde ise elektronik satış platformu UYAP'a entegre şekilde Bakanlık tarafından hizmete sunulmaktadır. Bu kapsamda icra makamlarının ve istekli kişilerin sistemi kullanmaları için özel hukuk hükümlerine tâbi ayrıca bir kullanıcı sözleşmesi yapmaları durumu mevcut değildir; Portal'a girişte onaylanan sözleşme kamu hukuku hükümlerine tâbidir. Öğretide de baskın görüş, hukuk sistemimizde cebri icra ile gerçekleştirilen açık artırma yoluyla satış işlemlerinin birer özel hukuk sözleşmesi olmayıp kamu hukukuna dâhil, diğer bir ifade ile kamusal işlemler olarak nitelendirilmeleri gerektiği yönündedir<sup>195</sup>.

Türk hukuk sisteminde açık artırmanın sona ermesi ile ihalenin gerçekleşmesi üzerine sözleşme kurulmuş olur ve mülkiyet ihale alıcısına geçer (İİK m. 115/2, m. 129); ihale kesinleştikten sonra taşınır mallar için paranın ödenmesi üzerine teslim gerçekleştirilir, taşınmazlarda ise paranın ödenmesinden sonra icra müdürü tapuya mülkiyet değişikliğini resen bildirir (İİK m. 118/2; m. 135/1). Hukuk sistemimizde malın mülkiyetinin değişimi ve ihale işlemi özel hukuka tâbi ilişkiler olsa da satış platformuna giriş, burada teklif verilmesi ve platformun kullanılması, Devlet erki tarafından sağlanmakta olup kamu hukuku alanına giren ilişkiler doğurmaktadır. Bu platformun kullanımında meydana gelen sorunlar ve uyuşmazlıkların çözümü kural olarak idarî yargı alanına girecek karakterdedir.

<sup>190</sup> ÇELİKOĞLU, s. 418-420; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 234.

<sup>191</sup> ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 303-313.

<sup>192</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 211-212.

<sup>193</sup> GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 220-221.

<sup>194</sup> STAIBLE, s. 531-532.

<sup>195</sup> KODAKOĞLU, s. 532; YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 265; ÜSTÜNDAĞ, s. 243; BERKİN, 1969, s. 12; KAZMAZ TEPE, s. 25. Satışın cebri icra işlemi olduğu yönündeki benzer görüş için bkz. ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 389; ERTURGUT, s. 36.

İdarenin bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi veya bu hizmetin halka sunulması sırasındaki başarısızlığı ve süreçte meydana gelen aksaklıklar nedeni ile ilgililerin hizmetten yararlanamaması ve kişilerin zarara uğraması hâlinde, idare meydana gelen zararlardan sorumlu tutulabilir ve bu zararların tazmini idareden talep edilebilir<sup>196</sup>. Anayasa m. 129/5'e göre memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları ancak idare aleyhine açılabilir ve bu düzenlemeye paralel olarak İİK m. 5'te de icra ve iflâs dairesi görevlilerinin kusurlarından doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiştir. Kural olarak idare aleyhine açılacak tazminat davaları tam yargı davası şeklinde idare mahkemelerinde açılabilirken kanun koyucu İİK kapsamında açılacak tazminat davasının yine idare aleyhine açılacağını ancak davaya adliye mahkemesinde bakılacağını düzenlemiştir<sup>197</sup>. Portal üzerinden verilen paraya çevirme hizmeti de bir kamu hizmeti olup bu sistemin kullanımı sırasında meydana gelen aksaklıklardan kaynaklanan zararlardan sorumluluk da idarenin sorumluluğu kapsamına girecektir<sup>198</sup>.

### İ. E-Satışın İhale Dışında Bir Nedenle Sona Ermesi

Portal'a üye olarak giriş için onaylanan E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 3.15'te Portal üzerinden satışa konu edilen mal ve haklara ilişkin ihaleyi yapan birim veya mahkemelerce satışın iptali, satışın düşürülmesi, satışın durdurulmasına yönelik kararlar verilebileceğinin Portal üzerinden teklif vererek ihaleye katılan kişiler tarafından bilindiğinin kabul edileceği hükmü bulunmaktadır. Bu kapsamda satışın iptal edilmesi, durdurulması veya düşürülmesi durumlarında katılımcılar tarafından verilen teklifler de hükümsüz hâle gelecektir ve açık artırma, ihale dışında bir nedenle sonlandırılacaktır. Diğer bir anlatım ile ihale dışında vazgeçme, mahkeme kararı, borcun ödenmesi gibi bir neden ile açık artırma sona erdirilerek satışın durması veya düşmesi hâllerinde tekliflerin hükümsüzlüğü söz konusudur ve bu hâllerde katılımcılar yatırdıkları teminatları geri alabilir ancak başkaca bir hak iddiasında bulunamaz (E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 3.13)<sup>199</sup>.

Alman hukukunda açık artırmaları durdurmak için beş durum söz konusudur<sup>200</sup>. Öncelikle icra takibinin tatil edilmesi veya durdurulması açık artırmayı da durduracaktır. Cebri icranın kısıtlanması ve hacze konu ilgili malın bu kısıtlamadan etkilenmesi durumunda da açık artırma durdurulacaktır. Bir diğer durum ise yapılmış olan diğer bir açık artırma sonucunda elde edilen gelirin alacaklıyı borç yönünden tatmin etmeye ve cebri icra masraflarını karşılamaya yeterli olması hâlidir (dZPO § 818). Hacizli malın satışı veya mülkiyetinin devri yasal nedenlerle yasaklanır ise de açık artırmanın durdurulması söz konusu olacaktır. Son olarak ise açık artırma başladıktan sonra ilan metninde hacizli mala dair yapılmış olan açıklamaların yanlış olduğunun ortaya çıkması hâlinde de açık artırma süreci durdurulabilir. Bunlara ek olarak çevrimiçi açık artırma usûlünün icra memuru tarafından tercih edildiği durumlarda açık artırmanın bitimine otuz dakika kala teknik bir arıza nedeniyle açık artırma platformunun internet üzerinden kullanıma açılmaması hâlinde de açık artırma sonlandırılır ve sisteme kayıtlı bulunan teklifler de açık artırma iptal edildiğinde geçersiz hâle gelir<sup>201</sup>.

### J. E-Satış Masrafları

Elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış için satışa hazırlık ve satış işlemleri için alınacak ücretlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Açık artırma usûlündeki değişiklik sonrası yeni ücret ve

<sup>196</sup> AKYILDIZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 111; SARI, Ömür Kadri: *İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve Yapı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 177.

<sup>197</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 48; KAZMAZ TEPE, s. 125; BERKİN, Necmettin M.: "Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1971, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 225.

<sup>198</sup> KAZMAZ TEPE, s. 125.

<sup>199</sup> KAZMAZ TEPE, s. 109.

<sup>200</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 16.

<sup>201</sup> GRUBER, *MüKoZPO*, § 814 Rn. 16.

harcamaların olup olmadığı ele alınmalıdır. Çevrimiçi açık artırmalarda Portal'a eklenecek resimlerin üretilmesinden, bu resimlerin satışa sunulacak mala dair açıklanmalarla birlikte internette yayımlanmasından, açık artırmanın Portal'da belirlenen süre boyunca yayımlanmasından ve benzeri işlemlerden kaynaklanan icra memurlarının iş yükünün artışı nedeniyle satış masrafları için öngörülen ücretlerde ve giderlerde bir artışa gidilmesi gerekebilir. Öte yandan müzayede salonlarında gerçekleştirilen açık artırma süreçleri boyunca harcanan emekten ve sürecin sağlıklı izlenmesi için sarf edilen çabadan da çevrimiçi artırma usûlünde tasarruf edildiği de dikkate alınmalıdır<sup>202</sup>.

Çevrimiçi açık artırma sistemine ilk geçiş sürecinde müzayede salonlarında yapılan açık artırma usûlünün bir kısım haczedilen mallar için devam ediyor olması, aynı anda iki tür açık artırma sürecini yürütmek zorunda kalacak icra memurları açısından daha fazla çaba gerektirip iş yükü doğursa da ilerleyen süreçte elektronik ortamda bulunan müzayede platformunda ilanların ve tekliflerin yayımlanması rutin hâline gelip belli bir hızda ilerleyecektir. Bu nedenle ilk etapta açık artırma masraflarına dair düzenlemelerde değişiklik yapmak yerine, değişikliğin gerekliliğinin çevrimiçi açık artırma uygulamalarından sonra elde edilen deneyimler doğrultusunda temellendirilmesi yerinde bir yaklaşım olabilir<sup>203</sup>. Ancak Adalet Bakanlığı çevrimiçi açık artırma usûlünün bazı illerde uygulanmaya başlanması ile birlikte 08.03.2022 tarihinde Satış Giderleri Tarifesi de yayımlanmıştır.

İhale bedeli kapsamında açık artırma şartnamesi ve ihale ilanında da belirtilmek şartıyla alıcıya ait olan katma değer vergisi, damga vergisi, teslim ve tescil masrafları bulunmaktadır (İİK m. 114, m. 125/4). Diğer bir anlatımla çevrimiçi açık artırma sürecinde en yüksek teklife ihale yapılabilmesi için teklifin satış ve paylaşırma masraflarını da karşılaması gerekmektedir. Satış ve paylaşırma giderlerinin her bir artırmada karşılanmış olması gereklidir<sup>204</sup>, ikinci artırmada buna bir istisna düzenlemesi getirilmemiştir. Bu satış masraflarına yediemin ücreti, gazetede yapılan ilan giderleri, tebligat giderleri, kıymet takdiri giderlerinin dâhil olduğu yargı kararlarında da belirtilmektedir<sup>205</sup>. E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 3.11'de de ihale bedelinin yanı sıra satıştan kaynaklanan KDV'nin, damga vergisinin, satışı yapılan malın tescil ve teslim masraflarının, elektronik ortamda teklif veren ve ihale kendisinde kalan ihale katılımcısı tarafından ödenmesi gerektiğinin bilindiğinin kabul edileceği ve bunlar ihale alıcısı tarafından ödenmedikçe malın teslim edilmeyeceği ifade edilmiştir<sup>206</sup>.

İhale masrafları olduğu ifade edilen KDV, damga vergisi, tapu harcı gibi kalemlerin ihale alıcısı tarafından ödeme yükümlülüğünün ise ihale anında değil de ihalenin kesinleşmesi ile başlayacağı Yargıtay kararlarında belirtilmiştir<sup>207</sup>. Diğer bir anlatımla ihale alıcısı ihale bedelini peşin ödemiş ise masrafları ödememesi nedeni ile ihalenin iptal edilmemesi gerekmektedir çünkü bu masrafların ihalenin kesinleşmesi sonrası ödenmesi lazımdır. E-Satış Kullanım Sözleşmesi m. 3.17'de ise alacağına mahsuben alacaklıya ihale yapılması durumunda, ihale tarihinde derhâl veya verilecek süre içerisinde, alacaklının harç ve vergileri yatırmak zorunda olduğu hükmü bulunmaktadır ve hükme göre alacaklı bunları yatırmadığı takdirde ihale kararının kaldırılacağını kabul eder<sup>208</sup>.

<sup>202</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2574.

<sup>203</sup> REMMERT / GLADBACH, s. 2574.

<sup>204</sup> PEKCANITEZ / ATALAY / SUNGURTEKİN ÖZKAN / ÖZEKES, s. 227; AŞIK / ORUÇ / TOK / SAÇAR, s. 245.

<sup>205</sup> Bkz. Yargıtay 12. HD, T. 4.5.1998, E. 1998/3681, K. 1998/4925. UYAR, s. 3387.

<sup>206</sup> KAZMAZ TEPE, s. 104.

<sup>207</sup> "... icracaya satış sırasında düzenlenen tutanak, satışın kesinleşmesi ile hüküm ifade edip, damga vergisine konu teşkil eder. Bir başka ifadeyle, ihale kesinleşmesi üzerine, ihale sebebi ile alınması gereken damga vergisi doğmaktadır". Bkz. Yargıtay, HGK., T. 29.11.2006, E. 2006/759, K. 2006/760. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, HGK., T. 17.01.2019, E. 2017/732, K. 2019/14; Yargıtay, HGK., T. 06.04.2021, E. 2017/365, K. 2021/437 (Lexpera, ET: 11.12.2022). "Ancak alıcının KDV'sini ödeme yükümlülüğü ihalenin kesinleşmesi ile doğar". Bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 16.12.2003, E. 2003/21326, K. 2003/24901. Benzer kararlar için bkz. Yargıtay, 12. HD, T. 23.02.2012, E. 2011/17501, K. 2012/4764; Yargıtay, 12. HD, T. 29.11.2012, E. 2012/17679, K. 2012/35627; Yargıtay, 12. HD, T. 21.10.2008, E. 2008/14430, K. 2008/17926 (Lexpera, ET: 11.12.2022).

<sup>208</sup> KAZMAZ TEPE, s. 106.

## SONUÇ

Türk icra ve iflâs hukukunda, kural olarak, haczedilen malların paraya çevrilerek alacaklıların tatmin edilmesi kabul edilmiştir. 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nda haczedilen malların açık artırma usûlü ile mezar salonlarında satışı düzenlenmekteydi ancak yapılacak olan açık artırmanın çevrimiçi satış ortamlarında, çevrimiçi müzayede sitelerinde ve benzeri platformlarda gerçekleştirilebilmesine olanak sağlayan açık bir düzenleme mevcut değildi. 6352 sayılı Kanun ile İİK'da yapılan değişiklikler kapsamında satış işlemi için teklif verme usûlünün elektronik ortamda başlayacağı düzenlenmiş ve karma bir usûle geçilmişti. 7343 sayılı Kanun ile 2004 sayılı İİK'ya eklenen "Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış" başlığı altında çevrimiçi satış usûlü getirilmiş ve elektronik ortamda teklif vermeyle başlayıp fizikî ortamda devam eden açık artırma suretiyle satış usûlünden vazgeçilmiştir.

Günümüz teknolojik gelişmelerinin gerekliliklerine icra ve iflâs hukuku alanında da uyum sağlanması noktasında elektronik ortamda açık artırma usûlüyle satış önemli bir adım olmuştur. Değişikliğin uygulanmaya başlanması ile avantajları ve kolaylıklarının fark edileceği görüşündeyiz. Ancak her yeni uygulamada olduğu gibi çevrimiçi satış uygulamasına geçişte de bazı sistemsel veya diğer aksaklıkların yaşanması ihtimali de mevcuttur. Kanun koyucunun bu ihtimalleri de dikkate alarak fizikî açık artırma usûlünü tamamen kaldırmaması daha uygun olabilirdi. Asıl açık artırma usûlü olarak çevrimiçi satış usûlünün benimsenmesinin yanı sıra bölgesel olarak kırsal alanlarda internete erişimin sınırlı olması ve sistemsel aksaklık yaşanması durumları göz önüne alındığında sadece bu ihtimallerde alternatif olarak icra müdürlerinin fizikî açık artırma usûlünü tercih etmelerine izin verilmesi daha yerinde olabilirdi.

Elektronik ortamda açık artırma suretiyle satış usûlü kapsamında kullanılacak Elektronik Satış Portalı'na, özel açık artırma platformlarında olduğu gibi "şimdi satın al" seçeneği sunulabilir. Yani açık artırma için Kanun'da öngörülen yedi günlük sürenin geçmesi beklenmeden rüçhanlı mal değerini, artırma masraflarını ve malın belirlenen değerini toplayarak belirtilen sabit fiyattan (şimdi satın al fiyatı) hemen satın alma imkânı mevzuatta yapılacak bir düzenleme ile getirilebilir. Bu şekilde açık artırma sürecinin daha hızlı sonuçlanması sağlanarak alacaklıların daha erken tatmini mümkün olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- AKYILDIZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- ALTAY, Sümer / ESKİOCAK, Ali: *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2019.
- ANDERS, Monika / GEHLE, Burkhard (Hrsg.): *Beck'sche Kurz-Kommentare Zivilprozessordnung: mit GVG und anderen Nebengesetze*, 80. Baskı, C.H. Beck, München, 2022.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel: *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ASLAN, Ali Çetin: "Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 16, s. 1669-1711.
- AŞIK, İbrahim / ORUÇ, Yakup / TOK, Ozan / SAÇAR, Ömer Faruk: *İcra ve İflâs Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin: *İcra ve İflâs Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AYDEMİR, Dilek: "7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile "İhâlenin Feshi" Konusunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Yayını, Erzincan, 2022, s. 227-240.
- AYDEMİR, Fatih: "7343 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 'Elektronik Ortamda Açık Artırma Suretiyle Satış' Hakkındaki Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Hukukun Güncel Meseleleri Erzincan Sempozyumu Özet Bildiri Kitabı*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Yayını, Erzincan, s. 231-233.
- BERKİN, Necmettin M.: "Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1971, Cilt 37, Sayı 1-4, s. 217-241.
- BERKİN, Necmettin M.: "Usûle İlişkin Hükümlerin Zaman ve Yer Yönünden Uygulama Alanı", *Prof. Dr. Hıfzı Timur'un Anısına Armağan*, Fakülter Matbaası, İstanbul, 1979, s. 165-171.
- BERKİN, Necmettin M.: *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969 (1969).
- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: "7343 Sayılı Kanunla İİK'da Yapılan Paraya Çevirme ve İhâlenin Feshi'ne İlişkin Değişikliklerin Takdim ve İzahı", *Adalet Dergisi*, 2022, Cilt 149, Sayı 68, s. 409-450.
- DURAK, Yasemin: "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 6, s. 337-363.
- ELVERİŞ, İdil: "Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları", *Özer Seliçi'ye Armağan*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 179-202.
- ERDOĞAN, Mehmet Şirin: "Avukatlıkta Tekel Hakkı", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004 - Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004, s. 138-155.
- EREN, Fikret: *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- ERİŞİR, Evrim: "7343 Sayılı Kanunla Yeniden Düzenlenen Cebri İcrada Satış İsteme Süresi ve Satış Gerçekleştirilemediğinde İzlenecek Prosedür", *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2022, Cilt 18, Sayı 52, s. 405-456.
- ERTURGUT, Mine: *İcra ve İflâs Hukukunda Menkullerin Paraya Çevrilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- GÖRGÜN, Lütfi Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet: *İcra ve İflâs Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- İYİMAYA, Ahmet: "Avukatlık Tekeli", *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004 - Avukatlık Mesleği ve Savunma Hakkı III*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2004, s. 157-184.
- KALE, Serdar: "İcra İflâs Hukukunda Online Satış", 2021 (<https://blog.lexpera.com.tr/icra-ve-iflas-hukukunda-online-satis/>, ET: 03.04.2022).

- KARSLI, Abdurrahim: *İcra ve İflâs Hukuku*, 4. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- KAZMAZ TEPE, Büşra: *İcra Hukukunda Elektronik Ortamda Teklif Verme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- KODAKOĞLU, Mehmet: “İcra ve İflâs Hukukunda İhale Bedelinin Nemalandırılması”, *Medenî Usûl ve İcra - İflâs Hukuku Dergisi (MİHDER)*, 2021, Cilt 17, Sayı 49, s. 527-570.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta / VOCK, Dominik (Hrsg.): *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG*, 4. Baskı, Schulthess Verlag, Zürich, 2017 (Yazar, SchKG).
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta: *SchKG Kommentar Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen*, 20. Baskı, Orell Füssli Verlag, Zürich, 2020.
- KRÜGER, Wolfgang / RAUSCHER, Thomas (Hrsg.): *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2: §§ 355-945b*, 6. Baskı, C.H. Beck, München, 2020 (Yazar, MüKoZPO).
- KURT KONCA, Nesibe: *Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.
- KURU, Baki: *İcra ve İflâs Hukuku -El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- MERİÇ, Nedim: *İcra Hukukunda Karşılama Prensibi (Türk-İsviçre Hukuku Kapsamında)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- NAMLI, Mert: *İcra Hukukunda Taşınmaz Malların Haczi ve Paraya Çevrilmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- ÖZEKES, Muhammet: “Özel Hukuk - Kamu Hukuku ve Yargılama Hukuku Bakımından Kanunların Zaman İtibariyle Uygulanması”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, Cilt II, Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s. 2859-2875.
- PEKCANITEZ, Hakan / AKKAN, Mine: “7343 Sayılı Kanunla İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman Bakımından Uygulanması”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2022, Cilt 35, Sayı 160, s. 259-297.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet: *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- PEKCANITEZ, Hakan / ERİŞİR, Evrim: “6352 Sayılı Kanun’la İcra ve İflâs Kanunu’nda Yapılan Değişikliklerin Zaman İtibariyle Uygulanması”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2012, Cilt 86, Sayı 6, s. 17-39.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi (İİK md. 111/a)”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Sayı 1, s. 819-849.
- PEKCANITEZ, Hakan: “Medenî Usûl Hukuku’nda Görev Kurallarının Zaman İtibariyle Uygulanması”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2005, Sayı 2, s. 163-192.
- PEKCANITEZ, Hakan: *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, Cilt I, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- REMMERT, Andreas / GLADBACH, Bergisch: “Das Gesetz über die Internetversteigerung in der Zwangsvollstreckung”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2009, Sayı 35, s. 2572-2575.
- SADİOĞLU, Fikriye Ceren: *Artırma Yoluyla Satış*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- SAENGER, Ingo: *Zivilprozessordnung: Familienverfahren, Gerichtsverfassung, Europäisches Verfahrensrecht: Handkommentar*, 9. Baskı, Nomos Verlag, Baden, 2021.
- SARI, Ömür Kadri: *İdare Hukuku Bağlamında E-Devlet Dönüşümü ve Uyap*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- STAIBLE, Dominic: “Online-Versteigerungen in Betreibungs- und Konkursverfahren”, *Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ)*, 2021, Sayı 54, s. 520-532.
- ŞENOCAK, Zarife: “İnternette Kurulan Açık Artırma ile Satım Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 3, s. 93-114.
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması*, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- UYAR, Talih: “Taşınır Mallara İlişkin İhalenin Yapılması (İİK Mad. 115, 116)”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2006, Cilt 4, Sayı 47, s. 3377-3393.



- UYSAL, Merve: “İcra İflâs Hukukunda Teknolojik Gelişmeler ve Özellikle Elektronik Satış”, *Uluslararası Akdeniz Hukuk Kongresi 2022 Tam Metin Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 1347-1373.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim: *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.
- VORWERK, Volkert / WOLF, Christian (Hrsg.): *Beck'scher Online Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 44. Baskı, C.H. Beck, München, 2022 (Yazar, BeckOK-ZPO).
- YARDIM, Mehmet Ertan: “İcra ve İflâs Kanunu’nda Paraya Çevirme İşlemlerine Dair 7343 Sayılı Kanun ile Getirilen Değişiklikler ve Yenilikler”, *KHAS Hukuk Bülteni*, 2021 (<https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/63>, ET: 01.12.2022).
- YAZICI, Burçin: “İcra ve İflâs Kanunu M. 111/A Uyarınca Borçluya Satış Yetkisi Verilmesi”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2022, Cilt 12, Sayı 2, s. 1119-1147.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil / DEREN-YILDIRIM, Nevhis: *İcra ve İflâs Hukuku*, 8. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- YILMAZ, Ejder: *İcra ve İflâs Kanunu Şerhi*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.



**TFF Hukuk Kurullarının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı<sup>(\*)</sup>***Independency and Impartiality of TFF Civil Chambers***Necip Fazıl ERBEYİN**

Avukat

İstanbul Barosu

**Anahtar Kelimeler**

*Türkiye Futbol Federasyonu,  
Uyuşmazlık Çözüm Kurulu,  
Tahkim Kurulu,  
Tarafsızlık,  
Bağımsızlık.*

**Öz**

Bu çalışmada sportif uyuşmazlıkların çözümünde esas alınan tahkim sistemi genel hatlarıyla incelenmektedir. Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) bünyesinde ilk derece hukuk kurullarının yanında Tahkim Kurulu da teşekkül etmekte ve çok geniş kapsamda ortaya çıkabilen sportif uyuşmazlıklar öncelikle ilk derece hukuk kurulları nezdinde çözümlenmekte, itirazlar kapsamında ikinci aşamada TFF Tahkim Kurulunun yetkisi söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla TFF'nin hukuki statüsü bu kurullar tarafından tesis edilecek kararların niteliğini kaçınılmaz bir şekilde etkilemektedir. Kamusal boyutu göz ardı edilmemek kaydıyla, TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu belirtilmelidir. İçtihatlar çerçevesinde, TFF hukuk kurullarının yargılama faaliyeti yürüttüğü de kabul edilmektedir. Yargılama yetkisi bağlamında Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK) ve dolayısıyla Tahkim Kurulu sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı hususlarında münhasır yetkilidir. UÇK ve Tahkim Kurulu tarafların anlaşmasına dayalı olarak sözleşmesel uyuşmazlıklarda da yetkili olabilmektedir. Tahkim yargılaması faaliyeti böylece gerçekleştirilmektedir. Ancak özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 2020 yılında TFF Tahkim Kurulunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı hususunda getirdiği ve öğretinin de birebir yansıtan eleştiriler kapsamında, 7405 sayılı Kanun ile TFF Kanunu değiştirilerek düzenlenmiş ve böylece olumlu bir gelişme kaydedilmiştir. Ancak kararda ele alınmayan hususlar yanında teşkilat açısından da tarafsızlık ve bağımsızlığın sağlanmasında önemli değişikliklere hâlâ ihtiyaç vardır.

**Keywords**

*Turkish Football Federation,  
Dispute Resolution Council,  
Arbitration Board,  
Independency,  
Impartiality.*

**Abstract**

In this study, the arbitration system as a resolution of sports disputes is examined in general terms. The first-degree legal boards legal examination, which primarily resolves disputes, is subject to the authority of Arbitration Board in case of objections. As a matter of fact, legal status of the Turkish Football Federation (TFF) inevitably determines the quality of the decisions to be made by the boards herein. Without ignoring its public dimension, it should be noted that the TFF is a private law legal entity. Thus, it is accepted within the framework of jurisprudence that TFF legal boards carry out judicial activities. In the context of jurisdiction, the Dispute Resolution Council and naturally the Arbitration Board enjoy exclusive authority on sports penalties and training compensation and may also be authorized in contractual disputes based on the agreement of the parties, hence performing the arbitration proceedings. However, especially the criticisms brought by the European Court of Human Rights (ECHR) regarding the impartiality and independence of the TFF Arbitration Board in 2020 which is a direct reflection of the doctrine, the legal background hereof is re-regulated by the Law No. 7405 by amending the TFF Code, thus a comprehensive positive development was achieved. However, there is still a dire need for significant changes in ensuring impartiality and independence in the context of the organization, as well as the issues not addressed in the decision.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 10.04.2023, Kabul Tarihi: 20.06.2023.

## GİRİŞ

Spor, neredeyse tüm dallarıyla dünya çapında esash bir endüstri hâline gelmiştir. Tüm dünyada sporcular, kulüpler, izleyici ve taraftarları ile sponsor firmalar ile dev bir sektör oluşturmuştur. Sportif faaliyetlere duyulan ilgi arttıkça farklı spor dalları dahi bulunmuştur. Spor bir aktivite, hobi, boş zamanı sağlıklı bir şekilde değerlendirme faaliyeti anlamına gelmesinin yanı sıra günümüzde artık ekonomik ve hatta siyasal etkileri de bulunan bir müessesedir. Bu çerçevede spor, oyun olmanın yanı sıra uluslararası ve hatta uluslar ötesi etkiye kavuşan bir faaliyet olmakla, hukuki bakımdan da farklı bir görünüm arz etmektedir. Sportif faaliyetlerin icrası için de spor teşkilatları ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda sporcuların bu teşkilatlara üyeliği, üyelikten çıkarılması, teşkilat imkânlarından faydalanması, sporcuların teşkilatla mevzuat ve sözleşmesel hükümler çerçevesinde ilişkileri özellikle özel hukuk düzeninde vazgeçilmez bir şekilde yerini almaktadır. Diğer taraftan böyle teşkilatların kurulması, yönetimi, karakteri ve niteliği gibi hususlar da özellikle kamu hukuku karakteri yönünden önem arz etmektedir.

İlişkilerin bu kadar yoğun oluşu çerçevesinde birtakım uyuşmazlıkların doğması da kaçınılmazdır. Bu bağlamda sporcular, kulüpler, federasyonlar ve uluslararası spor organizasyonları arasında ortaya çıkan ilişkiler ve bu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de hukuk sistemi içerisinde yerini aramaktadır. Bu ihtiyaca yönelik olarak hem sporun kendine has özellikte olması hem de çeşitli hukuk veya spor disiplinlerindeki farklı etkileri nedeniyle sportif uyuşmazlıkların çözümünün de mevzu hukuk çerçevesinde süratle gerçekleştirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Çalışmamız özelinde temel olarak sportif uyuşmazlıkların çözümünde dikkate alınacak esaslar, Türk hukukunda benimsenen yargı sistemi bakımından ele alınmaktadır. Yazımızın ilk kısmında sportif uyuşmazlıkların çözümü Türkiye Futbol Federasyonunun (TFF) hukuki niteliği de ortaya konarak kısaca açıklanmakta, ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) içtihatları çerçevesinde sportif uyuşmazlıklarda görevli yargı erkinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı incelenmektedir. Nihayet, AİHM'nin vermiş olduğu 28 Ocak 2020 tarihli karar çerçevesinde TFF Tahkim Kuruluna ilişkin tespitler ve tespitlerin fiiliyata yansımaları değerlendirilmektedir.

## I. SPORTİF UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜMÜ

Çeşitli spor dallarının tabi olduğu çok farklı kurallara ve bunun yanında atlet, antrenör, teknik ekip, şirketler, dernekler ve nice sayısız spor aktörleri arasındaki ilişkilerin hukuki çerçeve kazandırılarak düzenlenmesi için kendiliğinden *spor hukuku* şeklinde bir hukuk alanı ortaya çıkmış ve hatta buna *lex sportiva* ismi verilmiştir<sup>1</sup>. *Lex sportiva* altındaki kurallar devletlerin yanında yerel ve uluslararası federasyonlar, uluslarüstü organlar gibi oluşumlar tarafından kanun, tüzük, sözleşme, kod gibi düzenlemeler altında kodifiye edilmektedir.

Bu kapsamda, spor hukukunda düzenlemelere aykırı hareketler veya sözleşmesel yükümlülükler çerçevesinde birtakım uyuşmazlıklar doğmaktadır. Bu uyuşmazlıklar *niteliğine göre* amatör, profesyonel, milli, milletlerarası, ticari, ticari nitelikte olmayan spor uyuşmazlıkları şeklinde sınıflandırılabilir gibi *kaynağına göre* özel hukuk, kamu hukuku, *sui generis* hukuk alanlarından veya sporun kendine özgü yapısından veya işleyişinden doğan sportif uyuşmazlıklar olarak tasnif edilebilir<sup>2</sup>. Çünkü spor hukuku, kendine has olmakla birlikte, çoğu zaman farklı hukuk alanlarının bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Hâliyle bu özgünlüğe binaen ortaya çıkan uyuşmazlıklara da özel bir ilgi gösterilmelidir. Futbolcuların tabi olduğu sözleşmesel hükümler ile düzenlemelerde yer alan hususlara aykırı-

<sup>1</sup> GÜRTEN, Kadir / ERENEL, Ege: "Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, s. 297; DAVIS, Timothy: "What is Sports Law?", *Marquette Sports Law Review*, 2001, Cilt 11, Sayı 2, s. 1; VALERO, Alfonso: "In Search For a Working Notion of Lex Sportiva", *International Sports Law Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 3 vd.; ÖZCAN, Cem: "Küresel bir Hukuk Düzeni Olarak Lex Sportiva", *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 82, Sayı 1, s. 178.

<sup>2</sup> KOÇAK, Talat Emre: *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 25 vd.

rı davranışı neticesinde ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların ne şekilde, ne kadar sürede, kim tarafından ve hangi çerçevede çözümleneceği önemli bir husus teşkil etmektedir. Uyuşmazlıkların ele alınacağı yargılamaların hızlı gerçekleştirilmesi gereği ve çoğu zaman hukuki çerçeveyi aşan teknik hususların da değerlendirilmesi ihtiyacı çerçevesinde, ilgili düzenlemelerin hukuki denetiminin sağlanması yanında uyuşmazlık çözümü için de esas olarak tahkim sistemi benimsenmektedir<sup>3</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk perspektifinden de bakıldığında, spor aktörleri üzerinde denetimi sağlamak üzere hukuk, disiplin, ceza kurulları ilgili sportif kuruluş bünyesinde oluşturularak denetim mekanizması oluşturulmakta, bunların kararlarına karşı da itiraz makamı olarak tahkim kurulları gösterilmektedir. Ayrıca tahkim kurullarına taraflar arasında doğmuş ekonomik veya ticari uyuşmazlıkların da çözümünde esas yargılama makamı konumu olarak öngörülmüştür<sup>4</sup>. Özetle devlet mahkemeleri nezdinde yargılama süreci değil, buna göre istisnai bir yargılama faaliyeti olarak tahkim sistemi yaygın bir şekilde kabul edilmektedir<sup>5</sup>.

### A. Türkiye’de Spor Yargılaması ve TFF

TFF Statüsü’nün<sup>6</sup> 2. maddesinin (c) ve (f) bendi uyarınca TFF’nin amacı, Uluslararası Futbol Federasyonları Birliği (FIFA) ve Avrupa Futbol Federasyonları Birliği (UEFA) kurallarına uymak ve bunun yanında kurulların gereğince uygulanmasını teminen ilgili yerel düzenlemeleri yapmak, futbol ile ilgili hususlarda yurt dışında Türkiye’yi temsil etmek ve kendi bünyesinde yer alan tüm aktörlerin FIFA ve UEFA düzenlemeleri ile kararlarına uygun davranmasını sağlamaktır. Ayrıca aynı maddenin (k), (l) ve (m) bentleri çerçevesinde de bu görev tekrarlanarak FIFA ve UEFA yargı kurullarının yetkisini kabul etmek de TFF’nin amaçları arasında gösterilmektedir. TFF, FIFA Statüsü’nün<sup>7</sup> 59 ve 60. maddesi ile UEFA Statüsü’nün<sup>8</sup> 59. maddesinde gösterilmiş bulunan Spor Tahkim Mahkemesinin (CAS) yetkisini böylece kabul etmektedir (TFF Statüsü m. 2/m).

TFF Tahkim Kurulunun yapısı ve kararlarının niteliği hakkında ezelden beri var olan tartışma şüphesiz 5894 sayılı Kanun döneminde de aynen devam etmektedir. Bu tartışmaya katılabilmek için TFF’nin hukuki niteliği kısaca çözümlenmeye muhtaçtır. TFF’nin hukuki statüsü hakkında üç görüş bulunmakta olup her görüşün kendi içerisinde son derece haklı dayanakları bulunmaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki TFF Kanunu<sup>9</sup> uyarınca TFF, özel hukuk hükümlerine tabi, tüzel kişiliğe sahip, özerk yapıya sahip bir kuruluştur. Bu kabule göre TFF’nin hukuki statüsü hakkında şu görüşler ileri sürülür:

- İlk görüş, TFF’nin özel hukuk tüzel kişisi olduğunu savunmaktadır. Çünkü TFF açıkça özerk olduğundan kamu kurumu sayılamaz<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> ÇALKAL, Fatih: “Adil Yargılama Bağlamında Türk Spor Tahkimi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 1, s. 21.

<sup>4</sup> GERÇEKER, Hasan: “Spor Hukuku ile Ceza Hukuku İlişkisi - Hukuk Boyutunda Doping”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 11, Sayı 122, s. 61; ARTUÇ, Mustafa: “Spor Tahkim Kurulları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 19, s. 867; ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 38 vd.

<sup>5</sup> ALANGOYA, Yavuz: *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Hukuki Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973, s. 55; KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun Hukuki Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 2 (TFF), s. 141.

<sup>6</sup> TFF Statüsü için bkz. <https://www.tff.org/default.aspx?pageID=131> (ET: 28.03.2023).

<sup>7</sup> FIFA Statüsü için bkz. <https://digitalhub.fifa.com/m/5eb2b45e547ff39f/original/ndfxogwkoukoe4dm3uk0-pdf.pdf> (ET: 28.03.2023).

<sup>8</sup> UEFA Statüsü için bkz. [https://documents.uefa.com/v/u/\\_CJ2HRiZAu~Wo6ytlRy1~g](https://documents.uefa.com/v/u/_CJ2HRiZAu~Wo6ytlRy1~g) (ET: 28.03.2023).

<sup>9</sup> 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun (16.05.2009 tarihli ve 27230 sayılı Resmî Gazete).

<sup>10</sup> PETEK, Hasan / ERİŞİR, Evrim: “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 19, s. 205; AYANOĞLU, Taner: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, Sayı 74, s. 51. Ayrıca Danıştayın da bu görüşte olduğu kararları bulunmaktadır. Danıştay, 10. D., T. 20.02.1991, E. 1989/2924, K. 1991/547; Danıştay, 10. D., T. 27.05.1997, E. 1997/972, K. 1997/2081. Diğer taraftan Danıştay, TFF’nin kamu kurumu niteliğinde bulunmadığını söylemesine rağmen işlemlerinin idari işlem niteliğini haiz olabileceğini ifade etmektedir. Bkz. Danıştay, 10. D., T. 17.06.1991, E. 1991/1149, K. 1991/2286. İşbu karar hakkında detaylı bir eleştiri için bkz. ÖZTÜRK, Burak: “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 609.

- Diğer görüşe göre TFF kendine özgü bir yapıya sahiptir. TFF vakıf, dernek veya ticari şirket olmadığından TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak kabulü mümkün değildir. Kamu kurumu olmadığı da TFF Kanunu'nda belirtilmektedir. Bu çerçevede TFF'nin kendine özgü bir yapısı bulunduğunu kabul etmek gerekir<sup>11</sup>.
- Üçüncü görüşe göre ise TFF kamu tüzel kişisidir. Bu görüş uyarınca Kanun'daki ifade TFF'yi özel hukuk tüzel kişisi olarak değerlendirmek için yeterli değildir. Hukuki nitelendirmede TFF'nin kurulma biçimi, faaliyet konusu, idare ile ilişkisi, kamu gücü bulunup bulunmadığı, bütçe kaynakları gibi hususlar da nazara alınmalıdır. TFF'nin kanunla kurulduğu, kamu gücünü de haiz bulunduğu, üyeleri tarafından tasfiye edilemeyeceğine atıfta bulunularak TFF'nin kamu tüzel kişisi olduğu ileri sürülmektedir<sup>12</sup>.

Diğer taraftan, Spor Genel Müdürlüğü (SGM) Tahkim Kurulu ise SGM'ye bağlı olarak SGM Kanunu<sup>13</sup> çerçevesinde oluşmaktadır. SGM'nin Türkiye merkez idari teşkilatı içerisinde yer alan bir kuruluş olduğu şüphesizdir. Bu kapsamda TFF hakkında yürütülen tartışmaya benzer bir tartışma SGM bakımından da yapılabilecekse de, SGM'nin kamu tüzel kişisi olduğunu doğrudan söylemek gerekir. Gerçekten konuyu çok farklı bir açıdan değerlendiren bir yargı kararında da SGM'nin kamusal niteliği ortaya konmaktadır. Söz konusu kararda SGM'nin spor federasyonları üzerinde yetkisi bulunduğu ancak federasyonların özerkliği gereği federasyon genel kurul üyelerinin SGM tarafından belirlenemeyeceği belirtilmektedir<sup>14</sup>.

TFF Kanunu m. 5 ve 6 hükümleri uyarınca TFF bünyesinde kurulan hukuk kurulları nezdinde futbola dair sportif uyuşmazlıklar çözümlenmektedir. Bunun yanında TFF Statüsü, TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulu (UÇK) Talimatı<sup>15</sup> ve TFF Tahkim Kurulu Talimatı<sup>16</sup> da dayanak düzenlemeler arasındadır. Öncelikle TFF Kanunu m. 5 çerçevesinde ilk derece hukuk kurulları düzenlenmektedir. İlk derece hukuk kurulları uyuşmazlık çözüm kurulu, disiplin kurulu (PFDK), kulüp lisans kurulu ve etik kuruldan ibarettir. Bu hususta, Anayasa Mahkemesinin (AYM) 18.01.2018 tarihli kararı<sup>17</sup> ile TFF Kanunu'nun 5(2). maddesi Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na<sup>18</sup> (Anayasa) aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Burada AYM tarafından bir kanun uyarınca çözümlenmesi tahkime sevk edilen çeşitli uyuşmazlıkların kanunda açık açık belirlenemeyeceği, kanun koyucu tarafından temel çerçeve belirlenerek bu hususun ikincil düzenlemelere bırakılmasının mümkün olduğu ve bunun da hukuki öngörülebilirlik ve belirlilik ilkesine aykırı olmadığı belirtilmiştir. Ancak yargı yolu kapatılan uyuşmazlıkların tamamen TFF'ye bırakılmasının bu ilkelere aykırı olduğu ifade edilmiştir<sup>19</sup>. Böylece UÇK'nın münhasır yetkisi de son bularak hem ulusal hem de uluslararası uyuşmazlıklar bakımından UÇK'nın yanında devlet mahkemeleri de yetkili hâle getirilmiştir. Ayrıca yabancı profesyonel futbolcular, bu makam dışında, FIFA ve CAS'ye de başvurabilecektir<sup>20</sup>.

TFF Kanunu m. 5(3) düzenlemesi uyarınca ilk derece hukuk kurullarının alanına tabi uyuşmazlıklar bakımından sadece itiraz müessesesi benimsenmiş ve yargı yolu açık tutulmamıştır. 7405 sayılı

<sup>11</sup> ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 197; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt I*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 342.

<sup>12</sup> Bu bakımdan Alman veya Fransız futbol federasyonlarının tamamen dernek statüsünde bulunduğunu söylemek gerekir. ÖZTÜRK, s. 613.

<sup>13</sup> 2389 sayılı Gençlik ve Spor Hizmetleri Kanunu (28.05.1986 tarihli ve 19120 sayılı Resmî Gazete).

<sup>14</sup> BERK, Kahraman: "Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 2, s. 10.

<sup>15</sup> TFF UÇK Talimatı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/UÇK-Talimatı.pdf> (ET: 28.03.2023).

<sup>16</sup> TFF Tahkim Kurulu Talimatı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Tahkim-Kurulu-Talimatı.pdf> (ET: 28.03.2023).

<sup>17</sup> AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7.

<sup>18</sup> 09.11.1982 tarihli ve 17863 (Mükerrer) sayılı Resmî Gazete.

<sup>19</sup> AYM benzer bir konuda da aynı yaklaşımını korumuştur. AYM, T. 03.03.2004, E. 2003/98, K. 2004/31.

<sup>20</sup> YAKIN, Merve: *Yerli ve Yabancı Profesyonel Futbolcu Alacaklarından Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, s. 52.

Kanun<sup>21</sup> ile bu hüküm tekrardan düzenlenerek ilk derece hukuk kurullarının ancak yönetim ve disiplin kararlarının kesin olduğu belirtilmiştir. Bu çerçevede futbola ilişkin uyuşmazlıklar bakımından *kategorik* bir ayırım yapıldığı, yönetim ve disiplin uyuşmazlıklarının çözümlenmesinin ilk derece hukuk kurullarına hasredilerek bunların tesis edeceği kararlar bakımından yalnızca TFF Tahkim Kurulu nezdinde itiraz yolunun benimsendiği görülmektedir.

Diğer taraftan UÇK nezdinde ele alınacak uyuşmazlıklar zorunlu ve ihtiyari olarak ikiye ayrılmaktadır<sup>22</sup>. TFF Tahkim Kurulu nezdindeki itiraz yolu dışında münhasıran UÇK tarafından kural olarak kesin bir şekilde mecburen çözümlenen uyuşmazlıklar, TFF Statüsü m. 56(1) ve UÇK Talimatı m. 2(2) uyarınca sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı uyuşmazlıklarıdır<sup>23</sup>. Sportif cezalara TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı'nda yer verilmektedir. Bu kapsamda futbolcuya UÇK tarafından TFF organı statüsüyle verilen cezalar bulunmaktadır. Kulüp tarafından uygulanan cezaların bu kapsamda olmadığını belirtilmelidir<sup>24</sup>. Yetiştirme tazminatı da TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı<sup>25</sup> m. 16 hükmü ile düzenlenmektedir. Yetiştirme tazminatı, 12-23 yaş arasında bir futbolcunun her profesyonel transferinde ödenmesi gereken bir meblağdır. Buna göre bu tutarın kulüp tarafından belirlenmesi esas olmak üzere uyuşmazlıklar UÇK tarafından çözümlenmektedir. Bu düzenlemeler çerçevesinde TFF her yıl sezonluk yetiştirme tazminatı tarifesi yayınlamaktadır. UÇK tarafından uyuşmazlık çözümünde tesis edilen karara karşı ise sadece Tahkim Kurulu nezdinde itiraz başvurusu yapılabilmektedir.

TFF Statüsü m. 56 ve UÇK Talimatı m. 2(1) hükümleri uyarınca, UÇK'nın uyuşmazlıkları ihtiyari olarak çözmek için UÇK'nın yetkisinin taraflarca kabul edilmesi aranmaktadır. Bu çerçevede kulüpler, futbolcular, teknik insanlar ve futbol menajerleri arasındaki her türlü sözleşmesel uyuşmazlığın UÇK tarafından, Hukuk Muhakemeleri Kanunu<sup>26</sup> (HMK) hükümleri çerçevesinde, ihtiyari tahkim niteliğinde çözümlenebilmektedir<sup>27</sup>. Yani sözleşmesel uyuşmazlıkların çözümünde UÇK'nın münhasır yetkisi bulunmamaktadır<sup>28</sup>. Uyuşmazlık tarafları UÇK'yi açıkça yetkilendirmezse uyuşmazlığın çözümünde ancak genel hükümler uyarınca devlet mahkemeleri veya sonradan tahkim anlaşması sağlanırsa ilgili tahkim kurulu yargılama yapmakta yetkilidir<sup>29</sup>. Her hâlükârda, uyuşmazlık çıktıktan sonra taraflarca UÇK'nın yetkilendirilmesi gerektiği belirtilebilir ise de UÇK yetkilendirme anlaşmasının ne zaman yapılması gerektiği hakkında TFF Statüsü'nde düzenleme bulunmuyor oluşu nedeniyle konu tartışmalı bir görünüm sergilemektedir<sup>30</sup>. Bu bakımdan TFF Statüsü'nde UÇK'ya gidilmesine ilişkin anlaşmanın yapılacağı zaman hakkında düzenleme getirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Sözleşmesel uyuşmazlıklar bakımından da UÇK'nın kararlarına karşı itiraz yolu olarak Tahkim Kuruluna başvurulması öngörülmektedir. Ancak burada Tahkim Kurulunun kararı kesin değildir<sup>31</sup>. Yani HMK hükümleri uyarınca Tahkim Kurulu kararına karşı iptal davası açılabilir<sup>32</sup>.

<sup>21</sup> Spor Kulüpleri ve Spor Federasyonları Kanunu (26.04.2022 tarihli ve 31821 sayılı Resmî Gazete).

<sup>22</sup> Yargıtay, 3. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/3849, K. 2020/5969; Yargıtay, 13. HD, T. 26.06.2015, E. 2015/8764, K. 2015/16930.

<sup>23</sup> BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: *Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 63.

<sup>24</sup> Yargıtay, 13. HD, T. 15.05.2017, E. 2015/40706, K. 2017/6006.

<sup>25</sup> TFF Profesyonel Futbolcuların Statüsü ve Transferleri Talimatı için bkz. <https://www.tff.org/Resources/TFF/Documents/TALIMATLAR/Profesyonel-Futbolcularin-Statusu-ve-Transferleri-Talimatı.pdf> (ET: 13.04.2023).

<sup>26</sup> 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmî Gazete).

<sup>27</sup> EKŞİ, Nuray: *Spor Tahkim Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Tahkim), s. 322.

<sup>28</sup> GÜMAN, Nihat: "Anayasa Mahkemesinin 18 Ocak 2018 Tarihli Kararının Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisine Etkisi Üzerine Düşünceler", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 185.

<sup>29</sup> EKŞİ, Nuray: "Anayasa Mahkemesi'nin TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Futbola İlişkin Sözleşmelerde Zorunlu Tahkim Yetkisinin Anayasaya Aykırılığına İlişkin 18 Ocak 2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 161.

<sup>30</sup> Yargıtay, 13. HD, T. 20.02.2019, E. 2016/28042, K. 2019/2223.

<sup>31</sup> Tahkim nihai kararlarının kesin hüküm etkisi ve tahkim kararlarının sonuçları bakımından devlet mahkemesi kararlarıyla karşılaştırmasına ilişkin olarak bkz. ALANGOYA, s. 26; ERDOĞAN, Ersin: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 34 vd.

<sup>32</sup> İZGİ, Mehmet Feridun: *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 411.

Kararların icrası bu ayırım ışığında değerlendirildiğinde, öncelikle Tahkim Kurulu Talimatı'nın 16. maddesi uyarınca kararların TFF tarafından derhal uygulanacağı belirtilmektedir. Ancak burada tesis edilen kararlar, yürürlükteki düzenlemelere göre ilam veya ilam niteliğinde değildir<sup>33</sup>. Bu durum tek başına kararların icra ve infazı bakımından sorunlu bir görünüm sergilemekte ve Tahkim Kurulunun etkinliğini azaltmaktadır<sup>34</sup>. Anılan maddede ise bu ayırımın gözetilmediği görülmekle beraber, burada esaslı bir mesele bulunmadığını ifade etmek gerekir. Gerçekten UÇK'nın münhasır yetkili olduğu hususlar zaten sportif faaliyetler ve disipline ilişkin hususlardır, hâliyle bunların TFF tarafından kendiliğinden ve doğrudan uygulanması sorun arz etmemektedir. Ancak UÇK'nın ele aldığı sözleşmesel uyuşmazlıklar bakımından TFF'nin söz konusu kararı uygulaması mümkün değildir. Çünkü burada ceza veya yaptırım söz konusu olmamakta, genellikle maddi veya manevi tazminat ödenmesine karar verilmektedir.

## B. Hukuk Kurullarının Yapısı

Türk hukukunda sportif uyuşmazlıkların çözümlenmesi noktasında kategorik ve iki aşamalı bir yaklaşım benimsendiği açıklanmıştır<sup>35</sup>. Buna göre ilk aşamada TFF Kanunu'nun 5. maddesinde gösterilen ve TFF bünyesinde kurulmuş UÇK, Disiplin Kurulu, Kulüp Lisans Kurulu ve Etik Kurulunun TFF Kanunu, TFF Statüsü ve diğer TFF düzenlemeleri çerçevesinde ortaya çıkan uyuşmazlık ve ihtilaflara ilişkin karar makâmı olduğu görülmektedir. Bir sonraki aşamada, denetim mekanizması olarak ve itiraz makâmı niteliğinde Tahkim Kurulunun yetkisi bulunmaktadır. TFF Tahkim Kurulu, TFF Kanunu'nun 6. maddesi çerçevesinde bağımsız ve tarafsız, zorunlu tahkim makâmı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede TFF Tahkim Kurulu, sportif uyuşmazlıkların çözümünde en üst hukuk kurulu ve genel olarak nihai karar makâmıdır<sup>36</sup>.

Kanun koyucunun açık iradesine göre TFF'nin özel hukuk tüzel kişisi olduğu veya en azından kamu hukuku tüzel kişiliğinin bulunmadığının kabulü gözetildiğinde, TFF Tahkim Kurulunun özel ve sivil bir yargılama faaliyeti yerine getirdiği şimdilik söylenebilir.

Konumuz bakımından özel bir önemi olan UÇK öncelikle ele alınacak olursa 7405 sayılı Kanun ile TFF Kanunu'nun 5. maddesi değiştirilerek daha önceden TFF özel düzenlemelerine bırakılan UÇK'nın oluşumu ve görevleri gibi temel hususlar, artık kanun seviyesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Bununla birlikte UÇK çalışma esas ve usulleri kanunun çizdiği çerçevede UÇK Talimatı'nda gösterilmektedir.

Bu bakımdan UÇK, TFF Kanunu'nun 5. maddesi uyarınca ilk derece hukuk kuruludur ve TFF Kanunu m. 5(4) hükmü uyarınca üyeleri TFF Yönetim Kurulu tarafından seçilmektedir. TFF Statüsü m. 55(1) ve UÇK Talimatı m. 3'e göre UÇK, TFF başkanının teklifi üzerine TFF Yönetim Kurulunun kararı uyarınca, en az on yıllık mesleki tecrübeye sahip hukukçular olmak üzere bir başkan, altı asil ve altı yedek üyeden oluşmaktadır. TFF Kanunu m. 5(4) görev süresini, TFF Yönetim Kurulu görev süresine tabi olmaksızın dört yıl olarak göstermektedir. Yine bu hükümde başkan ve üyelere görev teminatı da sağlanmış olup istifa veya çekilme olmadığı hâlde yerlerine yeni üye atanamayacağı belirtilmektedir.

TFF Kanunu m. 5(5) ve devamı hükümleri çerçevesinde, UÇK üyeleri tarafsız ve bağımsız olup bunu görevleri süresince korumakla yükümlüdür. Bu kapsamda üyelerin göreve başlarken bu hususta yazılı bir beyan sunarak yemin edecekleri belirtilmektedir. Ayrıca ilk derece hukuk kurullarına hiç

<sup>33</sup> Yargıtay, HGK, T. 15.12.2004, E. 2004/13-722, K. 2004/707.

<sup>34</sup> AKİL, Cenk: "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 397.

<sup>35</sup> ERTEN, Rifat: "Spor Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim ve Türk Futbol Tahkiminde Güncel Gelişmeler", *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 129.

<sup>36</sup> EKŞİ, *Tahkim*, s. 344. AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7.



kimsenin hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği vurgulanmaktadır. Bunun yanında UÇK üyelerinin görev süreleri boyunca TFF'nin başka kurul ve organlarında görev alamayacağı, TFF üyeleri veya bunlarla doğrudan bağlantılı özel hukuk tüzel kişileri nezdinde görev üstlenemeyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte bağımsızlık ve tarafsızlık hususunda, menfaat çatışması dâhil, haklı görülebilecek her türlü şüpheye ilişkin olarak üyelere yazılı bildirim zorunluluğu getirildiği görülmektedir. Son olarak bağımsızlık ve tarafsızlığa dair ciddi şüphe doğuran makul sebeplerin bulunması hâlinde üyelerin söz konusu dosyadan derhal çekilmek zorunda oldukları ve yapılacak yargılamanın böylece adil ve tarafsız, eşitlik ve hukuki dinlenilme hakkı mülahazalarına uygun bir şekilde yapılması gerektiği düzenlenmektedir. TFF Kanunu m. 6 çerçevesinde, TFF'nin en üst hukuk kurulu olan TFF Tahkim Kurulu için de hemen yukarıda gösterilen hususlar tamamen geçerlidir.

Nitekim 7405 sayılı Kanun öncesi durumda, hem UÇK hem de Tahkim Kurulu bakımından anılan hususlar TFF Statüsü ve çeşitli talimatlarda düzenlenmekteydi. Bu düzenlemeler, gerek görev teminatı gerekse de bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından çok haklı bir şekilde eleştirilere maruz kalmaktaydı. Özellikle üyelerin seçimle değil, TFF Yönetim Kurulu tarafından atama usulüyle belirlenmesinin kuvvetler ayrılığı prensibine aykırı olduğu ve sisteme olan güvenin bu nedenle zedelendiği, TFF Yönetim Kurulu kendi kararlarının veya TFF Yönetim Kurulu tarafından atanan hukuk kurulu kararlarının yine aynı kişiler tarafından denetlenerek karara bağlandığı, TFF Tahkim Kurulunun zorunlu tahkim makamı konumunun tarafsızlığının bulunmadığı, kurulların görev sürelerinin TFF Yönetim Kurulu görev süresine tabi olmasının bağımsızlığı açık bir şekilde zedelediği ve ortaya nitelikli kararlar da çıkmadığı gibi çok dikkat çekici argümanlar ileri sürülmekteydi<sup>37</sup>.

Artık günümüzde, TFF hukuk kurulları ve Tahkim Kurulunun TFF'ye olan organik ve resmî bağımlılığının 7405 sayılı Kanun'la getirilen değişiklikler karşısında büyük ölçüde aşıldığını söylemek mümkündür.

### C. Kurul Kararlarının Niteliği

Spor disiplin ve yargılama hukukuna gerekli ivmeyi kazandırmak için 2011 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişikliği<sup>38</sup> ile Anayasa'nın 59. maddesine eklenen fıkra<sup>39</sup> sayesinde Tahkim Kurulu kararlarının kesinliği de anayasal boyut kazanmıştır<sup>40</sup>. Böylece AYM Kanunu<sup>41</sup> m. 45(3) hükmü ile bireysel başvuru ile dahi olsa sportif uyuşmazlıkların devlet mahkemelerinin dışında kesin olarak çözümlenmesi konusunun tekrar AYM'ye taşınması önlenmeye çalışılmıştır<sup>42</sup>. Ancak kanun koyucunun aslında yasama-yürütme-yargı çatışmasına yol açacak şekilde AYM tarafından iptal edilen bir hükmün Anayasa'ya eklenmesinde ortaya çıkan bu katı tutumu eleştirilmektedir<sup>43</sup>. Çok kazuistik bir düzenle-

<sup>37</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: "Ulusal ve Uluslararası Spor Federasyonlarının Hukuki Yapıları Konulu Oturumda Sunulan Tebliğ", *I. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 202; BAĞLAN, Melis: *Sporla Uluslararası Tahkim Yargılaması ve Türkiye'de Hukuki Durum*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 125; ARSLAN, Hilmi: "Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu Kararlarının Olduğu Yönündeki Anayasa Hükmüne Karşı Bir Eleştiri", *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 5, s. 363.

<sup>38</sup> 6214 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun (29.03.2011 tarihli ve 27889 sayılı Resmî Gazete). Bu değişikliğin yapılmasında AYM'nin 2009 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu iki iptal kararı etkilidir: (i) 3289 sayılı Kanun Ek Madde 9 çerçevesinde SGM Tahkim Kurulu Yönetmeliği'nin 12. maddesi ile (ii) TFF Kanunu'nun 6(4) maddesi.

<sup>39</sup> İlgili hüküm şu şekildedir: "Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı mercine başvurulamaz."

<sup>40</sup> AYM, T. 18.01.2018, E. 2017/136, K. 2018/7. ERGÜL: Ozan, "Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri Dar Yorumlamak Mümkün Mü?", *Anayasa Yargısı*, 2015, Cilt 3, Sayı 32, s. 77. Yargıtay, 3. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/3849, K. 2020/5969.

<sup>41</sup> 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun (03.04.2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmî Gazete).

<sup>42</sup> Bazı yazarlar tarafından bireysel başvuru yolunun hâlâ bulunduğu ifade edilmektedir. BAYKAN, Metin / YENİAY, Lokman: "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları", *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, Cilt 84, Sayı 3, s. 137 vd. Ancak bireysel başvuru yolunun dahi kapalı olduğunu belirtmek gerekir. YALÇINÖZ, Bahadır: "Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, Sayı 2, s. 201. AYM, T. 12.02.2013, B. No: 2012/260.

<sup>43</sup> ARSLAN, s. 358.

menin, Türk Devleti'nin ve Türk hukukunun temel hukuki çerçevesinin dayanağı olan Anayasa gibi en üst seviyedeki düzenlemede yer almasına karşı haklı görüşler ileri sürülmektedir<sup>44</sup>.

Anayasa m. 59(3) yanında, TFF Kanunu m. 5 ve 6 hükümleri uyarınca Tahkim Kurulunun zorunlu tahkim makamı niteliği ortaya konmuştur. TFF Statüsü m. 63'e göre TFF üyeleri, kulüpler, hakemler, futbolcular ve her türlü diğer aktörler, futbol yönetimi ve disiplinine ilişkin tüm uyuşmazlıklar için ancak hukuk kurullarına başvurabilmektedir. Ayrıca UÇK Talimatı'nın 12. maddesinde UÇK kararlarına karşı itiraz makamı olarak TFF Tahkim Kurulu gösterilmiştir.

Öncelikle, her ne kadar TFF aslında idare teşkilatı içerisinde değerlendirilebilecek ise de, bu durum tek başına TFF ilk derece hukuk kurulları ve TFF Tahkim Kurulunun futbol uyuşmazlıklarının çözümünde yürüttüğü faaliyetin yargılama faaliyeti olmasını engellememektedir. Ancak yine de TFF Tahkim Kurulu kararlarının niteliği hakkında da farklı görüşlerin bulunduğu görülmektedir:

- Hâkim görüş, Tahkim Kuruluna başvurunun "zorunlu tahkim" niteliğinde bulunduğunu ve Tahkim Kurulunun da Anayasal anlamda yargı yetkisini kullandığı ifade etmektedir. Bu çerçevede gerek TFF Tahkim Kurulu gerekse de SGM Tahkim Kurulunun uyuşmazlıklar bakımından tek yetkili yargı makamı olduğu belirtilmektedir<sup>45</sup>.
- Diğer görüşe göre ise Tahkim Kurulu yargısal değil idari bir makamdır. Çünkü TFF'nin merkez, yurtiçi ve yurtdışı teşkilatlardan meydana gelmesi ve Tahkim Kurulu da dâhil hukuk kurullarının merkez teşkilatta yer alması çerçevesinde, TFF Tahkim Kurulunun idari bir makam olduğunu savunulmaktadır<sup>46</sup>.

Ne var ki AYM, TFF Tahkim Kuruluna ilişkin TFF Kanunu m. 6(4) hükmü hakkında tesis etmiş olduğu kararda, Tahkim Kurulunun yürüttüğü faaliyeti Anayasa m. 141 uyarınca devletin yargı yetkisini ikame eden bir faaliyet olarak nitelendirmiştir<sup>47</sup>. Diğer taraftan SGM Tahkim Kurulunun SGM bünyesinde teşekkül etmiş bir birim olmasına istinaden SGM Tahkim Kurulunun idari faaliyet göstermekte olduğu, yargısal faaliyet olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir<sup>48</sup>. Bu çerçevede anılan tahkim kurulları yargı yetkisini doğrudan Anayasa'dan alarak kanunla kurulmuş durumdadır.

Konumuz bakımından önem arz eden UÇK ve TFF Tahkim Kurulundan hareketle, yukarıda ele alındığı şekilde, kategorik bir yaklaşımla "tahkim kurulu" ifadesinin konumuz bağlamında yetki özelinde ayrıca ele alınması gerekmektedir. Açıklandığı şekilde UÇK, sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı uyuşmazlıkları bakımından münhasıran, sözleşmesel uyuşmazlıklarda da tarafların bu konuda anlaşması hâlinde özel olarak yetkilidir. Bu ayrım ışığında, ilk durumda UÇK tarafından verilip Tahkim Kuruluna gidilmeksizin veya gidilip uygun bulunması suretiyle kesinleşen karar bakımından TFF'nin esasında idari bir fonksiyon üstlendiğini kabul etmek gerekir. Gerçekten burada, yani sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde yetki kanundan doğmaktadır. Dolayısıyla taraf iradeleri söz konusu değildir. Karar makamı aslında sektörel bir yaklaşımla, yine sektörün kendilerine bahsettiği yetkiler uyarınca kurulan heyetler olmaktadır. Ayrıca burada işleyen sürelerin zamanaşımı veya hak düşürücü süreler gibi usul hukuku bakımından sonuç doğurmadığı, usul hukukuna ilişkin derdestlik veya tahkim klozunun etkisinin olmadığı haklı bir şekilde ileri sürülmektedir<sup>49</sup>. Karar alma sürecinin aslında idari bir süreç teşkil etmesi, kararlara karşı hiçbir kanun yolu-

<sup>44</sup> YILMAZ, Ejder: "Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Hiçbir Yargı Merciiine Başvurulamamasının Yanlışlığı", *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu "Av. Atilla Elmas" Armağanı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2012 (TFF), s. 840; GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 517. Eserde, bu hükmün Anayasa 138/son ve 153/son hükümlerine aykırı olduğuna önemle dikkat çekilmektedir.

<sup>45</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, TFF, s. 142; DEVECİOĞLU, Sebahattin / ÇOBAN, Bilal: "Türkiye Futbol Federasyonu'nun Özerkliği", *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimler Dergisi*, 2003, Sayı 8, s. 56; ERGÜL, s. 67.

<sup>46</sup> AYANOĞLU, s. 56.

<sup>47</sup> AYM, T. 06.01.2011, E. 2010/61, K. 2011/7.

<sup>48</sup> AYM, T. 02.07.2009, E. 2006/118, K. 2009/107.

<sup>49</sup> İZGİ, s. 416.

nun bulunmayışı karşısında bu önerme doğrulanmaktadır. Sportif cezaların ve yetiştirme tazminatı kararlarının özel hukuk uyuşmazlığı teşkil edip etmediği de başlı başına bir tartışma konusudur. Bu bakımdan, UÇK ve hâliyle TFF Tahkim Kurulunun münhasır yetkili olduğu hususlarda aslında “tahkim kurulu” ifadesi, sadece kavram benzerliğinden ibarettir. Burada gerçek anlamda hukuki bir yargılama gerçekleştirilmemektedir. Münhasır yetkiye dayanarak tesis edilen kararlar aslında idari karakterli ve nihai kararlardır. Bununla birlikte AİHM ve AYM kararları uyarınca sürecin bir yargılama faaliyeti teşkil ettiği ve konunun Anayasa’da düzenlendiği değerlendirildiğinde, her ne kadar idari karakter baskın olsa da, yargılama boyutunun da yadsınamayacak bir seviyede olduğu belirtilmelidir<sup>50</sup>.

Ayrıca UÇK’nın münhasır yetkili olduğu uyuşmazlıklarda buna rağmen genel mahkemelerde dava açılması hâlinde mahkeme tarafından bu hususun resen gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gereği yargılama fonksiyonunu teyit eder niteliktedir<sup>51</sup>. Bu ayırım, Yargıtay 3. HD’nin yakın tarihte tesis etmiş olduğu kararda da derinlemesine irdelenmektedir<sup>52</sup>.

Diğer taraftan UÇK ve Tahkim Kurulunun sözleşmesel uyuşmazlıkların çözümünde rızaya dayalı yetkisi ise -özellikle son değişiklikler ışığında- net bir şekilde yargılama faaliyetidir. Geleneksel tahkim anlayışından farklı olmakla birlikte, hâlâ tahkim yargılaması gerçekleştirildiği açıktır. Bu farklılık özellikle UÇK kararının Tahkim Kurulu denetimine tabi olmasında gözlenmektedir. Öte yandan taraf özerkliğine dayanan ve uyuşmazlığın hukuk kuralları çerçevesinde bağımsız ve tarafsız bir makam tarafından çözümlenmesi söz konusudur. Ayrıca TFF Kanunu m. 6(6) hükmü atfıyla HMK m. 439 hükmü uyarınca Tahkim Kurulu tarafından tesis edilen böyle kararlara karşı da HMK hükümleri uyarınca iptal davası açılabilir<sup>53</sup>.

Görüldüğü üzere Tahkim Kurulunun bir uyuşmazlığı doğrudan ele alma yetkisi yoktur. Birinci derece hukuk kurullarının kararına karşı itiraz mekanizması işletilmesi suretiyle uyuşmazlık Tahkim Kuruluna taşınabilmektedir<sup>54</sup>. Bu çerçevede Tahkim Kurulu Talimatı’nın 15. maddesi uyarınca Tahkim Kurulu, huzurundaki uyuşmazlığı geniş bir şekilde yeniden ele alarak uyuşmazlık hakkında esasa ilişkin yeni bir karar dahi edebilmektedir.

## II. YARGININ BAĞIMSIZLIĞI VE TARAFSIZLIĞI

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere, statüsü ve hukuki niteliği son derece tartışmalı olan TFF ile idare bünyesinde bulunduğu kuşku bulunmayan SGM teşkilatları içerisinde yer alan tahkim kurulları Anayasa m. 59(3) fıkrasındaki çok tartışmalı düzenleme çerçevesinde nihai yargı makamları olarak kabul edilmiştir. Ne var ki bu belirleme ve aşağıda değerlendirilecek AİHM kararları öncesinde, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının kısaca açıklanması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>55</sup> (AİHS) m. 6<sup>56</sup>, konu hakkında temel düzenlemelerden birisi olup adil yargılanma hakkının teminatını teşkil etmektedir<sup>57</sup>. Söz konusu hüküm de gözetilerek adil yargılanma hakkının<sup>58</sup> varlığı için gerekli unsurlar şu şekilde gösterilmektedir<sup>59</sup>:

<sup>50</sup> KÜÇÜKGÜNGÖR, *TFF*, s. 143; YILMAZ, *TFF*, s. 827; EKŞİ, *Tahkim*, s. 141; ESENDAL, Nihan: “Spor Hukuku Uygulamalarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve CAS Kuralları Açısından Karşılaştırılması”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 1, s. 168; AKİL, s. 388.

<sup>51</sup> EKŞİ, *Tahkim*, s. 359. Yargıtay, HGK, T. 24.06.2009, E. 2009/220, K. 2009/280.

<sup>52</sup> Yargıtay, 3. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/3849, K. 2020/5969.

<sup>53</sup> İZGİ, s. 411 vd.; YILMAZ, Ejder: “Hakem Kararlarının Denetimi”, *Makaleler (1973-2013) 2. Cilt*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2014, s. 451.

<sup>54</sup> AYANOĞLU, s. 58; EKŞİ, *Tahkim*, s. 344; KÜÇÜKGÜNGÖR, *TFF*, s. 139.

<sup>55</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için bkz. [https://www.echr.coe.int/documents/convention\\_tur.pdf](https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf) (ET: 28.03.2023).

<sup>56</sup> Hüküm şu şekildedir: “Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir”.

- Yasayla kurulmuş, bağımsız, tarafsız bir mahkeme. Bu çerçevede yargı kurumunun yasama yetkisi ile düzenlenmiş olması, idareye tabi olmaması, hâliyle diğer yargı otoriteleri ile yürütme erkininden ayrı bulunduğu dair usulü garantilerin varlığı aranmaktadır. Yani yargılama ve yürütme arasında yapısal bir ayrılık sağlanmalıdır.
- Yargılamanın makul sürede gerçekleştirilmesi.
- Yargılamanın hakkaniyete uygun şekilde gerçekleştirilmesi.
- Davanın açık oturumda görülerek hükmün açık oturumda verilmesi. Kısaca, *aleni yargılama*.

Bu çerçevede maddedeki mahkeme kavramı, yukarıda sayılan unsurlara ek olarak, *belirli usul kuralları çerçevesinde hukuk kuralları uyarınca gerekirse kamu gücü kullanılarak yerine getirilebilecek kararları verebilen makam* olarak tanımlanabilir. Ayrıca bir organın mahkeme niteliğinde bulunması için yargısal fonksiyonu haiz olması gerektiği ifade edilmelidir. AİHM içtihatları uyarınca, sadece belirli konularda karar vermek üzere yetkili bulunan bazı organların da birtakım teminatları taşınması kaydıyla mahkeme olarak sayılabileceği, kanunla kurulmuş olmanın da söz konusu kanuna uygun davranmakla yükümlü kılınmasıyla mahkeme niteliğinin zedelenmeyeceği ifade edilmektedir<sup>60</sup>. Her hâlükârda mahkemelerin kuruluşuna dair yukarıdaki hususların hiç temin edilmemesi veya eksik kalması, kural olarak, AİHS m. 6 ve Anayasa'ya aykırı olacaktır<sup>61</sup>.

Diğer taraftan yukarıdaki esaslara göre kurulacak birimin bağımsız olması, yani başkalarının ve özellikle yürütme/idare erkinin etki alanı dışında olması gerekir<sup>62</sup>. Burada mahkeme bağımsızlığı ile mahkeme üyelerinin bağımsızlığının birbirlerinden ayrı düşünülmemesi gerektiği özellikle vurgulanmalıdır. O hâlde mahkemenin bağımsız olup olmadığının tespitinde üyelerin atanma ve azil usulü, görev süreleri, herhangi bir makama tabi bulunup bulunmadıkları, kendilerine bağımsızlıklarını temin eden birtakım güvencelerin tanınıp tanınmadığı ve nihayet evrensel bir perspektiften bağımsız bir mahkeme imajı sergilenmesi de esaslı unsurlar olarak görülmektedir<sup>63</sup>.

AİHM içtihatları uyarınca, *tarafsızlık* da davanın çözümlenmesinde önyargı bulunmamasını, mahkemenin taraflara ilişkin herhangi bir his, duygu ya da çıkara sahip olmaması olarak ifade edilmektedir<sup>64</sup>. Tarafsızlık bu bakımdan objektif ve sübjektif olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. *Objektif tarafsızlık* mahkeme teşkilatının tarafsız bulunmasını, mahkeme teşkilatının tarafsızlığını temin eden tedbirlerin bulunmasını ifade eder. *Sübjektif tarafsızlık* ise üyelerin kişisel olarak tarafsızlığını ifade etmektedir.

Ayrıca, AİHS m. 6 uyarınca getirilen aleni duruşma da yargılamada keyfiliğin önlenmesi adına esaslı bir unsur teşkil etmektedir<sup>65</sup>. Bu hususta, duruşmanın *aleni* olması açıkça ifade edilmişse de aranan temel husus sanığın dinlenmiş olmasıdır<sup>66</sup>.

<sup>57</sup> Adil yargılama hakkına ilişkin detaylı açıklamalar için özellikle bkz. AKTEPE ARTIK, Sezin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılama Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 22 vd.

<sup>58</sup> PEKCANITEZ, Hakan: "Medeni Yargıda Adil Yargılama", *İzmir Barosu Dergisi*, 1997, Sayı 2, s. 18; TANRIVER, Süha: "Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılama Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s. 213.

<sup>59</sup> PEKCANITEZ, s. 19; TANRIVER, 213.

<sup>60</sup> AİHM, *De Wilde, Ooms et Versyp v Belçika*, B. No: 2832/66, 2835/66, 2899/66, T. 18.06.1971, s. 41; AİHM, *Le Compte, van Leuven et De Meyere v. Belçika*, B. No: 6878/75, 7338/75, T. 23.6.1981, s. 24; AİHM, *Campbell et Fell v İngiltere*, B. No: 7819/77, 7878/77, T. 28.06.1984, s. 29: "... mahkeme sözcüğünün ülkenin standart yargı mekanizmasında bulunan klasik türde bir hukuk mahkemesini tanımladığı şekilde anlaşılması mutlaka zorunlu değildir".

<sup>61</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde 'Adil Yargılama'", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1994, Cilt 49, Sayı 1, s. 208.

<sup>62</sup> AİHM, *Sokurenko and Strygun v Ukrayna*, B. No: 29458/04, 29465/04, T. 11.12.2006, s. 24.

<sup>63</sup> PEKCANITEZ, s. 40. AİHM, *Campbell et Fell v İngiltere*, B. No: 7819/77, 7878/77, T. 28.06.1984, s. 39. Mahkeme üyelerinin yürütme tarafından atanmasında bu madde özelinde sakınca yoktur. Bkz. AİHM, *Belilos v İsviçre Schweiz*, B. No: 10328/83, T. 29.04.1988, s. 66. Ancak bağlılık ilişkisi varsa bağımsızlıktan bahsedilemez. Bkz. AİHM, *Lauko v Slovakya*, B. No: 4/1998/907/1119, T. 02.09.1998, s. 66-67.

<sup>64</sup> Bkz. dn. 61; AİHM, *Ali Rıza ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 30226/10, T. 28.01.2020.

<sup>65</sup> PEKCANITEZ, s. 43.

<sup>66</sup> Yargıtay CGK., T. 12.06.2018, E. 2017/6625, K. 2018/275; AYM, *Erol Aydeğer*, B. No: 2013/4784, T. 07.03.2014; AİHM, *Sejdovic v İtalya*, B. No: 56581/00, T. 01.03.2006.

### III. TÜRK SİSTEMİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukarıdaki açıklamalarımız ile TFF Tahkim Kurulunun oluşumu kısaca aktarılmış, TFF'nin hukuki niteliği burada ihtiyacımız olacağı oranda açıklanmıştır. Ayrıca mahkemelerin niteliği, bağımsızlığı ve tarafsızlığında temel esas olan ölçütler de kısaca ortaya koyulmuştur.

AİHM, AİHS m. 6'ya göre "mahkeme" kavramını, atıfta bulunduğumuz içtihatları çerçevesinde, *kendi görev alanındaki uyumsuzlukları belirli bir usul çerçevesinde hukuk kurallarına dayanarak çözen kanunla kurulmuş merciler* olarak görmektedir. Bu çerçevede, aslında TFF ve TFF Tahkim Kurulu kararlarının niteliği tartışma konusu edilmekle birlikte, AİHM ölçütlerine göre TFF Tahkim Kurulunun mahkeme statüsünde bulunduğu şüphe yoktur<sup>67</sup>. Bu nedenle TFF Tahkim Kurulunun AİHS anlamında *tarafsızlık* ve *bağımsızlık* ile diğer kriterleri karşılaması gerektiği açıktır<sup>68</sup>.

TFF Tahkim Kurulunun bağımsızlığının değerlendirilmesinde şüphesiz yukarıda aktardığımız şekilde üyelerin atanma biçimi, görev süreleri, baskılara karşı birtakım teminatların varlığı, kurumun bağımsız görüntüsü önem arz etmektedir. AİHM kararları uyarınca yürütme erkinin birtakım mahkeme üyelerini atamasında büyük bir sakınca bulunmamakla beraber, atamaya ilişkin birtakım ölçütlerin eksikliği AİHS m. 6'nın ihlali niteliği taşıyacaktır. Söz gelimi, mahkeme üyeleri belirli bir süre için atanıp bu süre zarfında görevden alınamıyorsa teminatın varlığından söz edilebilir<sup>69</sup>.

Tarafsızlığın değerlendirilmesinde ise yine bağımsızlık kriterleri esas alınmaktadır. TFF Tahkim Kurulu, TFF'nin diğer hukuk kurullarıyla aynı yapı içerisinde bulunmaktadır. Aktarıldığı üzere, birtakım uyumsuzluklarda sözleşmesel ve mevzuat hükümleri çerçevesinde münhasıran yetkisi bulunan TFF ilk derece hukuk kurallarının kararları, süresi içerisinde itiraz edilmemesi hâlinde kesinleşmektedir. İtiraz makamı ise TFF Tahkim Kuruludur. Tüm bu kurulların aynı organizasyonel -ve hatta fiziki yapı içerisinde bulunması, mahkemelerin demokratik bulunması gerekliliği ve "görüntüde de adalet"<sup>70</sup> ilkesine uygun bir görünüm sergilememektedir.

TFF Statüsü'nde aleni yargılama ilkesinin karşılığı bulunmamaktadır. Konuyla uzaktan bağlantılı tek hüküm, Tahkim Kurulunun delil toplayabileceğine ilişkindir. Bu çerçevede, TFF Tahkim Kurulunun duruşma yapılmasına dair sınırlandırılmamış bir takdir yetkisi bulunduğu rahatlıkla söylenebilir. TFF Tahkim Kurulunun gerekçesiz bir şekilde duruşma taleplerini reddettiğine de sıklıkla rastlanmaktadır. TFF Statüsü'nün bu bakımdan yetersiz kalmaktadır. Dolayısıyla adil yargılanma hakkı ve Anayasa m. 141 uyarınca aleni yargılanma hakkı ihlal edilmektedir.

Yukarıda atıfta bulunduğumuz ve ihlalin bulunmadığı sonucuna doğrudan varan *Kolgu v Türkiye* kararı bir kenara bırakılırsa, konu hakkında tesis edilmiş 28 Ocak 2020 tarihli AİHM kararı<sup>71</sup> büyük önem arz etmektedir<sup>72</sup>. Söz konusu kararda AİHM tarafından davacı, Ali Rıza ve Serkan Akal'ın talep-

<sup>67</sup> İhtiyari tahkimle zorunlu tahkim arasında ayırım bulunduğu kabulüyle, zorunlu tahkimin söz konusu olduğu durumda bu zorunluluk gözetilerek AİHS m. 6'da öngörülen adil yargılanma hakkına dair gerekliliklerin kesin bir şekilde sağlanması gerekliliği hakkında bkz. AİHM, *Kolgu v Türkiye*, B. No: 2935/07, T. 27.08.2013: "Sözleşme'nin 6. maddesinin tüzel kişiler arasındaki anlaşmazlıkların çözümlenmesi amacıyla tahkim mahkemelerinin kurulmasını engellemediğini hatırlatmaktadır. Nitekim 6. maddede geçen 'mahkeme' sözcüğünün, mutlak suretle ülkenin standart adli mekanizması içerisinde yer alan, klasik türden bir hukuk mahkemesi olarak anlaşılmalıdır; bu nedenle söz konusu sözcük, uygun teminatları sunması daimi şartıyla, sınırlı sayıda özel konularda hüküm vermek üzere kurulmuş bir organı içerebilir (Lithgow ve Diğerleri - Birleşik Krallık, 8 Temmuz 1986, § 201, Seri A no. 102). Ayrıca, ihtiyari tahkim ile zorunlu tahkim arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Normalde 6. madde, ihtiyari olarak tahkime gidilen hallerde hiç bir sorun teşkil etmemektedir. Öte yandan şayet tahkim, yasa gereği olması anlamında zorunlu ise, tarafların elinde anlaşmazlıklarını Tahkim Kuruluna götürmekten başka seçenek yoktur ve Kurulun, 6 § 1 maddesinde belirlenen güvenceleri summası gerekmektedir (Suda - Çek Cumhuriyeti, no. 1643/06, §§ 50, 28 Ekim 2010)".

<sup>68</sup> Hakemlerin tarafsızlık ve bağımsızlık yükümlülüğünün evrensel bir prensip teşkil ettiği, yükümlülüğün dayanakları ve genel olarak bu konuda detaylı bir inceleme için bkz. BALKAR BOZKURT, Süheyla: *Millîterarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 7 vd.

<sup>69</sup> AİHM, *Le Compte, van Leuven, De Meyere v Belçika*, B. No: 6878/75, 7238/75, T. 23.06.1984.

<sup>70</sup> Council of Europe, *AİHM 6. Madde Rehberi, Adil Yargılanma Yönü (Medeni Hukuk Yönü)*, 2013 ([https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_6\\_TUR.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_TUR.pdf), ET: 28.03.2023).

<sup>71</sup> AİHM, *Ali Rıza ve Diğerleri v Türkiye*, B. No: 30226/10, T. 28.01.2020.

<sup>72</sup> Karara konu başvurunun içerik ve esas bakımından detaylı değerlendirmesi hakkında bkz. GEMALMAZ, Burak: "Applicability of human rights standards in Turkish football arbitration: the contribution of the European Court of Human Rights", *International Sports Law Journal*, 2019, Sayı 19, s. 38 vd.

leri kabul edilmiştir. TFF Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız bulunmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir. Kararda TFF'nin Yönetim Kurulunun büyük ölçüde üye futbol kulübü yöneticilerinden meydana geldiği ve hâliyle Tahkim Kurulunun işleyişine büyük bir etkisi olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca TFF mevzuatının Tahkim Kurulu üyelerini koruyucu teminatlardan yoksun olduğunu ifade edilmiştir. Buna istinaden, TFF Statüsü'nün Tahkim Kurulu hakkındaki 61. maddesi 28.07.2021 tarihli genel kurul toplantısında değiştirilmiştir. Bunu takiben söz konusu değişiklikler 7405 sayılı Kanun sayesinde TFF Kanunu'na da taşınmıştır. Bu çerçevede kararda gösterilen hususlar bakımından kayda değer bir gelişme gösterildiği gözlemlenmektedir. Ele alındığı üzere, hukuk kurulları ve Tahkim Kurulunun oluşması ile bağımsızlığı ve tarafsızlığına dair esasların kanun seviyesinde düzenlenmiş olması umut verici bir gelişmedir.

Bununla birlikte TFF Tahkim Kurulunun bağımsızlığını AİHM kararı çerçevesinde de bir kez daha ele almak gerekir:

- TFF Tahkim Kurulunun TFF'ye ne denli bağlı bir şekilde teşekkül ettiğine ilişkin ayrıca açıklama yapılmasına gerek yoktur. Çünkü seçimden bahsedilmekte ise de Tahkim Kurulu üyeleri hâlâ Yönetim Kurulu kararıyla atanmakta, buradaki müzakere süreci de gizli yürütülmektedir. AİHM'ye göre Tahkim Kurulu üyelerinin bu şekilde atanmasında büyük bir sakınca bulunmamaktadır. Ancak TFF başkanının Tahkim Kurulu üzerindeki fiili ve psikolojik etkisi, Tahkim Kurulunun tarafsızlığını açıkça zedelemektedir.
- *Mutu & Pechstein v İsviçre* kararının<sup>73</sup> Türk hukuku bakımından emsal niteliği taşımadığını da belirtmek gerekir. Söz konusu kararda hakem listesinin kapalı oluşu ve tarafların bu listeden hakem seçebiliyor oluşu çerçevesinde CAS'nin tarafsız ve bağımsız bulunduğu ifade edilmiştir. TFF Tahkim Kurulu açısından ise bu sonuca varmak mümkün değildir. Gerçekten Türk sisteminde hem hakemlerin hem de tarafların uyuşmazlığı değerlendirecek kişiyi belirlemede hiçbir erki olmadığı gibi zaten Tahkim Kurulunun yetkisi de kesindir. Bu çerçevede Tahkim Kurulunun her bir somut uyuşmazlıkta tekrar tekrar bağımsız ve tarafsızlığı tartışma konusu edilebilecektir. Şüphesiz bu durum yargı faaliyetine olan inancın da yitirilmesine sebep olmaktadır<sup>74</sup>.
- TFF Yönetim Kurulu özelinde sadece kulüplerin gerçekten temsil ediliyor olması karşısında futbolcu, hakem ve diğer aktörlerin ancak azınlıkta kaldığı açıktır. Bu durum, TFF Tahkim Kurulunu daha kurulması aşamasında bağımsızlık ve tarafsızlık bakımından büyük bir riske maruz kalmaktadır. Bu risk, sadece varlığı itibariyle dahi, eşitlik boyutuyla adil yargılanma hakkı yanında hukuki dinlenilme hakkını da zedelemektedir.
- AİHM kararında Tahkim Kurulunun fiili teşekkülü de değerlendirilmiştir. TFF hukuk kurullarının TFF'den ayrı bir bütçesi ve/veya tüzel kişiliğinin bulunmadığı tespit edilmiştir. Bunun yanında, kurul üyelerinin ataması ve tüm özlük işleri yine TFF tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca hukuk kurulları TFF personelini kalem olarak kullanmakta ve sürekli beraber çalışmaktadır. Tüm bunlar, Tahkim Kurulu da dâhil olmak üzere tüm kurul üyelerinin TFF ile gerek duygusal gerekse de çıkar ilişkisinin bulunduğu dair haklı şüpheler doğmasında yeterlidir. Aynı bina, aynı personel, TFF'nin aracısız finansmanı gibi hususlar Tahkim Kurulunun bağımsız ve tarafsız bulunamayacağına delalet etmektedir. AİHM kararında bu iddialar değerlendirilmemiştir. Ancak bu unsurların da somut problemi iyice derinleştirdiği ortadadır.
- Tahkim Kurulu üyelerinin bağımsız bulunduğu TFF Kanunu m. 6/1 ve TFF Statüsü m. 61/4'te belirtilmesine rağmen, üyelerin bağımsız olmadıklarını düşündüklerinde veya tarafların bunu sor-

<sup>73</sup> AİHM, *Mutu & Pechstein v İsviçre*, B. No: 40575/10, 67474/10, T. 02.10.2018.

<sup>74</sup> Aynı yönde bkz. GEMALMAZ, Burak: "TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı", 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-meselesi/>, ET: 28.03.2023).

gulaması durumunda HMK'daki gibi *hâkimin reddi* müessesesi öngörülmemiştir. Bu hususta 7405 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesi çerçevesinde hâlâ ilgili talimat hükümleri (örneğin UÇK Talimatı m. 8) uygulanmaktadır. Tarafların veya üyelerin söz konusu durumda nasıl bir yol izlemesi gerektiği dahi belirlenmiş değildir. Bu konuda kanuni düzeyde bir usûl öngörülmesi ve bu usûlün işlerliğinin temin edilmesi şüphesiz haklı endişelerin önüne geçecektir.

- UÇK'nın münhasıran ele alacağı uyuşmazlıklar bakımından bu şekilde uzman bir yargılama faaliyetinin devlet mahkemeleri hariç tutulmak suretiyle benimsenmesi, aslında son derece uygundur. Burada, “*spor federasyonlarının organ ve kurullarının, sporun yönetilmesi ve disiplinine ilişkin olarak ihtar, kınama, para cezası, küme düşürme, hak mahrumiyeti, ligden ihraç, tescil iptali, üyeliğin askıya alınması ve üyelikten ihraç gibi bunun yanı sıra sporun yönetilmesine yönelik statü, talimat ve benzeri hukuki düzenlemeleri, müsabakaların icrasına, tatiline, ertelenmesine*”<sup>75</sup> dair kesin kararlar söz konusudur. Bu kapsamdaki uyuşmazlıkların teknik bilgi gerektirdiği ve spor paydaşlarının gizlilik ve hızlilik anlamındaki beklentilerini, mevcut sistemin karşılayacağı ifade edilebilir. Ancak burada yine UÇK'nın kurulması sorunlu bir görünüm arz etmektedir. 7405 sayılı Kanun sayesinde görev teminatı gibi hususlardaki sorunlu görünümün büyük ölçüde aşılmış olması da sancıları durdurmamıştır. Her hâlükârda, bireysel başvuru yolunun sportif cezalar ve yetiştirme tazminatı konularında da açık olması gerekmektedir.
- Son olarak UÇK veya Tahkim Kurulu kararlarının icrai kabiliyeti, kanuni çerçevede açık düzenlemeye kavuşturulmalıdır. Bu kararların uygulamasına ve pratik hayata yansımaya dair tereddütlerin önüne geçilmesi, TFF'nin teknik ve uzman bir şekilde sunmakta olduğu bu uyuşmazlık çözüm sistemini destekleyecek ve kullanımını arttıracaktır.

Kararda da dikkat çekilen yukarıdaki unsurların SGM Tahkim Kurulu bakımından da geçerli olduğunu evleviyetle kabul etmek gerekir. TFF'nin hukuki niteliği, TFF Tahkim Kurulunun niteliği, tesis ettiği kararların niteliği gibi hususlar güncel ve hararetle bir tartışma konusuyken SGM açısından bu tartışmalar bir önem arz etmemektedir. SGM'nin kamusal karakterde bulunduğu, SGM Tahkim Kurulunun da aslında idare teşkilatı içerisinde yer aldığı şüphesizdir.

## SONUÇ

TFF, kamu faaliyeti yürütmekte olup futbolu düzenleyen asli kuruluştur. TFF'nin anayasal düzeydeki kamusal boyutu UÇK ve Tahkim Kararlarının niteliğine dair haklı tartışmalar doğurduğu için TFF'nin tüzel kişiliğinin niteliğine ilişkin tartışmalar da büyük bir önem taşımaktadır. TFF'nin yadsınamayacak kamusal boyutuna rağmen, özel hukuk tüzel kişisi olduğunu kabul etmek gerektiği sonucuna varılmıştır. TFF'nin bu görünümü, bünyesinde kurulmuş bulunan UÇK ve Tahkim Kurulunun tarafsızlığını ve bağımsızlığını zedelemektedir. Aktarılan bu durum, SGM ve SGM Tahkim Kurulu bakımından da özellikle geçerlidir.

Anayasa m. 59(3) hükmü uyarınca, sportif uyuşmazlıklarda tahkim kurulları uyuşmazlıkların çözümünü bakımından zorunlu merci olarak gösterilmiştir. Tahkim kurullarının mahkeme niteliğinde bulunup yargısal faaliyet yürüttüğünde kuşku bulunmamalıdır. Ancak burada sportif cezalar ile yetiştirme tazminatı uyuşmazlıklarında “tahkim” ifadesi bakımından sadece terminolojik bir benzerlik bulunduğu, bu çerçevede aslında burada idari karakterli bir süreç işletildiği tespit edilmiştir. Gerçekten sportif cezalar ile yetiştirme tazminatına dair ihtilaflarda UÇK'nın yetkisi münhasırdır. Tahkim Kurulu da ancak itiraz üzerine uyuşmazlığı ele alabilmektedir. Diğer taraftan sözleşmesel uyuşmazlıklarda, geleneksel tahkim anlayışından farklı bir şekilde, UÇK yargılaması Tahkim Kurulu denetimine tabi bir şekilde karşımıza çıkmakla birlikte, burada her anlamda yargılama faaliyetinin gerçekleştirildiği açıktır.

<sup>75</sup> Yargıtay, 3. HD, T. 21.10.2020, E. 2020/3849, K. 2020/5969.

AIHS m. 6 ile adil yargılanma hakkının esasları düzenlenmektedir. Buna göre mahkeme statüsündeki kuruluşların yasayla kurulması, bağımsız ve tarafsız olması, yargılama ve yürütme faaliyeti arasında yapısal bir ayrılık bulunması, davanın makul sürede çözümlenmesi, hakkaniyet prensibinin gözetilmesi, yargılamanın aleniliğinin sağlanması prensipleri işaret edilmektedir. *Bağımsızlık*, mahkemenin başka kişilerin ve yürütme/idare erkinin etki alanı dışında olmasını ifade etmektedir. Bu bakımdan mahkeme üyelerinin özlüğüne ilişkin hususlar bağımsızlığın tespitinde önemli bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. *Tarafsızlık* ise davanın çözümlenmesinde mahkemenin önyargısının veya taraflarla ilişkisinin bulunmamasını öngörmektedir.

AIHM, 28 Ocak 2020 tarihli kararıyla TFF Tahkim Kurulunun yukarıda aktardığımız esaslar çerçevesinde bağımsız ve tarafsız bulunmadığını açıkça ortaya koymuştur. Kararda da açıkça ifade edildiği üzere, Türk sportif yargılama sistemi yapısal ve sistematik reformlara muhtaçtır. Zira bağımsızlığı ve tarafsızlığı haklı olarak sorgulanan bu makamların yaptığı her işlem, tesis ettiği her karar tartışmaya açık hâle gelmektedir ve kişilerin kurumlara olan inancını kaybetmesine yol açmaktadır. Her ne kadar bu karardaki konular 7405 sayılı Kanun sayesinde büyük ölçüde aşılmış olsa da hem düzenleme hem de uygulama boyutuna dair iyileştirmelere ihtiyaç hâlâ mevcuttur. Sayılanlarla sınırlı olmamak kaydıyla önerilerimiz aşağıdaki şekildedir:

- UÇK ve Tahkim Kurulunun Yönetim Kurulundan bağımsızlığı kesin bir şekilde sağlanmalıdır. Türk hukuk paydaşlarının da niceliksel ve niteliksel olarak geliştikleri varsayımıyla, (i) CAS sistemine benzer bir *hakem havuzunun* oluşturularak hakem seçiminin öncelikle tarafların iradesine bırakılması, (ii) TFF hukuk kurullarının *ayrı bir organizasyon şeması* içerisinde yer alıp TFF'ye bağlı bulunmadığının net bir şekilde ortaya koyulması gibi çözüm yollarıyla bağımsızlık pekiştirilebilir.
- UÇK ve Tahkim Kurulu üyelerinin *reddi ve çekilmesi* meselesi kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmalıdır.
- Tahkim Kurulu üyesi olmak için hukuk eğitimi ve kısa süreli tecrübe yeterli kabul edilmemelidir. Üyelerde birtakım uzmanlık kıstasları da aranmalıdır.
- Yargılama sürecine ilişkin olarak, AIHM kararlarına uygun şekilde alenilik ilkesi benimsenmelidir. Uyuşmazlık dosyaları ilgililerin erişimine açık tutulmalıdır.
- Teknolojinin ve sporun dinamizmi yargılamalara da yansımalıdır. Bu çerçevede çevrimiçi duruşma görülmesi gibi hususlar da düzenlemelere dâhil edilmelidir.
- UÇK'nın münhasıran karara bağladığı konularda AYM nezdinde bireysel başvuru yolu açılmalıdır.
- UÇK ve Tahkim Kurulu kararlarının ilam veya ilam niteliğinde belge olduğu kanuni seviyede düzenlenmelidir.

Her ne kadar yukarıda özellikle değerlendirmiş bulunduğumuz Ali Rıza kararı özellikle Tahkim Kuruluna ilişkin olsa da UÇK gibi birinci derece hukuk kurulları için de bu hususların aynen ve hatta daha derin bir şekilde geçerli olduğu ifade edilmelidir. Hâlihazırda gerek UÇK gerek TFF veya SGM Tahkim Kurulları gerekse de AIHM nezdinde derdest yargılamalar bulunduğu düşünüldüğünde Türk sportif yargı sisteminin hâlâ reforma ihtiyaç duyduğu açık bir şekilde ortadadır.



**KAYNAKÇA**

- AKİL, Cenk: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun Yapısı ve Kararlarının Hukuki Niteliği”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2013, Cilt 19, Sayı 3, s. 379-403.
- AKTEPE ARTIK, Sezin: *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- ALANGOYA, Yavuz: *Medeni Usul Hukukunda Tahkimin Hukuki Niteliği ve Denetlenmesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1973.
- ARSLAN, Hilmi: “Türkiye Futbol Federasyonu (TFF) Tahkim Kurulu Kararlarının Olduğu Yönündeki Anayasa Hükmüne Karşı Bir Eleştiri”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2014, Cilt 88, Sayı 5, s. 356-364.
- ARTUÇ, Mustafa: “Spor Tahkim Kurulları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Cilt 5, Sayı 19, s. 867-902.
- AYANOĞLU, Taner: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun İşlevi ve Kararlarının Niteliği”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2008, Sayı 74, s. 43-76.
- BAĞLAN, Melis: *Sporda Uluslararası Tahkim Yargılaması ve Türkiye’de Hukuki Durum*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- BALKAR BOZKURT, Süheyla: *Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakemlerin Bağımsızlık Yükümlülüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- BAYKAN, Metin / YENİAY, Lokman: “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Bağlamında Spor Tahkim Kurullarının Kararları”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2019, Cilt 84, Sayı 3, s. 137-166.
- BERK, Kahraman: “Türkiye Futbol Federasyonunun Türk İdare Teşkilatı İçindeki Yeri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2006, Cilt 64, Sayı 2, s. 3-24.
- BİLGİNOĞLU, Nurettin Emre: *Futbol Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözümü*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- ÇALKA, Fatih: “Adil Yargılanma Bağlamında Türk Spor Tahkimi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Cilt 4, Sayı 1, s. 21-42.
- DAVIS, Timothy: “What is Sports Law?”, *Marquette Sports Law Review*, 2001, Cilt 11, Sayı 2, s. 1-34.
- DEVECİOĞLU, Sebahattin / ÇOBAN, Bilal: “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Özerkliği”, *Gazi Beden Eğitimi ve Spor Bilimler Dergisi*, 2003, Sayı 8, s. 49-58.
- EKŞİ, Nuray: “Anayasa Mahkemesi’nin TFF Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Futbola İlişkin Sözleşmelerde Zorunlu Tahkim Yetkisinin Anayasaya Aykırılığına İlişkin 18 Ocak 2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 139-162.
- EKŞİ, Nuray: *Spor Tahkim Hukuku*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015 (Tahkim).
- ERDOĞAN, Ersin: *Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ERGÜL: Ozan, “Sporda Zorunlu Tahkim - Bireysel Başvuru İlişkisi: Yargı Denetimi Dışında Bırakılan İşlemleri Dar Yorumlamak Mümkün Mü?”, *Anayasa Yargısı*, 2015, Cilt 3, Sayı 32, s. 67-78.
- ERTAŞ, Şeref / PETEK, Hasan: *Spor Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- ERTEN, Rifat: “Spor Uyuşmazlıklarının Çözümünde Tahkim ve Türk Futbol Tahkiminde Güncel Gelişmeler”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 123-137.
- ESENDAL, Nihan: “Spor Hukuku Uygulamalarında Arabuluculuk Uygulamasının Türk Hukuku ve CAS Kuralları Açısından Karşılaştırılması”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, Cilt 4, Sayı 1, s. 149-174.
- GEMALMAZ, Burak: “Applicability of human rights standards in Turkish football arbitration: the contribution of the European Court of Human Rights”, *International Sports Law Journal*, 2019, Sayı 19, s. 38-58.
- GEMALMAZ, Burak: “TFF Tahkim Kurulunun Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı Meselesi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Ali Rıza ve Diğerleri v. Türkiye Kararı”, 2020 (<https://blog.lexpera.com.tr/tff-tahkim-kurulunun-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-meselesi/>, ET: 28.03.2023).

- GERÇEKER, Hasan: “Spor Hukuku ile Ceza Hukuku İlişkisi - Hukuk Boyutunda Doping”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2016, Cilt 11, Sayı 122, s. 59-76.
- GİRİTLİ, İsmet / BİLGİN, Pertev / AKGÜNER, Tayfun / BERK, Kahraman: *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Der Kitabevi, İstanbul, 2011.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılanma’”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1994, Cilt 49, Sayı 1, s. 199-234.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku Cilt I*, 9. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.
- GÜMAN, Nihat: “Anayasa Mahkemesinin 18 Ocak 2018 Tarihli Kararının Türkiye Futbol Federasyonu Uyuşmazlık Çözüm Kurulunun Yargı Yetkisine Etkisi Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Spor Hukuku Dergisi*, 2019, Cilt 1, Sayı 2, s. 165-187.
- GÜRTEK, Kadir / ERENEL, Ege: “Lex Sportiva: Spor Hukukunun Küreselliği”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2012, Cilt 3, Sayı 1, s. 295-315.
- İZGİ, Mehmet Feridun: *Türk Hukukunda Tahkim Benzeri Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- ÖZDEMİR-KOCASAKAL, Hatice: *Sportif Uyuşmazlıkların Tahkim Yoluyla Çözümü ve Spor Tahkim Mahkemesi (CAS)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- KOÇAK, Talat Emre: *Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulunun Hukuki Yapısı ve Tahkim Kurulu Kararlarının Niteliği”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, Cilt 50, Sayı 2, s. 137-146 (TFF).
- KÜÇÜKGÜNGÖR, Erkan: “Ulusal ve Uluslararası Spor Federasyonlarının Hukuki Yapıları Konulu Oturumda Sunulan Tebliğ”, *I. Uluslararası Spor Hukuku Kurultayı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2010, s. 171-211.
- ÖZCAN, Cem: “Küresel bir Hukuk Düzeni Olarak Lex Sportiva”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2017, Cilt 82, Sayı 1, s. 177-191.
- ÖZTÜRK, Burak: “İdarenin Denetlenmesinde Zorunlu Tahkim Yolu”, *Zabunoğlu Armağanı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2011, s. 603-631.
- PEKCANİTEZ, Hakan: “Medeni Yargıda Adil Yargılanma”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1997, Sayı 2, s. 35-55.
- PETEK, Hasan / ERİŞİR, Evrim: “Türkiye Futbol Federasyonu’nun Hukuki Niteliği”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008, Cilt 3, Sayı 19, s. 197-205.
- TANRIVER, Süha: “Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, Sayı 53, s. 191-215.
- VALERO, Alfonso: “In Search For a Working Notion of Lex Sportiva”, *International Sports Law Journal*, 2014, Cilt 14, Sayı 1-2, s. 3-11.
- YAKIN, Merve: *Yerli ve Yabancı Profesyonel Futbolcu Alacaklarından Doğan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümü*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.
- YALÇINÖZ, Bahadır: “Bireysel Başvuruya Konu Olamayacak İşlem ve Kararlar”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2014, Sayı 2, s. 187-206.
- YILMAZ, Ejder: “Hakem Kararlarının Denetimi”, *Makaleler (1973-2013) 2. Cilt*, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1805-1828.
- YILMAZ, Ejder: “Türkiye Futbol Federasyonu Tahkim Kurulu Kararlarına Karşı Hiçbir Yargı Mercine Başvurulamamasının Yanlılığı”, *Ankara Barosu Spor Hukuku Kurulu “Av. Atila Elmas” Armağanı*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2012, s. 817-841 (TFF).

## Kripto Varlık Dolandırıcılığı<sup>(\*)</sup>



### *Crypto Asset Fraud*

**Samet SARIKAYA**



Avukat

*Eskişehir Barosu*

#### Anahtar Kelimeler

*Kripto Varlıklar,  
Dolandırıcılık,  
Nitelikli Dolandırıcılık,  
Bilişim Hukuku,  
Türk Ceza Hukuku.*

#### Öz

Kripto varlıklar günden güne yaygınlığını arttıran sanal varlıklardır. Dünyada -özellikle Türkiye'de- bu denli yaygın olmalarının sebebi çalışmada açıklanmaya çalışılacaktır. Bunun yanı sıra kripto varlıkların ceza hukuku boyutuna ağırlık verilecek ve malvarlığına karşı suçlar arasında yer alan dolandırıcılık suçuyla kesişimi incelenecektir. Kripto varlıkların malvarlığı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin görüşlerin üzerinde durulacaktır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 158. maddesinin (f) bendinde yer alan ve nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet veren hâlin kripto varlık dolandırıcılığı çerçevesinde değerlendirmesi yapılacaktır. Ayrıca aynı fıkranın (g) bendinde yer alan hâlin kripto varlık dolandırıcılığı kapsamındaki yaygınlığından ve uygulama alanından bahsedilecektir. Kripto varlık dolandırıcılığının işleme yöntemleri belirtilecektir ve bu yöntemler, dolandırıcılık suçunun unsurları kapsamında incelenecektir. Son olarak Kanun'da yer alan madde metninde, adli para cezası verilmesine ilişkin hesaplama yöntemine yönelik tartışmaya yer verilecektir.

#### Keywords

*Crypto Assets,  
Fraud,  
Aggravated Fraud,  
IT Law,  
Turkish Criminal Law.*

#### Abstract

Crypto assets are virtual assets that increase their prevalence day by day. The reason why they are so common in the world, especially in Turkey, will be tried to be explained in this study. In addition, the criminal law aspect of crypto assets will be emphasized and the intersection of crypto assets with fraud crime, which is among the crimes against assets, will be examined. Opinions on whether crypto assets should be considered as property will be discussed. The situation in subparagraph (f) of Article 158 of the Turkish Penal Code No. 5237 and causing qualified fraud will be evaluated within the framework of crypto asset fraud. In addition, the prevalence and application area of the subparagraph (g) of the same paragraph within the scope of crypto asset fraud will be mentioned. The methods by which crypto-asset fraud is carried out will be specified, and these crypto-asset fraud methods will be examined within the elements of the fraud crime. Finally, a discussion will be made about the calculation method regarding the imposition of judicial fines in the text of the article.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 31.01.2023, Kabul Tarihi: 11.05.2023.

## GİRİŞ

Blok Zinciri teknolojisi son on yıla damgasını vuran teknolojik gelişmelerden birisidir. Bu teknoloji beraberinde kripto varlıkları, nitelikli fikri tapuları (NFT)<sup>1</sup>, akıllı sözleşmeleri, merkeziyetsiz finans piyasalarını ve merkeziyetsiz oyunları getirmiştir. Yeni teknolojilerin geliştirilmesine paralel olarak bu sistemlerin suçun konusu olması kaçınılmazdır. Bu bakımdan kripto varlıklar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) düzenlenen pek çok suçun konusunu oluşturabilmektedir<sup>2</sup>. Örneğin bir kimseye ait, fiziki hâlde mevcut olan ve içerisinde kripto varlıkların saklandığı soğuk cüzdanın çalınması durumunda hırsızlık suçu meydana gelebilecektir. Muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanılmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan kripto varlıklar üzerinde zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufta bulunulması hâlinde ise güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır. Yağma suçu bakımından da bir kimseye karşı cebir veya tehdit uygulamak suretiyle, kişinin kripto varlıklarından menfaat sağlama amacı güdümlerle transfer edilmesi durumunda da kripto varlıklar, suçun konusunu oluşturacaktır<sup>3</sup>. Tüm bunlara karşın kanun koyucu adı geçen suçların nitelikli hâllerinde, hırsızlık ve dolandırıcılık suçlarında olduğu gibi, kripto varlıklar bakımından uygulama alanı bulabilecek bir nitelikli hâl öngörmemiştir. Örneğin kripto varlıkların konu olduğu yağma suçunun gece vakti işlenmesi hâlinde nitelikli yağma suçu oluşacaktır. Buna karşın suçun maddi konusunun kripto varlık olması salt bir nitelikli hâl neden olmamaktadır. Bu sebeple dolandırıcılık suçu ve hırsızlık suçu, kripto varlıkların ceza hukuku boyutu için çok önemlidir. Çalışmamızın kapsamı da bu çerçevede şekillenmiş ve ceza hukuku bakımından çok özel olan dolandırıcılık suçu ile kripto varlıkların kesişimi incelenmiştir.

Çalışmada temel kavramlara yer verilmiştir. Kavramlara yabancı olan bir okuyucunun, hukuksal tartışmalara girilmeden önce kripto varlıklar hakkında genel bir fikir edinmesi amaçlanmıştır. Kripto varlıkların ne olduğu, dünyada ve ülkemizdeki yeri, para yerine geçip geçmeyecekleri ilk bölümlerde ifade edilmiştir. Ardından özel hukuk bağlamında kripto varlıkların malvarlığı sayılıp sayılmayacağına ilişkin görüşler tartışılmıştır. Dolandırıcılık suçu, malvarlığına karşı suçlar başlığı altında düzenlendiğinden dolayı ve bölümde, kanun koyucunun korumak istediği değer kişilerin malvarlıkları olduğu için, bu tartışmanın yapılması ve kripto varlıkların niteliklerinin belirlenmesi önem teşkil etmektedir.

Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde, kripto varlık dolandırıcılığının ne gibi yöntemlerle gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir. Bu yöntemleri, kripto varlıklar için farklı kılan durumlara vurgu yapılmıştır. Bunun yanı sıra ilgili yöntemler hakkında, suçun unsurları kapsamında bir değerlendirme yapılmıştır. Burada yöntemlerin, nitelikli dolandırıcılık düzenlemesinin hangi bentleri kapsamında yer alabilecekleri belirtilerek fiil, fail, mağdur, konu, hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi unsurlar kapsamında, dolandırıcılık suçunun unsurları hakkındaki bilgiler ışığında değerlendirmeler yapılmıştır. Suçun özel görünüm şekilleri de kripto varlık dolandırıcılığı özelinde tartışılmıştır. Ardından kripto varlık dolandırıcılığının cezası ve özellikle adli para cezası üzerine bir tartışma yürütülmüştür. Henüz bu konuda Yargıtay içtihatları pek gelişmediği için kripto varlıklarla benzer piyasa hareketlerine sahip olan -kripto varlıklar kadar ani değişimlere sahip olmasalar da- döviz bakımından adli para cezası tayinine ilişkin içtihat örnek gösterilerek adli para cezasının belirlenmesinde etkili olacak hususlar ifade edilmiştir.

## I. DÜNYADA VE TÜRKİYE'DE KRİPTO VARLIKLARA OLAN İLGİ

Kripto varlıklar, gelişimini hukukla iç içe biçimde sürdürmektedir. Bu bölümde, konuya ayrıntılı bir biçimde giriş yapmadan önce, dünyada ve Türkiye'de, kripto varlıklara olan ilginin boyutundan

<sup>1</sup> 22 Nisan 2022 tarihinde Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanı Ali Taha Koç tarafından yapılan açıklamaya göre NFT'lerin Türkçe karşılığının "nitelikli fikri tapu" olduğu ifade edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.cnnturk.com/dunya/nftnin-turckekarsiligi-belli-oldu> (ET: 16.10.2022).

<sup>2</sup> Hırsızlık, yağma, dolandırıcılık ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçları ile kripto varlıkların ilişkileriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. TARAKÇIOĞLU, Zeynep Esra: "Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu", *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 327-344.

<sup>3</sup> Örnek Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay, 6. CD, T. 07.07.2020, E. 2020/1158, K. 2020/2598.

bahsedilmiştir. Her ne kadar Uluslararası Para Fonu (*International Monetary Fund*) gibi büyük para kuruluşları kripto varlıklara sıcak bakmasa ve tüketicilerin risk altında olduğunu belirtse de<sup>4</sup> son yıllardaki gelişmelerle birlikte birtakım ülkeler tarafından kripto varlıkların ödeme aracı olarak kullanılmasının önünü açmıştır. El Salvador, bitcoinin yasal bir para birimi olarak tanınmasına ilişkin yasa teklifinin Haziran 2021’de Kongreden geçmesinin ardından Eylül 2021’de bitcoini resmen tedavüle sokan ilk ülke olmuştur<sup>5</sup>. Güney Afrika Cumhuriyeti ise 27 Nisan 2022 tarihinde bitcoini ödeme aracı olarak tanımıştır<sup>6</sup>. Kıbrıs, İsviçre, ABD ve Almanya’daki bazı üniversiteler eğitim ücreti olarak kripto varlık kabul etmektedir<sup>7</sup>. Kıbrıs’ta yer alan Lefkoşa Üniversitesi bitcoin için popüler bir ödeme aracı olan “*BitPay*” aracılığıyla eğitim masraflarını tahsil eden ilk akredite üniversite olma özelliği taşımaktadır<sup>8</sup>. Ünlü bir otomobil şirketi olan *Tesla* kısa süreliğine bitcoinle ödeme almıştır. Bunların yanı sıra “*Overstock*” isimli mobilya satış sitesi, “*Crate and Barrel*”, “*Nordstrom*” ve “*Whole Foods*” gibi büyük perakendeciler kripto varlıklarla alışveriş imkânı sunmaya başlamıştır<sup>9</sup>.

Tüm dünyada olduğu gibi Türkiye’de de kripto varlıklara olan ilgi çok yüksektir. Türkiye, Dünya Ekonomik Forumu tarafından 18 Şubat 2021 tarihinde yayımlanan araştırmaya göre nüfusuna oranla kripto varlıklara yatırım yapan ilk beş ülke arasında yer almaktadır<sup>10</sup>. *Triple-A*’ın yaptığı araştırmaya göre ise nüfusuna oranla kripto varlıklara en fazla yatırım yapan on dokuzuncu ülke Türkiye’dir<sup>11</sup>. Her iki araştırmadan da anlaşılacağı üzere Türkiye’de kripto varlıklara olan ilgi bir hayli yüksektir.

Türkiye’nin kripto varlıklara olan ilgisinin dünyaya oranla daha yüksek olmasının birden çok sebebi bulunmaktadır. Bu nedenlerin en önemlilerinden ikisi, ülkede genç nüfusun fazla olması ve kripto varlıklara yatırım yapmanın kolaylığıdır. Leibniz Finansal Araştırma Enstitüsü tarafından yapılan araştırmaya göre kripto varlıklara yatırım yapan bireylerin yüzde 60’ının 35 yaşından küçük olduğu belirtilmiştir<sup>12</sup>. Türkiye Cumhuriyeti nüfusu da Avrupa’daki en genç ikinci yaş ortalamasına sahiptir<sup>13</sup>.

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından 15.05.2014 tarihli toplantıda onaylanan hükümlere göre yatırımcıların borsada yatırım yapmadan önce uygunluk ve yerindelik testlerine tabi tutulmaları gerekmektedir<sup>14</sup>. Buna karşılık birçok kripto varlık borsasına kaydolup işlem yapmak herhangi bir sosyal medya platformuna kaydolmak kadar kolaydır. Söz konusu yatırım platformları; üyelerinden yalnızca isim, e-posta adresi ve telefon numarası gibi bilgileri isteyip bu bilgilerin doğrulanmasının ardından yatırım yapılmasına olanak sağlamaktadır. Platformlara kaydolup yatırım yapmanın kolay ve hızlı olması birçok yatırımcıyı kripto varlık borsalarına yatırım yapmaya teşvik etmektedir.

Yukarıda belirtilen iki sebep haricinde Türkiye’deki yatırımcının kripto varlıklara olan ilgisinin pek çok başkaca sebebi daha vardır. Bunlar; yatırımcıların teknolojiyle iç içe olmaları, risk alan/seven (*risk seeker/lover*) yatırımcı profili<sup>15</sup>, enflasyonun yüksek olmasından dolayı mevcut birikimlerin ko-

<sup>4</sup> <https://www.bloombergh.com/imfden-kripto-paralarda-3-risk-uyarisi-2295247> (ET: 03.06.2022).

<sup>5</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/ekonomi/el-salvador-bitcoin-atilimlariyla-ekonomisini-canlandirmayi-hedefliyor/2480290> (ET: 03.05.2022).

<sup>6</sup> <https://tr.investing.com/news/cryptocurrency-news/orta-afrika-cumhuriyeti-bitcoini-yasal-para-olarak-tanyan-ikinci-ulke-oldu-2296804> (ET: 03.05.2022).

<sup>7</sup> YASLIDAĞ, Beyhan: *Kripto Paralar Nedir- Nasıl İşlem Yapılır Yatırım Stratejileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (Kripto Paralar), s. 45.

<sup>8</sup> YASLIDAĞ, *Kripto Paralar*, s. 45.

<sup>9</sup> YASLIDAĞ, *Kripto Paralar*, s. 45.

<sup>10</sup> <https://www.weforum.org/agenda/2021/02/how-common-is-cryptocurrency> (ET: 16.10.2022).

<sup>11</sup> <https://triple-a.io/crypto-ownership-data/> (ET: 16.10.2022).

<sup>12</sup> LAMMER, Dominique M. / HANSPAL, Tobin / HACKETHAL, Andreas: “Who are The Bitcoin Investors? Evidence From Indirect Cryptocurrency Investments”, *Frankfurt, Leibniz Institute for Financial Research SAFE*, 2019, Sayı 277, s. 4.

<sup>13</sup> <https://www.cia.gov/the-world-factbook/field/median-age/country-comparison> (ET: 16.10.2022).

<sup>14</sup> <https://spk.gov.tr/kurumlar/yatirim-kuruluslari/araci-kurumlar/uygunluk-ve-yerindelik-testleri> (ET: 16.10.2022).

<sup>15</sup> Kripto varlık yatırımının kısa sürede oldukça yüksek getiri oranları sunmasından dolayı bu alana yönelik ilgi oldukça yüksektir. Konuyla ilgili detaylı bilgi için bkz. BÜBERKÖKÜ, Önder: “Kripto Para Piyasalarında Finansal Risk Yönetimi”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2021, Cilt 6, Sayı 4, s. 736.

runmak istenmesi<sup>16</sup> ve korona virüs salgınının piyasaya ile yatırımcıya olan etkisidir<sup>17</sup>. Tüm bu sebepler sonucunda Türkiye’de kripto varlıklara yüksek oranlarda yatırım yapılmaktadır.

Kripto varlık yatırımı birçok farklı aracı kurum tarafından yapılabilmektedir. Bu aracı kurumlara “kripto varlık alım satım platformu” veya bir diğer adıyla “kripto varlık borsası” adı verilmektedir<sup>18</sup>. Kripto varlık borsalarında, itibari (reel) para birimleriyle kripto varlıklar, kripto varlıklarla kripto varlıklar veyahut kripto varlıklarla itibari para birimleri satın alınabilmektedir. Bu sayede yatırımcılar, kripto varlık borsalarında sahip oldukları kripto varlıklar ile itibari para birimleri satın alıp yatırımlarını gerçek dünyaya taşıyabilmektedir.

Günlük işlem hacmi, bir borsada bir gün içerisinde yapılan alım satım işlemlerinin toplam değeridir. Yüksek işlem hacmine sahip olan borsalar; daha fazla piyasa likiditesine, popülerliğe, halk tarafından tanınmaya ve kabul edilirliliğe sahip olur<sup>19</sup>. Ayrıca yüksek işlem hacmi, spekülasyon ve manipülasyonların önüne geçmektedir<sup>20</sup>. 2023 yılı Ocak ayı itibarıyla günlük işlem hacmi en yüksek yüz kripto varlık borsasının on altısında Türk lirasıyla işlem yapılabilmektedir<sup>21</sup>. Yine aynı tarih itibarıyla kullanıcılar ve uzmanlar tarafından belirlenen borsa skoru en yüksek on kripto varlık borsasının dördünde Türk lirasıyla işlem yapılabilmektedir<sup>22</sup>.

Bunların yanı sıra son dönemde yayımlanan bir araştırmaya göre Türkiye’deki kullanıcılar, kripto varlıklardan en fazla kâr elde eden kullanıcılar arasında yer almaktadır. Araştırmaya göre 2021 yılında Türkiye’deki kullanıcılar 4,5 milyar dolarla -Amerika Birleşik Devletleri, Birleşik Krallık, Almanya, Japonya ve Çin’deki kullanıcıların ardından- en fazla kâr elde eden kullanıcılar konumundadır<sup>23</sup>.

Verilerden çıkarılabilecek olan en önemli sonuç, Türk yatırımcıların kripto varlıklara olan ilgisi bir hayli yüksek olduğu, bu ilginin borsalar tarafından da karşılık gördüğü ve Türk lirasının birçok kripto varlık borsasında kullanılabilir hâle geldiğidir. Ceza hukuku kapsamında bu popülerlik, kripto varlıkların suçla olan temasını kuvvetlendirmekte ve kullanıcıların mağdur edilme ihtimallerinin artmasına sebep olmaktadır.

## II. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu bölümde, kripto varlıklar hakkında temel kavramlara yer verilmiştir. Amaç; kripto varlıkların ekonomik sistemdeki yerlerini, isimlendirilmeleri konusundaki tartışmaları, üretimlerini ve el değiştirmeleriyle ilgili genel bilgilere yer verilerek kripto varlıkların ceza hukuku boyutunun ve özellikle kripto varlık dolandırıcılığı hususunda kullanılan kavramların detaylı bir biçimde açıklanmasıdır.

### A. Para Türleri

İnsanlık, tarihin ilk dönemlerinde sahip oldukları malların mübadelesi için takas yöntemini kullanmış; sonraki dönemlerde deniz kabukları, bakır, gümüş, altın gibi maddelere değer atfetmiş; mal ve

<sup>16</sup> Türkiye Cumhuriyeti’nde güncel enflasyon verileri için bkz. <https://data.tuik.gov.tr/Kategori/GetKategori?p=enflasyon-ve-fiyat-106> (ET: 07.01.2023).

<sup>17</sup> Bitcoin, korona virüs salgını döneminde iki aylık süreçte %53’lük bir artış göstererek dönem itibarıyla en yüksek değerine ulaşmıştır. Birçok uzman bu durumun balon oluşumuna sebep verdiğini ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. YILMAZ, Tayfun: “Kripto Paralarda Fiyat Balonu Keşfi: COVID-19 Pandemi Dönemi Üzerine Bir Araştırma”, *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, 2022, Cilt 7, Sayı 17, s. 97 vd.

<sup>18</sup> ÖZDOĞAN, Burak / AKYÜZ, Fatma / GÜVEN, Ebru: “Blockchain Teknolojisi Temel Kavram ve Uygulamaları”, (Ed.) AKDOĞAN, Nalan / ASLAN, Ümmühan: *Blockzinciri Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi*, 1. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022, s. 18-19.

<sup>19</sup> WU, Yutang: *Detecting Fake Trading Volume on Cryptocurrency Exchange*, New York University Leonard N. Stern School of Business, New York, 2019, s. 1.

<sup>20</sup> YASLIDAĞ, Beyhan: *Forex Piyasası İşlemleri ve Kripto Paralar (Türev Piyasalar- Teknik Analiz)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (Forex Piyasası), s. 106.

<sup>21</sup> <https://coinmarketcap.com/rankings/exchanges/> (ET: 23.01.2023).

<sup>22</sup> <https://coinmarketcap.com/rankings/exchanges/> (ET: 23.01.2023).

<sup>23</sup> <https://www.webteknoloji.com/kripto-paradan-en-fazla-kazanan-ulkeler-aciklandi-h122971.html> (ET: 03.05.2022); <https://www.theblockcrypto.com/post/142795/crypto-investors-made-163-billion-in-gains-in-2021-chainalysis> (ET: 17.10.2022).

hizmetlerin mübadelesi bu yolla gerçekleşmeye başlamıştır. İnsanlık tarafından tarihin ilk dönemlerinden bu yana kullanılmış olan paranın dört temel işlevi bulunmaktadır. Bunlar; değişim aracı olması, hesap ve değer birimi olması, değer biriktirme ve spekülasyon aracı olması ve iktisat politikası aracı olmasıdır<sup>24</sup>.

Madeni paranın kökenleri ve antik ekonomilerin para kullanımına başlaması, hem arkeoloji hem de ekonomi tarihinin uzun süredir araştırma odağı olmuştur. Uzun süredir ilk madeni paraların Batı Anadolu'daki Lidya Medeniyeti tarafından darp edildiği tahmin edilmekteydi. Son dönemde yapılan kazı çalışmaları sonucunda ise Çin'in Guanzhuang kentinde, şimdiye kadar bulunan en eski darphane ve kürek şeklindeki madeni paralar keşfedilmiştir<sup>25</sup>.

İlerleyen dönemlerde ise istenildiğinde altın veya gümüşe çevrilebilen borç senetleri niteliğine sahip olan banknotlar çıkartılmaya başlanmıştır<sup>26</sup>. Banknotların arından merkez bankaları tarafından altın veya gümüş karşılığına tam olarak dayanmayan kâğıt paralar basılmaya başlanmıştır<sup>27</sup>. Günümüzde ise madeni ve kâğıt paraların yanı sıra dijital paralar, sanal varlıklar ve kripto varlıklar ekonomik sistemde mevcudiyetlerini sürdürmektedir.

### 1. Dijital Para

Dijital para, elektronik olarak saklanan ve transfer edilebilen paradır<sup>28</sup>. Banka hesaplarında mevcut olarak gösterilen dijital para, kâğıt paranın temsilidir. Dijital para hesap birimleri avro, Amerikan doları, Türk lirası gibi geleneksel ve yasal tedavülü olan para birimleridir<sup>29</sup>. Günümüzde dolaşımda olan paraların %90'ı dijital paradır<sup>30</sup>.

### 2. Sanal Para Birimi

Dijital bir temsili ifade eden sanal para birimleri, merkezi bir geliştiriciye sahip olmayan tarafların bunları kullanmayı kabul ettiği müddetçe kullanılabilen ve elektronik olarak elde edilebilir, saklanabilir, erişilebilir ve işlem yapılabilir nitelikte olan değerlerdir<sup>31</sup>. Avrupa Merkez Bankası (*European Central Bank*) tarafından yapılan sanal para birimi (*virtual currency*) tanımına göre sanal para birimleri; herhangi bir merkez bankası, kredi kuruluşu ya da e-para kuruluşu tarafından ihraç edilmemiş ve bazı durumlarda paraya alternatif olarak kullanılabilen varlığın sanal temsilidir<sup>32</sup>. Avrupa Merkez Bankası 2012'de yapmış olduğu tanımında "sanal para" ifadesini kullanırken 2015'te yapmış olduğu tanımında "sanal para birimi" tanımını kullanmayı tercih etmiştir<sup>33</sup>.

Sanal paralar için verilebilecek en önemli örnekler, video oyunu paraları ve kripto varlıklardır. Video oyunu oyuncularını, Linden doları, Elden Scrolls Online Altınları ve Riot Points isimli sanal para

<sup>24</sup> BOCUTOĞLU, Ersan / BERBER, Metin / ÇELİK, Kenan: *İktisada Giriş*, 2. Baskı, Akademi Yayınevi, Trabzon, 2000, s. 234; DİNLER, Zeynel: *İktisada Giriş*, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 1995, s. 350; YURTÇİÇEK, Mehmet Sıddık: *Hukuki Açından Elektronik Para*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 24.

<sup>25</sup> Konuyla ilgili güncel bir çalışma için bkz. ZHAO, Hao / GAO, Xiangping / JIANG, Yuchao / LIN, Yi / ZHU, Jin / DING, Sicong / DENG, Lijun / ZHANG, Ji: "Radiocarbon-dating an early minting site: the emergence of standardised coinage in China", *Antiquity*, 2021, Cilt 95, Sayı 383, s. 1161-1178.

<sup>26</sup> BOCUTOĞLU / BERBER / ÇELİK, s. 237; DİNLER, s. 353.

<sup>27</sup> BOCUTOĞLU / BERBER / ÇELİK, s. 237; DİNLER, s. 353.

<sup>28</sup> ULUCAN ÖZKUL, Fatma / BAŞ, Ece: "Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme", *Muhasebe ve Denetim Bakış*, 2020, Cilt 20, Sayı 60, s. 61; LYNCH, Daniel C. / LUNDQUIST, Leslie: *Digital Money*, 1. Baskı, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1995, s. 99.

<sup>29</sup> ULUCAN ÖZKUL / BAŞ, s. 61.

<sup>30</sup> NEBİL, Füsün Sarp: *Bitcoin ve Kripto Paralar*, 1. Baskı, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 20.

<sup>31</sup> TARAÇÇIOĞLU, s. 298.

<sup>32</sup> <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf> (ET: 17.10.2022).

<sup>33</sup> 2012 yılındaki raporda geçen ifade, "Sanal para birimi, genellikle geliştiricileri tarafından verilen ve kontrol edilen ve belirli bir sanal topluluğun üyeleri arasında kullanılan ve kabul edilen, düzenlenmemiş, dijital bir para türüdür" iken yeni raporda "para türüdür" yerine "para birimidir" kullanımına yer verilmiştir.

birimleriyle sanal karakterlerini güçlendirip çeşitli görünüm (skin) satın alabilmektedir. Video oyunlarında yer alan sanal para birimleri, oyun geliştiricilerinin kararlarına göre yalnızca gerçek para ile satın alınabildiği gibi oyun içerisinde de kazanılabilmektedir.

### 3. Kripto Varlık

Kripto varlıklar, şifrelenmiş ve dijital olma özelliğine sahip, takas işlemlerinde kullanılabilen, sanal para birimleridir<sup>34</sup>. Kripto varlıklar, hem dijital para hem de sanal para birimi olma, buna ek olarak şifrelenmiş (crypto)<sup>35</sup> ve merkeziyetsiz olma özelliğini taşır. Kriptografi, şifreleme metodu ile bilgileri ya da verilerin bütünlüğünü ve gizliliğini koruyacak şekilde dönüştüren, böylece sadece isteğe bağlı belirli kişiler tarafından anlaşılabilmelerini sağlayan uygulamaya verilen isimdir<sup>36</sup>.

Kripto para konseptine ilişkin prototip olarak kabul edilmiş ilk sistem, David Chaum tarafından ortaya koyulan “eCash” sistemidir<sup>37</sup>. 1990 yılında DigiCash’in kurulmasıyla eCash sistemi yaygın bir biçimde kullanılmaya çalışılmış ancak 1998 yılında şirketin iflas etmesiyle bu sistem başarısız olmuştur. Sistemin en önemli özelliği, kullanıcıların anonim bir şekilde para transferi yapabilmeleridir<sup>38</sup>. Bu sistemin ardından “E-gold”, “HashCash”, “b-Money” ve “Bit Gold” gibi kripto varlık birimleri ortaya çıkmıştır<sup>39</sup>. Ancak bu kripto varlık projelerinin tamamı başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Başarısızlıkla sonuçlanan projeler ise günümüz modern kripto varlıkları için temel teşkil etmiş, bitcoin gibi kripto varlıkların oluşumu için rol modeli olmuştur.

Sanal para birimleri ile kripto varlık kavramları sıklıkla karıştırılmaktadır<sup>40</sup>. Sanal para birimleri, dijital paraların alt kümesinde yer alır. Kripto varlıklar da sanal para birimlerinin bir çeşididir. Örneğin banka hesabında duran ve temsili para olma özelliği gösteren bir para -Türk lirası gibi- dijital para, herhangi bir devlet veyahut kredi kuruluşu/e-para kuruluşu tarafından üretilmeyen ve dijital ortamda bulundurulmuş bir para -Riot Points gibi- sanal para birimi, merkeziyetsiz ve dağıtılmış bir sistemde üretilen, ayrıca kriptografi bilimi sayesinde şifrelenmiş paralar ise kripto varlık olarak isimlendirilmektedir.

### B. Kripto Para-Kripto Varlık Tartışması

Günümüzde, hukuksal çerçevede bitcoin, ethereum, ripple gibi kripto varlıklar, “para” olarak değil “varlık” olarak isimlendirilmektedir. Bu durumun en önemli sebebi, kripto varlıkların geleneksel para birimleri gibi bir merkez bankası tarafından piyasaya sürülmemesidir. Bitcoin bu nedenle hem altın veya diğer emtialarla desteklenen bir emtia para birimi değildir hem de itibari para birimi olarak kabul edilmemektedir<sup>41</sup>.

Paranın tanımı iktisatçılar tarafından “satın alınan mal ve hizmetlerin bedelinin karşı tarafa aktarılmasında ya da borçların geri ödenmesinde genel kabul gören her şey<sup>42</sup>” şeklinde yapılmaktadır. Bu tanımda iki unsur öne çıkmaktadır. Bunlar, bedelin karşı tarafa aktarılmasının sağlanması ve kullanıcıların genel kabulüdür.

<sup>34</sup> ÖZDEMİR, Gençer: “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 292.

<sup>35</sup> Yunanca “kryptos” kelimesinden türetilmiş olan kriptografi, verilerin güvensiz şartlarda bile güvenli şekilde iletimini sağlamayı amaçlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. ARIKAN, Necip İhsan: *Para Kuramı Açısından Kripto Paraların Ekosistemi*, Malatya İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2020, s. 16.

<sup>36</sup> ŞENKARDEŞ, Çağla Gül: *Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler*, 1. Baskı, Ceres Yayınları, İstanbul, 2022, s. 27.

<sup>37</sup> İMAMOĞLU, Deniz Alp: *Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 23.

<sup>38</sup> İMAMOĞLU, s. 24.

<sup>39</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. İMAMOĞLU, s. 22-33.

<sup>40</sup> ÖZDEMİR, s. 292.

<sup>41</sup> MICHAEL, Abramowicz: “Cryptocurrency-Based Law”, *Arizona Law Review*, 2016, Cilt 58, Sayı 2, s. 361.

<sup>42</sup> ŞIKLAR, İlyas: *Para Teorisi ve Politikası*, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004, s. 3; MISHKIN, Frederic Stanley: *The Economics of Money, Banking & Financial Markets*, 4. Baskı, Pearson-Addison-Wesley Publishers, Toronto, 2001, s. 48.



Sanal para birimleri, kripto varlıkların üst kümesini teşkil ettiklerinden çeşitli kurum ve kuruluşlar tarafından yapılan sanal para birimi tanımlamaları, kripto varlıklar için çok önemlidir. 2015 yılında Avrupa Merkez Bankası yayımlamış olduğu analizinde sanal para birimlerini tanımlarken 2012’de kullanmış olduğu “*money*” ifadesini kullanmamıştır. Bu ifadenin kullanılmamasının sebebi ise iki nedenle açıklanmıştır. İlk neden, sanal para birimlerinin likit bir varlığının olmaması, ikincisi ise sanal paranın olması gereken kabul seviyesine ulaşmamasıdır<sup>43</sup>. Mali Eylem Görev Gücü (*Financial Action Task Force*, FATF) ise ilk yayımlamış olduğu raporlarda “sanal para (*virtual currency*)” kavramını kullanmaktaydı. 2018 yılına gelindiğinde ise sanal para yerine “sanal varlık (*virtual assets*)” ifadesine yer verilmiştir<sup>44</sup>. Aynı doğrultuda Japonya’da da Ödeme Hizmetleri Kanunu’nda (*Payment Services Act*) 2019 yılında değişiklik yapılmıştır. Yapılan değişiklikle birlikte “sanal para” kavramı yerine “sanal varlık” kavramı kullanılmaya başlanmıştır<sup>45</sup>.

Kripto varlık tanımı, Türk mevzuatında ilk defa Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası tarafından yayımlanan Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik’te yapılmıştır. Buna göre kripto varlık, “*dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak sanal olarak oluşturulup dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan, ancak itibari para, kaydi para, elektronik para, ödeme aracı, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayri maddi varlıkları*”<sup>46</sup> ifade eder. Yönetmelik’le kripto varlık terimi kullanılmış ve kripto varlıkların bir ödeme aracı olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu doğrultuda Türkiye’de kripto varlıklar, bir ödeme aracı olarak kullanılamamaktadır. Bundan dolayı Türkiye’de kripto varlıklar, iktisatçıların yapmış olduğu para tanımının ilk unsuru olan “bedelin karşı tarafa aktarılması” unsurunu taşımamaktadır. Ayrıca kripto varlıkların para olarak tanımlanabilmesi için ikinci unsur olan “genel kabul” unsuruna ihtiyaç vardır. Günümüz toplumunda ise kripto varlıklar, genel olarak kabul edilip kullanılan bir niteliğe sahip değildir. Bu sebeplerden dolayı çalışmamızın genelinde, kripto varlık ifadesini kullanılmıştır.

### C. Blok Zinciri Teknolojisi

Blok zinciri; verilerin değiştirilemez bir biçimde saklandığı, halka açık, şeffaf, dağıtılmış olma özelliğine sahip dijital bir veri tabanıdır<sup>47</sup>. TÜBİTAK bünyesinde yer alan Matematiksel ve Hesaplamalı Bilimler biriminin içerisindeki Blok Zinciri Araştırma Laboratuvarı, blok zinciri “*dijital para birimlerini, varlıkları ve emtiaları besleyen bir teknoloji, dağıtılmış bir veri tabanı ya da paylaşılmış kayıt (muhasebe) defteri*” olarak tanımlanmaktadır<sup>48</sup>. Blok zinciri sistemi, internet gibi her bilgisayardan erişime açık olarak kurgulanabileceği gibi yalnızca özel ağlardan da ulaşılabilecek -örneğin belirli kurumlar arasında işleyecek- bir blok zincir ağı da oluşturulabilir<sup>49</sup>. Sistemin en önemli özelliği sistemde merkezi bir otoritenin bulunmamasıdır<sup>50</sup>. Kripto varlıklar da bu merkeziyetsiz sistemde madenciler tarafından üretilmektedir<sup>51</sup>.

Kripto varlık<sup>52</sup> kavramı, ilk defa, Satoshi Nakamoto tarafından 2008 yılında yayımlanan “Bitcoin: Uçtan Uca Elektronik Ödeme Sistemi (*Bitcoin: A Peer to Peer Electronic Cash System*)” isimli maka-

<sup>43</sup> <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemesen.pdf> (ET: 17.10.2022), s. 25.

<sup>44</sup> TARAKÇIOĞLU, s. 300.

<sup>45</sup> TARAKÇIOĞLU, s. 300.

<sup>46</sup> 16.04.2021 tarihli ve 31456 sayılı Resmî Gazete.

<sup>47</sup> Blockchain Türkiye Platformu: “Terimler”, (Ed.) ÖZKAN, Özlem: *Blokzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması*, Rumi Matbaacılık, İstanbul, 2019, s. 13; ÖZDOĞAN / AKYÜZ / GÜVEN, s. 16-17; ÖZDEMİR, s. 293.

<sup>48</sup> BALCI, Umut: “Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Sayı 155, s. 207.

<sup>49</sup> SAY, Cem: *5 Soruda Blokzinciri*, İncekara Matbaacılık, İstanbul, 2019, s. 15; BALCI, s. 208.

<sup>50</sup> WERBACH, Kevin: *Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi*, (Çev.) USTA, Ahmet, 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021, s. 85.

<sup>51</sup> LEWIS, Anthony: *The Basics of Bitcoin and Blockchains*, Mango Publishing, Coral Gables, 2018, s. 150.

<sup>52</sup> İlgili makalede bitcoin anlatımı yapılırken “*money*” ifadesine yer verilmiştir. Ancak günümüz yazımında hâkim olan görüşe göre “*kripto varlık*” isimlendirilmesi kullanılmaktadır.

lede yer almıştır<sup>53</sup>. Makaleden önceki dönemde de küresel geçerliliği olan dijital para birimleri oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak bu girişimler “çift harcama (*double spending*)” problemi<sup>54</sup> nedeniyle başarısız olmuştur. Çift harcama problemi; dijital para birimlerine özgü bir sorun olmakla birlikte aynı dijital paranın iki farklı alım satım işlemiyle kullanılarak satıcılardan birinin sabote edilmesi/dolandırılmasıdır<sup>55</sup>. Dijital paralar, internet ortamında saklanabilen diğer tüm veriler gibi bir bit dizisidir ve kopyalanmaları nispeten kolaydır<sup>56</sup>. Örneğin bir JPG dosyası başka bir kullanıcıya gönderildiğinde, alıcıya belgenin dijital bir kopyası gönderilir. Belgenin aslı ise göndericide kalır. Aynı şekilde dijital para transferinde de bu durum yaşanabilmektedir. Herhangi bir kullanıcıya transfer olan verinin (dijital paranın) aslı, gönderici kullanıcıda mevcut olmaya devam edebilmektedir. Bu durum kullanıcılara dijital bilgileri çoğaltıp başka kişilerle paylaşma imkânı sunsa da dijital para birimleri için kritik bir güvenlik açığına sebebiyet verecek niteliktedir<sup>57</sup>. Bu problem, iş ispatı sistemi sayesinde çözülmüştür. Kullanıcının kendi dijital imzaları ile imzalanarak sisteme sunulması neticesinde sistemde bu işin karşılığında üretilmiş olan para biriminin, imzayı atan anahtarın sahibinin hesabına alacak olarak kaydedilmesi esas alınmıştır<sup>58</sup>. Bu sayede kullanıcının hesabında bulunan parayı kendi imzası ile başka bir genel adrese transfer etmesi mümkün olmuştur<sup>59</sup>.

Makalede bahsedilen en önemli noktalardan bir diğeri ise blok zinciri teknolojisinin “eşler arası ağ (*peer to peer network*)” yapısında olmasıdır. Bu sayede veri, ağda bulunan her katılımcıya dağıtılmış bir hâlde bulunmaktadır. Katılımcılar ağ üzerinde gerçekleşen işlemleri görebilirler. Bu durum, ağ üzerindeki merkezi otoriteyi ortadan kaldırarak katılımcıları doğrudan birbirine bağlar<sup>60</sup>. Dolayısıyla bitcoin de yukarıda belirttiğimiz “merkezi olmama” özelliğine sahiptir.

## 1. Kripto Varlıkların Üretilmesi

Günümüzde merkez bankaları dört yöntemle para yaratır. Bu yöntemler; uluslararası rezervler karşılığında para yaratımı, bankacılık sistemine verilen krediler karşılığında para yaratımı, kamu kesimine açılan krediler karşılığında para yaratımı ve açık piyasa işlemleri aracılığıyla para yaratımıdır<sup>61</sup>.

Kripto varlıkların üretilmesi ise blok zinciri veri tabanında faaliyet gösteren madenciler sayesinde gerçekleşmektedir. Madencilik (*mining*), özel makineler aracılığıyla hesaplamalar yapılarak blok oluşturulması suretiyle kripto varlık üretilmesidir<sup>62</sup>. Sistem tarafından madencilere, sarf ettikleri emeklerinin karşılığı olarak *coin* verilmektedir<sup>63</sup>. Bu sayede sistemde yeni *coin*ler üretilmektedir.

## 2. Popüler Kripto Varlıklar

CoinMarketCap’in verilerine göre günümüzde bitcoin, etherium ve ripple başta olmak üzere bir milyona yakın farklı *coin* ve *token* bulunmaktadır<sup>64</sup>. Bunların bir kısmı kendi blok zinciri sistemine sahip

<sup>53</sup> <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (ET: 17.10.2022); YASLIDAĞ, *Kripto Paralar*, s. 63; PİRİNÇÇİ, Ayşe Esra: “Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin’in Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 46; BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Bitcoin Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden dolarına Hukuki Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 2, s. 199; ÖZDEMİR, s. 291; ŞENKARDEŞ, s. 60; İMAMOĞLU, s. 50-51; NEBİL, s. 21.

<sup>54</sup> Çift harcama problemi, aynı sahibin aynı dijital imza ile birden çok kripto varlık harcama işlemini gerçekleştirmesidir. Bkz. Blockchain Türkiye Platformu, s. 14.

<sup>55</sup> YAVUZ, Melih Sefa: “Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 1, 16.

<sup>56</sup> YAVUZ, s. 16.

<sup>57</sup> PISA, Michael / JUDEN, Matt: “Blockchain and Economic Development: Hype vs. Reality”, *Center For Global Development*, 2017, Sayı 107, s. 5-7.

<sup>58</sup> İMAMOĞLU, s. 29.

<sup>59</sup> İMAMOĞLU, s. 29.

<sup>60</sup> YAVUZ, s. 17.

<sup>61</sup> ŞIKLAR, s. 47.

<sup>62</sup> Blockchain Türkiye Platformu, s. 21; ÖZDEMİR, s. 294.

<sup>63</sup> NEBİL, s. 56.

<sup>64</sup> <https://coinmarketcap.com/rankings/exchanges/> (ET: 17.10.2022).

olan *coin*ler, bir kısmı kendi blok zinciri yapısına sahip olmaksızın başka blok zincirleri üzerinden faaliyet gösteren *token*lar, bazıları ise belirli itibari paralarla fiyatları eşitlenmiş olan stabil *coin*lerdir.

### a. Bitcoin

Bitcoin 2009 yılında üretilmiş, açık kaynak kodlu eşler arası ağ tabanlı ilk kripto varlıktır<sup>65</sup>. Üretimi, bilgisayarlardaki işlemci gücünün (CPU) kullanılmasıyla gerçekleşmektedir. İlk bitcoin, 2009'un Ocak ayında Satoshi Nakamoto'nun "*genesis block*" ismi verilen bloğu sisteme eklemesi suretiyle üretilmiştir<sup>66</sup>. Yer aldığı blok zincirinde geriye dönük olarak işlem yapılamamaktadır<sup>67</sup>. Bu durum bitcoinin güvenilirliğini arttırmaktadır. Dolaşıma girecek olan bitcoin miktarı tasarımcı tarafından sınırlandırılmıştır<sup>68</sup>. Toplamda yirmi bir milyon adete kadar üretilebilecek olan bitcoin, bu sınırlandırma yöntemi sayesinde enflasyon riskiyle karşı karşıya kalmamaktadır.

### b. Ethereum

Ethereum (ETH) 2013 yılının sonlarına doğru Vitalik Buterin isimli bir bilgisayar programcısı tarafından duyurulmuştur<sup>69</sup>. Bitcoin gibi ethereum da blok zinciri tabanlı ve merkezi otoriteye ihtiyaç duymayan bir yapıdadır. Bitcoine göre önemli farkları bulunmaktadır. Bunlardan en önemlisi, bitcoinin aksine üretim sürecinde ekran kartlarının işlem gücü (GPU) kullanılmasıdır. Toplam üretim sınırı yoktur, yalnızca yıllık sınırlar belirlenmiştir. Yıllık üretim on sekiz milyon adetle sınırlandırılmıştır<sup>70</sup>.

Akıllı sözleşmeler, Ethereum Blok Zinciri içerisinde yer alan, avukat ve noter gibi herhangi somut güvenilir bir aracı olmadan mal ve hizmetlerin şeffaf bir biçimde mübadele edilmesini sağlayan dijital bir araçtır<sup>71</sup>. İki partinin birbirlerini tanımak ya da karşılıklı güven duymak zorunda kalmadan blok zinciri üzerinden taahhütler verebileceği<sup>72</sup> akıllı sözleşmeler sayesinde, şartlar gerçekleştiği anda, edimin ifası sistem tarafından otomatik biçimde gerçekleştirilmektedir. Daha çok özel hukukun konusunu teşkil eden akıllı sözleşmeler, günümüzde sigortacılık ve finans alanları başta olmak üzere pek çok alanda kullanılmaktadır.

### c. Ripple

Ripple, Ripple Labs tarafından 2012 yılında piyasaya sürülmüştür. Diğer kripto varlıklardan en büyük farkı bir şirket tarafından üretilmesidir. Diğer kripto varlıkların aksine madencilik sistemi bulunmamaktadır<sup>73</sup>. Oluşturulabilecek olan tüm ripplelar, şirket tarafından üretilmiştir<sup>74</sup>. Oluşturulan rippleler şirket tarafından piyasaya sürülmektedir. Bu durum, Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu (*Securities and Exchange Commission*) tarafından şirkete kayıt dışı menkul kıymet satışı gerçekleştirdiği iddiasıyla dava açılmasına neden olmuştur. Aralık 2020'de açılan dava hâlen devam etmektedir<sup>75</sup>. Davanın açıldığı dönemde XRP (Ripple Labs tarafından üretilen gerçekleştirilen ödeme protokolü) yüzde elliden fazla değer kaybı yaşamıştır. Bu durum kripto varlık piyasalarının günümüzde kırılgan ve haber odaklı (*news-driven*) olmasından kaynaklanmaktadır.

<sup>65</sup> NEBİL, s. 40.

<sup>66</sup> İMAMOĞLU, s. 52; YASLIDAĞ, *Forex Piyasası*, s. 79; YASLIDAĞ, *Kripto Paralar*, s. 63.

<sup>67</sup> NEBİL, s. 42.

<sup>68</sup> YAVUZ, s. 20.

<sup>69</sup> LEWIS, s. 278-279.

<sup>70</sup> YAVUZ, s. 20.

<sup>71</sup> İMAMOĞLU, s. 56; LEWIS, s. 275; DRESCHER, Daniel: *Blockchain Basics: A non- Technical Introduction in 25 Steps*, 1. Baskı, Apress, Frankfurt, 2017, s. 240; YAVUZASLAN SÖYLEMEZ, Seda: *Dijital Ekosistemin Yükselen Değeri Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar*, Gazi Kitapevi, Ankara, 2022, s. 70.

<sup>72</sup> ÖZDOĞAN / AKYÜZ / GÜVEN, s. 22.

<sup>73</sup> YAVUZASLAN SÖYLEMEZ, s. 96.

<sup>74</sup> İMAMOĞLU, s. 60.

<sup>75</sup> Davanın 2023 yılı itibarıyla sonuçlanması beklenmektedir. Ocak 2023 itibarıyla güncel durum için bkz. <https://tr.tradingview.com/news/coinlik:c5188505ed9e8:0/> (ET: 26.01.2023).

Toplam üst sınır olan yüz milyar adet jeton, şirket tarafından önceden oluşturularak aralıklarla piyasaya sürülmektedir<sup>76</sup>. Ripple, bu duruma ek olarak, yalnızca para transferlerinde kullanılmaktadır. Ripple ağındaki işlemlerin onaylanması beş saniye sürmektedir<sup>77</sup>. Para transferlerine hız kazandıran bu durum; bitcoine göre en az 720 kat, geleneksel bankacılık sistemlerine göre ise en az 35 bin kat daha hızlıdır<sup>78</sup>. Bu da para transferlerinin daha önce eşi görülmemiş bir hızda gerçekleştirilmesine olanak sağlamaktadır.

#### d. Tether

Tether, değer olarak Amerikan dolarına sabitlenmiş olan bir kripto varlıktır. Stabil *coin* olarak adlandırılan bu kripto varlık türleri, diğer kripto varlıkların alım satımında yatırımcılara kolaylık sağlamaktadır. 2023 yılının Ocak ayı itibarıyla bitcoin ve ethereumdan sonra piyasa değeri en yüksek olan kripto varlıktır<sup>79</sup>.

### 3. Kripto Varlık Borsaları

Kripto varlıklar dünya genelinde, itibari para birimleri karşılığında aracı kripto varlık borsaları üzerinden işlem görmektedir<sup>80</sup>. Günümüzde üç yüzün üzerinde kripto varlık borsası mevcuttur<sup>81</sup>. Uluslararası düzeyde en çok tercih edilen kripto varlık borsaları “Binance”, “Coinbase” ve “Bitfinex” olarak sıralanabilirken “BtcTurk” ise Türkiye’de en çok tercih edilen kripto varlık borsası olarak nitelendirilebilir<sup>82</sup>.

Kripto varlık borsaları düşük işlem maliyeti gibi birçok getiri sayesinde yatırımcıları kendilerine çekmektedir. Kripto varlık borsalarının büyük bir kısmı kullanıcılara aynı zamanda cüzdan sağlayıcısı olarak hizmet vermektedir<sup>83</sup>. Bir kripto varlık borsasında itibari parayla satın alınan kripto varlık, alıcıya ait daha önceden tanımlı olan cüzdan adresine transfer olur<sup>84</sup>. Cüzdana fon gelmesi, teknik olarak ilgilinin adresine kripto varlık geldiği bilgisinin blok zincire işlenmesidir<sup>85</sup>.

Kripto varlık borsaları normal borsaların aksine herhangi bir kapanış zamanına sahip değildir. Bu duruma ek olarak tatil zamanlarında da faaliyet gösteren kripto varlık borsaları devamlı olarak işlem yapılabilen platformlardır.

Blok zincirinin kırılması günümüz teknolojisiyle mümkün değildir<sup>86</sup>. Ancak aracı kurumların hesaplarına izinsiz bir şekilde erişim sağlanabilir (*hacking*<sup>87</sup>) ve sanal korsanlık faaliyetleri gerçekleştirilebilir<sup>88</sup>. Bu durumlar, kripto varlık borsalarını güvensiz hâle getirmektedir. Birçok kripto varlık borsası, çeşitli devletler ve şirketler tarafından yönetilmektedir. Bu durum da blok zincirinin en önemli özelliği olan merkezi olamama özelliği için bir tehdittir. Nitekim bazı yazarlara göre günümüze kadar gerçekleşen pek çok geniş kapsamlı mağduriyet, kripto varlık platformlarını yöneten kişilerin fiilleri sebebiyle meydana gelmiştir<sup>89</sup>.

<sup>76</sup> İMAMOĞLU, s. 60; YAVUZ, s. 21.

<sup>77</sup> YAVUZ, s. 21.

<sup>78</sup> YAVUZ, s. 21.

<sup>79</sup> <https://coinmarketcap.com/> (ET: 25.01.2023).

<sup>80</sup> YASLIDAĞ, *Kripto Paralar*, s. 97 vd.; ARIKAN, s. 44.

<sup>81</sup> <https://coinmarketcap.com/rankings/exchanges/> (ET: 17.10.2022).

<sup>82</sup> BALCI, s. 219.

<sup>83</sup> BALCI, s. 219.

<sup>84</sup> ARIKAN, s. 44.

<sup>85</sup> ARIKAN, s. 44.

<sup>86</sup> DRESCHER, s. 241.

<sup>87</sup> *Hack*: Bilgisayar ağına erişim amacıyla yapılan illegal girişim, (dosya, ağ için) yetkisiz erişim elde etmek, kırmak. Bkz. <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/hack> (ET: 14.02.2023).

<sup>88</sup> ARIKAN, s. 44.

<sup>89</sup> BALCI, s. 219.

Kripto varlıklar ve kripto varlık borsaları günümüz itibarıyla hâlen gelişimlerini sürdürmektedir. Bir yandan yeni teknolojilere sahip kripto varlıklar oluşturulurken diğer yandan da güvenlik sistemleri çok daha güçlü kripto varlık borsaları kurulmaktadır. Dolandırıcılık faaliyetleri genellikle bu borsalar üzerinden gerçekleştirildiği için kripto varlık borsalarının güvenliklerinin sağlanması büyük önem arz etmektedir.

### III. KRİPTO VARLIKLARIN HUKUKSAL NİTELİĞİNİN BELİRLENMESİ

Her teknolojik gelişmede olduğu gibi kripto varlıklar, oluşturuldukları ilk günden itibaren hukukla paralel bir şekilde ilerleme sağlamışlardır. Hukuksal çerçevede nerede yer almaları, özel hukuk ve ceza hukukuna hangi kapsamda dâhil olmaları gerektiği konusunda tartışmalar yapılmıştır. Günümüzde bu tartışmalar devam etmektedir.

Bu çerçevede kripto varlıkların kullanıcılar tarafından benimsenmesi de büyük önem teşkil etmektedir. Daha çok kullanıcının bu varlıkları benimsemesi, hukuksal düzenlemelerin daha hızlı bir şekilde gerçekleşmesine neden olacaktır. Nitekim kripto varlıklar, günümüzde hukukla -ilk dönemlere kıyasla- çok daha iç içedir. Bunun en önemli sebeplerinden birisi de dünyada gitgide artan kripto varlık popülerliğidir.

Kripto varlıklar her ne kadar günümüz itibarıyla tüm devletlerde hukuksal düzenlemelere konu olmasalar da öğretilerde ve uygulamada çeşitli görüşler ve düzenlemeler ışığında kripto varlıkların hukuksal boyutları şekillenmektedir. Bu doğrultuda kripto varlıkların hukuk sistemlerine konu olabilmeleri için öncelikle hukuksal boyutlarının ne olduğunun belirlenmesi, ardından konu olduğu hukuksal çerçeve bakımından gerekli düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Öğretilerde kripto varlıkların hukuksal niteliklerinin belirlenmesinde kabul gören üç önemli görüş bulunmaktadır. Bunlar; kripto varlıkların malvarlığı olarak kabul edilmediği görüş, kripto varlıkların malvarlığı olarak kabul edildiği görüş ve -daha özel olarak- kripto varlıkların eşya olarak kabul edildiği görüştür. Çalışmamıza konu olan dolandırıcılık suçu, özellikle malvarlığına karşı işlenen bir suç olduğu için kripto varlıkların hukuksal niteliği bu suç tipi bakımından büyük öneme sahiptir.

#### A. Kripto Varlıkların Malvarlığı Olarak Kabul Edilmediği Görüş

Öğretilerde, kripto varlıkların malvarlığı olarak kabul edilmediği görüşü mevcuttur<sup>90</sup>. Bu görüşe göre kripto varlıklar; para, eşya, alacak hakkı veya kıymetli evrak olarak herhangi bir malvarlığı çerçevesinde değerlendirilemeyecek, bu doğrultuda kripto varlıkların üzerinde hak sahipliği tesis edilemeyecektir<sup>91</sup>.

Buna göre hukuki boşluk nedeniyle malvarlığı kapsamına girmeyen bir hakkın (kripto varlık sahipliği veya işlem yapma hakkı) hırsızlık ya da dolandırıcılık ile ele geçirilmesinin suç sayılması “kanunsuz suç ve ceza olmaz (*Nullum crimen nulla poena sine lege*)” ilkesi<sup>92</sup> gereğince mümkün olmayacaktır<sup>93</sup>. Yani bu görüş doğrultusunda kripto varlıklar, ceza hukuku bağlamında herhangi bir suçun konusunu oluşturmayacaktır. Bu görüşe ilişkin eleştirilerimize sonuç bölümünde yer verilmiştir.

<sup>90</sup> KAPANCI, Kadir Berk: “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, (Ed.) AKSOY RETORNAZ, Eylem / GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1- Blokzincir*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 119; AKSOY DURSUN, Sanem: *Eşya Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 14; ÖZDEMİR, s. 302.

<sup>91</sup> ÖZDEMİR, s. 302.

<sup>92</sup> Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan bu ilkeye göre kanunda gösterilmeyen eylemler suça sebebiyet vermeyecektir. Türk hukukunda bu ilkeye Anayasa m. 38/1’de rastlamak mümkündür. İlkeyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Hukukun Temel Kavramları*, 13. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016, s. 214-216.

<sup>93</sup> HATİPOĞLU, Osman Gökhan: “Kamu Politikası Analizi Açısından Türkiye’de Kripto Para Politikaları”, *Maliye ve Finans Yazıları*, 2021, Sayı 116, s. 179.

## B. Kripto Varlıkların Malvarlığı Olarak Kabul Edildiği Görüş

Malvarlığı, bir kişinin sahip olduğu bütün parasal ve ekonomik değerleri ifade etmektedir<sup>94</sup>. Bizim de savunduğumuz bir diğer görüşe göre ise kripto varlıklar, malvarlığı çerçevesinde değerlendirilmelidir. Kripto varlıkların ceza hukuku anlamında malvarlığı olarak kabul edilebilirliğiyle ilgili tartışma yapabilmek için öncelikle malvarlığıyla ilgili özerklik ve özdeşlik kuramlarının incelenmesi gerekmektedir. Özdeşlik kuramına göre malvarlığı kavramı, ilk olarak özel hukuk alanında ortaya çıktığı için, ceza hukuku bu kavramın içeriğini ve özünü değiştiremez<sup>95</sup>. Bu kurama göre malvarlığı kavramı, ceza hukukunda ve özel hukukta kavramsal olarak tamamen özdeştir<sup>96</sup>. Kripto varlıkların bu kurama göre incelenmesi sonucunda ceza hukuku anlamında herhangi bir suçun konusunu oluşturamayacağı sonucu ortaya çıkacaktır. Özerklik kuramına göre ise ceza hukukunda yargıç, malvarlığı kavramını yorumlarken özel hukukla bağlı değildir. Bundan dolayı malvarlığı kavramı daha geniş bir şekilde yorumlanabilir. Nitekim ceza hukukundan malvarlığı kavramına ilişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun görüşleri de bu doğrultudadır<sup>97</sup>. Buna ek olarak Anayasa Mahkemesinin de geniş yoruma dayalı ve kapsayıcı bir mülkiyet anlayışı mevcuttur. Anayasa Mahkemesine göre mülkiyet, taşınır veya taşınmaz mülkiyeti dışında diğer malvarlığı değerlerini de kapsayan geniş bir kavramdır<sup>98</sup>. Mülkiyet kavramından bahseden, Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde de mülkiyet hakkının para ile ölçülebilen tüm değerleri ifade ettiği belirtilmektedir<sup>99</sup>. Kanaatimize göre kripto varlıkların değerleri para ile ölçülebildiği için mülkiyet hakkı çerçevesinde malvarlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

## C. Kripto Varlıkların Eşya Olarak Kabul Edildiği Görüş

Öğretide yer alan bir diğer görüşe göre kripto varlıkların, malvarlığı çerçevesi içerisinde, eşya olarak kabul edilmesi gerekmektedir<sup>100</sup>. Malvarlığı, “bir kişinin para ile ölçülebilen; eşya üzerindeki haklarını, alacak haklarını ve kişinin borçlarını ifade etmektedir<sup>101</sup>”. Bu anlamda alacak hakları, fikri ve sınai mülkiyet hakları ile taşınır ve taşınmaz eşya ve bunlar üzerindeki aynı haklar hatta zilyetlik malvarlığı unsurlarındandır<sup>102</sup>.

Genel kabule göre eşya kavramı, “kişilerin üzerinde ferdi hakimiyet kurabildikleri, ekonomik değeri olan, aynı hak konusu olabilmelerine izin verilen ve kişilik değeri oluşturmayan maddi varlıklar<sup>103</sup>” olarak tanımlanmaktadır. Hukuksal anlamda eşyanın dört unsuru bulunmaktadır. Bunlardan ilki maddi bir varlığın bulunmasıdır. Her ne kadar kripto varlıkların maddi olarak varlığı bulunmasa bile kanunun koyucu, gayrimaddi malların eşya statüsüne girebildiği durumları düzenlemiştir<sup>104</sup>. Kripto varlıklar günümüz itibarıyla bu

<sup>94</sup> GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi IV. Cilt, 1. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 4975.

<sup>95</sup> YIRTIMCI, Esra: *Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 10.

<sup>96</sup> YIRTIMCI, s. 10.

<sup>97</sup> Yargıtay, CGK, T. 04.02.2014, E. 2013/262, K. 2014/37 sayılı kararında, “... dolandırıcılık suçu iki hukuki konulu suçtur. Bunlardan birisi insan iradesinin özgürlüğü, diğeri malvarlığına ilişkin varlık ve yararlarıdır. Yine dolandırıcılık suçu taşınır ve taşınmaz mallar dışında alacak hakkı gibi malvarlığı değerlerine karşı da işlenen bir suçtur.” ifadelerine yer vererek dolandırıcılık suçundaki malvarlığı kavramını daha geniş bir çerçevede değerlendirmiştir.

<sup>98</sup> ÖZLÜK, Betül: “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 1, s. 145; ERTAŞ, Şeref: “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Sayı 11, s. 61.

<sup>99</sup> ŞİMŞEK, Suat: “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 91, s. 189.

<sup>100</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDEMİR, s. 289-304.

<sup>101</sup> ESENER, Turhan: *Hukuk Başlangıcı- Genel Hukuk Bilgisi*, 6. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002, s. 147-148.

<sup>102</sup> ÖZLÜK, s. 145.

<sup>103</sup> AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 28; ZAPATA, Tan Tahsin: *Medeni Hukuk*, 28. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 381; OĞUZMAN, Mustafa Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 4-8; ANTALYA, Osman Gökhan: *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 15; SİRMEN, Lale: *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 4.

<sup>104</sup> Örneğin elektrik başta olmak üzere tabii kuvvetler.

durumlar içinde yer almamaktadır. Ancak bu görüşü savunanlara göre kripto varlıkların -bilgisayar programı aracılığıyla kullanılmaya ve yararlanılmaya elverişli olması ile kontrol altında tutulabilmesinden dolayı- kanun koyucu tarafından eşyaya ilişkin hükümlere tabi tutulması gerekmektedir<sup>105</sup>.

Eşyanın bir diğer unsuru hukuki hâkimiyete elverişli olmasıdır. Kripto varlıklar bu unsuru tamamen taşımaktadır<sup>106</sup>. Eşya kavramının üçüncü unsuru ise kişisel olmamasıdır. Gayrimaddi olan kripto varlıklar ise herhangi bir kişisel taşımamaktadır, vücudun bir parçası değildir. Eşyanın son unsuru ise ekonomik değerdir. Kripto varlıklar finans dünyasında yaygın olarak kullanılmaktadır. Ayrıca eşzamanlı olarak itibari paralarla ifade edilebilen bir değer taşımaktadır.

Kripto varlıkların malvarlığı -daha özel olarak eşya veyahut para- olarak kabul edilmeleri hâlinde, ceza hukuku kapsamında suçun konusu olarak değerlendirilebilecektir. Günümüzde kripto varlıklar, suç işleme aracı veya suçluların gizlenmesinde bir gizlenme yöntemi olarak da kullanılabilir<sup>107</sup>. Kripto varlıklar; hırsızlık, yağma, dolandırıcılık gibi malvarlığına karşı suçlarda mağdurun malvarlığında bulabileceği gibi silah ticareti, vergi kaçakçılığı, terörizmin finansmanı gibi pek çok suçun da işlenmesinde araç olarak kullanılabilir. Bu doğrultuda, kanaatimizce, kripto varlıkların ceza hukukunun konusunu oluşturamaması birey ve toplum adına kötü sonuçlara sebebiyet verebilecektir.

#### IV. KRİPTO VARLIK DOLANDIRICILIĞI

Dolandırıcılık suçu, failin hileli davranışlarla bir kimseyi aldatarak aldatılan veya bir başkasının zararına olmak üzere kendine veya üçüncü bir kişiye, malvarlığına ilişkin yarar sağlaması şeklinde tanımlanabilir<sup>108</sup>. Bu suç, yazılı tarihin başından itibaren işlenen ve işlenmeye devam edecek bir suç tipidir. Kişiler arasındaki ekonomik ilişkilerin oluşturulmasında karşılıklı güvenin korunması hususundaki sosyal menfaat, dolandırıcılığın suç sayılmasının başlıca sebeplerinden birisini oluşturmuştur<sup>109</sup>. Kayıtlara geçmiş olan dolandırıcılık suçuyla ilgili ilk vaka, M.Ö. 3. yüzyılda Antik Yunan'da *Hegestratos* isimli bir tüccar tarafından gerçekleştirilmiştir<sup>110</sup>. Bunun yanı sıra dolandırıcılık, Roma hukukunda<sup>111</sup> ve İslam hukukunda<sup>112</sup> bir suç tipi olarak kabul edilip cezalandırılmıştır.

Kripto varlıkların dolandırıcılık suçunun hukuki konusunu oluşturabilmesi için malvarlığı kapsamında kabul edilmesi gerekmektedir. Kripto varlıkların malvarlığı olarak kabul edilmediği görüşe göre “kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi” gereğince, failerin cezalandırılması mümkün olmayacaktır<sup>113</sup>. Buna karşılık kripto varlıkların değerleri para ile ölçülebilmektedir. Bundan dolayı, kripto varlıkların mülkiyet hakkı çerçevesinde malvarlığı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Öğretide, gayrimeşru, gayriahlaki veya suç teşkil eden bir amaca ulaşmayı hedefleyen mağdurun bu eylemleri esnasında dolandırılmasının dolandırıcılık suçunun oluşmasına engel olmayacağı görüşü hâkimdir<sup>114</sup>. Bu görüşe göre kişinin hangi maksatla hareket ederken aldatıldığının önemi bulunmaması ve dolandırıcılık suçu, kamu çıkarı dolayısıyla cezalandırılmaktadır<sup>115</sup>. Nitekim Yargıtay Ceza Genel

<sup>105</sup> ÖZDEMİR, s. 302.

<sup>106</sup> ÖZDEMİR, s. 301.

<sup>107</sup> TARAKÇIOĞLU, s. 323.

<sup>108</sup> YIRTIMCI, s. 5.

<sup>109</sup> EREM, Faruk: *Dolandırıcılık*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1956, s. 3.

<sup>110</sup> MARILENA, Mironiuc / ROBU, Ioan Bogdan / ROBU, Mihaela Alina: “The Fraud Auditing: Empirical Study Concerning the Identification of the Financial Dimensions of Fraud”, *Journal of Accounting and Auditing Research & Practice*, 2012, Cilt 2012, s. 1.

<sup>111</sup> SELÇUK, s. 35 vd.

<sup>112</sup> AVCI, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 544.

<sup>113</sup> KAPANCI, s. 119; AKSOY DURSUN, s. 14; ÖZDEMİR, s. 302.

<sup>114</sup> TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005, s. 186; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 507.

<sup>115</sup> TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 887; TOROSLU, s. 186-187.

Kurulu kararları da bu doğrultudadır<sup>116</sup>. Bu çerçevede kripto varlık alım satımı ülkemizde yasaklansa dahi bu durum, suçun oluşumunu engellemeyecektir. Kanun tarafından açıkça yasaklanmış olsa dahi kripto varlıkların dolandırıcılık suretiyle el değiştirmesi suçun oluşumuna sebebiyet verecektir.

### A. Kripto Varlık Dolandırıcılığı Yöntemleri

Kripto varlık dolandırıcılığı bilişim suçları kategorisinde yer almaktadır. Öğretide bilişim kavramı, her türlü alandaki verinin saklanması ve saklanan bu verilerin organize edilmesi, işlenmesi, değerlendirilmesi ve aktarılmasıyla ilgili bilim dalı olarak tanımlanmaktadır<sup>117</sup>. Bilişim suçları ise Avrupa Ekonomik Topluluğu Uzmanlar Komisyonu tarafından; bilgileri, otomatik işleme tabi tutan veya verilerin nakline yarayan bir sistemde gayrikanuni, gayriahlaki veya yetki dışı gerçekleştirilen her türlü davranış şeklinde tanımlanmıştır. Bu tarife, öğretide<sup>118</sup> ve yargı kararlarında<sup>119</sup> yer verilmektedir. Bilişim suçu kavramı, ilk olarak 3756 sayılı Kanun'la 1991 yılında Türk ceza hukuku literatürüne girmiştir<sup>120</sup>. Bilişim sistemi kavramına ise Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı'nda rastlamak mümkündür. Buna göre bilişim sistemi; bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemdir<sup>121</sup>.

Kripto varlık işlemlerinde suça konu olan para miktarı 2019 yılında 4,5 milyar dolar, 2020 yılında 1,98 milyar dolar, 2021 yılının ilk yarısında ise 681 milyon dolar olmuştur<sup>122</sup>. Dolandırıcılık ise söz konusu miktarın en büyük parçasını teşkil etmektedir. Kripto varlık dolandırıcılığı birden çok yöntemle gerçekleştirilebilmektedir.

Bu bölümde; uygulamada sıklıkla karşılaşılan beş farklı yöntem açıklanmış ve ceza hukuku kapsamında değerlendirilmiştir. Belirtmek gerekir ki kripto varlık dolandırıcılığı yöntemleri bunlarla sınırlı değildir. Ayrıca bu yöntemlerin pek çoğu, yalnızca kripto varlıklara özgü yöntemler de değildir. Bu sebeple yöntemlerin kripto varlıklar bakımından farklı yönlerine de değinilmiştir.

#### 1. Kopya Siteler-Oltalama Yöntemi (*Phishing-Smishing-Vishing*)

Bu yöntemde, kullanıcılar sahte sitelere yönlendirilmektedir. Yönlendirme esnasında mesaj (*smishing*), telefon aramaları (*vishing*) ve/veya e-posta (*phishing*) yöntemleri kullanılmaktadır<sup>123</sup>. Yönlendirmeye kopya siteye erişen kullanıcının verileri, yönlendirici tarafından ele geçirilmektedir<sup>124</sup>. Kullanıcı adı ve şifresi ele geçirilen kullanıcı zarara uğratılmaktadır. Uygulamada en sık karşılaşılan bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen dolandırıcılık suçu yöntemidir<sup>125</sup>.

<sup>116</sup> Yargıtay, CGK, T. 24.11.1998, E. 1998/6-280, K. 1998/359; Yargıtay, CGK, T. 11.12.2018, E. 2015/23-1072, K. 2018/633.

<sup>117</sup> YENİDÜNYA, Caner / DEĞİRMENCİ, Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 27; ÖZEN, Muharrem / BAŞTÜRK, İhsan: *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 11.

<sup>118</sup> AKÖZ, Burak Cesur: *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Bilişim Suç ve Cezaları ile Örnek Yargısal Kararların Analizi ve Mevzuat Önerileri*, Bilişim Uzmanlığı Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2018, s. 23; ORTA, Mesut: *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 85; YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Yorumlu-Uygulamalı, Cilt IV*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 5736 vd.

<sup>119</sup> Yargıtay, 15. CD, T. 22.04.2015, E. 2014/775, K. 2015/24095.

<sup>120</sup> KURT, Levent: *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 49.

<sup>121</sup> KAMIŞLI, Gani: *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Dolandırıcılık Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 124.

<sup>122</sup> Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <https://ciphertrace.com/cryptocurrency-crime-and-anti-money-laundering-report-august-2021/> (ET: 23.03.2023).

<sup>123</sup> TARAKÇIOĞLU, s. 334.

<sup>124</sup> BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: "Kripto Para Dolandırıcılığı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 181 (Kripto Para Dolandırıcılığı), s. 1686.

<sup>125</sup> DÜLGER, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 616.



Yöntemin kripto varlıklar bakımından arz ettiği farklılık ise sahte sitelerin, kripto varlık borsaları gibi, kullanıcıların kripto varlıklarını buldukları platformlar olmalarıdır. Kişiler, yönlendirildikleri sahte kripto varlık borsası uygulamasına veyahut sitesine giriş yaparken kullanıcı bilgilerini suçun failine iletmektedirler. Kullanıcı bilgilerine sahip olan fail, gerçek siteye erişerek bilgilerine sahip olduğu kullanıcıyı zarara uğratmaktadır. Bu yönetime karşı pek çok kripto varlık borsası, çeşitli doğrulama sistemleri geliştirmiştir. Örneğin kişi, borsaya giriş yaparken, borsaya kayıtlı e-posta hesabına doğrulama kodu gönderilmektedir. Kimi borsalar ise iki dereceli doğrulama hizmeti sunmaktadır. Buna göre kişinin e-postasının yanı sıra telefonuna da bir kısa mesaj gönderilmektedir. Bu sayede e-postası ele geçirilen kullanıcıların da korunması hedeflenmektedir.

Kopya siteler-oltalama yöntemi, uygulamada ülkemizde de ek sık karşılaşılan yöntemlerden birisidir. Belirtildiği üzere birçok kripto varlık borsası bu yönetime karşı savunma uygulamaları geliştirmektedir. Buna karşın, özellikle yeni oluşturulan kripto varlık borsası uygulamaları ve internet siteleri bu yönetime karşı savunmasız olabilmektedir. Tek dereceli doğrulama hizmeti sunulması veya kimi zaman yalnızca şifreyle giriş yapılması, failer tarafından kullanılmakta ve kişiler mağdur edilmektedir.

## 2. Aldatıcı Coin Satışı (Scam Coin)

Bu yöntemde, dolandırıcılık amacıyla özel olarak tasarlanmış *coin*ler piyasaya şisirilerek sürülür. Diğer kripto varlıklardan farklı olarak bu durumda *coin*lerin büyük kısmı geliştiricilerin elinde yer almaktadır. Geliştiriciler, haberler ve reklamlar doğrultusunda fiyatı hızlı bir şekilde artış gösteren *coin*in yüksek fiyattan satışını gerçekleştirirler. Bu durumun önlenmesi amacıyla çeşitli internet siteleri hizmet vermektedir<sup>126</sup>.

Aldatıcı *coin* satışı, aslında bir finansal manipülasyon yöntemidir. Diğer finansal manipülasyon yöntemlerinden farkı, bu yöntemin kripto varlık borsalarında gerçekleştirilmesidir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 107. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, bu tür bir manipülasyon, suç tipi olarak düzenlenmiştir. Her iki fıkra da "sermaye piyasası araçlarına" yönelik olan manipülasyon eylemlerini düzenlemektedir. Kanun'un 3. maddesinde sermaye piyasası araçlarının tanımı "*Menkul kıymetler ve türev araçlar ile yatırım sözleşmeleri de dâhil olmak üzere Kurulca bu kapsamda olduğu belirlenen diğer sermaye piyasası araçlarını,*" şeklinde yapılmıştır. Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik'te ise kripto varlıklar, menkul kıymet veya diğer sermaye piyasası aracı olarak nitelendirilmeyen gayrimaddi varlıklar olarak tanımlanmıştır. Bu sebeple her ne kadar borsa hizmetleri SPK kapsamında kalsa da aldatıcı *coin* satışı yapılacak olan kripto varlık borsaları, SPK kapsamında kabul edilemeyecektir<sup>127</sup>. Aldatıcı *coin* satışı yapılarak manipülasyon faaliyetleri gerçekleştirilmesi, madde metninde düzenlenen suça sebebiyet vermeyecektir.

TCK'deki dolandırıcılık suçu, hileli davranışlarla bir kimseyi aldatmayı ve onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak şeklinde düzenlenmiştir. Aldatıcı *coin* satışı yönteminde, hileli davranışlar gerçekleştirilip kişiler aldatılmaktadır. Bu aldatma sonucunda ise kişilerin zararına olarak yarar sağlanmaktadır. Görüleceği üzere aldatıcı *coin* satışı; hile, aldatma ve zarara uğratma unsurlarını karşılamaktadır. Ayrıca gerçekleştirilecek olan satış ve ardından yapılacak olan manipülasyon, kripto varlık borsaları ve dolayısıyla bilişim sistemleri içerisinde gerçekleşeceği için bu yöntem nitelikli dolandırıcılık kapsamına girebilecektir.

<sup>126</sup> Kripto varlık projelerinin yüzde 56'sı aldatıcı *coin* olarak nitelendirilmektedir. Tespit edilen aldatıcı *coin*ler ve aldatıcı *coin*lerle ilgili daha fazla bilgi için bkz. <https://isthiscoinascam.com/> (ET: 11.01.2023).

<sup>127</sup> Kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilemeyeceğine dair aynı yönde: ÜZÜMCÜ, Rabia / YILDIRIM, Yasin: "Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 33, s. 275-279.

### 3. Saadet Zinciri (Ponzi Scheme)

Saadet zincirleri -diğer adıyla “Ponzi oyunu”- ortada herhangi bir üretimin var olmadığı sistemlerle, yatırımcıların dâhil edilmesiyle sistemin kurucularının tek seferde ve yüksek miktarda kâr alarak sistemi terk etmesiyle sonuçlanan bir dolandırıcılık yöntemidir. Adını, ilk kez 1920’lerde *Charles Ponzi* ile duyurmuştur<sup>128</sup>.

Sistemin en önemli özelliği, yatırımcıların sisteme olan güvenini sağlamak ve bu güveni devam ettirebilmektir. Çeşitli iletişim stratejileriyle gerçekleştirilen bu durum için reklamlar en çok kullanılan yöntemdir. Özellikle sistemin dolandırıcılık olduğu yönünde haberlerin oluşmaya başladığı dönemlerde ünlüler reklam yüzü olarak kullanılarak yatırımcılara, yatırımlarının güvende olduğu mesajı verilmeye çalışılır. Türkiye’de son dönemde gerçekleştirilen iki saadet zinciri vakasında da reklamlar aktif bir şekilde kullanılmıştır. *Çiftlik Bank* sahibi *Mehmet Aydın*, popüler bir dizi olan “Diriliş Ertuğrul” dizisinin oyuncularından *Mehmet Çevik*’i reklam yüzü olarak kullanmıştır<sup>129</sup>. Ayrıca bu yöntemde, sistemin tanıtılması evresinde de reklamlar önemli bir rol oynamaktadır. *Thodex*’in reklamlarında *Ebru Şallı*, *Mine Tugay* ve *Özge Ulusoy* gibi çok sayıda ünlü kullanılarak *Thodex*’in tanıtımını yapılmış ve yatırımcı ilgisi çekilmeye çalışılmıştır<sup>130</sup>.

Kripto varlık dolandırıcılığı açısından saadet zincirleri en başta gelen dolandırıcılık yöntemlerindedir. 2020 yılında gerçekleşen yaklaşık 1,9 milyar dolar zararın, 1,1 milyar doları Çin kaynaklı “*Wotoken*” adlı bir saadet zincirinden kaynaklanmıştır<sup>131</sup>. Belirtildiği üzere saadet zinciri, neredeyse yüz yıldır kullanılan bir dolandırıcılık yöntemidir. Bu yöntem için aslında bir borsaya dahi ihtiyaç yoktur. Ortak olunabilecek bir sistem ve bu sisteme yatırım yapacak olan kişilerin mevcudiyeti, bu yöntemin kullanılabilmesi için yeterlidir. Örneğin gayrimenkul sektöründe, bu tarz bir dolandırıcılık yöntemi kullanılarak kişilerin zarar uğratıldığı kaydedilmiştir<sup>132</sup>. Bu yöntemin kripto varlıklar bakımından ayrıldığı nokta, dolandırıcılık faaliyetinin kripto varlık borsalarında gerçekleştirilmesidir. Kripto varlık dolandırıcılığına özgü saadet zinciri yönteminde, yatırımcılara diğer kripto varlık borsalarına göre daha avantajlı bir şekilde yatırım yapmayı vadeden dolandırıcılar, borsadaki para miktarı belirli bir seviyeye ulaşınca borsaya erişimi engelleyip sistemdeki parayı kendi hesaplarına geçirmektedir. Türkiye’de 19.04.2021 tarihinde *Thodex*, 22.04.2021 tarihinde ise *Vebitcoin* borsalarına ilişkin olarak borsa sahiplerinin dolandırıcılık suçunu işlendiği şüphesiyle soruşturma başlatılmıştır. *Thodex* soruşturmasında bilişim sistemleri, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçundan iddianame hazırlanmıştır<sup>133</sup>.

### 4. Fidyeye Yazılımları/Fidyeye Virüsü (Ransomware)

Fidyeye yazılımları, bir cihazın bulunduğu sistem üzerindeki dosyalara erişimi engelleyebilen veya bir cihazı tamamen kilitleyebilen, bu suretle de kullanıcılardan fidye talep eden kötü amaçlı yazılımlardır<sup>134</sup>. Fidyeye yazılımı yönteminde, öncelikle, kişilerin sosyal medya veyahut e-posta hesapları ele geçirilir. Bu işlem, sosyal medya sitelerinin veya internet tabanlı e-posta kopyalanmasıyla gerçekleştirilebilmektedir. Kullanıcılar, kopya siteye eriştiğinde hesapları ele geçirilir. Dolandırıcılar tarafından ele geçirilen platformlardan, kişilerin arkadaş çevresine mesajlar gönderilir. Kimi zaman, gönderilen mesajlarda, kişinin paraya ihtiyacı olduğu belirtilir. Veyahut ele geçirilen kullanıcı hesabından, yaptığı yatırım sonucunda yüksek miktarda kazanç sağlandığı, arkadaşının da benzer bir kazanç sağlamasını

<sup>128</sup> BULUT, Esra: “Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimcilige: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2022, Cilt 14, Sayı 26, s. 20.

<sup>129</sup> SAYMAZ, İsmail: *Tosun Bank*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020, s. 99.

<sup>130</sup> BULUT, s. 32.

<sup>131</sup> TARAKÇIOĞLU, s. 334.

<sup>132</sup> BULUT, s. 31.

<sup>133</sup> <https://www.aa.com.tr/tr/gundem/thodex-iddianamesi-kabul-edildi/2555954> (ET: 10.01.2023).

<sup>134</sup> <https://www.eset.com/tr/ransomware/> (ET: 11.01.2023).

hedeflediği, bundan dolayı kendisine para gönderilmesi talep edebilir. Uygulamada, buna ek olarak, ele geçirilen kullanıcı hesabından, kazanç sağlandığı iddia edilen platforma para yatırılmasını da talep edilmektedir. Her üç yöntemde de mağdur, iletişime geçen kişiyi arkadaşı zannederek direktiflerine uygun hareketler gerçekleştirmekte ve zarara uğramaktadır.

Yöntemin kripto varlık dolandırıcılığı bakımından göstermiş olduğu farklılık, mağdur edilmesi hedeflenen kişilerden özellikle kripto varlık talep edilmesidir. Kişilere gönderilen mesajlarda veya e-postalarda, arkadaşı gibi davranılarak kripto varlık gönderilmesi talep edilir. Arkadaşına kripto varlık gönderimi yaptığını düşünen kullanıcı ise aslında faile kripto varlık aktarımı yapar. Buna ek olarak aslında var olmayan bir kripto varlık borsasına yatırım yapılması da istenebilir. Kripto varlık borsasına yatırım yaptığını zanneden kişi, failin hesabına para veya kripto varlık gönderimi gerçekleştirmektedir.

### 5. Gizli Kripto Varlık Madenciliği (*Cryptojacking*)

Gizli kripto varlık madenciliği, kişilerin rızası olmadan kullanmış oldukları bilgisayarlara erişim sağlanmasıyla madencilik faaliyeti gerçekleştirilmesine verilen isimdir. Yöntem, kripto varlıklara özgü bir yöntem olmasından dolayı diğer yöntemlerden ayrılmaktadır. Bilgisayar korsanları, çeşitli yazılımlar aracılığıyla kullanıcıların bilgisayarlarına sızıp onları dağıtılmış ağın bir parçası hâline getirerek işlemci güçlerini kripto varlık madenciliği için kullanır. Gizli kripto varlık madenciliği iki şekilde gerçekleştirilebilmektedir. İlk yöntem olan *binary* tabanlı gizli kripto varlık madenciliğinde, mağdurun bilgisayarına zararlı yazılım indirilerek kurulur. Kurulan zararlı yazılım bilgisayarın işlemci gücünü kullanarak kripto varlık madenciliği yapar. Diğer yöntem olan tarayıcı tabanlı gizli kripto varlık madenciliğinde ise bir internet sayfasına veya o sayfanın bazı bölümlerine ya da objelerine gömülen, site ziyaret edildikçe kripto varlık oluşturmak üzere tasarlanmış zararlı JavaScript kodları kullanılır<sup>135</sup>.

Kripto varlık madenciliği yapmak için öncelikle kötü amaçlı yazılımla sisteme girilmesi ve daha sonra kullanıcı fark etmeden sistemdeki komuta ve kontrol sunucusuna bağlanması gerekmektedir<sup>136</sup>. *Tahan*'a göre bu fiil, TCK m. 243/1'de düzenlenen bilişim sistemine girme suçunu oluşturmasının yanı sıra, TCK m. 244/2'de düzenlenen sistemdeki verileri engelleme, bozma, verileri yok etme veya değiştirme suçunu da oluşturur<sup>137</sup>. Ayrıca yazar, bu fiilin izinsiz bir şekilde elektrik kullanımıyla gerçekleştirildiği için TCK m. 163'te yer alan karşılıksız yararlanma suçuna da sebebiyet vereceğini ifade etmiştir<sup>138</sup>. Buna karşılık *Balci / Çakır*, bu fiilin nitelikli hırsızlık kapsamına girdiğini belirtmektedir<sup>139</sup>. Kanaatimizce bu fiil, TCK m. 163'te yer alan karşılıksız yararlanma suçunu ve TCK m. 243/1'de düzenlenen bilişim sistemine girme suçunun<sup>140</sup> yanı sıra dolandırıcılık suçunun nitelikli hâlini de oluşturacaktır. Kanun'da yer alan dolandırıcılık suçunun tanımında, hileli davranışlarla kişinin aldatılması ve fail açısından yarar, mağdur açısından zarar meydana gelmesi aranmaktadır. Açıklanan her iki yöntemde de hileli davranışlarla aldatma sonucunda mağdur zarar görmekte, fail ise fayda sağlamaktadır. Bundan dolayı gizli kripto varlık madenciliği eyleminde fiilin bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet vereceği kanaatindeyiz.

Kripto varlık dolandırıcılığı, yukarıda sayılan yöntemlerin yanı sıra, var olmayan bir *coin*in kişilere satılması<sup>141</sup>, kripto varlıkla ödemesi gerçekleştirilen çevrimiçi satış sonucunda kişiye ürünün teslim

<sup>135</sup> <https://www.eset.com/tr/illicit-cryptomining-business/> (ET: 11.01.2023).

<sup>136</sup> TAHAN, Özge: "Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi", *Suç ve Ceza Dergisi*, 2021, Cilt 14, Sayı 1, s. 123.

<sup>137</sup> TAHAN, s. 123-124.

<sup>138</sup> TAHAN, s. 124. Karşı görüş için bkz. BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: "Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğinde Ceza Sorumluluğu", *İzmir Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 87, Sayı 2, s. 219.

<sup>139</sup> BALCI / ÇAKIR, *Kripto Para Dolandırıcılığı*, s. 1687.

<sup>140</sup> Bilişim sistemine girme suçunun başka bir suçun unsuru ve nitelikli hâli olması durumunda bileşik suç hükümleri uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İHTİYAROĞLU, Uğur: "Bilişim Sistemine Girme Suçunun Yargı Kararları Bağlamında İncelenmesi", *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 431-434.

<sup>141</sup> BALCI / ÇAKIR, *Kripto Para Dolandırıcılığı*, s. 1686.

edilmemesi (*fake shop*)<sup>142</sup>, kripto varlık birimi üreticilerinin, kripto varlıklarının borsalarda serbestçe alınır satılır hâle getirmeden önce fon toplamak amacıyla oluşturdukları *token*ların<sup>143</sup> sahte çıkması gibi birçok farklı yöntemle de işlenebilmektedir. Günümüzde kullanılmayan ancak gelecekte kullanılacak olan yeni yöntemlerle de bu suç işlemeye devam edecektir.

## B. Kripto Varlık Dolandırıcılığının Suçun Unsurları Kapsamında Değerlendirilmesi

Bu bölümde, kripto varlık dolandırıcılığı yöntemleri, suçun unsurları kapsamında değerlendirilmiştir. Buradaki amaç, yöntemlerin birbirlerinden farklılıklarını hukuki açıdan ortaya koyabilmek ve ceza hukuku kapsamında detaylı bir değerlendirme yapmaktır. Değerlendirme yapılırken, dolandırıcılık suçunun unsurları ışığında bilgiler verilmiş<sup>144</sup> ve bu bilgilerden yararlanılarak kripto varlık dolandırıcılığı bakımından özellik teşkil eden durumlara vurgu yapılmıştır. Buna ek olarak suçun özel görünüm şekilleri de incelenmiştir.

### 1. Genel Olarak Dolandırıcılık Suçu

Dolandırıcılık suçu, yürürlükten kaldırılmış olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "*Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler*"<sup>145</sup> yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlamak" olarak tanımlanmıştır. TCK'de ise "Özel Hükümler" kitabında, onuncu bölümde, "Malvarlığına Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir. 157. maddeye göre "*Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir*". Kanun koyucu, bu düzenlemeye ek olarak bir sonraki maddede nitelikli dolandırıcılık isminde bir düzenleme gerçekleştirmiştir.

### 2. Kripto Varlık Dolandırıcılığının Neden Olabileceği Nitelikli Hâllerin Belirlenmesi

Açıklanan kripto varlık dolandırıcılığı yöntemleri, 158. maddede düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçuna sebebiyet vermektedir. Kimi yöntemler birden fazla nitelikli hâl kapsamına da girebilecektir. İlk olarak belirtmek gerekir ki kripto varlık dolandırıcılığı, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilecek bir dolandırıcılık türüdür. TCK m. 158'de dolandırıcılık suçunun temel şekline göre cezanın artırılması gerektiren nitelikli unsurlar belirtilmiştir. Birinci fıkranın (f) bendinde dolandırıcılık suçunun bilişim sistemlerinin, banka veya kredi kurumlarının araç olarak kullanılması suretiyle işlenmesi bu suçun bir nitelikli unsuru olarak kabul edilmiştir. Madde gerekçesinde, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasının, dolandırıcılık suçunun işlenmesi açısından önemli bir kolaylık sağladığını ifade edilmiştir.

Yargıtay kararlarında -bilişim sisteminin aldatılmasından söz edilemeyeceği için- ancak bu sistemin araç olarak kullanılarak bir insanın aldatılması yani dolandırılması hâlinde bu bendin uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir<sup>146</sup>. Kripto varlık dolandırıcılığı suçunun da niteliği itibarıyla bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmesi zorunludur. Örneğin hileli davranışlarla aldattığı mağdurdan kripto varlık elde eden failin elde etmiş olduğu kripto varlıkları hesabına transfer etmesi gerekecektir. Bunun yanı sıra gizli kripto varlık madenciliği veya fidye yazılımı vasıtasıyla kripto varlık elde eden fail, yine bilişim sistemlerini kullanmak zorunda kalacaktır. Bundan dolayı kripto varlık dolandırıcılığı, (f) bendinde yer alan nitelikli hâl kapsamına girecektir.

<sup>142</sup> BALCI / ÇAKIR, *Kripto Para Dolandırıcılığı*, s. 1686.

<sup>143</sup> Öncü *Coin Arzı, Initial Coin Offering (ICO)* olarak adlandırılmaktadır.

<sup>144</sup> Burada temel olarak; *Hafizoğulları / Özen*'in dolandırıcılık suçu için yapmış oldukları inceleme üzerinden bir değerlendirme yapılmıştır. Ek olarak, çeşitli yazarların dolandırıcılık suçunun unsurları hakkındaki görüşlerine de yer verilmiştir.

<sup>145</sup> *Desise*; aldatma, oyun, düzen, hile anlamına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr/> (E.T: 11.06.2022).

<sup>146</sup> Yargıtay, 15. CD, T. 22.04.2015, E. 2014/775, K. 2015/24095. Bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı Yargıtay kararları hakkında detaylı bilgi ve karar örnekleri için bkz. KAMIŞLI, s. 127-134.

Bu duruma ek olarak, özellikle aldatıcı *coin* satışı ve saadet zinciri yöntemlerinde, TCK m. 158(1)(g)'de düzenlenen “*basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi*” düzenlemesi gündeme gelebilecektir. *Hafizoğulları / Özen*'in bu bent hakkında verdikleri örnek, kripto varlıklar bakımından da uygulanabilecektir. Buna göre bir kimse aslında değersiz olan arsalarını, hileli davranışlarla, yerel gazeteyi kullanarak çok değerli gösterip sattığında suç, bu kapsamda vücut bulacaktır<sup>147</sup>. Saadet zinciri ve özellikle aldatıcı *coin* satışı yöntemleri de aslında bu örneğe benzer bir biçimde gerçekleştirilmektedir. Fail, özel olarak üretmiş olduğu *coin*'in fiyatını, çeşitli haberler ve reklamlar da kullanarak hızlı bir biçimde yükseltmektedir. Burada failin başvurduğu yöntem aslında (g) bendinde yer alan düzenlemeye de sebep olmaktadır. Benzer bir biçimde saadet zinciri yöntemi de basın ve yayın araçlarıyla yakından ilgilidir. Ülkemizde de saadet zinciri yöntemi kullanılarak gerçekleştirilen kripto varlık dolandırıcılıklarında basın ve yayın araçları yoğun bir biçimde kullanılmıştır<sup>148</sup>. Bu yöntemler bakımından, hem (h) hem de (g) bendinde düzenlenen nitelikli dolandırıcılık suçu işlenmiş olacaktır<sup>149</sup>. Ayrıca ifade etmek gerekir ki basın ve yayın araçlarına verilecek olan reklamlarda, söz konusu kripto varlığın özelliklerine ilişkin gerçek olmayan bilgilere yer verilip bu bilgiler vasıtasıyla mağdurun aldatılması gerekmektedir. Gazete veya radyoya verilecek olan ilan, yalnızca failin mağdura ulaşımını kolaylaştırmış ve mağdurun aldatılmasında herhangi bir rol oynamamışsa bu nitelikli hâl uygulama sahası bulamayacaktır<sup>150</sup>.

Nitelikli dolandırıcılık suçunun bentlerinde yer alan düzenlemelerin pek çoğunun, olayların gelişimine göre kripto varlık dolandırıcılığı yöntemlerinden her biri için uygulanması ihtimal dâhilindedir. Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekirse, örneğin, dini inanç ve duyguları istismar edilen mağdurun, kripto varlık gönderimi yapması sonucunda hem (f) hem (a) bendi uygulama alanı bulacaktır. Algılama yeteneği zayıf olan mağdurun, kopya site yöntemi kullanılarak dolandırılması neticesinde de hem (c) bendi hem de (f) bendinde yer alan düzenlemeler çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

Görüleceği üzere kripto varlık dolandırıcılığı yöntemleri, yalnızca (f) bendinde yer alan düzenleme kapsamında değildir. Diğer bentlerdeki düzenlemelerle ve gizli kripto varlık madenciliği yönteminde açıklandığı gibi diğer suçlarla da yakından ilgilidir. Bu sebeple hem öğretilerde hem de uygulamada, bu yöntemlerin hangi suçlara ve nitelikli dolandırıcılık suçu bakımından hangi bentler kapsamında değerlendirilebileceğine yönelik tartışmalar yapılması önem arz etmektedir.

### 3. Fail, Hukuki Konu, Mağdur ve Maddi Konu

Herkes, özgü bir suç olmayan dolandırıcılık suçunun faili olabilmektedir<sup>151</sup>. Eklemek gerekir ki nitelikli dolandırıcılık suçunda, failin özel bir sığata sahip olması gereken durumlar kanunumuzda yer edinmiştir. Örneğin (h) bendinin uygulanabilmesi için failin, tacir veya şirket yöneticisi olması ya da şirket adına hareket eden bir kişi olması gerekmektedir. Kripto varlık dolandırıcılığı yöntemleri bakımından ise failin böyle bir özellik göstermesi gerekmez. Herhangi bir kimse, herhangi bir yöntemi uygulamak suretiyle bu suç işleyebilecektir.

Dolandırıcılık suçunun hukuki konusunu, kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin kamusal çıkar oluşturmaktadır<sup>152</sup>. Bu bakımdan incelendiğinde, kripto varlıkların malvarlığı kabul edilmesine yönelik tartışma tekrar gündeme gelebilecektir. Belirtildiği üzere, kripto varlıkların malvarlığı ola-

<sup>147</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 417.

<sup>148</sup> SAYMAZ, s. 99; BULUT, s. 32.

<sup>149</sup> Hemen ifade etmek gerekir ki cezanın tayininde her iki bent için ayrı ayrı iki cezalandırılmaya gidilmeyecektir. Karar metninde iki bent de belirtilip tek bir cezaya hükümlenacaktır.

<sup>150</sup> EKİCİ ŞAHİN, Meral: *Dolandırıcılık Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 380.

<sup>151</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 505; EKİCİ ŞAHİN, s. 155; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 401; TOROSLU, s. 175; ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 694.

<sup>152</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 401.

rak kabul edilebilmesine yol açabilecek olan yargı kararları<sup>153</sup> ve özellikle eşya statüsünde kabul edilmesi gerektiğini ifade eden öğretici görüşü mevcuttur<sup>154</sup>. Ayrıca dolandırıcılığın bir suç olarak düzenlenmesinin amacı kişiler arasındaki ekonomik ilişkilerin oluşturulmasında karşılıklı güvenin korunması hususundaki sosyal menfaattir<sup>155</sup>. Bu doğrultuda kripto varlıklar, suçun hukuki konusunu oluşturan “kişilerin malvarlığı değerleri” kavramına dâhil edilebilecektir. Yani hangi yöntemle işlendiğine bakılmaksızın, kripto varlığı dolandırıcılığı suçu meydana geldiğinde kişilerin malvarlığı değerlerinin korunmasına ilişkin kamusal çıkar zarar görecektir. Zarar gören bu kamusal çıkar, suçun hukuki konusunu oluşturacaktır.

Dolandırıcılık suçunun mağduru; zarar gören/eksilen malvarlığının ait olduğu kişidir<sup>156</sup>. Bu bakımdan, aldatılan kişi ile malvarlığına sahip olan kişi aynı olabileceği gibi farklı kimseler de olabilmektedir. Öğretideki genel kaniya göre böyle bir durumda malvarlığının ait olduğu kişiyi mağdur olarak kabul etmek gerekmektedir<sup>157</sup>. Bizim de katıldığımız bu görüş, kripto varlık dolandırıcılığı bakımından da uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin kopya siteler-oltalama yönteminde, arkadaşına ait olan bir kripto varlık borsası hesabının, kullanıcı adını ve şifresini, aldatılmak suretiyle faille ileten kimse suçun mağduru olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, kripto varlık borsasında hesabı bulunan ve zarara uğratılan kişi mağdur sıfatına sahip olacaktır. Gizli kripto varlık madenciliği yöntemi özelinde ise mağdur, zararlı yazılım vasıtasıyla, bilgisayarının işlemci gücü kullanılarak kripto varlık üretilmesine vesile olan kimsedir. Kanaatimizce bu yöntemdeki mağdur, bilgisayarı kullanan ve aldatılan kimse değil, bilgisayarın sahibi olan kimsedir.

Dolandırıcılık suçunun maddi konusunu, failin hileli davranışlar gerçekleştirmesi sonucunda, davranışların muhatabı olan kişinin veya bir başka kimsenin malvarlığından eksilerek failin veya bir başkasının malvarlığına eklenen malvarlığı değeri oluşturmaktadır<sup>158</sup>. Kripto varlık dolandırıcılığında da suçun maddi konusunu, dolandırıcılık suretiyle el değiştiren kripto varlıklar oluşturmaktadır. Örneğin fidye yazılımı yönteminde, kişilerden talep edilen kripto varlıklar, suçun maddi konusunu oluşturacaktır. Saadet zinciri yönteminde de borsaya erişimin engellenmesi sonucunda el değiştiren kripto varlıklar, suçun maddi konusudur.

#### 4. Fiiil

Dolandırıcılık suçunun hareket kısmı, 765 sayılı TCK'nin 503. maddesinde “*bir kimseyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yapma*” olarak düzenlenmiştir. Muhatabını yanılgıya düşürmek için kullanılan maddi nitelikteki vasıtalara “desise” denilmektedir<sup>159</sup>. 5237 sayılı TCK'nin 157. maddesinde “*hileli davranışlarla bir kimseyi aldatma*” şeklinde ifade edilmiş, 765 sayılı Kanun'da yer alan desise kavramına 5237 sayılı Kanun'da yer verilmemiş ve hileye desiseyi de kapsayacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir<sup>160</sup>. Madde metninde yer alan “hile” kavramıyla ilgili olarak öğretide “*Olaylara ilişkin yalan açıklamaların ve sarf edilen sözlerin doğruluğunu kuvvetlendirecek ve böylece muhatabın inceleme eğilimini etkileyebilecek yoğunluk ve güçte olması ve bu bakımdan gerektiğinde birtakım dış hareketler ekleyerek veya böylece var olan halden ve koşullardan yararlanarak, almayacağı bir kararı bir kimseye verdirmek suretiyle onu aldatması, bu suretle başkasının zihin, fikir ve eylemlerinde bir hata meydana getirmesidir*”<sup>161</sup> ve “*Hile, oyun, aldatma, düzen demektir. Objektif olarak hataya düşü-*

<sup>153</sup> Yargıtay, CGK, T. 04.02.2014, E. 2013/262, K. 2014/37. ÖZLÜK, s. 145; ERTAŞ, s. 61.

<sup>154</sup> ÖZDEMİR, s. 289-304.

<sup>155</sup> EREM, s. 3.

<sup>156</sup> EKİCİ ŞAHİN, s. 163; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 402.

<sup>157</sup> ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞIZ / TEPE, s. 695; EKİCİ ŞAHİN, s. 163; HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 402. Mağdurun, hem malvarlığına zarar verilen kişi hem de aldatılan kişi olarak kabulüne yönelik karşı yönde bkz. GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5742.

<sup>158</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 402.

<sup>159</sup> GÜNDEL, Ahmet: *Açıklamalı- İçtihatlı 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarındaki Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 311.

<sup>160</sup> GÜNDEL, Ahmet: *Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 311; GÖKCAN / ARTUÇ, s. 5756. Yargıtay, CGK, T. 11.12.2018, E. 2015/23-1072, K. 2018/633.

<sup>161</sup> DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 453.

*rücu ve başkasının tasavvuru üzerinde etki doğurucu her davranış hiledir*<sup>162</sup> şeklinde tanımlamalara yer verilmiştir. Ayrıca hilenin belli oranda ağır, yoğun ve ustaca olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>163</sup>.

TCK'de yer alan tanımından yola çıkarak dolandırıcılık suçunun oluşabilmesi için üç önemli unsur bulunmaktadır<sup>164</sup>. Bunlar; failin bir takım hileli davranışlarda bulunması, hileli davranışların mağduru aldatılabilecek nitelikte olması, failin hileli davranışlar sonucunda mağdurun veya başkasının aleyhine, kendisi veya başkası lehine haksız bir yarar sağlamasıdır<sup>165</sup>. Bu üç unsurun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir.

Kopya siteler-oltalama yöntemi bakımından fiil; failin hileli davranışlarda bulunarak, kişiye yönlendirme yapması ve kopya siteye erişen kullanıcının verilerini ele geçirmek suretiyle mağdurun veya başkasının aleyhine, kendisi veya başkası lehine haksız bir fayda sağlamasıdır. Aldatıcı *coin* satışında fiil, özel olarak tasarlanmış *coin*lerin piyasaya sürülmesi, reklam ve haber faaliyetleri doğrultusunda fiyatlarının yükseltilmesi ve *coin*lerin büyük bir kısmını elinde bulunduran fail tarafından yüksek fiyattan satışının gerçekleştirilmesidir. Saadet zinciri yönteminde; çeşitli reklam faaliyetleri çerçevesinde yatırımcıların güveni kazanılarak yatırım yaptırılmasının ardından borsaya erişimin engellenmesi ve kripto varlıkların ele geçirilmesi suçun fiil unsurunu oluşturacaktır. Belirtmek gerekir ki bu yöntemde reklam faaliyetleri, zorunlu unsur değildir. Ancak reklam faaliyetlerinde bulunulması, kişilerin güvenin kazanılması için uygulamada sıklıkla başvurulan bir yöntem hâline gelmiştir<sup>166</sup>. Bu da fiil unsurunda yer alan ve mağduru aldatılabilecek nitelikte olan hileyi oluşturmaktadır. Fidyeye yazılım yönteminde fiil, sosyal medya veyahut e-posta hesaplarının ele geçirilmesi sonucunda, kişilerin yakınlarından kripto varlık talep edilmesi veya kişilerin yakınlarının aslında var olmayan bir kripto varlık borsasına yatırım yaptırılması suretiyle zarara uğratılmasıdır. Gizli kripto varlık madenciliği yönteminde, eylemin hangi suç kapsamına girmesi gerektiği hususu tartışılırken fiil unsurundan ayrıntılı bir biçimde bahsedilmesinden dolayı, tekrara düşmemek amacıyla bu bölümde, gizli kripto varlık madenciliği yönteminde failin, zararlı yazılım kullanılması suretiyle kişinin bilgisayarının işlemci gücünü kullanılarak kripto varlık madenciliği yapılması olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

## 5. Hukuka Aykırılık

Dolandırıcılık suçunda, bir kimsenin hileli davranışlar neticesinde zarara uğratılarak aldatılması her zaman hukuka aykırıdır<sup>167</sup>. TCK'de düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerden; kanunun hükmü ve amirin emri, meşru savunma, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası<sup>168</sup> ve sınırın aşılması kurumlarının dolandırıcılık suçu -ve dolayısıyla kripto varlık dolandırıcılığı- bakımından uygulama alanının olmadığı kanaatindeyiz. Buna karşın zorunluluk hâli, dolandırıcılık suçu ile bağdaştırılabilecektir<sup>169</sup>. Örneğin çocuğu hasta olan ve ilacı karşılamaya gücü yetmeyen baba, hileli davranışlarla kişileri aldatarak kripto varlık elde edip bu varlıkları paraya çevirerek ilaç alması durumunda, zorunluluk hâlinde faydalanacaktır. Bu doğrultuda fail hakkında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 223(3)(b) uyarınca, kusurunun bulunmaması dolayısıyla ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmelidir.

## 6. Kusurluluk

Dolandırıcılık suçu kastla işlenmektedir. Kanunda, suçun taksirli hâline yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Kast kavramı, en yalın hâliyle, failin davranışlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştir-

<sup>162</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 508.

<sup>163</sup> MERAN, Necati: *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 90; PARLAR, Ali: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları*, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2015, s. 22.

<sup>164</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 402-408; CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 508.

<sup>165</sup> PARLAR, s. 21-25.

<sup>166</sup> SAYMAZ, s. 99; BULUT, s. 32.

<sup>167</sup> HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, s. 409.

<sup>168</sup> Dolandırıcılık suçu bakımından mağdurun rızasının hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilebileceğine ilişkin karşıt görüş için bkz. ÖZBEK / DOĞAN / BACAĞSIZ / TEPE, s. 714-715.

<sup>169</sup> CENTEL / ZAFER / ÇAKMUT, s. 519.

mesi olarak tanımlanabilir<sup>170</sup>. Kripto varlık dolandırıcılığı da -hangi yöntemin kullanıldığı fark etmesizin- kast kapsamında gerçekleştirilmektedir.

## 7. Suçun Özel Görünüm Şekilleri

### a. Teşebbüs

Dolandırıcılık suçuna teşebbüs mümkündür. Suçun tamamlanması, hileli davranışlar sonucunda failin kendisine veya bir başkasına yarar sağlaması ve muhatabın zarara uğratılması sonucunda gerçekleşmektedir<sup>171</sup>. Fail, herhangi bir yarar sağlamadan gönüllü vazgeçme yoluna gitmesi durumunda, teşebbüsten ceza verilmeyecektir. Buna karşın failin o ana kadar gerçekleştirmiş olduğu hareketler başka bir suça sebebiyet veriyorsa o suç kapsamında cezalandırma yapılacaktır.

Kripto varlık dolandırıcılığı bakımından, teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin fail, fidye yazılımı yöntemi kullanarak bir kimseyi karşı suçu işlemeye çalıştığı esnada gönüllü vazgeçme yoluna gidebilir. Buna karşın, gerçekleştirmiş olduğu eylemler, kişinin bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girmesine sebebiyet vermişse TCK m. 243/1’de düzenlenmiş olan bilişim sistemine girme suçundan dolayı cezai sorumluluğu doğacaktır.

### b. İştirak

Dolandırıcılık suçu iştirake olanaklı bir suçtur. Kripto varlık dolandırıcılığında da iştirak hükümleri uygulanabilecektir. Örneğin bir kimseyi, iştirak iradesi göstererek saadet zinciri yöntemiyle dolandıran kişilerden her biri, fail olarak sorumlu tutulabilecektir.

### c. İçtima

Kripto varlık dolandırıcılığının gerçekleştirilmesi esnasında, sıklıkla bilişim sistemine girme suçu gündeme gelebilmektedir. Örneğin fidye yazılımı yönteminde, kişilerin bilişim sistemlerine hukuka aykırı olarak girilmektedir. Veyahut gizli kripto varlık madenciliğinin gerçekleştirilebilmesi için de bilişim sistemine hukuka aykırı bir biçimde girilmesi gerekmektedir. Bu doğrultuda bilişim sistemine girme ve dolandırıcılık suçları meydana gelecek ancak suçların içtimaı hükümleri uyarınca yalnızca nitelikli dolandırıcılık suçundan ceza verilecektir<sup>172</sup>.

Dolandırıcılık suçunun, tek bir suç işleme kararı ve tek bir eylemle birden fazla kişiye karşı gerçekleştirilmesi veya aynı kişiye karşı birden fazla defa gerçekleştirilmesi durumlarında zincirleme suç hükümleri uygulanabilmektedir<sup>173</sup>. Kripto varlık dolandırıcılığı kapsamında da zincirleme suç hükümleri uygulama alanı bulabilecektir. TCK m. 43’te yer alan düzenleme uyarınca kripto varlık dolandırıcılığının birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi veya bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı birden fazla işlenmesi durumlarında suç, zincirleme suç hükümleri kapsamında yer alacak ve ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılabilecektir.

## 8. Yaptırım

Kripto varlık dolandırıcılığı, TCK’nin 158. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendi -ve buna ek olarak kimi durumlarda (g) bendi- kapsamında kabul edilebilecek bir suçtur. Bu doğrultuda, suçu işleyen fail hakkında, 158. maddenin birinci fıkrasının son cümlesinde belirtildiği üzere, üç yıldan on yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezasına hükmolunacaktır. Ayrıca 158. maddenin 3. fıkrası uyarınca verilecek ceza, suçun üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi hâlinde yarı oranında, suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise bir kat

<sup>170</sup> KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 81.

<sup>171</sup> KAMIŞLI, s. 202; MERAN, s. 101; EKİCİ ŞAHİN, s. 438.

<sup>172</sup> İHTİYAROĞLU, s. 431-434.

<sup>173</sup> MERAN, s. 103; EKİCİ ŞAHİN, s. 446-447.



artırılacaktır. Bu hüküm, kripto varlık dolandırıcılığı bakımından da uygulanabilecektir. Özellikle saadet zinciri ve aldatıcı *coin* satışı yöntemleri, üç veya daha fazla kişi tarafından veya suç işlemek için teşkil edilmiş bir örgütün faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirilmektedir.

Dolandırıcılık suçunun nitelikli hâlleri uzlaştırma kapsamında yer almadığı için kripto varlık dolandırıcılığı suçunun işlenmesi hâlinde, uzlaştırma kurumuna başvurulamayacaktır. Lakin mağdur TCK m. 167/2'de belirtilen kişilerden biri ise suç, şikâyete tabi hâle gelecek ve uzlaştırma kapsamında bulunacaktır<sup>174</sup>. Bunun yanı sıra suçun mağduru TCK m. 167/1'de sayılan kişilerden ise şahsi cezasızlık sebebi olarak değerlendirme yapılması gerekecektir.

Ayrıca madde metninin devamında geçen ifadeye göre suçun sayılan beş nitelikli hâlinde -bilgi sistemleri aracılığıyla dolandırıcılık suçunun işlenmesi dâhil olmak üzere- verilecek olan adli para cezası, miktarı suçtan elde edilen menfaatin iki katından az olamayacaktır. Verilecek olan adli para cezasının doğru hesaplanabilmesi için dolandırılan kripto varlıkların, dolandırıcılık tarihindeki satış değerlerinin Türk lirası olarak hesaplanıp buna göre hüküm kurulması gerekmektedir<sup>175</sup>. Burada çıkabilecek sorun ise dolandırıcılığa konu olan kripto varlığın günlük satış değerinin hesaplanmasıdır. Kripto varlıklar çok hızlı bir biçimde değer kazanıp kaybedebilmektedir. Bu noktada getirilebilecek çözümlerden birisi, dolandırıcılığın gerçekleştiği borsadaki günlük satış değerinin ortalamasının alınmasıdır. Bir diğer çözüm ise yapılacak olan düzenlemeler çerçevesinde gösterge niteliğinde kripto varlık alış satış değerlerinin yayımlanmasıdır. Bu hususta önerilebilecek son çözüm ise tespit edilebilmesi hâlinde suç anındaki kripto varlık satış değerinin Türk lirasına dönüşümünün sağlanarak adli para cezasının hesaplanmasıdır.

## SONUÇ

Kripto varlıklar, oluşturuldukları ilk zamanlardan bu yana gündemde kalmaya devam etmekte, kimi zaman finans dünyasında gündem olurken, özellikle son yıllarda, hukuk ve özellikle ceza hukuku alanında kendilerinden söz ettirmektedir. Belirtildiği üzere kripto varlıklar dünyada ve Türkiye'de bir hayli popülerdir. Ekonomi ve toplum açısından bu derecede önemli bir metanın suça, özellikle de dolandırıcılık suçuna konu olması kaçınılmazdır. Kripto varlık dolandırıcılığı, şimdiden kripto varlıklar ekosisteminde işlenen suçların en büyük bölümünü oluşturmaktadır<sup>176</sup>.

Kripto varlık dolandırıcılığı, TCK'de özel bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. Buna karşın bilgi sistemlerinin kullanılması suretiyle nitelikli dolandırıcılık suçu, kripto varlık dolandırıcılığı bakımından uygulanabilecektir. Buna ek olarak belirtilen pek çok kripto varlık dolandırıcılığı yöntemi basın ve yayın araçlarının sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle gerçekleştirildiği için bir başka bent de uygulama alanı bulabilecektir. Kanaatimizce TCK'deki düzenleme kripto varlık dolandırıcılığı bakımından yeterlidir. Kanun'daki dolandırıcılık düzenlemesi, suçun işleniş yöntemlerini karşılayabilmektedir. Buna karşın kripto varlık dolandırıcılığı özel bir suç tipi olarak da düzenlenebilir. Böyle bir düzenlemede, belirtilen ve gelecekte ortaya çıkabilecek olan yöntemlere göre suça verilecek olan ceza farklılık gösterebilir. Örneğin yöntemlerin bir kısmı gerçekleştirilirken aynı zamanda bilgi sistemine girme suçuna da sebebiyet vermektedir. Bu suça sebebiyet veren yöntemler bakımından ağırlaştırıcı hükümlere yer verilebilecektir.

İlerleyen dönemlerde kripto varlıkların konu edildiği suçlar, gelişen teknoloji vasıtasıyla çok daha farklı şekillerde işlenebilecektir. Belirtilen kripto varlık dolandırıcılığı yöntemlerinin pek çoğunda, faille mağdurun aynı ülkede bulunması zorunlu değildir. Bundan dolayı bu suçların uluslararası boyutta işlenebilmesi diğer suçlara göre çok daha kolaydır. Bu sebeple mağduriyetlerin önüne geçilebilmesi için devletler tarafından ivedilikle kripto varlıklara ilişkin düzenlemeler yapılmalı ve bu tarz suçlar için uluslararası alanda antlaşmalar yapılarak failerin takibi kolaylaştırılmalıdır.

<sup>174</sup> AKBULUT, Berrin / AKSAN, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 98.

<sup>175</sup> Yüksek mahkeme, dolandırıcılık suçuna konu olan para biriminin döviz cinsinden olması durumunda, suç tarihindeki döviz satış kurunun dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Yargıtay, 15. CD, T. 16.06.2021, E. 2018/3604, K. 2021/7141.

<sup>176</sup> <https://ciphertrace.com/cryptocurrency-crime-and-anti-money-laundering-report-august-2021/> (ET: 23.03.2023).

**KAYNAKÇA**

- AKBULUT, Berrin / AKSAN, Murat: *Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaştırma*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AKİPEK, Jale / AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya: *Eşya Hukuku*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- AKÖZ, Burak Cesur: *Türk Ceza Kanunu Kapsamında Bilişim Suç ve Cezaları ile Örnek Yargısal Kararların Analizi ve Mevzuat Önerileri*, Bilişim Uzmanlığı Tezi, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu, Ankara, 2018.
- AKSOY DURSUN, Sanem: *Eşya Kavramı*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- ANTALYA, Osman Gökhan: *Eşya Hukuku Cilt IV/1*, 6. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- ARIKAN, Necip İhsan: *Para Kuramı Açısından Kripto Paraların Ekosistemi*, Malatya İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2020.
- AVCI, Mustafa: *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: “Kripto Para Dolandırıcılığı”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2021, Cilt 16, Sayı 181, s. 1684-1688 (Kripto Para Dolandırıcılığı).
- BALCI, Murat / ÇAKIR, Kerim: “Yasa Dışı Kripto Para Madenciliğinde Ceza Sorumluluğu”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2022, Cilt 87, Sayı 2, s. 197-224.
- BALCI, Umut: “Kripto Paraların Ceza Hukuku Boyutu ve Türk Mevzuatındaki Muhtemel Düzenlenme Yeri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2021, Sayı 155, s. 203-259.
- BİLGİLİ, Fatih / DEMİRKAPI, Ertan: *Hukukun Temel Kavramları*, 13. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2016.
- Blockchain Türkiye Platformu: “Terimler”, (Ed.) ÖZKAN, Özlem: *Blockzinciri Teknolojisi Terminoloji Çalışması*, Rumi Matbaacılık, İstanbul, 2019.
- BOCUTOĞLU, Ersan / BERBER, Metin / ÇELİK, Kenan: *İktisada Giriş*, 2. Baskı, Akademi Yayınevi, Trabzon, 2000.
- BOZKURT YÜKSEL, Armağan Ebru: “Bitcoin Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden dolarına Hukuki Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2015, Cilt 73, Sayı 2, 173-220.
- BULUT, Esra: “Klasik Ponzi Girişimcilikten Dijital Ponzi Girişimciliğe: Benzer Taktikler, Farklı Platformlar”, *Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi*, 2022, Cilt 14, Sayı 26, s. 18-54.
- BÜBERKÖKÜ, Önder: “Kripto Para Piyasalarında Finansal Risk Yönetimi”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2021, Cilt 6, Sayı 4, s. 18-54.
- CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide / ÇAKMUT, Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, 5. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- DİNLER, Zeynel: *İktisada Giriş*, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 1995.
- DÖNMEZER, Sulhi: *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- DRESCHER, Daniel: *Blockchain Basics: A non- Technical Introduction in 25 Steps*, 1. Baskı, Apress, Frankfurt, 2017.
- DÜLGER, Murat Volkan: *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.
- EKİCİ ŞAHİN, Meral: *Dolandırıcılık Suçu*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- EREM, Faruk: *Dolandırıcılık*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1956.
- ERTAŞ, Şeref: “Mülkiyet Hakkının Yeni Boyutu ve Bu Hakka Getirilen Daraltımların, Sınırlamaların Anayasa ve İnsan Haklarına Uygunluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2016, Sayı 11, s. 59-93.
- ESENER, Turhan: *Hukuk Başlangıcı- Genel Hukuk Bilgisi*, 6. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2002.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin / ARTUÇ, Mustafa: *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi IV. Cilt*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.

- GÜNDEL, Ahmet: *Açıklamalı- İçtihatlı 765 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunlarındaki Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- GÜNDEL, Ahmet: *Hırsızlık ve Dolandırıcılık Suçları*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki / ÖZEN, Muharrem: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar*, 5. Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, 2016.
- HATİPOĞLU, Osman Gökhan: “Kamu Politikası Analizi Açısından Türkiye’de Kripto Para Politikaları”, *Maliye ve Finans Yazıları*, 2021, Sayı 116, s. 171-202.
- İHTİYAROĞLU, Uğur: “Bilişim Sistemine Girme Suçunun Yargı Kararları Bağlamında İncelenmesi”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 10, Sayı 2, s. 406-440.
- İMAMOĞLU, Deniz Alp: *Kripto Para Birimleri ve Türk Hukukunda Düzenlenmesi*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAMIŞLI, Gani: *Yargıtay Kararları Çerçevesinde Dolandırıcılık Suçu*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- KAPANCI, Kadir Berk: “Özel Hukuk Penceresinden Blokzincir: Sanal Para Değerleri ve Akıllı Sözleşmeler Üzerine Değerlendirmeler”, (Ed.) AKSOY RETORNAZ, Eylem / GÜÇLÜTÜRK, Osman Gazi: *Gelişen Teknolojiler ve Hukuk 1- Blokzincir*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 113-155.
- KARAKEHYA, Hakan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KURT, Levent: *Tüm Yönleriyle Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- LAMMER, Dominique M. / HANSPAL, Tobin / HACKETHAL, Andreas: “Who are The Bitcoin Investors? Evidence From Indirect Cryptocurrency Investments”, *Frankfurt, Leibniz Institute for Financial Research SAFE*, 2019, Sayı 277, s. 1-47.
- LEWIS, Anthony: *The Basics of Bitcoin and Blockchains*, Mango Publishing, Coral Gables, 2018.
- LYNCH, Daniel C. / LUNDQUIST, Leslie: *Digital Money*, 1. Baskı, John Wiley & Sons, Inc., New York, 1995.
- MARILENA, Mironiuc / ROBU, Ioan Bogdan / ROBU, Mihaela Alina: “The Fraud Auditing: Empirical Study Concerning the Identification of the Financial Dimensions of Fraud”, *Journal of Accounting and Auditing Research & Practice*, 2012, Cilt 2012, s. 1-13.
- MERAN, Necati: *Dolandırıcılık, Sahtecilik, Güveni Kötüye Kullanma*, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- MICHAEL, Abramowicz: “Cryptocurrency-Based Law”, *Arizona Law Review*, 2016, Cilt 58, Sayı 2, s. 359-420.
- MISHKIN, Frederic Stanley: *The Economics of Money, Banking & Financial Markets*, 4. Baskı, Pearson-Addison-Wesley Publishers, Toronto, 2001.
- NEBİL, Füsün Sarp: *Bitcoin ve Kripto Paralar*, 1. Baskı, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- OĞUZMAN, Mustafa Kemal / SELİÇİ, Özer / OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- ORTA, Mesut: *Bilişim Suçları ve Elektronik Delillerin Toplanması Muhafazası Değerlendirilmesi Sunulması (Adli Bilişim)*, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAKSIZ, Pınar / TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ÖZDEMİR, Genç: “Kripto Paraların Eşya Niteliği”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 1, s. 289-306.
- ÖZDOĞAN, Burak / AKYÜZ, Fatma / GÜVEN, Ebru: “Blockchain Teknolojisi Temel Kavram ve Uygulamaları”, (Ed.) AKDOĞAN, Nalan / ASLAN, Ümmühan: *Blokzinciri Teknolojisi ve Kripto Varlıklar Eko Sistemi*, 1. Baskı, Gazi Kitapevi, Ankara, 2022, s. 15-25.
- ÖZEN, Muharrem / BAŞTÜRK, İhsan: *Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim- İnternet ve Ceza Hukuku*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

- ÖZLÜK, Betül: “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019, Cilt 27, Sayı 1, s. 139-166.
- PARLAR, Ali: *Türk Ceza Hukukunda Dolandırıcılık Suçları*, 2. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 2015.
- PISA, Michael / JUDEN, Matt: “Blockchain and Economic Development: Hype vs. Reality”, *Center For Global Development*, 2017, Sayı 107, s. 1-47.
- PIRİNÇÇİ, Ayşe Esra: “Yeni Dünya Düzeninde Sanal Para Bitcoin’in Değerlendirilmesi”, *Uluslararası Ekonomi Siyaset İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2018, Cilt 1, Sayı 1, s. 45-52.
- SAY, Cem: *5 Soruda Blokzinciri*, İncekara Matbaacılık, İstanbul, 2019.
- SAYMAZ, İsmail: *Tosun Bank*, 1. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2020.
- SİRMEN, Lale: *Eşya Hukuku*, 8. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- ŞENKARDEŞ, Çağla Gül: *Blokzincir Teknolojisi ve NFT’ler*, 1. Baskı, Ceres Yayınları, İstanbul, 2022.
- ŞIKLAR, İlyas: *Para Teorisi ve Politikası*, 1. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2004.
- ŞİMŞEK, Suat: “Mülkiyet Hakkının Kapsamı, Sınırlandırma Nedenleri ve Şartları Açısından 1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: Karşılaştırmalı Bir Analiz -I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2010, Sayı 91, s. 181-228.
- TAHAN, Özge: “Kripto Paraların Türk ve Alman Ceza Hukuku Düzenlemeleri Yönünden Değerlendirilmesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, 2021, Cilt 14, Sayı 1, s. 99-159.
- TARAKÇIOĞLU, Zeynep Esra: “Kripto Varlıklar ve Ceza Hukuku Sorumluluğu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 11, Sayı 2, s. 296-352.
- TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Ruhan / ÖNOK, Rıfat Murat: *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TOROSLU, Nevzat: *Ceza Hukuku Özel Kısım*, 1. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2005.
- ULUCAN ÖZKUL, Fatma / BAŞ, Ece: “Dijital Çağın Teknolojisi Blokzincir ve Kripto Paralar: Ulusal Mevzuat ve Uluslararası Standartlar Çerçevesinde Mali Yönden Değerlendirme”, *Muhasebe ve Denetim Bakış*, 2020, Cilt 20, Sayı 60, s. 57-74.
- ÜZÜMCÜ, Rabia / YILDIRIM, Yasin: “Kripto Paraların Hukuki Statüleri ve Sözleşmeler İçerisindeki Yerleri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, 2022, Cilt 13, Sayı 33, s. 271-291.
- WERBACH, Kevin: *Blokzinciri ve Yeni Güven Mimarisi*, (Çev.) USTA, Ahmet, 1. Baskı, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2021.
- WU, Yutang: *Detecting Fake Trading Volume on Cryptocurrency Exchange*, New York University Leonard N. Stern School of Business, New York, 2019.
- YASLIDAĞ, Beyhan: *Forex Piyasası İşlemleri ve Kripto Paralar (Türev Piyasalar- Teknik Analiz)*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (Forex Piyasası).
- YASLIDAĞ, Beyhan: *Kripto Paralar Nedir- Nasıl İşlem Yapılır Yatırım Stratejileri*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021 (Kripto Paralar).
- YAŞAR, Osman / GÖKCAN, Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa: *Türk Ceza Kanunu Yorumlu-Uygulamalı, Cilt IV*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- YAVUZ, Melih Sefa: “Ekonomide Dijital Dönüşüm: Blockchain Teknolojisi ve Uygulama Alanları Üzerine Bir İnceleme”, *Finans Ekonomi ve Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2019, Cilt 4, Sayı 1, s. 15-29.
- YAVUZASLAN SÖYLEMEZ, Seda: *Dijital Ekosistemin Yükselen Değeri Blockchain Teknolojisi ve Kripto Varlıklar*, Gazi Kitabevi, Ankara, 2022.
- YENİDÜNYA, Caner / DEĞİRMENCİ, Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, 1. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- YILMAZ, Tayfun: “Kripto Paralarda Fiyat Balonu Keşfi: COVID-19 Pandemi Dönemi Üzerine Bir Araştırma”, *İktisadi İdari ve Siyasal Araştırmalar Dergisi*, 2022, Cilt 7, Sayı 17, s. 90-103.

- YIRTIMCI, Esra: *Dolandırıcılık Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- YURTÇİÇEK, Mehmet Sıddık: *Hukuki Açıdan Elektronik Para*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- ZAPATA, Tan Tahsin: *Medeni Hukuk*, 28. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021.
- ZHAO, Hao / GAO, Xiangping / JIANG, Yuchao / LIN, Yi / ZHU, Jin / DING, Sicong / DENG, Lijun / ZHANG, Ji: "Radiocarbon-dating an early minting site: the emergence of standardised coinage in China", *Antiquity*, 2021, Cilt 95, Sayı 383, s. 1161-1178.



## Disiplin Hukuku Açısından “Yüz Kızartıcı ve Utanç Verici Hareketler”<sup>(\*)</sup>



“Disgraceful and Embarrassing Conducts” in Terms of Disciplinary Law

**Bilginur MARAŞ ÇANKAYA**<sup>(\*\*)</sup>



Hazine ve Maliye Müfettişi  
Hazine ve Maliye Bakanlığı

**Zehra DURKUN**



Hazine ve Maliye Müfettişi  
Hazine ve Maliye Bakanlığı

### Anahtar Kelimeler

Devlet Memurları Kanunu,  
Disiplin Cezaları,  
Memuriyetten Çıkarma Cezası,  
Yüz Kızartıcı Suç,  
Utanç Verici Hareket.

### Öz

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun (DMK) 125'inci maddesinde devlet memurlarının yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerinin memuriyetten çıkarma cezasını gerektirdiği düzenlenmiş olmasına rağmen yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğu mezkûr Kanun kapsamında belirtilmemiştir. “Yüz kızartıcı suç” kavramına DMK dışındaki kanunlarda ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 76'ncı maddesinde tanımlanmış bazı suçların tek tek sayılması suretiyle yer verilmiştir. Bu şekilde sayılarak belirtilen suçların toplumun ahlak değerlerini etkileyen suç tiplerinden olduğu açık olmakla birlikte aynı özellikte olduğu düşünülen “nüfuz ticareti”, “görevi kötüye kullanma” ya da toplumun vicdanına ve ahlakına daha çok tesir eden “çocuğun cinsel istismarı” gibi suçlarla ilgili kanun maddelerinde ve Anayasa'da yüz kızartıcı suç olarak açıkça yer verilmediği görülmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında ise yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğuna ilişkin farklı yaklaşımlar bulunmaktadır.

Bu çalışmada DMK'ya göre kişinin memuriyetten çıkarılmasını gerektiren “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler” ile ilgili olarak özel kanunlarda yapılan düzenlemelere ve doktrindeki görüşlere değinilecek olup bu kapsamda yargının da konuya yaklaşımı ele alınacaktır.

### Keywords

Civil Servants Act,  
Disciplinary Penalty,  
Penalty of Dismissal from Civil Service,  
Disgraceful Crime,  
Embarrassing Conduct.

### Abstract

Although it is stated in Article 125 of the Civil Servants Act No. 657 that disgraceful and embarrassing conducts of civil servants require the penalty of dismissal from civil service, it is not specified what disgraceful and embarrassing conducts are within the scope of the aforementioned Act. The concept of “disgraceful crime” is included in some acts and in Article 76 of the Constitution of the Republic of Turkey by counting some crimes one by one without being defined. While it is clear that the crimes listed are among the types of crimes that affect the moral values of the society, crimes such as “trafficking influence”, “abuse of power”, or “sexual abuse of child”, which affect the morality and conscience of the society more deeply, are not clearly stated within the scope of the disgraceful crime. On the other hand in doctrine and judicial decisions, there are different approaches to what disgraceful and embarrassing conducts are.

In this study, opinions in doctrine, regulations made in Turkish special acts regarding “disgraceful and embarrassing conducts that are incompatible with the title of civil servant”, which require the penalty of dismissal from civil service according to the Turkish Civil Servants Act, and the approach of the judiciary to this issue will be discussed.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 07.11.2022, Kabul Tarihi: 07.03.2023.

<sup>(\*\*)</sup> Sorumlu Yazar.

## GİRİŞ

657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun<sup>1</sup> (DMK) 124'üncü maddesinin son fıkrasında, “*kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin ve yönetmeliklerin devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre 125'inci maddedeki disiplin cezalarından birisinin verileceği*” hüküm altına alınmıştır. 125'inci maddede ise disiplin cezalarının çeşitleri ile bu cezaların uygulanacağı fiil ve hâller kanun koyucu tarafından tek tek sayılmıştır. Disiplin cezalarının en ağırı olarak düzenlenen “devlet memurluğundan çıkarma”, söz konusu maddenin (E) bendinde yer almakta olup bu cezayı gerektiren eylemlerden biri de (g) alt bendinde “*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak*” şeklinde belirlenmiştir. Ancak DMK'nın herhangi bir maddesinde bu hareketlerin neler olduğuna dair bir tanımlamaya ya da açıklamaya yer verilmemiştir.

DMK'da devlet memurluğuna alınacak kişilerde aranacak şartların neler olduğunun hüküm altına alındığı 48'inci maddenin (A) bendinin 5'inci alt bendi, 5728 sayılı Kanun<sup>2</sup> ile 2008 yılında değiştirilmiştir. Söz konusu kanun hükmü değiştirilmeden önce “... *devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyet kırıcı...*” şeklinde olup maddede yer alan “gibi” edatı yüz kızartıcı suçların bu maddede sayılanlarla sınırlı olup olmadığı ve sayılanlara benzer suçların da bu kapsamda olup olmadığı konusunda farklı görüşler oluşmasına ve tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bununla birlikte 98'inci maddede yer alan ve memurluğun sona ereceğini hükme bağlayan “... *memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini kaybetmesi...*” ifadesi söz konusu tartışmaların memuriyetin sonlanması noktasında da oldukça önemli olduğunu göstermektedir. Bahsi geçen kanun değişikliği sonucunda ise “yüz kızartıcı suç” kavramı madde hükmünden kaldırılmış ve memuriyete engel olan suçların isminin sayılması yoluna gidilmiştir. Bu durum memuriyetin başlangıcı ve sona ermesi anlamında konuyu netleştirmiş olsa da aynı kavramın yer aldığı mezkûr Kanun'un 125'inci maddesinde bir değişiklik yapılmamış olup devlet memurluğundan çıkarma cezasını gerektiren bazı hareketler için bu kavram kullanılmaya devam edilmiştir. Türk Ceza Kanunu'nda da (TCK)<sup>3</sup> yüz kızartıcı suçlara ilişkin bir sınıflandırma ya da tanımlama yapılmamıştır. Ancak yüz kızartıcı suçlara, bazı özel kanunlarda ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın<sup>4</sup> 76'ncı maddesinde, DMK'daki 48'inci maddenin eski hâline benzer şekilde, bir tanım yapılmadan bazı suçların tek tek sayılması ve ardından “gibi” edatının kullanılması suretiyle yer verilmiştir.

## I. YASALARIMIZDA “YÜZ KIZARTICI SUÇ” KAVRAMININ KAYNAĞI

Bu kavramın yasalarımızda ortaya çıkışı bekçi olabilme şartları belirtilirken kullanılan “*muhilli namus ve iffet cünha ile mahkum olmamak*” ifadesinin yer aldığı 1914 tarihli “Çarşı ve Mahallat Bekçileri Hakkında Kanunu Muvakkat” ile Osmanlı hukukunda olmuştur. Sonrasında ise bu ifade “*muhilli haysiyet ve namus ile ilgili suçlardan mahkum olmamak*” şeklinde 1926 tarihli “Memurin Kanunu”nda<sup>5</sup> memur olma şartları belirlenirken kullanılarak Cumhuriyet kanunlarına aktarılmıştır. Söz konusu kavram “yüz kızartıcı suç” şeklinde ilk kez 1961 Anayasası'nın 68'inci maddesinde milletvekili seçilme şartları açıklanırken kullanılmıştır. Mezkûr maddede “*zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlardan biriyle kesin olarak hüküm giymiş olanlar*”ın affa uğramış olsalar dahi milletvekili seçilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Daha sonra ise 1982 Anayasası'nda ve diğer bazı kanunlarda bu kavramın kullanımına devam edilmiştir.

<sup>1</sup> 23.07.1965 tarihli ve 12056 sayılı Resmî Gazete.

<sup>2</sup> 08.02.2008 tarihli ve 26781 sayılı Resmî Gazete.

<sup>3</sup> 12.10.2004 tarihli ve 25611 sayılı Resmî Gazete.

<sup>4</sup> 09.11.1982 tarihli ve 17863 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>5</sup> 31.03.1926 tarihli ve 336 sayılı Resmî Gazete.



*Selçuk*, suçların hukukumuzda “yüz kızartıcı olması ya da olmaması” ayrımının Fransız ceza sisteminden kaynaklandığını, bu sistemde “cinayet” gibi suçları işleyenlerin ahlaki bir değerlendirmeye “uslanmaz suçlular” sayıldığını, daha hafif ceza gerektiren “dolandırıcılık” gibi suçların ise bu kategoriye sokulmadığını eserinde belirtmiştir<sup>6</sup>. Ancak Türk hukuk sisteminde ise söz konusu kavramla ilgili bu şekilde net bir ayrım söz konusu değildir. Dolayısıyla literatürde bu kavramın Türk hukuk sistemine alınırken Fransız ceza sisteminin özündeki değerlendirme ve ölçülerin gözetilmediği, olması gereken niteliğinden uzaklaşıldığına ilişkin görüşler bulunmaktadır<sup>7</sup>.

## II. “YÜZ KIZARTICI SUÇ” KAVRAMININ YER ALDIĞI KANUNİ DÜZENLEMELER

“Yüz kızartıcı suç” kavramı kanunlarımızda genel olarak belirli meslek grupları için mesleğe giriş şartlarının belirlenmesi amacıyla kullanılmıştır. Dolayısıyla bu kapsamdaki suçların işlenmesinin mesleğe girişe engel hâllerden olduğu belirtilmiştir. Bu kavramın yer aldığı başlıca kanuni düzenlemeler aşağıda sıralanmıştır:

- 2709 sayılı 1982 Anayasası’nda milletvekili seçilebilmek için gerekli şartların belirtildiği 76’ncı maddenin 2’nci fıkrası,
- 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda<sup>8</sup> milletvekili seçilmesi mümkün olmayan kişilere ilişkin özelliklerin belirtildiği 11’inci maddenin (f) bendi,
- 2820 sayılı Siyasal Partiler Kanunu’nda<sup>9</sup> siyasi partilere üye olmanın düzenlendiği 11’inci maddenin siyasi partilere üye olamayacak kişilerin özelliklerini belirten 2’nci fıkrasının (b) bendi,
- 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda<sup>10</sup> hâkim ve savcı adayı olabilmek için gerekli niteliklerin belirtildiği 8’inci maddesinin (h) bendi,
- 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nda<sup>11</sup> avukatlığa kabul edilmekte engel oluşturan hâllerin düzenlendiği 5’inci maddesinin (a) ve (h) bentleri,
- 5684 sayılı Sigortacılık Kanunu’nda<sup>12</sup> sigorta ve reasürans şirketlerinin kuruluşunun düzenlendiği ve kurucuların sahip olması gereken özelliklerin yer aldığı 3’üncü madde,
- 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun<sup>13</sup> bankaların kurucu ortakları olma şartlarının düzenlendiği 8’inci maddesinin (d) bendi,
- 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun’da<sup>14</sup> af kapsamının düzenlendiği 1’inci madde.

## III. KONUSLA İLGİLİ OLARAK DOKTRİNDE YER ALAN GÖRÜŞLER

Disiplin kavramı Türk Dil Kurumunun resmi internet sitesinde “*bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturaptı*”<sup>15</sup> olarak tanımlanmıştır. Ceza hukuku ile genel toplum düzeninin korunması amaçlanırken disiplin

<sup>6</sup> SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982, s. 67.

<sup>7</sup> MALKOÇ, İsmail: “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1989, Sayı 4, s. 586.

<sup>8</sup> 13.06.1983 tarihli ve 18076 sayılı Resmî Gazete.

<sup>9</sup> 24.04.1983 tarihli ve 18027 sayılı Resmî Gazete.

<sup>10</sup> 26.02.1983 tarihli ve 17971 sayılı Resmî Gazete.

<sup>11</sup> 07.04.1969 tarihli ve 13168 sayılı Resmî Gazete.

<sup>12</sup> 14.06.2007 tarihli ve 26552 sayılı Resmî Gazete.

<sup>13</sup> 01.11.2005 tarihli ve 25983 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

<sup>14</sup> 04.07.2006 tarihli ve 26218 sayılı Resmî Gazete.

<sup>15</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 11.12.2022).

hukuku kuralları ile kamu hizmeti düzeninin korunması amaçlanmaktadır. Kamu hizmetlerinin aksamaması ve gereği gibi yürütülmesi amacıyla kamu görevlisine yönelik olarak çeşitli ödev, görev, sorumluluk ve yasaklara uyulmaması durumunda disiplin cezası verilmesinin usul ve esasları disiplin hukuku ile sağlanmaktadır<sup>16</sup>. Bazı ülkelerde disiplin hukuku “disiplin ceza hukuku” adı altında yasal düzenlemeye konu edilerek kurumsallaştırılmıştır<sup>17</sup>. Türk hukukunda ise disiplin suç ve cezaları ile soruşturma usulü DMK’da düzenlenmiş olmakla birlikte çeşitli yasa ve düzenleyici idari işlemler de bulunmaktadır.

“Kamu görevlisi” kavramı geniş ya da dar anlamda kullanılabilir<sup>18</sup>. “Geniş anlamda kamu görevlisi”, hukuki durumlarından ve yaptıkları görevin niteliğinden bağımsız olarak kamu kesiminde görev yapan herkesi ifade etmektedir. Bu anlamda “kamu görevlisi” kavramına dâhil olan kişiler “özel hukuk rejimine” ya da “kamu hukuku rejimine” tabi olabilir ve bu kişilerin idare ile aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar idari yargıda ya da adli yargıda çözümlenir. Cumhurbaşkanı, bakanlar, milletvekilleri, valiler, kaymakamlar ve işçiler de geniş anlamda kamu görevlisidir.

İdare hukukunda ise “kamu görevlisi” kavramı dar anlamda kullanılmaktadır. “Dar anlamda kamu görevlisi” devletin siyasi yapısını oluşturan organdaki görevliler ile kamu kesiminde özel hukuk hükümlerine tabi olan görevliler dışında kalan kamu görevlilerini ifade etmektedir. “Geniş anlamda kamu görevlisi” tanımında önemli olan husus kamu kesiminde “görev yapmak” iken “dar anlamda kamu görevlisi” tanımında önemli olan kişilerin faaliyetlerini “meslek” olarak yapmalarıdır. “Dar anlamda kamu görevlisi” olan kişiler “kamu hukuku rejimine” tabidir ve bu kişilerin idare ile aralarında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar idari yargıda çözümlenir. Cumhurbaşkanı, bakanlar, milletvekilleri yaptıkları işi meslek olarak yapmadıklarından, işçiler ise özel hukuk rejimine tabi olduklarından “dar anlamda kamu görevlisi” sayılmaz<sup>19</sup>.

TCK’nın 6’ncı maddesinde kamu görevlisi “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlanmıştır. Anayasa’nın 128’inci maddesinde ise “*Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.*” hükmü yer almaktadır. Burada “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri”nin bir tanımı yapılmamış olmakla birlikte “dar anlamda kamu görevlisi” kavramının kamu kurumlarının “genel idare esaslarına” göre yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinin gerektirdiği “asli ve sürekli görevleri” yürüten kişileri kapsadığı ve bu kişilerin de “memurlar” ve “diğer kamu görevlileri” olduğu anlaşılmaktadır.

Memurların devlet memurluğu statüsünü düzenleyen kurallara uymamaları nedeniyle kurum düzenini bozan fiillerine “disiplin suçu”, haklarında yürütülen soruşturmaya “disiplin soruşturması”, uygulanan yaptırıma ise “disiplin cezası” adı verilmektedir. Disiplin cezasını gerektiren fiilin aynı zamanda Ceza Kanunu açısından da bir suç olması durumunda memur hakkında hem disiplin soruşturmasının hem de ceza soruşturmasının yürütülmesi gerekmektedir<sup>20</sup>.

DMK’nın 125’inci maddesinde memurlara verilecek disiplin cezaları ve bu cezaların verilmesini gerektirecek disiplin suçları düzenlenmiştir. Disiplin cezalarında muhatap, idare içinde yer alan ve idarenin ajanı konumunda olan memur ya da diğer kamu görevlisidir. İdare, disiplin cezalarıyla kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirebilmek ve sürdürülebilmek için bu hizmetleri bizzat yürütmekte olan personeline ceza tehdidinde bulunmaktadır<sup>21</sup>.

<sup>16</sup> PINAR, İbrahim / ÇALIŞKAN, Öner: *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 23.

<sup>17</sup> GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 13. Baskı, Doruk Kitabevi, Ankara, 2019, s. 850.

<sup>18</sup> GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukukuna Giriş*, 26. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020, s. 305.

<sup>19</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 717.

<sup>20</sup> AKYILMAZ / SEZGİNER / KAYA, s. 765.

<sup>21</sup> SAĞLAM, Mehmet: *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003, s. 17.

Doktrinde disiplin cezaları için farklı tanımlamalar mevcuttur. Bunlardan bazıları, disiplin cezalarının memurun mesleki hayatında ve görevinde görülen yolsuzluklara karşı kendisine uygulanan bir kısım zorlayıcı müeyyideler olduğu<sup>22</sup>; kamu hizmetlerinin yürütülmesi ve kamu yararının devamlılığının sağlanması amacıyla kamu görevlileri için görev, yetki ve sorumlulukları açısından yasal olarak getirilmiş yaptırımlar olduğu<sup>23</sup> ve kamu hizmetlerinin en iyi şekilde yürütülmesini sağlamak, teşkilat düzenini devam ettirmek, devletin onur, saygınlık ve güvenilirliğini korumak amacıyla kanunla belirlenmiş yasak fiil ve davranışlarda bulunan personel hakkında uygulanan idari ceza tedbirleri olduğu<sup>24</sup> şeklindedir.

Disiplin cezalarının niteliğinin daha iyi anlaşılabilmesi için disiplin cezalarının genel ceza kavramı ile karşılaştırılması gerekmektedir. Disiplin hukukunda disiplin cezaları ile “kurum düzenini bozacak fiiller” yaptırıma tabi kılınmış iken ceza hukukunda bir kişinin “toplum düzenine karşı işlediği fiiller” cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla ceza kanunları, memur olsun olmasın, toplumdaki herkes hakkında uygulanabilirken disiplin cezaları sadece memur ya da kamu görevlisi hakkında uygulanmaktadır<sup>25</sup>. Eğer bir fiil hem kurum düzenini hem de toplum düzenini bozuyorsa her iki açıdan da cezalandırılabilir<sup>26</sup>. Ancak cezalar adli kararlar olup hâkimler tarafından verilmekte, disiplin cezaları ise idari işlemler olup yetkili amir ve kurullar tarafından verilmektedir. Suçla ilgili olarak ceza mahkemesi tarafından verilen kararlar idari organ için bağlayıcı iken idari organın verdiği karar ceza mahkemesi için bağlayıcı değildir<sup>27</sup>. Dolayısıyla bunlara itiraz usulleri de farklı olup cezalara itiraz temyiz davası yoluyla, disiplin cezalarına itiraz ise iptal davası yoluyla mümkün olabilmektedir. Ayrıca ceza hukuku açısından belli şartlarda infaz rejimi olarak cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün iken disiplin cezaları açısından bu yollara gidilmesi mümkün değildir.

Kamu hizmetini olumsuz etkileyecek davranışları yaptırıma bağlayan disiplin hukuku, geniş anlamda idari ceza hukuku içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, disiplin hukukundaki genel ilkelere önemli bir kısmı ceza ve idare hukuku ilkelerinden alınmıştır. Bu durum, disiplin hukukundaki uygulamaların keyfilikten uzaklaşmasını, uygulamalara hukuki değer kazandırmasını ve adil sonuçlar doğmasını sağlamaktadır<sup>28</sup>.

Kanunilik ilkesi, “ceza müeyyidesi ile sonuçlanan ve suç olarak nitelendirilen eylemlerin kanun ile belirlenmesi” olarak tanımlanmakta olup bu ilkenin amacı kişilerin yasakları bilerek davranışlarını buna göre düzenlemesidir. Çünkü ancak böyle bir durumda bir kişiyi işlemiş olduğu bir fiilden dolayı kusurlu saymak mümkündür. Doktrinde bu ilkenin disiplin hukukundaki uygulamasıyla ilgili olarak iki farklı görüş bulunmaktadır<sup>29</sup>.

Bu konudaki birinci görüşe göre hem disiplin cezaları hem de bu cezaların hangi fiiller için verileceği kanun ile açıkça belirlenmelidir. Bu görüş, Anayasa’nın 38’inci maddesine dayandırılmaktadır. Mezkûr maddede suç ve cezalara ilişkin genel esaslar düzenlenmiştir. Buna göre kimse işlediği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz, kıyas yaparak suçun kapsamı genişletilemez ve kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez. Dolayısıyla bu görüşü savunanlara göre disiplin cezalarının da kişiyi bir isnat altında bırakması sebebiyle idarenin keyfilğine yer verilmemesi açısından suç ve cezaların neler

<sup>22</sup> ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt*, 3. Baskı, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1966, s. 1188.

<sup>23</sup> PINAR, İbrahim: *Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999, s. 1187.

<sup>24</sup> DÖNMEZ, Mustafa: *Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu*, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2000, s. 205.

<sup>25</sup> ASLAN, Zedreddin / ALTINDAĞ, Halil: *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 40.

<sup>26</sup> DÖNMEZ, Mustafa: *En Son Değişiklikler ile Açıklamalı-İçtihatlı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu*, 8. Baskı, Kamusal Hukuk Yayınevi, Ankara, 2018, s. 890.

<sup>27</sup> DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 58.

<sup>28</sup> ARSLAN, M. Metin / BULUT, Metin / DURSUN, Abdulkadir: *Eğitim ve Diğer Kamu Kurumlarında Disiplin Usulü ve Soruşturma Örnekleri*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019, s. 48.

<sup>29</sup> ASLAN / ALTINDAĞ, s. 40.

olduğunun kanun koyucu tarafından belirlenmesi ve Anayasa'nın "memur teminatı" yönünden öngörüldüğü usule uygun olması gerekmektedir<sup>30</sup>.

Bununla birlikte doktrinde disiplin suç ve cezalarında kanunilik ilkesine yönelik değerlendirmelerde Anayasa'nın 128'inci ve 130'uncu maddelerine de yer verilmektedir. Anayasa'nın "kamu hizmeti görevleriyle ilgili genel ilkeler"i düzenleyen 128'inci maddesinde, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin diğer özlük işlerinin de kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Hem doktrinde hem de yargı kararlarında "diğer özlük işleri" ifadesinin disiplin suç ve cezalarını da kapsadığı, dolayısıyla disiplin suç ve cezalarının da kanunla düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır. Anayasa'nın 130'uncu maddesi ise "diğer kamu görevlisi" olan öğretim elemanlarının disiplin ve ceza işlerinin kanunla düzenlenmesi gerektiğini ifade etmekte olup söz konusu hüküm de yine bu görüşe dayanak olarak sunulmaktadır.

Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin uygulamasıyla ilgili olarak diğeri bir görüş ise disiplin suç ve cezalarının genel hatları ile kanunla düzenlenmesi, detaylarının ise idareye bırakılması gerektiği yönündedir<sup>31</sup>. Bu görüşü savunanlar, disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında amaç, kapsam, temel ilke, uygulama ve sonuç yönündeki farklılıklara dikkat çekmekte ve disiplin hukukunda tüm disiplin suçlarının tüm detaylarıyla belirlenerek her zaman her kurum için geçerli cezalarla eşleştirilmesinin mümkün olmadığını değerlendirmektedir. Bu görüş, "idarelerin kanuniliği" ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 123'üncü maddesini esas almaktadır. Dolayısıyla bir idari faaliyetin tüm yönleriyle kanunla düzenlenmesi yerine, faaliyetin genel hatlarının ve temel ilkelerinin kanunla belirlenmesi ve detayların idarenin takdirine bırakılması yeterlidir. Bu noktada ise idareye tanınmış genişletici yorum yetkisinden bahsedilmektedir. Ancak bu yetkinin yeni bir hukuk kuralı getirmek niteliğinde olmadığı, kanun koyucunun iradesine uygun şekilde, DMK'da sayılan ve disiplin cezası gerektiren fiillere benzer nitelikteki diğeri fiillerin de cezalandırılmasını sağlamak amacıyla idareye tanındığı belirtilmektedir<sup>32</sup>.

Disiplin hukukunda kanunilik ilkesinin uygulanmasına yönelik bu tartışmalar, DMK'nın 125'inci maddesinin (E) bendinde yer alan "devlet memurluğundan çıkarma" cezasını gerektiren fiilleri de kapsamaktadır. Devlet memurluğundan çıkarılmayı gerektiren eylemlerden biri olarak mezkûr maddenin (g) alt bendinde yer alan "memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak" eyleminin kapsamına yönelik olarak kanun koyucunun "yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler" in neler olduğunu belirtmeyerek soyut ifadelerle idareye memur güvenliğini ihlal edecek derecede geniş takdir yetkisi tanıdığını savunan görüşler bulunmaktadır<sup>33</sup>. Diğeri yandan, "yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler" in kanunda tanımlanarak yapılmayarak bu hareketlerin neler olduğunu idare ve yargı tarafından belirlenmesinin her somut olayın kendine özgü özelliklerini değerlendirmek açısından daha makul olduğunu savunan başka bir görüş de mevcuttur<sup>34</sup>. DMK'da yüz kızartıcı suç ile birlikte "utanç verici hareket" ifadesi de kullanılmaktadır. Bu kavram disiplin yaptırımını gerektiren yüz kızartıcı suçlardan daha geniş kapsamlıdır ve bu konuda da mevzuatta bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun koyucu "hareket" ifadesini kullanarak suç teşkil etmeyen fiilleri de disiplin suçu kapsamında değerlendirmiştir<sup>35</sup>.

<sup>30</sup> GİRİTLİ, İsmet: "Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1964, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 3.

<sup>31</sup> GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: "İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Ceza Müeyyide Tatbiki", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1963, Cilt 18, Sayı 2, s. 115.

<sup>32</sup> LİVANELİOĞLU, Ö. Asım: *Memur Disiplin Hukuku*, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara, 2003, s. 28.

<sup>33</sup> KAMAN KARAN, Nur: *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 65; KARAARSLAN, Mehmet: "Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 1, s. 95.

<sup>34</sup> KEYMAN, Selahattin: *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Doruk Yayınları, Ankara, 1981, s. 80; SELÇUK, s. 66; ALPAR, Erol: "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı", *Türk İdare Dergisi*, 1991, Cilt 63, Sayı 391, s. 67.

<sup>35</sup> PINAR / ÇALIŞKAN, s. 77.

Literatürde “yüz kızartıcı suç” kavramının mahiyetine ilişkin tanım “kişiyi toplum nazarında küçük düşüren ve kişinin utanma duygularını inciten suç” şeklinde yapılmıştır<sup>36</sup>. Dolayısıyla bu suçun oluşup oluşmadığına yönelik yapılacak değerlendirmenin bir fiilden ziyade kişiye ilişkin bir durum olduğu, bu durumun her toplum ve hatta her kişi için farklı olabileceği, bu sebeple yüz kızartıcı suçun oluşup oluşmadığına yönelik değerlendirmede kullanılacak objektif, kanuni ve mantıki dayanağı olan bir ölçü bulunmadığına ilişkin görüşler mevcuttur<sup>37</sup>. Bununla birlikte “yüz kızartıcı suç”ların cezalarının da “yüz kızartıcı” olacağı dolayısıyla kişiyi toplum nazarında küçük düşüren ve haysiyetini kıran nitelikte olacağı değerlendirilip bu durumun Anayasa’nın 17’nci maddesinde “hukuk devleti” ilkesinin en önemli gereklerinden biri olarak yer alan “*kimsenin insan haysiyetiyle bağdaşmayan cezayla cezalandırılmayacağı*” kuralına uygun olmayacağı da belirtilmektedir<sup>38</sup>. Bu görüşler sonucunda söz konusu kavramın mevzuatımızdan çıkarılması önerilmektedir<sup>39</sup>. Ancak diğer bir görüşe göre de, her ne kadar bu kavramın mevzuatımızdaki hâli “belirlilik ilkesi”ne uygun olmasa da, tamamen kullanımının kaldırılması yerine içinin doldurulması ve netleştirilmesi gerekmektedir<sup>40</sup>. Bu görüşü savunanlar, kişilerin devlete olan saygılarının zedelenmemesi için ahlaken yeterli kişilerin kamu kurumlarında çalışması gerektiğini, bu anlamda hukuk düzeninin ahlak kurallarına kayıtsız kalmaması ve toplumun ahlaki yapısına ters düşen hareketlerin disiplin hukukuna göre de cezalandırılması gerektiğini değerlendirmektedir. Diğer yandan, bu kavrama ilişkin asıl tartışmalar ilgili kanun maddelerinde “... *gibi yüz kızartıcı suçlardan hükümlü olmamak*” şeklinde yer alan ifadelerdeki “gibi” edatı üzerinden yürümektedir. Çünkü bu edatın varlığı, yüz kızartıcı suçların ilgili kanun maddelerinde sayılanlarla sınırlı olup olmadığı konusunda bir belirsizlik yaratmaktadır.

Doktrinde “yüz kızartıcı suç”ların sadece ilgili maddelerde sayılanlarla sınırlı olduğunu ve bunların dışındaki suçların “gibi” sözcüğüne dayanılarak kapsama alınamayacağına dair görüşler<sup>41</sup> bulunmakla birlikte bu suçların ilgili maddelerde sayılan suçlardan ibaret olmadığı ve maddede yer alan “gibi” edatının cümleye “ve benzerleri” anlamını verdiğini savunan görüşler<sup>42</sup> de bulunmaktadır.

“Yüz kızartıcı suç”ların kanunlarda sayılanlarla sınırlı olduğu yönündeki görüş, Anayasamızın 128’inci ve DMK’nın 18’inci maddesinde yer alan “memur güvencesinde yasallık” ilkesine dayandırılmakta ve kişiler hukukuna büyük ölçüde etki eden böylesine bir konuda net bir kriter belirlenmeden kanun koyucunun idarelere bu kadar geniş takdir yetkisi tanınmasının mümkün olamayacağı şeklinde açıklanmaktadır. Ayrıca bu kavramın kullanıldığı kanuni düzenlemelerde hep aynı suçların sayılmasının rastlantı olmadığı ve bu durumun kanun koyucunun bazı suçlara gösterdiği önem ve hassasiyetten kaynaklandığının düşünüldüğü belirtilmektedir.

“Yüz kızartıcı suç”ların kanunlarda sayılanlarla sınırlı olmadığı yönündeki görüşler ise kanun metinlerinin açık, anlaşılır ve dil bilgisi kurallarına uygun olarak hazırlandığı, dolayısıyla bu metinlerin her şeyden önce dil bilgisi kurallarına ve dil bilimi araçlarına uygun yorumlanmalarının kural olduğu temeline dayanmaktadır. “Gibi” sözcüğünün Türkçe’de “benzetme edatı” olduğu, anlam kaymasına uğramamış ve yeni bir anlam boyutu kazanmamış bir sözcük olarak kullanıldığı, dolayısıyla kanun metinlerinde ismi yer alan suçların benzerlerini de ifade etmek için bu kelimeye yer verildiği, kanun koyucunun amacının “yüz kızartıcı suç”lar için bir liste vermek olması durumunda bunu “... *gibi yüz kızartıcı suçlar*” ibaresini metin içerisinde geçirmeden sadece belirli suçları sayarak yapmasının bekleneyeceği belirtilmektedir. Bununla birlikte bu görüşü savunanlar idarelerin bu noktada mutlak bir takdir yetkisi bulunmadığını, hangi suçların “yüz kızartıcı suç” kapsamında değerlendirileceğinin bilimsel

<sup>36</sup> MALKOÇ, s. 586.

<sup>37</sup> ÇAĞLAYAN, Muhtar: “Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz”, *Adalet Dergisi*, 1977, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 36.

<sup>38</sup> DURSUN, Selman: “Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, *Polis Dergisi*, 2003, Sayı 36, s. 441.

<sup>39</sup> TURABİ, Selami: “Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı ve Bir Öneri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 7, Sayı 19, s. 153.

<sup>40</sup> BALCI, Murat: “Devlet Memuriyetinden Çıkarma Cezası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 44, s. 151.

<sup>41</sup> KAMAN KARAN, s. 95.

<sup>42</sup> KEYMAN, s. 67.

olarak saptanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bunun yönteminin de suçu işleyen devlet memurunun suçunun ceza hukukundaki değerlendirmesinin doğru yapılması olduğu, yargının da incelemelerinde ceza hukuku ile öğreti ve uygulamasından yararlanması gerektiği belirtilmektedir<sup>43</sup>. Türkiye Büyük Millet Meclisinin 12.05.1937 tarih ve 991 sayılı yorum kararı ise bu ikinci görüşü destekler nitelikte olup “yüz kızartıcı suç”ların neler olduklarının suçların mahiyetine göre mahkemelerin takdirine bırakıldığı şeklindedir<sup>44</sup>. Ancak bu noktada da takdir yetkisinin hâkime ve mahkemelere bırakılmasının “suçta ve cezada kanunilik” ilkesine aykırı olduğunu ve kanun koyucunun hangi suçların yüz kızartıcı suç olduğunu tek tek belirlemesi gerektiğini savunan görüşler mevcuttur<sup>45</sup>.

#### IV. KONUyla İLGİLİ ÖRNEK YARGI KARARLARI

Yargıda yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin neler olduğu ile ilgili olarak bir içtihat birliği bulunmamaktadır. Bazı yargı kararları yüz kızartıcı suçların ilgili kanun maddelerinde sayılı olanlarla sınırlı olduğu yönünde olsa da konuya ilişkin olarak Anayasa Mahkemesinin 2014 yılında vermiş olduğu karar ile son dönemde yüksek mahkemelerin birçok kararı, toplumun kendine özgü yapısına, gelişimine ya da maruz kaldığı etkilere göre değişikliğe uğrayabilen bu suçların kanunlarda tanımlanmasının yahut tek tek sayılmasının mümkün olmadığı ve toplumun ahlaki açıdan şiddetle reddettiği benzer özellikteki diğer bazı suçların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği yönündedir. Konuyla ilgili bazı örnek yargı kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

##### A. AYM, T. 16.01.2014, E. 2013/110, K. 2014/8

Anayasa Mahkemesine Mardin İdare Mahkemesi tarafından yapılan bu başvuru, bir memurun Adalet Bakanlığının zabıt katibi alımı için yaptığı bir uygulama sınavında adaylardan birine yardımcı olması sebebiyle devlet memurluğundan çıkarılmasına ilişkin olarak Yüksek Disiplin Kurulunun verdiği kararın iptali ve bu işlem nedeniyle yoksun kaldığı parasal ve özlük haklarının yasal faizi ile kendisine ödenmesi istemiyle açtığı davada, uygulanması gerekli kural olan DMK'nın 125/E-(g) maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu ve dolayısıyla bu maddenin iptali ve yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesi istemiyle yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu başvuruya ilişkin verdiği kararda, “*dava konusu kuralda belirsiz olduğu ileri sürülen memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerin tümünün önceden öngörülmesinin ve tespitinin imkânsız olduğu, idarenin faaliyetlerinin çok çeşitli, karmaşık ve değişken olması sebebiyle söz konusu hareketlerin tek tek ortaya konulmasının mümkün olmadığı, normun daha kesin ve açık bir düzenlemeye olanak tanımaması nedeniyle kullanıldığı anlaşıldığından anılan kavramların kullanılmasında belirlilik ilkesine aykırılık bulunmadığı, fıkra genel bir belirleme yapılmadığı, disiplin cezası gerektiren hareketlerin, memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici olması gerektiği düzenlenerek genel çerçevenin çizildiği*” belirtilmiştir. Bununla birlikte söz konusu kararda uygulanan idari işlemlere karşı yargı yolu açık olduğu için belirsiz olduğu iddia edilen “yüz kızartıcı suç” kavramının ve bu kavramın belirttiği hareketlerin yargı kararları yoluyla da netleştirildiği ve dolayısıyla itiraza konu olan DMK'nın 125/E-(g) maddesinin Anayasa'ya aykırı olmadığı değerlendirilmiştir.

##### B. Yargıtay, CGK, T. 02.07.1996, E. 1996/3-144, K. 1996/171

Bir sanığın sabıka kaydında yer alan cinsel saldırı suçunun yüz kızartıcı suçlardan olmadığı ve ilgili Kanun maddesinde belirtilen beş yıllık süre geçtiği için sabıkanın adli sicilinden silinmesi talebine ilişkin olarak Yargıtay Ceza Genel Kurulunun verdiği bu kararda, yüz kızartıcı suçun yasalarda tanım-

<sup>43</sup> ALPAR, s. 67.

<sup>44</sup> MALKOÇ, s. 586.

<sup>45</sup> TURABİ, s. 153.

lanmadığı belirtilerek “toplumun yapısına göre zaman zaman değişikliğe uğrayan bu suçların yasalarda tek tek sayılmasının olanaksız olduğu, yasalarda birtakım suçlar sayıldıktan sonra ‘... gibi’ denilmek suretiyle diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğunun uygulamaya bırakıldığı, yüz kızartıcı suçun kişiyi toplum nazarında küçük düşüren suçlar olduğu; küçük düşmenin, utanmanın, kişiden kişiye değiştiği ve toplumların değer yargılarının farklı olduğu dolayısıyla bu özelliğin belirlenirken subjektif değil objektif ölçülerin dikkate alınarak suçun niteliğinin, saikinin, sonucunun, suçun işlenme koşullarının ve zamanının değerlendirilmesi gerektiği” vurgulanmıştır. Ayrıca bu kararda, yüz kızartıcı suçların “ahlak düzeninin çok şiddetle reddettiği ve toplumun çok büyük ahlaki tepkiler gösterdiği suçlar” olduğu belirtilerek konu özelinde cinsel saldırı suçunun yasalarda bu kapsamda tek tek sayılan suçlardan olmamasına rağmen yukarıda belirtilen nitelikleri taşıması nedeniyle yüz kızartıcı suç olduğu değerlendirilmiştir.

### C. Danıştay, İDDK, T. 12.11.2014, E. 2012/482, K. 2014/3992

Bir üniversitede görev yapmakta olan davacının, “bir başkasının bilimsel eserinin veya çalışmasının tümünü ya da bir kısmını kaynak belirtmeden kendi eseri gibi göstermek (intihal)” fiili sebebiyle öğretim mesleğinden çıkarılmasına ilişkin Yüksek Disiplin Kurulu işleminin iptali ve söz konusu fiilin 5525 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi istemiyle açılan davayla ilgili olarak verilen kararda, “ilgili Kanun metninde yer verilen ‘gibi’ sözcüğünün yüz kızartıcı suç olarak anılan ve sayma yoluyla belirtilen Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit veya nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas suçlarından birini ifade etmek üzere kullanıldığı, aksi yorumla, bu sözcüğün, ‘sayılanlara benzer suçları’ ifade ettiğinin kabul edilmesinin Anayasa’nın 128’inci maddesinin ikinci fıkrası ile DMK’nın 18’inci maddesi uyarınca memurların memurluklarının sona erdirilmesine ilişkin durumların bizzat kanunda düzenlenmesi gerektiğine ilişkin memur güvencesine aykırı olacağı gibi idarelere, Kanun’da gösterilen suçlar dışında benzer suçların yüz kızartıcı suç sayılması konusunda, ölçütleri belirsiz, geniş bir takdir yetkisi tanınması sonucunu da doğurabileceği” belirtilmiştir. Buna bağlı olarak 5525 sayılı Kanun’un 1’inci maddesinde bu Kanun kapsamında olmadığı sayılan eylemler arasında intihale yer verilmediği için bunun yüz kızartıcı bir suç olmadığı ve dolayısıyla dava konusu disiplin cezasının Kanun kapsamında affedilen disiplin cezalarından biri olduğu değerlendirilmiştir.

### D. Danıştay, 16. D., T. 21.04.2015, E. 2015/9697, K. 2015/1941

Sahip olduğu yetkileri kötüye kullanmak suretiyle başkasına ait kişisel verileri hukuka aykırı olarak ele geçirdiği ve bu sebeple DMK’nın 125/E-(g) maddesinde sayılan koşulların davacı yönünden oluştuğu sonucuna varılan bu karar, bir zabıt kâtibinin eşine ait cep telefonundan kimlerle konuşulduğunu tespit etmek istemesi, bunun için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığına hitaben gerçeğe aykırı resmi yazılar düzenlemesi ve bu yazıları da isim ve sicilini yazdığı Cumhuriyet savcısına imzalatması şeklinde gelişen olay ile ilgilidir. Davacı, bu eylemleri için yapılan yargılama sonucunda görevi kötüye kullanma suçundan hapis cezası ile cezalandırılmış ancak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. Adalet Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu da bu şahsın DMK’nın 125/E-(g) maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına karar vermiştir. Ancak söz konusu kararın iptali istemiyle dava açılmış ve idare mahkemesi davanın reddine karar vermiştir.

Davacının temyiz başvurusu üzerine Danıştay 12. Dairesinin 25.09.2013 tarihli E. 2010/9235 ve K. 2013/6619 sayılı kararıyla temyiz istemi reddedilmiş ve idare mahkemesi kararı onanmış ise de davacı tarafından bu kararın düzeltilmesinin istenilmesi üzerine Dairece verilen 18.02.2014 tarih ve E. 2013/11312, K. 2014/824 sayılı kararlar, “anılan eylemlerin DMK’nın 125/E-(g) maddesinde belirtilen ‘memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak’ olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığına anlaşıldığı ve bu durumda, davacının eyleminin gerçeğe aykırı belge düzenlemek olarak değerlendirilebilecek bir eylem olduğundan, davacıya

*DMK'nın 125/E-(g) maddesi uyarınca uygulanan disiplin cezasında hukuka uygunluk bulunmadığı*” gerekçesiyle anılan idare mahkemesi kararı bozulmuştur. İdare mahkemesi de 11.04.2014 tarih ve E. 2014/494, K. 2014/512 sayılı kararıyla Danıştay 12. Dairesinin bozma kararına uymuş ve dava konusu işlem iptal edilmiştir. Ancak davalı idare, dava konusu işlemin hukuka uygun olduğunu ileri sürerek ve idare mahkemesi kararının temyizden incelenerek bozulmasını istemiştir.

Danıştay 16. Dairesi, davalı idarenin temyiz isteminin kabul ederek idare mahkemesinin kararının bozulmasına ilişkin verdiği bu kararında, “*DMK'nın 125/E-(g) maddesinin kamu görevinin inanılır, güvenilir, itibarlı görevliler eliyle yürütülmesini amaçladığı, memur sıfatı taşıyan ve kamu hizmetinin personel unsurunu oluşturan kişilere toplumun güven duymasının bireylerin idareye olan güven ve inancını da sağlayacağı, kamu hizmetinin gerekli saygınlığı yitirmiş görevliler eliyle yürütülmesinin bireylerin idareye olan güven duygularının sarsılmasına, kişi ile idare ilişkilerinde arzu edilmeyen olumsuz bazı gelişmelere neden olabileceği ve bu sebeple söz konusu kanuni düzenleme ile böyle bir tehlikenin gerçekleşmesini engellemek amacıyla önlem alındığı*” belirtilerek davacının eylemleri DMK'nın 125/E-(g) maddesinde yer alan “*memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareket*” kapsamında değerlendirilmiştir.

#### **E. Danıştay, 5. D., T. 09.10.2018, E. 2016/49819, K. 2018/16359**

Kararda, “*‘Hırsızlık’ fiilini işlediği iddiası üzerine kesinleşmiş bir yargı kararı olmayan ancak yürütülen disiplin soruşturması sonucunda devlet memurluğundan çıkarılması öngörülen davacının, disiplin cezasına konu eylemlerinin memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak derecede yüz kızartıcı ve utanç verici davranış niteliğinde olmadığı sonucuna varılan bu kararda yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler hakkındaki görüşlerin çeşitlilik arz ettiği, ‘... gibi yüz kızartıcı suçlar’ denildiğinde maddede sayılmamış olan diğer yüz kızartıcı suçların neler olduğunun yasaları uygulamakla görevli yargı organlarınınca saptanmasının daha uygun olacağı*” belirtilmiştir.

#### **F. Danıştay, İDDK, T. 28.12.2020, E. 2020/2656, K. 2020/3508**

Söz konusu karar, İzmir ilinde bir müdürlükte görev yapan davacının irtikâp suçu işlediğinden bahisle DMK'nın 125/E-(g) maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmasına ilişkin olup bu işlemin iptali istenmektedir.

İzmir ilinde görev yapan davacının, bir kişinin satın almak istediği hazineye ait olan bir parselle ilgili olarak görevi dolayısıyla yapılacak işlemler karşılığında kişiyi ikna ederek para aldığı ve bu olayda kişinin istediği sonucu alamaması üzerine yaptığı başvuru üzerine incelemeci görevlendirildiği, yapılan inceleme ve alınan ifade tutanakları neticesinde söz konusu durumun irtikâp fiilini oluşturduğunun düşünüldüğü ve bu suçun kovuşturulması için gerekli ihbarın yapıldığı, disiplin yönünden ise davacının fiilinin DMK'nın 125/E-(g) maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği yönünde bildirilen görüş üzerine disiplin kurulu kararı ile davacının memurluktan çıkarma cezası ile cezalandırıldığı görülmüştür. Ancak ilk derece mahkemesi tarafından disiplin kurulunca verilen kararın, olayın maddi çerçevesini ve davacının olay içindeki durumunu tam olarak ortaya koyacak bir soruşturma raporuna dayanmaması nedeniyle, şekil ve neden bakımından hukuka aykırı bulunduğu gerekçesiyle işlemin iptaline karar verilmiştir.

Bu durum üzerine Danıştay 12. Dairesinin 05.10.2017 tarih ve E. 2016/10594, K. 2017/4638 sayılı kararıyla, karar düzeltme aşamasında, davacının disiplin cezasına konu fiilleri nedeniyle hakkında açılan kamu davasında, “*yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama*” suçunu işlediğini sabit görmüş ve davacının eylemine uyan disiplin cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna vararak idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Ancak ilk derece mahkemesinin ısrar kararında, “*Anayasa'nın 76'ncı maddesinin ikinci fıkrasında sayılan zimmet, ihtilas, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma,*



*dolanlı iflas gibi suçların, yüz kızartıcı suçlar olarak sayıldığı, aynı hükmün 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nda yinelenildiği, DMK’nın 48/A-5 maddesi ile yüz kızartıcı suç kavramına zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık gibi suçların dâhil edildiği, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun avukatlığa kabule engel haller arasında da yine benzer suçların olduğu, irtikâp suçunun yüz kızartıcı suçlar arasında sayıldığı ancak davacı hakkındaki kesinleşen ceza yargılaması sonucunda adli yargı yerince davacının fiilinin ikna sureti ile irtikâp suçunu oluşturmadığı, davacının eyleminin değişip dönüşmek sureti ile ceza mahkemesi kararının verildiği 29.11.2011 tarihindeki haliyle “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlamak” suçu olduğunun tespit edildiği, bu nedenle cezaya konu fiilin DMK’nın 125/E-(g) bendinde sayılan yüz kızartıcı suç olarak nitelenmesine hukuken olanak bulunmadığı” açıklamalarına yer verilmiştir. Buna bağlı olarak davacıya isnat edilen işlem ve eylemlerin DMK’nın 125/D-(c) bendinde düzenlenen “görevi ile ilgili olarak her ne şekilde olursa olsun çıkar sağlamak” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilerek konusu işlemin iptali yolundaki ilk kararda ısrar edilmiştir.*

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 12.12.2019 tarih ve E. 2019/1972, K. 2019/6514 sayılı kararıyla ile de davacının eyleminin DMK’nın 125/E-(g) maddesinde belirlenen “memuriyetle bağdaşmayacak şekilde yüz kızartıcı ve utanç verici hareket” kapsamına girdiği sonucuna varılmış ve idare mahkemesinin ısrar kararının bozulmasına karar verilmiştir. Ancak davacının karar düzeltme talebi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.12.2020 Tarihli E. 2020/2656 ve K. 2020/3508 sayılı kararı ile Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 12.12.2019 tarih ve E. 2019/1972, K. 2019/6514 sayılı kararı kaldırılmış ve idare mahkemesinin davacının devlet memurluğundan çıkarılması işlemini iptal eden kararı onanmıştır.

#### **G. Danıştay, 12. D., T. 17.02.2021, E. 2018/2824, K. 2021/807**

Söz konusu karar, bir öğretmenin öğrencisi ile 18 yaşını doldurmadan ilişkide bulunması, anılan kişinin cinsel içerikli fotoğraflarını üçüncü kişilere yayması ve sosyal statüsünü tehdit etmek sureti ile yeniden ilişkiye girme ve iletişime geçmeye zorlaması eylemleri sonucunda Yüksek Disiplin Kurulu tarafından DMK’nın 125/E-(g) maddesi uyarınca devlet memurluğundan çıkarılması ile cezalandırılmasına ilişkindir. Yüksek Disiplin Kurulunun bu kararının iptali istemiyle dava açılmış ancak idare mahkemesi dava konusu işlemin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Daha sonra idare mahkemesi kararı temyize konu edilmiş ve Danıştay 12. Dairesinin 14.03.2018 tarihli E. 2016/7142 ve K. 2018/1095 sayılı kararıyla temyize konu idare mahkemesi kararı onanmıştır. Davacı tarafından bu kararın düzeltilmesinin talep edilmesi üzerine ise Danıştay 12. Dairesinin 17.02.2021 tarihli bu kararıyla davacının gerçekleştirmiş olduğu “cinsel istismar” eylemi DMK’nın 125/E-(g) maddesinde belirtilen “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” kapsamında değerlendirilmiş ve idare mahkemesi kararı onanmıştır.

#### **V. DEĞERLENDİRMELER**

DMK’nın 8’inci maddesinde “devlet memurlarının resmi sıfatlarının gerektirdiği itibar ve güvene layık olduklarını hizmet içindeki ve dışındaki davranışlarıyla göstermeleri gerektiği” hüküm altına alınmıştır. Bu sebeple güven ve itibarı zedeleyici fiil ve hâllerde bulunan devlet memurları Kanun’un 125’inci maddesinde belirtilen disiplin cezalarından uygun olanı ile cezalandırılmaktadır.

Disiplin hukukunun bir yaptırımı olan ve DMK’nın 125/E fıkrasında düzenlenen “devlet memurluğundan çıkarma cezası”nın memuru mali, sosyal ve hatta manevi açıdan zor duruma düşürebilecek bir sonucu olmakla birlikte memuriyet sıfatına olan güven, itibar ve saygınlığın zedelenmemesi amacıyla ilgili fıkra da yer verilen fiil ve hâller bu ceza ile cezalandırılmaktadır. Kanun’un 125/E-(g) fıkrası kapsamında verilebilecek cezanın ölçütünü ise “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketlerde bulunmak” oluşturmaktadır. Ancak mevzuatta “yüz kızar-

tıcı ve utanç verici hareket” kavramının kapsamına ilişkin olarak herhangi bir tanımlama ya da belirleme bulunmamaktadır. Bu durum söz konusu kavramın disiplin hukuku açısından tartışmaya açık bir konu hâline gelmesine sebep olmuştur.

Doktrinde “yüz kızartıcı suç” kavramının kapsamı ile ilgili görüşlerde çeşitlilik olduğu görülmüştür. Bu çeşitlilik genel olarak ilgili kanun maddelerinde yer alan “gibi” edatının farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. “Yüz kızartıcı suç”ların sadece madde metinlerinde sayılanlarla sınırlı olup olmadığına ilişkin tartışmaların uzun süredir devam etmesi ve farklı uygulamalara sebebiyet vermesi dolayısıyla bu kavramının mevzuattan çıkarılması ya da sınırlarının tam olarak belirlenerek netleştirilmesi gerektiği yönünde farklı görüşler bulunmaktadır.

Yukarıda örneklerine yer verilen yargı kararlarının küçük bir kısmında çeşitli kanunlarda sayılan suçlardan sonra getirilen “gibi” edatının idarelere takdir yetkisi vermediği, sayılan suçların genişletilemeyeceği, sadece kanunda sayılan nevideki yüz kızartıcı suçların bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmiştir. Ayrıca kanunda sayılan suçlar dışında bu kapsama alınan suçların devlet memurlarının Anayasa’nın 128’inci maddesinde yer verilen kanuni güvencesini ihlal ettiği ve söz konusu fiil ve hareketlerin belirlenmesi yetkisinin idareye ve yargı organlarına bırakılmasının ise farklı uygulamalara ve yorumlara sebebiyet vererek Anayasa’nın 2’nci maddesindeki hukuk devleti ilkesine aykırılık teşkil ettiği ileri sürülmüş ve DMK’nın 125/E-(g) maddesinin yürürlüğünün durdurulması istemiyle Anayasa Mahkemesine başvuruda da bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi 16.01.2014 tarih ve E. 2013/110 ve K. 2014/8 sayılı kararında “*kanunla düzenleme ilkesinin ilgili alanda temel ilkelerin kanunla konulmasını ve çerçevenin kanunla çizilmesini ifade ettiğini, bu niteliği taşıyan bir yasal düzenleme ile ayrıntıların belirlenmesi için yürütme organına yetki verilmesinin bu ilkeye aykırılık oluşturmadığını, itiraz konusu kural dayanak alınarak tesis edilen idari işlemlere karşı yargı yolunun açık olduğunu ve belirsiz olduğu ileri sürülen kavramlar ve bu kavramların belirttiği hareketlerin yargı kararları yoluyla da somutlaştırıldığını*” belirtmiş ve DMK’nın 125/E-(g) maddesinin Anayasa’ya aykırı olmadığına ve itirazın reddine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu karardan sonra verilmiş olan yargı kararları genel olarak suçun amacına, sonucuna, ne zaman işlendiğine ve işlendiği koşullara göre bir değerlendirme yaparak kanunda sayılmayan bazı suçları da bu kapsamda değerlendirir niteliktedir. Ancak yine de Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 28.12.2020 tarihli E. 2020/2656 ve K. 2020/3508 sayılı kararı gibi istisnai olarak tersi yönde verilen kararlar da bulunmaktadır. Genel olarak bu tür kararlara konu işlemlerin dava süreçlerinin çok fazla aşamadan oluştuğu görülmekte olup bunun da konuyla ilgili olarak yargıda bir görüş birliğinin olmamasından kaynaklandığı değerlendirilmektedir. Örneğin söz konusu kararın öncesinde Danıştay, temyiz aşamasında “yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlama” suçunu DMK’nın 125/E-(g) maddesi kapsamında değerlendirmiş ve Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu da aynı değerlendirmeyle ilgili idare mahkemesi kararının bu suçun madde kapsamına girmediğini belirten ısrar kararını bozmuştur. Ancak karar düzeltme talebi sonucunda Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun bu kararı kaldırılarak tersi yönde karar verilmiştir.

Bununla birlikte konuyla ilgili yargı kararlarının birçoğunda “ilgili kanunlarda yer alan ‘gibi’ edatının bunlara benzer diğer suçları da kapsayacağı, kanunların genel ve soyut kurallar koyması ve aynı zamanda idarenin faaliyetlerinin çok çeşitli, karmaşık ve değişken olması nedeniyle tüm suçların kanunlarda tek tek sayılmasının mümkün olmadığı” açıklamalarına yer verilmiştir. Disiplin suçları ile ilgili olarak idareye bu takdir yetkisinin bırakılmasının başlıca nedeni, yönetim düzenini bozacak ve kamu hizmet rejimini istikrarsızlaştıracak davranışları önlemede idarenin mücadele gücünü artırmaktır<sup>46</sup>. Dolayısıyla birçok yargı kararında cinsel istismar gibi bazı diğer suçların da kanunda sayılmamış olsa dahi yüz kızartıcı suç kapsamında olduğu ve DMK’nın 125/E-(g) maddesi kapsamında devlet

<sup>46</sup> ARSLAN / BULUT / DURSUN, s. 52.

memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılması gerektiği değerlendirilmiştir<sup>47</sup>. Bu yargı kararlarında yapılan hukuki değerlendirmelerde ayrıca “DMK’nın 125/E-(g) maddesinin kamu görevinin inandırılır, güvenilir, itibarlı görevliler eliyle yürütülmesini amaçladığı, memur sıfatı taşıyan ve kamu hizmetinin personel unsurunu oluşturan kişilere toplumun güven duymasının bireylerin idareye olan güven ve inancını da sağlaması açısından önemli olduğu, kamu hizmetinin gerekli saygınlığı yitirmiş görevliler eliyle yürütülmesinin bireylerin idareye olan güven ve inancının sarsılmasına neden olacağı ve bu sebeple Kanun’un önlem aldığı<sup>48c</sup>” belirtilmiştir.

Bizim de görüşümüz, disiplin hükümleri kapsamında devlet memurluğundan çıkarma cezası ile cezalandırılmayı gerektiren “memurluk sıfatı ile bağdaşmayacak nitelik ve derecede yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler”in Kanun’da örneklem yoluyla sayılan suçlardan ibaret olmadığı yönündedir. Disiplin cezalarına konu olan ve DMK’nın 125/E-(g) maddesi kapsamında kabul edilmesi gereken fiil ve hâllerin özellikle belirtilmemiş olması ve diğer bentlerde yer alan fiil ve hâllerden özellikli durumda olanların belirtilmiş olması durumu dikkate alındığında bu bentle ilgili olarak yasamanın idareye takdir yetkisi tanıdığı düşünülmektedir. Dolayısıyla toplumda kabul görmeyen ve tepki gösterilen, ahlaki açıdan kabul edilmeyen ve insanlık onuruna yakışmayan utanç verici tüm fiillerin bu kapsamda olması gerektiği değerlendirilmektedir.

Anayasa ve diğer bazı kanunlarda yer verilen güveni (inancı) kötüye kullanma suçu, yüz kızartıcı suç olarak özellikle sayılmasına rağmen görevi kötüye kullanma, ihaleye fesat karıştırma, cinsel taciz gibi suçlar yüz kızartıcı suç olarak belirtilmemiştir. Diğer yandan Türk Ceza Kanunu’nun 255’inci maddesinin gerekçesinde “kamu görevlisinin özel ilişkileri nedeniyle bu konuda yetkili olan kişilere işi yaptırabileceğine veya herhangi bir şekilde işi yapabileceğine inandırarak kişilerden menfaat temin etmesi” durumunda nüfuz ticareti suçu olduğu ancak “kamu görevlisinin, görülmesi istenen iş konusunda kendisi esasen görevli ve yetkili olmamasına rağmen görevli ve yetkili olduğunu söyleyerek ve işi yapacağını vadederek kişiyi yanıltması ve menfaat temin etmesi” durumunda dolandırıcılık suçunun olduğu belirtilmiş olup nüfuz ticareti ilgili kanunların yüz kızartıcı suç kavramına yer verilen maddelerinde tek tek sayılan suçlardan olmamasına rağmen dolandırıcılık suçu yüz kızartıcı suç olarak kanun maddelerinde yer almaktadır. Dolayısıyla burada belirtilen suçların ağırlığının benzer olduğu, hatta nüfuz ticaretinde ilgili konuda yetkili olan resmi sıfat sahibi kişinin konudan haberi olmamasına rağmen lekelenebildiği ve bu sebeple etkilerinin daha geniş olduğu düşünüldüğünde kanun maddelerinde sayılanlar arasında yer almayan bu türdeki birçok suçun da yüz kızartıcı suç olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir. Çünkü yasa koyucunun buradaki esas maksadı, devlet memuru sıfatına yakışmayacak fiil ve hâlleri işleyen memurların kamu görevi üstlenmesinin önüne geçmektir. Toplumun ahlaki değerlerini zedeleyici nitelikte olan bu fiil ve hâller ile ona temas edebilecek suçların tamamının somut olarak sayılmasının ise kanunların genel ve soyut nitelikte olması ilkesine aykırılık teşkil ettiği ve pratikte mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

## SONUÇ

Mevzuatta bir tanım yapılmaksızın bazı kanunlarda çeşitli suçların sayılması yoluyla ifade edilen yüz kızartıcı suçların sadece ilgili kanunlarda sayılan suçlardan ibaret olmadığı düşünülmektedir. Yasamanın bu kapsamdaki tüm suçları tek tek saymasının suçların toplumun yapısına göre zaman zaman değişiklik gösteriyor olması sebebiyle mümkün olmadığı, sayılan suçlardan sonra kullandığı “gibi” edatı ile toplumsal değerlere aykırı ve ahlaki ölçülerde kabul görmeyen suçların da bu kapsamda sayılabileceği, yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı bu suçlarla birlikte bir arada sayılmayan suçların da yüz kızartıcı suç olarak kabul edilmesinin DMK’nın 18’inci maddesine aykırılık teşkil etmediği değer-

<sup>47</sup> KORKMAZ, Kadir: “Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 13, Sayı 1, s. 241.; HATİPOĞLU, Mehmet / SARICALAR, A. Cahit: “Memur Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 2, s. 675.

<sup>48</sup> Danıştay, 16. D., T. 21.04.2015, E. 2015/9697, K. 2015/1941.

lendirilmektedir. Dolayısıyla idarenin yaptığı işlemlerde, yargı yolunun açık olduğu ve söz konusu hareketlerin yargı kararları yoluyla da somutlaştırıldığı dikkate alındığında, DMK'nın 125/E-(g) fıkrası kapsamında verilecek disiplin cezalarında “yüz kızartıcı ve utanç verici hareketler” içerisinde cinsel taciz, çocuk istismarı, nüfuz ticareti gibi kanunlarda ayrıca sayılmayan ancak toplum ahlakını ve vicdanını derinden etkileyen suçların da değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

---

**Katkı Oranı Beyanı:**

Çalışmaya Bilginur MARAŞ ÇANKAYA ve Zehra DURKUN eşit oranda katkı sağlamıştır.

---

**KAYNAKÇA**

- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil: *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- ALPAR, Erol: “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nda 48/A-5 Maddesinde Yer Alan Yüz Kızartıcı Suçların Kapsamı ve Sınırı”, *Türk İdare Dergisi*, 1991, Cilt 63, Sayı 391, s. 67-110.
- ARSLAN, M. Metin / BULUT, Metin / DURSUN, Abdulkadir: *Eğitim ve Diğer Kamu Kurumlarında Disiplin Usulü ve Soruşturma Örnekleri*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2019.
- ASLAN, Zedreddin / ALTINDAĞ, Halil: *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- BALCI, Murat: “Devlet Memuriyetinden Çıkarma Cezası”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2010, Cilt 5, Sayı 44, s. 151-170.
- ÇAĞLAYAN, Muhtar: “Yüz Kızartıcı Suç Üzerinde Bir İnceleme ve Önerimiz”, *Adalet Dergisi*, 1977, Cilt 68, Sayı 1-2, s. 36-51.
- DEMİRBAŞ, Timur: *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DÖNMEZ, Mustafa: *Devlet Memurları Kanunu ve Memurların Hukuki Durumu*, Mahalli İdareler Derneği, Ankara, 2000.
- DÖNMEZ, Mustafa: *En Son Değişiklikler ile Açıklamalı-İçtihatlı 657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu*, 8. Baskı, Kamusal Hukuk Yayınevi, Ankara, 2018.
- DURSUN, Selman: “Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, *Polis Dergisi*, 2003, Sayı 36, s. 441-447.
- GİRİTLİ, İsmet: “Devlet Memurları Kanunu Tasarısı ve Bazı Eksiklikleri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1964, Cilt 30, Sayı 1-2, s. 3-12.
- GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 1963, Cilt 18, Sayı 2, s. 115-182.
- GÖZLER, Kemal / KAPLAN, Gürsel: *İdare Hukukuna Giriş*, 26. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2020.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut: *İdare Hukuku*, 13. Baskı, Doruk Kitabevi, Ankara, 2019.
- HATİPOĞLU, Mehmet / SARICALAR, A. Cahit: “Memur Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 28, Sayı 2, s. 675-711.
- KAMAN KARAN, Nur: *Devlet Memurluğunun Sona Ermesi*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- KARAARSLAN, Mehmet: “Suç ve Cezaların Memuriyete Etkisi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 58, Sayı 1, s. 95-138.
- KEYMAN, Selahattin: *Hukuka Giriş ve Metodoloji*, Doruk Yayınları, Ankara, 1981.
- KORKMAZ, Kadir: “Takdir Yetkisinin Disiplin Hukukunda Kullanımı ve Yargısal Denetimi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, Cilt 13, Sayı 1, s. 241-252.
- LİVANELİOĞLU, Ö. Asım: *Memur Disiplin Hukuku*, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara, 2003.
- MALKOÇ, İsmail: “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 1989, Sayı 4, s. 586-599.
- ONAR, S. Sami: *İdare Hukukunun Umumi Esasları, II. Cilt*, 3. Baskı, İstanbul Tercüme ve Neşriyat Bürosu, İstanbul, 1966.
- PINAR, İbrahim: *Devlet Memurları Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat*, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 1999.
- PINAR, İbrahim / ÇALIŞKAN, Öner: *Açıklamalı-İçtihatlı Disiplin Suç ve Cezaları & Disiplin Soruşturması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- SAĞLAM, Mehmet: *Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması*, Mahalli İdareler Derneği Yayını, Ankara, 2003.
- SELÇUK, Sami: *Dolandırıcılık*, Yasa Yayınları, İstanbul, 1982.
- TURABİ, Selami: “Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı ve Bir Öneri”, *Ceza Hukuku Dergisi*, 2012, Cilt 7, Sayı 19, s. 153-172.



## Ataerkil Döngü İçerisindeki Türk Aile Hukuku Alanında Feminist Hukuk Düzenlemeleri<sup>(\*)</sup>



### *Feminist Law Regulations in the Field of Turkish Family Law in the Patriarchal Cycle*

Güzide İrem CAN



Yüksek Lisans Öğrencisi

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi  
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

#### Anahtar Kelimeler

*Feminizm,  
Kadın Erkek Eşitliği,  
Ataerkillik,  
Aile,  
Türk Aile Hukuku  
Düzenlemeleri,  
Özel Olan Politikler.*

#### Öz

Günümüzde “kadının varlığı” açısından her ne kadar Türk aile hukuku alanında ataerkil döngüden kurtulmaya yönelik hukuki düzenlemelerin yapıldığı ve Anayasa Mahkemesi tarafından verilmiş olan kararların yer aldığı gerçeği var olsa da mevcut düzen içinde kadınların devamlı olarak aile ve toplum içinde varlık mücadelesi verdiğini söylemek yerinde olacaktır. Kadın-erkek arasındaki eşitsizliğin giderilmesine yönelik ilk olarak yaratılması gerekenin toplumsal bilinç olduğu söylenmekle birlikte kadınlara yönelik hukuki düzenlemelerin yalnızca yazılı metinler içinde yer almasından ziyade yaratılacak olan toplumsal bilinç ile beraber bu hukuki düzenlemelerin fiilen hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik adımlar atılması gerekmektedir. Kanaatimizce, “mahrem” kabul edilen alana hapsolan kadının maruz kaldığı şiddetin, “özel alan” içerisinde görülmekten çıkarılarak politik alana taşınması ve burada bir kamusal mücadelenin yaratılması önem arz edecektir. Çalışma metni, temeli 1700’lerde atılmış, 1980’lerde yükselişe geçmiş feminizm kavramını; günümüzde cinsiyetçi yapı ve sömürüyü ortadan kaldırma amacını taşıyan, “ataerkil yapıya sahip” Türk aile hukuku sistemi içinde yer alan kadını ve kadın haklarını, mevzuat değişiklikleri ve Anayasa Mahkemesi içtihadındaki gelişmeler ışığında ve “özel olan politiktir” anlayışı temeline açıklamayı amaçlamaktadır.

#### Keywords

*Feminism,  
Gender Equality,  
Patriarchy,  
Turkish Family Law  
Regulations,  
The Personal is  
Political.*

#### Abstract

Nowadays, in terms of the “existence of women”, although there is the fact that legal arrangements have been made to get rid of the patriarchal cycle in the field of Turkish family law and there are decisions taken by the Constitutional Court; it would be appropriate to say that women are constantly struggling for existence in the family and society in the current order. Although it is said that the first thing to be created in order to eliminate the inequality between women and men is social awareness, it is necessary to take steps to ensure that these legal regulations are actually put into practice with the social awareness to be created, rather than just including the legal regulations for women in written texts. In our opinion, the necessity of creating a preventive public intervention against this political situation will have taken an important step by getting rid of the thought that the violence to which the woman who is imprisoned in the relationship of home and marriage, which is accepted as “private”, will be experienced “in private”. The text of the study covers the concept of feminism, which was founded in the 1700s and on the rise in the 1980s; aims to explain women and women’s rights within the “patriarchal” Turkish family law system, which aims to eliminate the sexist structure and exploitation today, in the light of legislative changes and developments in the Constitutional Court’s case-law, and on the basis of the understanding of “the personal is political”.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi.  
Hakem denetiminden geçmiştir.

Gönderim Tarihi: 11.01.2023, Kabul Tarihi: 15.06.2023.

## GİRİŞ

“Kol kırılır, yen içinde kalır.”, “er olan ekmeğini taştan çıkarır”, “saçı uzun olanın akli kısa olur”, “er gelir ev taşar, er gider ev şaşar”, “kadının şamdan altını olsa mumu dikecek olan erkektir” ve yüzlerce gibi eril ve ilkel söylemlerle ve bu söylemlerin günlük hayatta vücut bulmasıyla karşılaşmak çoğu kadının yaşamı boyunca rastladığı ve yanlışlığına direndiği bir durum olmakla beraber “ataerkil” hukuk sistemi içinde eril baskınlığının açıkça kaleme alındığı düzenlemeler sonucunda Türk aile hukuku alanında feminizm mücadelesinin büyük bir savaş verdiğini söylemek doğru olacaktır. Türk aile hukuku içindeki feminizm mücadelesinde ilk olarak anlaşılması gereken erkek otoritesi altındaki kadının yerinin ne olduğu ve bu otorite altındaki kadının kurtuluş mücadelesinden ne amaçlandığı olmalıdır. Bu çalışma, temeli 1700’lerde atılmış, 1980’lerde yükselişe geçmiş feminizm düşüncesi temelinde günümüzde cinsiyetçi yapı ve sömürüyü ortadan kaldırma amacını taşıyan, “ataerkil yapıya sahip” Türk aile hukuku sistemi içinde yer alan kadını ve kadın haklarını; mevzuat değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ve “özel olan politiktir” anlayışı temelinde açıklamayı amaçlamaktadır.

## I. FEMİNİZM KAVRAMI VE FEMİNİST HUKUK TEORİSİ

“Feminizm” sözcüğü ilk olarak 1890’larda Fransa’da ortaya çıkmıştır ancak bu sözcüğün kapsamı, anlamı ve etkileri ile ilgili büyük tartışmalar günümüzde de sonsuz bir döngü şeklinde devam etmektedir<sup>1</sup>. Feminizm, kadınlara erkeklerle birlikte eşit haklar ve fırsatlar tanınmasını amaçlayan bir akım olmakla birlikte mevcut düzen içindeki cinsiyetçiliği, cinsiyetçilikten kaynaklanan kadın hakları sömürsünü ve eril düzen içindeki baskı ve ayrımcılığı ortadan kaldırmayı hedefleyen bir harekettir<sup>2</sup>. Feminizm hareketinin mantığını anlayabilmek, öncelikle onu yaratan durum ve koşulların tarihi süreç içinde incelenmesini gerektirir, özetle “kadının tarihi süreç içindeki konumunun” farkındalığının edinilmesi ile başlar. “Eğer bütün insanlar doğuştan özgürse, nasıl oluyor da kadınlar köle olarak doğuyor? Çünkü kadınlar, erkeklerin tutarsız, belirsiz, bilinmeyen, keyfi iradelerine tabi olduklarına göre, bu, Kölelik Durumu değil de nedir?” isyanı ile beraber bu farkındalığı yaratan, “Feminizmin Annesi” olarak kabul edilen ve kadınların zorunlu evlilikleri ile birlikte kadın cinsiyetinin “köle” olarak atfedilmesine isyan eden kişi, ilk İngiliz feminist *Mary Astell* olmuştur. *Mary Astell*’in cinsiyet sömürsüne ilişkin sosyal sorgulaması ile beraber ilerleyen yıllar içinde kadınların eğitim hakkına sahip olabilmesi için bu düşünce üzerinden ilerleyen ve yaşamı boyunca eril söylem ve fikirlere karşı çıkan *Mary Woolstonecraft*’ın söylemlerini dikkate almak gerekmektedir<sup>4</sup>. 19. yüzyıl içindeki kadının konumu düşünüldüğünde kadın, aile hayatında gizli/özel tutulmuş ve siyasi haklardan yoksun bırakılmıştır. Gizli/özel sayılan bölümlere örnek olarak mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde<sup>5</sup> aile reisinin erkek olarak belirlenmesi veya evlilik içi tecavüzün mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda<sup>6</sup> suç olarak düzenlenmemiş olması; aile yapısını erkek için cennet, kadın içinse “şiddet” kültürünün egemen olduğu bir cehennem haline dönüştürebilmesi verilebilir. Bu yaklaşıma geçmişte karşı çıkmış ilk feministlerden olan *Mary Wollstonecraft*, modern dünyanın tiranlıktan kurtulması için sadece “kralların ilahi haklarına” değil “kocaların ilahi haklarına” da karşı

<sup>1</sup> Kavramsal olarak feminizm ve bu kavramın gelişimine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. NALBANT, Fatma / KORKMAZ, Tuğrul: “Feminist Teori Temelinde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Türkiye Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Artvin Çoruh Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 2, s. 167-169; SAĞLAM, Mehmet Ali: “Feminist Kuramda Kadının Politik Ekonomisi ve Dönüşümü”, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, 2020, Sayı 46, s. 396 vd.

<sup>2</sup> WALBY, Sylvia: “Feminism in a Global Era”, *Economy and Society*, 2002, Cilt 31, Sayı 4, s. 533; HUMM, Maggie: *The Dictionary of Feminist Theory*, 2. Baskı, Prentice Hall/Harvester Wheatsheaf, New York, London, 1995, s. 93; ANDERMAHR, Sonya / LOVELL, Terry / WOLKOWITZ, Carol: *A Concise Glossary of Feminist Theory*, Arnold, London, 1997, s. 76-77; LERNER, Gerda: *The Creation of Patriarchy*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986, s. 236.

<sup>3</sup> BERKTAY, Fatmagül: *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018, s. 41.

<sup>4</sup> Fransız İhtilali’nin temelini tepki olarak yazılan *Mary Wollstonecraft*’in “*Vindication of the Rights of Women* (Kadın Haklarının Savunması)” adlı eseri modern feminizmin ilk çalışması olarak kabul edilmektedir. Bkz. NALBANT / KORKMAZ, s. 168.

<sup>5</sup> 04.04.1926 tarihli ve 339 sayılı Resmî Gazete.

<sup>6</sup> 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmî Gazete.



çıkılması gerektiğini söylemiştir<sup>7</sup>. *Mary Astell*'in temel attığı feminist düşüncelerin ışığında, 1792 yılında *Mary Woollstonecraft* tarafından kaleme alınan “Kadın Haklarının Savunusu” eseri, feminist hareket için bir başlangıç noktası oluşturmakla beraber ileriye dönük feminist düşünceyi de etkilemiştir. “Feminist hukuk teorisi” kavramı ilk defa ABD’de 1978 yılında *Ann Scales* tarafından kullanılmıştır<sup>8</sup> ve günümüz incelemelerine de ışık tutmaktadır. Feminist hukuk teorisinin başlıca amacı kadınların bizzat kendi varlıklarını ortaya koyması ve hukuk tarihi içinde geçmişi, bugünü ve geleceği sınırlandırmaktır. Söz konusu sınırlandırmanın gerçekleşmesinin önemi, kadınların kendi konumlarının farkındalığını ortaya koyarak hukuk tarihi içinde erkek otoritesinden arınmış ve kendilerine eşit hak ve fırsatların tanındığı düzen içinde “birey” olarak kabul edilmesini sağlamaktır<sup>9</sup>. Feminist hukuk teorisi, çağdaş düşünceye önemli ve özgün katkılarda bulunan bir alandır. Teori ve pratik, kamusal ve kişisel (özel) olan arasındaki ayrılmaz bağ konusundaki ısrarı ile karakterize edilmektedir. “Özel (kişisel) olan politiktir” sloganında da sembolize edildiği üzere feminizmde teori ve pratiğin çok özel bir ilişkisi vardır. “Özel (kişisel) olan politiktir” sloganı, çalışmanın ilerleyen kısımlarında incelenecektir.

## II. ERKEK OTORİTESİ: ATAERKİL KAVRAMI

Ataerkil kavramı, tarihte kadınlara ve onların hayatına hükmeden egemen erkeklerin süreçlerini, fikirlerini ve toplumsal yapılarını kapsar<sup>10</sup>. İktidarı elinde bulunduranlar, bir diğer ifadeyle erkekler, toplumun değer ve kurumlarını belirler; kadınlara ait olmayan bir siyasi sistem kurar ve onları bunlardan dışlar. Aynı zamanda erkekler, kanunları ve anayasaları hazırlayarak hukukun en üst düzeydeki kurallarını ve yürürlükte olan tüm yasaları belirler<sup>11</sup>. *Catherine A. Mackinnon*'ın “erkek üstünlüğünün, yani eril iktidarın egemen olduğu toplumlarda erkeklerin görüşlerinin objektif ölçütlermiş gibi sivil topluma egemen olduğu, erkeklerin bu anlayışa dayanarak dünyanın dörtte üçüne (yani kadınlara ve çocuklara) hükmettikleri görülmektedir.”<sup>12</sup> deyişi ile feminizm savunucularının günlük, siyasi ve akademik hayatta kullanılan dil ve düzenlemelerin erkek iktidarı tarafından yaratıldığını, eril metodoloji ve fikirle harmanlanmış bu “iktidarın” güçlenmesinin önüne geçmeyi amaçladığı açıkça anlaşılmaktadır.

## III. TÜRKİYE CUMHURİYETİ VE FEMİNİST HUKUK ANLAYIŞI İLİŞKİSİ: TÜRK AİLE HUKUKU ALANINDA FEMİNİST HUKUK DÜZENLEMELERİ

### A. Aile Kavramı ve Kadının Aile İçindeki Varlığı

Aile kavramı, süreçleri ve işlevleri zaman ve mekâna göre değişen bir kurumu ifade eder. Bu nedenle evrensel bir kurum olan aile hakkında her zaman ve her yerde geçerli olacak genel bir açıklama yapmak mümkün olmasa da<sup>13</sup> Türk Dil Kurumunun “aile” kavramına ilişkin yapmış olduğu tanımlamaya göre aile, “evlilik ve kan bağına dayanan; karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” olarak kabul edilmektedir<sup>14</sup>. Feminist bakış açısına göre aile; ataerkil sistemi koruyan, kadın ve erkek için ayrıma dayalı çeşitli sosyal hizmetleri uygulayan bir

<sup>7</sup> BERKTAY, Fatmagül: “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, *Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları, No. 7*, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul, 2004 (Kadın), s. 6.

<sup>8</sup> SCALES, Ann: “Towards a Feminist Jurisprudence”, *Indiana Law Journal*, 1980-1981, Cilt 56, Sayı 3, s. 375.

<sup>9</sup> BRAIDOTTI, Rosi: *Embodiment and Sexual Difference in Contemporary Feminist Theory*, Columbia University Press, New York, 1994, s. 232-239.

<sup>10</sup> RAMAZANOĞLU, Caroline: *Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri*, (Çev.) BAYATLI, Mefkure, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998, s. 56; ANDERMAHR / LOVELL / WOLKOWITZ, s. 159; CODE, Lorraine: *Encyclopedia of Feminist Theories*, Routledge, London, 2000, s. 378; GERDER, s. 239.

<sup>11</sup> MACKINNON, Catharine A.: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (Çev.) YÖNEY, Türkan / YÜCESOY, Sabir, Metis Yayınları, İstanbul, 2003 (Devlet Kuramı), s. 174-175; GERDER, s. 239.

<sup>12</sup> MACKINNON, *Devlet Kuramı*, s. 271.

<sup>13</sup> KARACA, Büşra Gül: *Türk Hukukunda Aile Kavramı ve Ailenin Korunması*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2017, 3; ZEVLİLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe: *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 215.

<sup>14</sup> Türk Dil Kurumu Sözlükleri (<https://sozluk.gov.tr/>, ET: 18.12.2021).

kurumdur. 18.10.1982 tarih ve 17863 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 09.11.1982 tarihinde yürürlüğe giren 1982 Anayasası’nın 41. maddesinde; “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” hükmü düzenlenerek ailenin korunmasının ve eşitliğin yaşama geçirilmesi hususlarında Devlet’in görevi olduğunu düzenlenmiştir. Akabinde 2004 yılında ise Anayasa’nın “Eşitlik” başlıklı 10. maddesine “kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğu” kuralı eklenmiştir.

Feminizm bağlamında aile, kadınların “ezildiği” en önemli yer olarak görülmektedir<sup>15</sup>. Tanımlanmış aile yapısı içinde “kadının” varlığı incelendiği takdirde dikkati çeken ilk husus, kadının ev içi karşılıksız emeği<sup>16</sup> olacaktır. Kadının çalışma kapsamı, kamusal ve özel alanda istihdam edilmeleri anlamı dışında “ev içi gereken sorumlulukların” yerine getirilmesi şeklinde sınırlandırılmıştır. Bu sorumluluklar; çocuk bakımı, yemek, temizlik gibi kadının emeğini gerektiren işler olarak sayılabilir. *Aksu Bora*, kadınları evine ve ailesine hapseden, karar alma süreçlerinin dışına iten geleneksel bakış açısı ve tutumların, kadınlara bazı araç ve hareket imkânı da sunduğunu belirtir. Zira baskı ve şiddet tek başına bir tahakküm ilişkisi oluşturamaz. Buna göre “*kadının yeri evidir*”, “*benim iki büyük nimetim var biri anam biri yârim*” gibi geleneksel alıntılar kadınları ikincileştirirken aynı zamanda yücelttiğinden (!) söz eder<sup>17</sup>.

Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) tarafından her yıl hazırlanan “İstatistiklerle Aile” verilerine göre çalışma kapsamı bakımından, son 10 yıllık verilerle sınırlandırıldığı takdirde, 2011 yılında annelerin %89,6’sının 0-5 yaş arası çocuğu olan ailelerde bakmakla yükümlü olduğu çocukları varken babaların ise %1,5 oranında sorumlu olduğu görülmektedir<sup>18</sup>. Ayrıca 2011 yılında hanedeki ev işlerinin (örneğin yemek, ütü, çamaşır, bulaşık, basit dikiş, akşam çay servisi, sofraya kurma ve toplama, ev temizliği ve günlük alışveriş) %88 ilâ %95 arasında değişen oranlarda kadınlar tarafından gerçekleştirildiği anlaşılmaktadır. Bu zaman aralığı içinde ev işlerine yönelik olarak %11 ilâ %19 oranında katkı da kız çocukları tarafından sağlanmıştır<sup>19</sup>. 2014-2015 yılı sonuçlarına göre 15 yaş ve üzeri kişilerin aile ve ev bakımından geçirdikleri süre incelendiğinde, kişilerin bu işte geçirdikleri sürenin günde ortalama 2 saat 45 dakika olduğu görülmektedir. Söz konusu veriler detaylı incelendiğinde ise erkeklerin aile ve ev bakımı için geçirdiği sürenin yalnızca 53 dakika olduğu görülürken kadınlar için aile ve ev bakımı için geçirilen toplam süre 4 saat 35 dakika olmuştur<sup>20</sup>. Aile yapısı araştırması, 2016 sonuçlarına göre belirli konularda sıklıkla karar veren ve 15 yaş ve üzeri kişilerde cinsiyete göre inceleme yapıldığında kadınların en yüksek oranda, sırasıyla, %78,1 ile ev düzeninde, %58 ile alışverişte ve %56,1 ile komşuluk ilişkilerinde karar alma önceliğinin olduğu görülmüştür<sup>21</sup>. Bu verilerle birlikte 2006 ve 2020 yılları arasında Türkiye’nin “Dünya Ekonomik Forumu Küresel Cinsiyet Uçurumu Endeksi” incelendiğinde<sup>22</sup> kadın ve erkeğin aile içindeki konumları açıkça cinsiyet eşitsizliği gözler önüne serilmekte-

<sup>15</sup> MACKINNON, *Devlet Kuramı*, s. 69 ve 83; BERKTAY, *Kadın*, s. 3; ALİSBAH TUSKAN, Aydeniz: “Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Biçilen Roller ve Çözümler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, Cilt 85, Sayı 1, s. 85 vd.; GÜNAY, Gülay / BENER, Özgün: “Kadınların Toplumsal Cinsiyet Rollerini Çerçevesinde Aile İçi Yaşamı Algılama Biçimleri”, *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 3, s. 158 vd.; TOKDOĞAN, Nagehan: “Biraz da Feminist Olmak Lazım”, (Der.) BORA, Aksu: *İradenin İyimsizliği*, Ayizi Kitap, İstanbul, 2015, s. 294.

<sup>16</sup> ŞAFAK AYDIN, Ayşe: *Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 52; BORA, Aksu / İŞAT, Ceren: *Düğüm Bilgisi*, KA-DER Yayınları, Ankara, 2006, s. 15; BORA, Aksu: *Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası*, 5.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012, s. 23 vd.

<sup>17</sup> BORA / İŞAT, s. 21-22.

<sup>18</sup> İstatistiklerle Çocuk 2012 (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Cocuk-2012-13488>, ET: 18.12.2021).

<sup>19</sup> İstatistiklerle Aile 2012 (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2012-13662>, ET: 18.12.2021).

<sup>20</sup> Zaman Kullanımı Araştırması 2014-2015 (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Zaman-Kullanim-Arastirmasi-2014-2015-18627>, ET: 18.12.2021).

<sup>21</sup> İstatistiklerle Aile 2016 (<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Istatistiklerle-Aile-2016-24646>, ET: 18.12.2021).

<sup>22</sup> Temmuz 2022 yılında yayınlanan “Küresel Cinsiyet Eşitliği Uçurum Raporu”nda Türkiye, küresel cinsiyet eşitliği sıralamasında 146 ülke arasında 124. sırada yer almıştır. Türkiye’de ulusal düzenlemelerle toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin giderilemediği açıkça görülmektedir. Küresel Cinsiyet Eşitliği Uçurum Raporu (*Global Gender Gap Report 2022*) için bkz. ([https://www3.weforum.org/docs/WEF\\_GGGR\\_2022.pdf](https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2022.pdf), ET: 20.05.2023).

dir. Bu durum, akıllara feminist düşüncenin gelişim sürecine büyük katkıda bulunan feminist yazar *Simone de Beauvoir*'in şu sözünü getirmektedir: “*Kadını götürüp mutfağa ya da süslenme odasına kapatıyor, sonra da ufğunun darlığına şaşırıyoruz; kanatlarını kesiyoruz, sonra da uçamıyor diye yakınıyoruz*”<sup>23</sup>.

**Tablo 1.** 2022 Yılı Dünya Ekonomik Forumu Küresel Cinsiyet Uçurumu Endeksine İlişkin Veriler

TÜRKİYE	2006 Sıralama	2022 Sıralama
Küresel Cinsiyet Eşitliği Sıralaması	105	124
Ekonomiye Katılım ve Fırsat	106	134
Eğitime Katılım	90	101
Sağlık ve Sağ Kalım	85	99
Siyasi Güçlenme	96	112
Değerlendirmeye Alınan Ülke Sayısı	115	146

Yukarıdaki tablonun rapor sonucu incelendiğinde, Türkiye’de cinsiyet eşitliği sıralamasında giderek gerilediği görülmektedir. Bu durumda, toplumsal cinsiyet eşitsizliklerini azaltmaya yönelik hükümlerin acilen daha etkin şekilde hayata geçirilmesi gerektiği söylenebilir. Bunun sağlanabilmesi için kadınların “ikincil plana” atılmasının önüne geçilmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin birbirini etkileyen her alanda sağlanmasına yönelik “toplumsal cinsiyete duyarlı” hukuki adımlar atılması gerekmektedir<sup>24</sup>. Buna göre “*toplumsal cinsiyete duyarlı bir anayasa, hukuk devleti, toplumsal cinsiyet eşitliği ve erkekler ve kadınlara aynı şekilde olmak üzere bütün vatandaşların onuruna saygının tesisini bir araya getiren demokratik ilkelerin benimsenmesini gerektirir. Böyle bir anayasa, sadece özel olarak toplumsal cinsiyet eşitliği hükümleri içermekle kalmayıp belgenin tamamının çerçevesini insan hakları diliyle çizer*”<sup>25</sup>. *Judith Butler*, modern toplumlardaki toplumsal cinsiyet düzenlemelerinin, Foucault’un da belirttiği üzere, iktidar faaliyetleriyle ilişkili olduğunu belirtir. Bu nedenle iktidar faaliyeti olarak toplumsal cinsiyet düzenlemeleri, “kanun” formunda görünecektir. Somut kanunlar, politikalar ve kurallarla toplumsal cinsiyet normlarının düzenlenmesi amaçlanır<sup>26</sup>.

## B. Sözde Özel Alan Problemi ve “Özel (Kişisel) Olan Politikadır” Sloganı

“Kol kırılır yen içinde kalır”, “karı kocanın arasına girilmez” gibi söylemler ev içinde yaşanan fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddetin üzerine evin kapısının çekilmesini öğütler niteliktedir. Bu halde “özel olan politiktir” önermesi, mahremiyete odaklanan ve çözümün adresi olarak bizzat toplumu gösteren, “kabul edilmesi beklenen” şiddet ve baskıya karşı kamusal olan mücadeleyi güçlendirmeyi amaçlamaktadır. Buna göre çözümün adresi olarak da kamusal alan işaret edilir. Bunun bir diğer anlamı da şiddete karşı mücadelenin kişisel sorumluluktan çıkarılıp kamusal alanın, başka bir ifade ile herkesin sorunu olarak çerçevelenmesidir<sup>27</sup>. “Özel olan politiktir” sloganının ilk kez ne zaman, nerede ve kim tarafından kullanıldığı tam olarak bilinmemekle birlikte bu sloganın özellikle 1960’lı ve

<sup>23</sup> “A woman is shut up in a kitchen or a boudoir, and one is surprised her horizon is limited; her wings are cut, and then she is blamed for not knowing how to fly. Let a future be open to her and she will no longer be obliged to settle in the present”. Bkz. DE BEAUVOIR, Simone: *The Second Sex*, Vintage Books, New York, 2011, s. 731.

<sup>24</sup> NALBANT / KORKMAZ, s. 171-172; EROĞLU, Feride: *Avrupa Ülkeleri Anayasalarında Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek Eşitliği ile İlgili Düzenlemeler*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Ankara, 2011, s. 1.

<sup>25</sup> EROĞLU, s. 1.

<sup>26</sup> BUTLER, Judith: *Undoing Gender*, Routledge, New York, London, 2004, s. 41; SAĞLAM, Rabia: “Zinanın Hukuk- İçi ve Hukuk- Dışı Soykütüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 291.

<sup>27</sup> MORALIOĞLU, Aylin: “80’li Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 99, s. 292; ÇAĞLAR GÜRGEY, F. İrem: “‘Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, 2014, Cilt 1, Sayı 5, s. 38; DİLTEMİZ MOL, Merve: “Özel Olan Politikadır”, 2021 (<https://feministbellek.org/ozel-olan-politiktir/>, ET: 15.12.2021); ATAN, Meltem: “Radikal Feminizm: ‘Kişisel Olan Politikadır’ Söyleminde Aile”, *The Journal of Europe - Middle East Social Science Studies*, 2015, Cilt 1, Sayı 2, s. 3.

1970’li yıllarda feminist hareketin öne çıkan vurgularından biri olup *Carol Hanisch*’in “Özel Olan Politikdir (*The Personal is Political*)” başlıklı 1969 yılında yayınladığı yazısıyla popüler hale gelen bir slogan olduğu söylenebilir. *Hanisch*’in “*Bu gruplarda (bilinç yükseltme grupları) fark ettiğimiz ilk şeylerden biri, kişisel problemlerin politik problemler olduğuydu. Bunlara, kişisel çözümler bulmak mümkün değildir.*”<sup>28</sup>” sözü ile de olası veya mevcut istismara karşı kişisel çözümler aramak yerine bunların birer politik problem olduğunu kabullenilmesi gerekmektedir.

Kadının aile içinde varlığı ve ataerkil baskı içinde yaşanan “aile” sorunlarının tamamen “herkesin” sorunu olduğu ve bu sorunun ortadan kaldırılması amacıyla bireysel çözüm bulmak yerine toplumsal bir benimseme ile çözüm arayışına gidilmesi fikrinin hayata geçirilmesinin önemi dikkat çekmektedir. Kabul edilen genel düzenlemenin “devletin özel alana müdahale etmemesi” ilkesi olması ile beraber eleştirilen husus ise olması gerekenin devletin özel alanı düzenlediği ve bu nedenle de özel alana müdahale etmesi gerekliliğidir. Ancak bu müdahalenin devlet tarafından keyfiyete göre değil, zaruri durumlarda derhal müdahaleye imkân tanınması gerekmektedir. Toplumsal rol dağılımı açısından eşine şiddet uygulayan erkeklerin büyük çoğunluğu; bunun nedenini, kadının “geleneksel kadınlık görevlerini” yerine getirmemesi olarak ifade etmektedir<sup>29</sup>.

Kamusal alan/özel alan ayrımı, kadının konumunun hem de düşüncelerinin bir tanımı olarak işlenmektedir. Dünyanın işleyişinde ve insan ilişkilerinin örgütlenmesinde kamusal ve özel alan kavramları önem kazanmıştır. Ancak unutulmamalıdır ki söz konusu süreç, sürekli değişen bir yapıdadır<sup>30</sup>. Özel alan/kamusal alan ayrımına karşı “özel (kişisel) olan politikdir” sloganını benimseyen sosyalist ve radikal feministler, bu terimi 1960’larda ve 1970’lerde ailenin ortadan kaldırılması için kullanırken günümüzde bu terim artık daha çok özel alan ile kamusal alan arasındaki yapay ayrıma dikkat çekmek ve özel alanın yalnızlaştırılarak herhangi bir müdahaleden uzaklaştırılmış olduğunu vurgulamak için kullanılmaktadır<sup>31</sup>. Gelgelelim özel alan, kadınlar açısından seçim yapılabilecekleri özgür bir alan olarak görülse de onlar için, tıpkı kamusal alan gibi, bir mecburiyete dayalı önemli bir alandır. Bir diğer ifadeyle belirtmek gerekir ki kadınların çoğu zaman bir “özel hayatı” yoktur<sup>32</sup>. Özel alan içindeki hâkimiyet erkeğin yani “ev reisinin” elinde olmakta ve düzen evin reisi tarafından sağlanmaktadır<sup>33</sup>. Erkekler tıpkı ev içinde kadınlara hükmettikleri gibi kamusal alanda da kadınlara hükmetmektedir. Ayrıca radikal feminizm, bilinç yükseltme gruplarında ortaya çıkan kadınların kişisel deneyimlerinin yeni bir politika için ilham ve temel sağlayabileceğini savunur. “Özel (kişisel) olan politikdir” sloganı ataerkil baskının psikolojik temelini vurgular. Radikal feminizm, bu sloganı özel ve kamusal alanlar arasındaki ayrımın yanlış olduğunu vurgulamak için kullanmıştır<sup>34</sup>. Örneğin *Joan Kelly-Gadol*, kamusal alan/özel alan ayrımının bir yanılgı olduğuna işaret etmektedir. Yazar, kadınların kişisel, toplumsal ve tarihsel deneyimleri ile birlikte iş ve cinsiyet ilişkilerinin eş zamanlı şekillendiğini ifade eder<sup>35</sup>. Ayrıca *MacKinnon*, bu ifadenin kamusal alan ve özel alan arasında doğrudan bir ilişki yarattığını belirtmiştir<sup>36</sup>. Bu nedenle kadınlar açısından “mecburi” hale gelmiş bu düzenin iyileştirilmesi için birçok hukuki düzenleme hayata geçirilmiş ve günümüzde de geçirilmeye çalışılmaktadır.

<sup>28</sup> HANISCH, Carol: “The Personal is Political”, 2006 (<http://carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>, ET: 15.12.2021); HUMM, s. 204.

<sup>29</sup> KORUCULU, Irmak: *Kriminolojide Kadın Suçluluğunu Açıklayan Yaklaşımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 38-40.

<sup>30</sup> DAVIDOFF, Leonore: *Aile Paradoksu: Tarihçilere Bir Çağrı, Feminist Tarih Yazımında Sınıf ve Cinsiyet*, (Çev.) ATEŞER, Zerrin / SOMUNCUOĞLU, Selda, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009, s. 190-191; ÇAĞLAR GÜRGEY, s. 37.

<sup>31</sup> ŞAFAK AYDIN, s. 58; ÇAĞLAR GÜRGEY, s. 37-38.

<sup>32</sup> MACKINNON, *Devlet Kuramı*, s. 221.

<sup>33</sup> ÇAĞLAR GÜRGEY, s. 38; HUMM, s. 204.

<sup>34</sup> HUMM, s. 204.

<sup>35</sup> KELLY-GADOL, Joan: “The Doubled Vision of Feminist Theory: A Postscript to the ‘Women and Power’ Conference”, *Feminist Studies*, 1979, Cilt 5, Sayı 1, s. 216-227.

<sup>36</sup> MACKINNON, Catherine A.: “Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda For Theory”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1982, Cilt 7, Sayı 3 (Feminism), s. 522 vd.

Özel alan kavramına dolaylı olarak yer verilen bir AYM kararında<sup>37</sup>, 788 sayılı Kanun'un 6. maddesinin, kamu hizmetinde kadınlar tarafından doldurulacak olan pozisyonların kanunla belirlenmesi öngören hükmün Anayasa'ya aykırılığına karar verilmiştir. Buna göre kadınlara karşı ayrımcılık kavramı, kadınların belirli haklardan açıkça mahrum bırakılması şeklinde yorumlanmıştır. Bu şekilde, kamu hizmetinin erkeğin görev alanı olduğu ve kadının kamu hizmetinden yararlanabilmesi için ek düzenlemelere tabi olması gerektiği ima edilmektedir. Bir diğer ifadeyle kadınlar özel alana yani aile, ev ve haneye ait olup erkekler ise kamusal alana ait olmaktadır<sup>38</sup>. Öte yandan ilerleyen yıllarda evli kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanması konulu davada ise AYM, "... *Gelenek ve görenek tek başına hukuki bir düzenlemenin meşruiyetini sağlamaz. Toplumun tarihsel olarak farklı gruplara farklı davranması eşitlik ilkesine aykırı olduğundan, günümüzde savunulamaz. Hukuk, esas olarak insan aklının bir ürünüdür ve belli ilkeler doğrultusunda, belli amaçlar güdümlenerek tasarlanır. Anayasal haklarla gelenek ve görenek uyuşmadığında yapılması gereken anayasal haklar doğrultusunda karar vermektir. Buradan insan eylemlerinde ve toplumsal ilişkilerde geleneğin önemini yadsıdığımız sonucu çıkarılmamalıdır. Geçmiş kuşakların yaşam deneyimini ve birikimini günümüze aktaran gelenek, geçmişte donup kalmış, durağan ilişkiler ağı değildir. Tam tersine, yeni şartlar altında şu anki kuşaklar tarafından yeniden yorumlanır, üretilir, değerlendirilir. Geleneği insan toplumları için gerekli kılan, onu yok olmaktan kurtaran da bu dinamik özelliğidir. Zamanın ruhuna uymayan gelenek ve görenekler toplum tarafından adeta ayıklanır. Toplumumuzda kadının evinde oturması, çalışmaması da bir geleneği ama zamanla bu değişime uğradı. Kadının toplumsal, iktisadi ve siyasi hayata katılımının artması geleneksel aile yapısı ve anlayışını da değiştirmekte, kadınlara ilgili olan geleneksel tutum ve davranışların yeniden değerlendirilmesine yol açmaktadır.*"<sup>39</sup> demiştir. Netice itibarıyla "özel olan politiktir" anlayışının bilincinin artmasıyla birlikte AYM tarafından da kadının toplumsal cinsiyet rolleri bağlamında yalnızca özel alanda var olan bir birey olmadığı ve her türlü alanda faaliyet göstermesi gerekliliği haklı olarak savunulmuştur.

### C. Türk Aile Hukukunda Feminist Hukuk Düzenlemeleri

Türk aile hukukunda feminist hukuk düzenlemelerinin mevzuat ve Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları ile yorumlanmasına geçmeden önce göz ardı edilmemesi gereken bir diğer düzenleme ise özel olarak kadın haklarını düzenleyen en önemli belgelerden olan Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'dir (CEDAW).

#### 1. Türk Aile Hukuku ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW) İlişkisi

CEDAW, kadın haklarına ilişkin kapsamlı bir sözleşme olmakla birlikte Birleşmiş Milletlere üye devletlerce geniş çapta onaylanmıştır. İlgili sözleşme kadına karşı ayrımcılığı, "*haklarda eşitlik ilkesinin ve insan onuruna saygının çiğnenmesi*" olarak tanımlamış bir sözleşmedir<sup>40</sup>. CEDAW, 1979 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilmiş olup CEDAW'ın yürürlüğe girdiği zaman dilimi içinde Türkiye'de Türk aile hukuku karşısında kadınların hukuk düzeni içindeki varlığı konusunda giderek artan tartışmalar yaşanmıştır. Yavaş fakat güçlü adımlarla yeniden uyanış içinde olan kadın hareketi, Mart 1986'da yürürlüğe girecek olan sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanması için hükümetin bir an önce harekete geçmesini talep etmekle birlikte CEDAW'ın dile getirdiği "*tüm insanların vazgeçilmez hakları olarak tanımlanan haklardan, kadınların tam ve eşit olarak yararlanmasını sağlayacak önlemlerin alınması ve Sözleşme hükümlerine uyulması*" amaçlı bir dilekçe yazarak

<sup>37</sup> AYM, T. 12.11.1963, E. 1963/143, K. 1963/167.

<sup>38</sup> GÜNGÖR, Arzu Hazer: "Cinsiyet Eşitliğinin Anayasal Temeli ve Yorumu", *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 86, Sayı 1, s. 150.

<sup>39</sup> AYM, T. 10.3.2011, E. 2009/85, K. 2011/49.

<sup>40</sup> MORALIOĞLU, s. 292; KANADOĞLU, Osman Korkut: "Feminizm ve Kadın Hakları", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 1, s. 148; MOROĞLU, Nazan: "Kadının Kimlik Sorunu 'Kadının Soyadı'", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 99, s. 257.

imzaya açmıştır. İmza kampanyasının açılması ile birlikte beklenmedik bir şekilde 6 bin imza toplanmıştır<sup>41</sup>. “Kadınlar Dilekçesi” olarak adlandırılan bu imza kampanyası, büyük ilgi görmüş ve 1980’den sonraki ilk kitlesel eylem olarak tarihe geçmiştir. Bu kampanyanın ardından CEDAW’ın iç hukuka uygun hale getirilmesi amacıyla “Ayrımcılığa Karşı Kadın Derneği” kurulmuştur<sup>42</sup>. CEDAW’ın en önemli yönü, toplumda kadın-erkek eşitliğinin sağlanması, geliştirilmesi ve korunmasıdır. Sözleşme kadın-erkek eşitliğine dayalı olmayan “kadın hakkı” anlayışını kabul etmemektedir. Sözleşmeye taraf olan devletlerin kadın haklarını her zaman kadın-erkek eşitliği temelinde gerçekleştirmeleri öngörülmüştür<sup>43</sup>.

Türkiye Cumhuriyeti, Sözleşme’yi kabul edilişinden yaklaşık 7 yıl sonra, 19 Ocak 1986 tarihinde imzalamıştır. Türk aile hukuku açısından CEDAW’a taraf olunması kadınların maruz kalmış olduğu cinsiyet eşitsizliğini bertaraf etmeyi amaçlayan, hak edilen düzenlemelerin yerine getirilmesi için atılan önemli adımların yolunu açmıştır. Zamanın ve toplumun şartları içinde değerlendirildiğinde yürürlüğe girdiği zamana kıyasla her ne kadar gelişmiş bir metin olsa da kadın erkek eşitliğine dayanmayan aile hukuku hükümlerini içeren<sup>44</sup> 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi<sup>45</sup> hükümleri ile Sözleşme hükümleri arasında meydana gelen çelişkiler nedeniyle evlilik hukuku ve kadının evlilik karşısındaki konumu gibi aile hukukuna ilişkin düzenlemelere çekinceler koyulmuştur. CEDAW’a taraf olunması sonrasında Türk aile hukuku açısından meydana gelen en önemli değişikliklerden biri kadınlar tarafından gerçekleştirilen güçlü protesto kampanyaları ile “kadının çalışmasını kocasının iznine bağlayan” m. 159’un iptal edilmesi olmuştur<sup>46</sup>. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde 1997 yılında yapılan değişikliklerle beraber “*evli kadına soyadını, kocasının soyadı ile birlikte kullanma hakkı*” tanınmıştır<sup>47</sup>. 14 Ocak 1998 tarihinde 23233 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 17 Ocak 1998’de yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, aile içi şiddetin varlığına dikkat çekerek kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Kanun düzenlemesi ile beraber şiddete maruz kalan kadınları koruma amacına yönelik olarak uzaklaştırma cezası ve nafaka ödeme yükümlülüğü de getirilmiştir. 1998 yılında ayrıca yeni bir Türk Medeni Kanunu tasarısı hazırlanmış olup 8 Aralık 2001 tarihinde 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanunu’nun (TMK) kabulünden önce Anayasa’nın “Ailelerinin Korunması” başlıklı 41. maddesinin 1. fıkrasına “*Aile, Türk toplumunun temelidir.*” hükmünden sonra gelmek üzere “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” ibaresi eklenmiştir.

## 2. Feminizmin Güçlü ve Uzun Mücadelesi: 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu Süreci

4721 sayılı TMK, 8 Aralık 2001 tarihinde 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4721 sayılı TMK ataerkillik döngüsü içindeki Türk aile hukuku düzeninin yeniden ele alınmasını sağlayan ve değiştiren önemli düzenlemeleri içermektedir. 4721 sayılı TMK ile kadınların aile içindeki konumu, erkeklerle birlikte “sahip olması gereken” eşit nitelikte hakları ve sorumlulukları düzenlenmiştir. 4721 sayılı yeni Medeni Kanun ile getirilmiş olan en önemli değişikliklerden biri, mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde “yasal mal rejimini mal ayrılığı” olarak kabul eden m. 170 ve devamı hükümlerinin, 4721 sayılı yeni Medeni Kanunu’nun 202. maddesinde “edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi” olarak değiştirilmesi olmuştur.

<sup>41</sup> TEKELİ, Şirin: *Feminizmi Düşünmek*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017, s. 274; MORALIOĞLU, s. 293.

<sup>42</sup> UÇAN ÇUBUKÇU, Sevgi: *1980 Sonrası Kadın Hareketi: Ataerkilliğe Karşı Meydan Okuma, Türkiye’de ve Avrupa Birliği’nde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar*, KA-DER Yayınları, İstanbul, 2004, s. 62; MORALIOĞLU, s. 293.

<sup>43</sup> KAYPAK, Şafak / KAHRAMAN, Mehmet: “Türkiye’de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansımaları”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, Cilt 13, Sayı 33, s. 305.

<sup>44</sup> OKTAY, Saibe: *Medeni Kanunda Kadın: Kadınların Gündemi*, Say Yayınları, İstanbul, 1997, s. 51-53.

<sup>45</sup> 04.10.1926 tarih ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.743.pdf>, ET: 17.12.2021).

<sup>46</sup> AYM, T. 29.11.1990, E. 1990/30, K. 1990/31.

<sup>47</sup> MOROĞLU, s. 255.

Değişiklikle beraber boşanma veya eşlerden birinin ölümü halinde kişisel mallar kapsam dışında tutularak evlilik süresince elde edilmiş olan edinilmiş malların eşler arasında eşit olarak paylaşılacağı kabul edilmiştir. Bu değişikliğin önemi, çalışmanın ilk bölümünde de incelemesi yapılan “kadının aile içindeki varlığını” güçlendirmekle beraber kadınların maddi haklarının kocaları tarafından gasp edilerek kocanın kişisel mülkiyetine çevrilmesinin önüne geçilmesidir<sup>48</sup>. Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi, mal ayrılığı rejimini yasal mal rejimi olarak kabul etmiştir. Bu durumda eşler arasındaki evlilik birliğinin sona ermesi halinde, eşlerin birbirlerinin mal/malları üzerinde herhangi bir paylaşım hakkı mevcut olmayıp, herkesin kendi mal varlığını alacağı kararlaştırılmıştır<sup>49</sup>. Bu nedenle, kadının evli olduğu süre içinde kendi emeği ile kazanmış olduğu maddi kazançlarının eşi tarafından “ele geçirilmesi” riski ile yaşaması ve bu riski engellemek için maruz kaldığı fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddete rağmen evliliğini devam ettirmesi sonucu doğmuştur. 4721 sayılı yeni Medeni Kanun düzenlemesi ile beraber kadınlara hukuki açıdan “maddi bir güvence” sağlanmış olmasına rağmen 8 Aralık 2001 tarihinde 24607 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak 8 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4722 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu’nun “Mal Rejimi” başlıklı m. 10 düzenlemesi ile “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önce” sınırlaması eklenerek edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin düzenlemenin evli tüm kadınlara “maddi bir güvence” sağlamış olması amacı sınırlandırılmıştır. İlgili maddeye göre 4721 sayılı TMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenen eşler arasında tabi oldukları mal rejiminin devamına karar verilmiştir. Eşlerin, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren başlayarak 1 yıl içinde başka bir mal rejimini tercih etmemeleri halinde Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere yasal mal rejimini tercih edeceklerinin kabulü düzenlenmiştir. Evliliğin boşanma veya iptal davası ile sona ermesi halinde ise ilgili davanın sonuçlanmasına kadar eşlerin tabi oldukları mal rejiminin devam edeceğini ve davanın ret ile sonuçlanmasını takiben eşlerin kararın kesinleştiği tarihten itibaren 1 yıl içinde başka bir mal rejimini seçmemesi halinde Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olmak üzere yasal mal rejimini tercih edecekleri kabul edilmiştir.

4721 sayılı TMK ile getirilmiş olan önemli düzenlemelerden bir diğeri ise ilk evlenme yaşı ile getirilmiş olan değişikliktir. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi m. 88 ve 90’da düzenlenmiş olan olağan evlenme yaşı erkekler için 17, kadınlar için 15; olağanüstü evlenme yaşı ise erkekler için 15, kadınlar için 14 olarak belirlenmiş, küçüklerin evlenmesi için ise yasal temsilcisinin rızası şartı aranmıştır. 4721 sayılı TMK m. 124 ile evlenme yaşına ilişkin değişiklik yapılarak kadın ve erkeklerin olağan evlenme yaşı 17, olağanüstü evlenme yaşı ise 16 olarak düzenlenmiştir. İkinci düzenleme ise kadının soyadına ilişkin olarak getirilmiştir. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin 141. maddesinin 1. fıkrasına göre “boşanan kadının evlenme ile kazandığı kişisel durumunu koruyacağı ancak bekarlık soyadını yeniden alabileceği” düzenlenmektedir. 4721 sayılı TMK madde 173/1 ile boşanan kadının evlenmeden önceki soyadını yeniden alması kuralı getirilmiştir. Böylece önceki evliliği sona ermiş olan bir kadının evlenerek daha sonra tekrar boşanmış olması halinde ilk evliliğinden olan çocukları ile aynı soyadını taşıyabilmesi mümkün olacaktır. Bekârlık soyadını kullanmak isteyen kadının ise bunu hâkimden talep etmesi gerekecektir<sup>50</sup>. Bir diğer değişiklik ise 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin 152. maddesinde düzenlenen kocanın aile birliğinin reisi olarak kabul edilmesine ilişkin hükmün kaldırılması ile birlikte 4721 sayılı TMK’nın “Eşlerin Temsil Yetkisi” başlıklı 188. maddesine “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.” hükmü eklenmiştir. Gelgelelim 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin 144. maddesinde “erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması şartı”, 4721 sayılı TMK’nın yoksulluk nafakasını düzenlediği 175. maddesine eklenmemiştir. Ayrıca 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi’nin kocanın ikametgâhının karısının ikametgâhı da sayılmasına ilişkin 21. madde düzenlemesi ise

<sup>48</sup> ŞAFAK AYDIN, s. 76.

<sup>49</sup> KANADOĞLU, s. 151.

<sup>50</sup> DEMİR, Pınar Özlem: *Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 10; MOROĞLU, s. 254.

4721 sayılı TMK'ya alınmamakla birlikte 185. maddeyle “eşlerin birlikte yaşayacağı ve 186. maddeyle ev seçiminin artık kocaya ait olmamasıyla birlikte eşlerin oturacakları konutu birlikte seçecekleri ve yöneteceklerine” ilişkin düzenleme eklenmiştir. Bu düzenleme ile “kadının aile içindeki varlığının güçlendirilmesi ile beraber eşler arasındaki eşitsizliğin ortadan kaldırılmasının” amaçlandığını söylemek mümkündür. Ek olarak 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin “karı ile çocukların bakımının kocaya ait olması” ve kadının ise “müşterek saadeti temin hususunda gücü yettiği kadar kocasının muavin ve müşaviri olarak eve bakmasına” ilişkin m. 152/2 ve 152/3 hükümleri gelmektedir. 4721 sayılı TMK'nın 186. maddesinin 3. fıkrası ile “eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacağı” düzenlemesi getirilmiştir. Söz konusu düzenlemeyle erkeği evi geçindiren, kadını ise eve bakan olarak görevlendiren<sup>51</sup> modelden eşitlik öngören bir modele geçişin öngörülmesinin yanı sıra kadının görünmeyen ev içi emeğinin görünür kılınması ve bir maddi değer olarak kabul edilmesi açısından önem taşımaktadır. Bu nedenle söz konusu hükmü kadının dışarıda çalıştığı, erkeğin ise çalışmadığı hallerde ev işi ve çocuk bakımından erkeğin de sorumlu olacağı şeklinde anlamak mümkündür. Kadının aile içindeki varlığını güçlendiren bir diğer değişiklik ise 4721 sayılı TMK'nın “Aile Konutu” başlıklı 194. maddesinin 1. fıkrası uyarınca aile konutuna ilişkin eşlerden birinin açık rızası bulunmadıkça kira sözleşmesinin feshedilemeyeceği, aile konutunun devredilemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmayacağına hükme bağlanması olmuştur. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 263. maddesinde velayeti icra hakkı hususunda anne ve babanın arasında uyuşmazlık çıktığı hallerde babanın oyuna üstünlük tanınmış ve eşitlik ilkesi ihlal edilmiştir. 4721 sayılı TMK içerisine eşitlik ilkesini ihlal eden bu düzenlemeye yer verilmemiş olup m. 336'ya anne baba evli ise evlilik devam ettiği sürecek eşlerin velayeti birlikte kullanacağı; m. 337'ye göre ise anne ve baba evli olmadığı takdirde evlilik dışı doğan çocuğun velayetinin anneye verileceği hüküm altına alınmıştır.

4721 sayılı TMK ile yapılan değişikliklerin kadın ve erkek eşitliğinin sağlanması yolunda atılan önemli bir adım olduğu söylenmekle birlikte yaratılan bu eşitliğin uygulamada, ne yazık ki, fiili bir eşitlik yaratmadığı ve “biçimsel eşitlik” olarak kaldığını da belirtmek gerekmektedir. Biçimsel eşitlik ile kadın ve erkek arasındaki farklılıkların göz ardı edilerek eşit olmayanlara aynı yasanın uygulanmasının hukuk sisteminde eşitsizliğe yol açacağına inanılmaktadır<sup>52</sup>. Ancak günümüz Türk aile yapısı göz önüne alındığında ekonomik özgürlüklerine aile baskısı, eş şiddeti veya toplum baskısı ile ulaşamayan ve bu nedenle erkeğe olan “bağlılıkları” devam etmek zorunda olan kadınların baskın mevcudiyeti dikkat çekmektedir. İlk kez 2006 yılında yayımlanan Dünya Ekonomik Forumu Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi ile kadın ve erkek arasındaki cinsiyet ayrımı; ekonomik katılım, eğitim, sağlık ve politik güçlenme kategorilerinde incelenmiştir. 4721 sayılı TMK'nın yürürlüğe girdiği 2001 yılından sonra da 156 ülkenin yer aldığı 2020 yılı için hazırlanan raporda yer alan genel değerlendirmede Türkiye 133'üncü sırada yer almıştır<sup>53</sup>. Genel sıralamada ne yazık ki sonlarda yer alan Türkiye'de kadının ve erkeğin ekonomik katılım ve eşit fırsatlar açısından ne kadar uzak konumda yer aldığı ve dünyada geri bir noktada olduğu açıkça görülmektedir<sup>54</sup>. Ayrıca 4721 sayılı TMK ile beraber getirilmiş olumlu yasal değişikliklere rağmen Doğu bölgesinde köylerde ve şehirlerde yaşayan her üç kadından birinin halen imam nikâhıyla evli olduğu ve kadınların kırsal alanda miras haklarını kullanamadıklarını gözden uzak tutmamak gerekir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> ALİSBAH TUSKAN, s. 86.

<sup>52</sup> ŞAFAK AYDIN, s. 3.

<sup>53</sup> “Dünya Ekonomik Forumu, her yıl yayınladığı 2020 Küresel Cinsiyet Eşitsizliği Endeksini açıkladı. 156 ülkenin kadın ve erkek nüfusu arasındaki cinsiyet eşitsizliğini mercek altına alan endekste, Türkiye 2019'a oranla 3 basamak gerileyerek 133.sıraya indi, Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi'nde Türkiye 156 ülke arasında 133. sıraya geriledi.” (Bkz. ADEMOĞLU, Yalçın: “Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi'nde Türkiye 156 ülke arasında 133. sıraya geriledi”, 2021 (<https://tr.euronews.com/2021/04/01/cinsiyet-esitsizligi-endeksi-nde-turkiye-156-ülke-aras-nda-133-s-raya-geriledi>), ET: 19.12.2021).

<sup>54</sup> SAR, Esra: “Çalışma Hayatında Kadın İstihdamı ve Türkiye'de Yansımaları”, *Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 4, Sayı 1, s. 22-23.

<sup>55</sup> HOŞGÖR, Ayşe Gündüz: “Türkiye'de Kırsal Kadının Toplumsal Konumu: Bölgesel Eşitsizlikler, Yasal Müdahaleler ve Kısmi Kazanımlar”, (Ed.) DURUDOĞAN, Hülya: *Türkiye'de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 308-309.



4721 sayılı TMK'nın yarattığı eşitliğe ilişkin düzenlemelerin toplumsal açıdan benimsenmesi amacıyla hukuk düzeni ve yasa koyucu tarafından yaratılmaya çalışılan herhangi bir toplumsal bilinç var olmamakla birlikte kanaatimizce günümüz Türkiye'sinde cinsel eşitsizliğin odak noktasına alındığı ve bu eşitsizliğin önlenmesine yönelik hukuki yaptırıma dayalı olan yararlı düzenlemeler ile kadın odaklı politikalar yaratılmamakta; aile odaklı politikalar üzerine yoğunlaşarak tabir-i caize kadının varlığı göz ardı edilmektedir. Bu davranışın gerekçesi ise *Mackinnon*'ın ifadesi ile açıklanabilir. *Mackinnon*'a göre eril egemenlik toplumda zaten fazlasıyla egemen olduğu için ayrıca yasalar yoluyla cinsel eşitsizliği getirmeye gerek görülmemektedir<sup>56</sup>. Feminist aile hukuku doktrininin tartıştığı ve çalışmanın bu bölümünde açıklanmış olan benzeri konu ve kavramlara aile hukuku kitaplarında yer verilmemekte, Türk aile hukuku doktrininde 4721 sayılı TMK lafzı ne kadar eşitlikçi olursa olsun, ataerkil anlayışın hâkimiyetinin sona ermediği görülmektedir<sup>57</sup>.

### 3. AYM Kararları Işığında Aile Hukukunda Kadının Varlığı

AYM'nin kadın-erkek eşitliği ile ilgili kararları incelendiğinde özellikle iki kavram ön plana çıkmaktadır. AYM, kararlarının bir kısmında kişinin "birey" olmasından kaynaklanan bireysel özerklik kavramını vurgularken diğer kısmında ise özellikle de kadınlarla ilgili olarak kadını (çocuklarla birlikte) "aile" kavramı içinde korunması gereken bir varlık olarak nitelendirmektedir. Bu ayrım kaynağını aslında Anayasa'daki normatif düzenlemelerden almaktadır. Anayasa'nın 17. maddesi kişinin dokunulmazlığı ve maddi-manevi varlığını düzenlerken bireysel özerkliğe atıfta bulunur pozitif yükümlülükler ve yatay etki boyutuyla da okunabilecek 41. Madde ise ailenin korunması ve çocuk hakları başlığında, kadını birey olarak değil, anne ve korunmaya muhtaç bir varlık olarak tanımlandığı kararlara gerekçe olarak gösterilebilmektedir<sup>58</sup>. Anayasal içtihatla kadın-erkek eşitliğine ilişkin kararlar, bütüncül ve tutarlı olmaktan uzaktır<sup>59</sup>.

#### a. Kadınların Çalışmak İçin Kocalarından İzin Alma Zorunluluğu

AYM'nin "olumlu etkili" sayılan kararlarından biri "kadınların çalışmasının kocasının iznine tabi olmasına ilişkin düzenlemenin iptaline" karar vermesidir. AYM'ye yapılan iptal başvurusunda "*kadının sırf cinsiyetinden dolayı çalışma hakkının kısıtlanmasının ve kocanın iznine bağlanmasının eşitlik ilkesine açıkça aykırı olduğu*" ve "*erkeğe ayrıcalık tanınmasından*" dolayı Anayasa'nın 10, 49 ve 50. maddelerine aykırılığı yasal dayanak olarak alınmıştır. AYM, aile hukuku içinde eşitlik ilkesine ilişkin değerlendirmesi sonucunda mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 159. maddesi uyarınca kadına meslek veya sanat seçerken kocasının izninin alınması şartına bağlayan ve kadının aleyhine var olan bu kısıtlamayı "çağ dışı" bulmuştur. Türkiye'nin taraf olduğu ve eşitlik ilkesi/ ayrımcılık yasağı düzenlemelerini içeren "İnsan Hakları Evrensel Beyanname (İHEB)", "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" ve "CEDAW" gibi sözleşmelere eş zamanlı atıflar yapan Mahkeme, son tahlilde, m. 159'un Anayasa m. 10'a aykırı olduğuna hükmetmiştir<sup>60</sup>.

#### b. Çocuğun Soyadı

AYM'de tartışılan bir husus olmakla birlikte çocuğun soyadına ilişkin vermiş olduğu kararda<sup>61</sup>, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nda belirtilen "*Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.*" düzenlemesi ile bu düzenlemenin, eşler arasında Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesi uyarınca eşitsizlik yaratması ve Anayasa'nın "Ai-

<sup>56</sup> MACKINNON, *Devlet Kuramı*, s. 190.

<sup>57</sup> USTA, Sevgi: "Koca, Birliğin Reisidir" Hükmünden 'Edinilmiş Mal Rejimi'ne: Evli Kadının Hukuki Durumu", *Birkaç Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Girerken Türkiye'de Feminist Çalışmalar - Prof. Dr. Nermin Abadan Unat'a Armağan*, Cilt 2, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 978.

<sup>58</sup> KOÇAK, Murat: *Anayasa Mahkemesi ve Cinsiyet*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019, s. 18.

<sup>59</sup> ODER, Bertil Emrah: *Anayasa'da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 214.

<sup>60</sup> AYM, T. 29.11.1990, E. 1990/30, K. 1990/31.

<sup>61</sup> AYM, T. 08.12.2011, E. 2010/119, K. 2011/165.

lenin Korunması ve Çocuk Hakları” başlıklı 41. maddesinin “ailenin eşler arasında eşitliğe dayanması” gerekçesiyle AYM tarafından ilgili hüküm Anayasa’nın 10 ve 41. maddelerine aykırı bulunarak şu gerekçeyle iptal edilmiştir: “*Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur.*” hükmün iptaline karşın uygulamada konuyla ilgili ihlaller devam etmiş, boşanma davası sonrası velayeti kendilerine tevdi edilen annelerin, çocuklarının soyadını kendi soyadlarıyla değiştirme talebiyle açtıkları davaların reddedilmesi AYM’de bireysel başvuru kararlarına konu olmuştur. AYM, 2015 yılında konuyla ilgili verdiği bireysel başvuru kararında<sup>62</sup>, çocuğun soyadını değiştirmeye yönelik talebin reddine ilişkin yargısal kararların aile hayatına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu, bu müdahaleye dayanak olarak gösterilen TMK m. 321’in evliliğin feshi ve boşanma hallerinde çocuğun soyadına ilişkin münhasıran bir düzenleme içermediğini ve yargı kararlarında da kanunilik bakımından farklı hukuki yorumlara yol açtığını, bu nedenle hükmün belirlilik şartını sağlamadığını; dolayısıyla müdahalenin kanunilik şartını sağlamadığı için Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir<sup>63</sup>. Sonuç olarak AYM tarafından verilen söz konusu kararlar birlikte soyadının bir aileye bağlılığı simgelediği anlayışıyla birlikte hem annenin hem de babanın kişisel menfaatlerinin göz önüne alındığı ve kişilik haklarının korunduğu söylenebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki TMK m. 321 uyarınca çocuğun soyadına ilişkin münhasıran bir düzenleme yaratılmaması kanuni olarak kadının çocuğu üzerindeki varlığını “göz ardı” etmektedir. Ebeveynlerin evliliğin sona ermesi halinde çocuk üzerinde yalnızca ailenin bir diğer ferdi, “kutsal olan” anne yerine babanın egemen olduğu durum anlayışı yaratılmaktadır. Bu nedenle kanun koyucu tarafından aynı hukuki durumun farklı hukuk kurallarına bağlanması, çözümlenmesi gereken önemli sorunlardan biri olmaktadır.

### c. Kocanın Zinası-Kadının Zinası Suçu

Zina evli bir erkeğin/kadının, kocası/karısı dışında başka bir erkek/kadınla cinsel ilişkiye girmesidir. Zina normu, kadını “ikincil” bir özne statüsünde konumlandırmaktadır<sup>64</sup>. Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun<sup>65</sup> “kadının zinasına” ilişkin 440. maddesi ve “erkeğin zinasına” ilişkin olan 441. maddesi itiraz konusu olmuştur. Erkeğin zinası suçuna ilişkin 441. madde düzenlemesi incelendiğinde erkeğin, karısı ile birlikte yaşamakta olduğu evlerinde veya herkesçe bilinebilecek şekilde başka bir kadınla “karı-koca” ilişkisi içinde olduğunun anlaşılması halinde erkeğin zinası suçunun gerçekleşmesi mümkün olabilecek iken erkeğin zinası suçunun sınırlarının kesin olarak çizilmiş olduğu 441. maddeden farklı olarak kadının zina suçunu düzenleyen 440. maddede genel bir düzenlemeyle kadının eşi dışındaki başka bir erkekle cinsel ilişkiye girmesinin zina suçunun oluşması için yeterli sayılacağı hükme bağlanmıştır. Zina suçuna ilişkin kadın ve erkek açısından farklı sınırlama ve düzenlemelerinin yaratılmasının Anayasa’nın 10. maddesinde düzenlenmiş “eşitlik” ilkesine aykırılığı izahtan varededir. Bu nedenle mülga TCK’de bir bakıma kanun koyucunun evlilik dışı cinsel ilişkilerin düzenlenmesinde erkeğe kadın karşısında “yasal bir üstünlük” tanıdığı iddia edilmektedir<sup>66</sup>. AYM tarafından TCK’nin 441. maddesinin iptaline karar verilmiş, yasal boşluğun doldurulması amacıyla bir yıllık süre tanınmış ancak yasama organınca süresinde yeni bir düzenleme yapılmadığından kocanın zinası suç olmaktan çıkmıştır. AYM, 23.06.1998 tarihli kararıyla da kadın erkek arasında eşitsizlik yaratıldığı gerekçesiyle kadının zinasını düzenleyen TCK’nin 440. maddesini de Anayasa’nın 10. maddesine aykırı bularak iptal etmiş, yeni bir düzenleme yapılması hususunda bir süre de vermeyerek bu kararın Resmî Gazete’de yayınlanmasıyla karının zinasını da suç olmaktan çıkarmıştır<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> AYM, *Hayriye Özdemir*, B. No: 2013/3434, T. 25.06.2015.

<sup>63</sup> KOÇAK, s. 116.

<sup>64</sup> SAĞLAM, s. 289.

<sup>65</sup> 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu metni için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/5.3.765.pdf>, ET: 17.11.2021).

<sup>66</sup> HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Zina Cürümleri*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1981, s. 331; BAŞTÜRK, İhsan: “Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 30.

<sup>67</sup> AYM, T. 23.06.1998, E. 1998/3, K. 1998/28. 01.06.2005 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu hükümleri için bkz. (<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5237.pdf>, ET: 17.11.2021).

#### d. Evli Kadının İkametgâhının Kocasının İkametgâhı Sayılması

AYM'nin olumsuz sonuçlar doğuran kararlarından biri ise 1993 yılında evli kadının ikametgâhının kocanın ikametgâhı sayılmasına ilişkin düzenlemenin Anayasa'ya uygun bulunmasına ilişkin karardır<sup>68</sup>. 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 21. maddesi ile kadının ikametgâhı, kocanın ikametgâhı olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda 18 Haziran 1927 tarihinde 622, 623 ve 624 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak 2, 3 ve 4 Temmuz 1927 tarihinde yürürlüğe giren mülga 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 9. maddesinin son fıkrası uyarınca “boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, davacının ı veya eşlerin davadan evvel son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi” olarak hükme bağlanmıştır. Kadının ikametgâhının kocasının ikametgâhı sayılmasına ilişkin düzenlemenin uygun bulunmasının erkeğe verilen güçlü seçim otoritesi karşısında kadının eşitlik ilkesine bağdaşmaz biçimde erkeğe bağlı kılınmasının Anayasa'nın eşitliğe ilişkin 10. maddesi ile birlikte yerleşme hürriyetine ilişkin 13 ve 23. madde hükümlerine de aykırılığı açıktır. Ancak AYM incelemesi sonucunda verilen karara göre ilgili Kanun hükmünün ailenin ortak tek bir ikametgâhının bulunmasına yönelik olduğunu ve bunun da “evlilik birliğinin devamlılığının ve düzenin sağlanmasını” desteklediğini belirterek kanun önünde eşitlik ilkesine yönelik bir aykırılık tespit etmemiş ve ikametgâh açısından erkeğe tanınan üstünlüğü “aile birliğinin sağlanmasındaki kamu yararı” gibi somutlaştırılmamış bir gerekçeyle uygun bulmuştur. Demokratik toplum düzenine uygunluk ve ölçülülük gibi ilkeler ise kararda yalnızca “değinilen unsurlar” olarak kalmıştır.

#### e. Kadının Eşi Yararına Üçüncü Kişilere Borçlanması

743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenisi'nin 169. maddesi boşanma veya ayrılık davası açıldığı takdirde hâkim tarafından davanın devamı süresince gerekli olan ve özellikle de eşlerin barınması, geçimi, eşlerin mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri düzenlemekle beraber maddenin 2. fıkrasında ise “Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.” olarak düzenlenmiştir. AYM'nin T. 30.06.1998, E. 1197/27, K. 1998/43 sayılı kararı<sup>69</sup> ile hâkimden izin almadan kocasına kefil olan kadın aleyhine başlatılan icra takibinin Anayasa'nın eşitliğe ilişkin 10. maddesine aykırılığı nedeniyle iptaline yönelik açılmış davada ilk bakışta kadının haklarını korur gibi görünen bu kuralın, bütün kadınların tasarruf ehliyetini kısıtlayan ve aile içinde eşitliğin olmadığını kabul eden kadının eşinden çekinerek tasarrufta bulunacağını kabul eden onur kırıcı bir kural olmakla beraber kadını korumaktan çok onun ikinci sınıf bir insan olarak düzenlenmesi ile Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik düzenlemesine aykırı olduğunu da eklemiştir. Ancak AYM tarafından yapılan değerlendirmede kadın açısından sınırlama getirilen itiraz konusu kuralın, aile birliğini koruyarak kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik olduğu ve demokratik toplum düzeninin gerekleriyle de bir çelişme bulunmadığı belirtilerek Anayasa'ya aykırılığı tespit edilmemiştir. Kanaatimizce AYM tarafından kadının hâkim onayına bağlı olarak eşinin yararına üçüncü kişilere borçlanabilmesi ancak aynı durumun koca bakımından herhangi bir onaya bağlı tutulmamasına ilişkin kararı, açıkça cinsiyete dayalı ayrıma ilişkin verilmiş olumsuz nitelikte bir karar olmakla birlikte çalışmanın başında da detaylıca açıklanmış olan CEDAW'ın 1. maddesinde belirtilen “kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın hak ve özgürlükler konusunda cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk ve kısıtlamanın “kadınlara karşı ayırım” olarak değerlendirileceği” ve 2. maddesinin (g) bendinde belirtilen “taraf devletlerin, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, değiştirmek ve kaldırmak için yasal düzenlemelerle birlikte gerekli uygun önlemleri almayı üstlendikleri” düzenlemelerine de aykırılık taşıdığı izahtan varestedir.

<sup>68</sup> AYM, T. 02.12.1993, E. 1993/23, K. 1993/55.

<sup>69</sup> AYM, T. 30.06.1998, E. 1997/27, K. 1998/43.

#### f. “Kadın Kocasının Soyadını Alır” Kuralı: Kadının Önceki Soyadını Kocasının Soyadının Önünde Kullanabilmesi

Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 187. maddesi kadının evlendikten sonra, yalnızca önceki soyadını kullanmasına izin vermemektedir. Kadının medeni halindeki değişikliğe bağlı olarak soyadını değiştirmek zorunda kalması ise kadını mağdur etmekte ve “kimlik sorunu” yaşamalarına yol açmaktadır<sup>70</sup>. Evli kadının soyadıyla ilgili hüküm, aynı ifadeyle, bu sefer 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'un 187. maddesinde yer bulmuş ve bu sefer de bu maddenin Anayasa'nın 2, 10, 12, 17, 41 ve 90. maddelerine aykırılığı nedeniyle tekrar ele alınmıştır. 4721 sayılı TMK'nın 187. maddesine göre;

*“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”*

2013 yılında evli kadının soyadı meselesi AYM'nin önüne iptal davası konusu olarak değil, bireysel başvuru konusu olarak gelmiştir. Mahkeme, konuyu bu sefer çok daha farklı yorumlamıştır:

*“Başvuruya konu yargılama kapsamında başvurusunun sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmasına yetkili idari ve yargısal merciler tarafından izin verilmemesi şeklindeki uygulamanın, kişinin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri olan soyadının vazgeçilemezlik, devredilemezlik ve kişiye sıkı surette bağlı olma niteliklerinin kadının soyadı bakımından geçerliliğini etkilediği görülmekle, belirtilen uygulamanın Anayasa'nın 17. maddesinde tanımlanan maddi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına yönelik bir müdahale olduğu açıktır”<sup>71</sup>.*

AYM'nin, AİHS ve Anayasa'nın ilgili maddeleri hakkındaki yorumu tümüyle değişmiştir. Ancak bu dava bir iptal davası olmadığı için sadece hakkın ihlal edildiğine ve dava masraflarının başvurucaya ödenmesine karar verilmiştir. Söz konusu hüküm yasadaki yerini korumaktadır<sup>72</sup>. AYM tarafından verilen kararlar ışığında Türk aile hukukunda kadının varlığının geçmiş düzenlemelerin iptali ile gözle görülür bir gelişme kazanmasına rağmen AYM'nin kadın-erkek eşitliğini destekleyici düzenlemeler doğuran bu iptal kararlarından belli bir süre sonra tabiri caizse en başa dönerek kadının varlığını göz ardı eden kararlara imza atması ise kadın-erkek eşitliğinin sağlanması hususunda Mahkemenin oldukça çelişkili kararlar verdiğini gözler önüne sermektedir.

#### e. Kadının Kocasının Soyadını Almasını Öngören Kuralın İptali

Kadın hakları için uzun süredir verilen mücadelenin güncel bir kazanımı, kadının kocasının soyadını almasını öngören kuralın iptalidir. İptal kararı, 28.04.2023 tarihli ve 32174 sayılı Resmî Gazete'de<sup>73</sup> yayımlanmıştır. AYM, T. 22.02.2023, E. 2022/155, K. 2023/38 sayılı dosyasında<sup>74</sup> TMK m. 187'nin, AY'nin 2, 10, 17, 20, 90 ve 153. maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle iptaline karar vermiştir. Başvuru kararında soyadının, kadının kimliğinin ve kişiliğinin bir parçasını oluşturduğu belirtilmektedir. İtiraz konusu hükümle, kadının evlenmeden önceki soyadını kullanmasına ilişkin getirilen kısıtlamaların meşru bir amacı olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre bir erkek doğumda edindiği soyadını yaşamı boyunca kullanabilirken, aynı hak kadınlar için öngörülmemiştir. AİHM'in farklı muamele sebebiyle ihlal kararı verdiği bu hakkın reddedilmesinin eşitlik ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Söz konusu iptal kararı ile evli kadınların kocalarının soyadını alma zorunluluğunu ortadan kalkmıştır. AY m. 10 gereğince kadınlar, erkeklerle aynı haklara sahiptir. Bu sebeple kadınların kocasının

<sup>70</sup> MOROĞLU, s. 254.

<sup>71</sup> AYM, *Sevim Akat Eşki*, B. No: 2013/2187, T. 19.12.2013.

<sup>72</sup> ERDEM, Jülide Gül: “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, *Akademik Hassasiyetler*, 2017, Cilt 4, Sayı 8, s. 40; DEMİR, Nazlı Hilal: “The Surname of Married Woman (Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Sorunu): An Everlasting Problem”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 88, s. 10-13.

<sup>73</sup> 28.04.2023 tarihli ve 32174 sayılı Resmî Gazete.

<sup>74</sup> AYM, T. 22.02.2023, E. 2022/155, K. 2023/38.

soyadını almak zorunda olmaları cinsiyet ayrımcılığına açık bir örnektir. AYM'nin bu kararı ayrımcılığı ortadan kaldırmayı ve kadınların erkeklerle eşit muamele görmesini sağlamayı amaçlamaktadır. AYM tarafından böylesine bir kararın verilmesi, kadınların kişilik haklarına saygı gösterilmesini de sağlamaktadır. Kişilik hakları, tüm bireylerin en temel hakları arasındadır ve anayasal bir zorunluluk olarak korunmaktadır. Bir kadının evlilik yoluyla soyadının değiştirilmesi, kişilik haklarına aykırı bir eylem olarak görülmektedir.

AYM'ye göre kişinin kişiliğinin bir parçası olan soyadını taşıması, AY m. 20 uyarınca hem bir yükümlülük hem de bir haktır. Nitekim AİHM de bu hakkın AİHS m. 8 kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Süreç içinde yapılan anayasa değişiklikleri, kanun önünde eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinden söz edebilmek için kadın-erkek eşitliğinin tam olarak sağlanması gerektiğini güçlü şekilde vurgulamıştır. Bu bağlamda kadın ve erkeğin evlenmeden önce ve sonra soyadlarını kullanma konusunda benzer durumda oldukları sonucuna varılmıştır. Kadınların evlilik öncesi soyadlarını evlendikten sonra sadece kocalarının soyadının önünde kullanabilecekleri; erkeklerin ise evlilik öncesi soyadlarını evlendikten sonra tek başına kullanabilecekleri öngörüldüğünden, eşit durumdaki eşler arasında cinsiyet nedeniyle farklı muamele yapıldığı açıktır. Karşı oy yazısının 12. paragrafı incelendiğinde *“İtiraz konusu, ‘Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır’ kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleriyle”* kabul edildiği belirtilir. Şüphesiz nüfus kayıtlarındaki karışıklığın önlenmesinde ve soy bağının sağlıklı şekilde kurulmasında kamu yararı vardır. Ancak önemle belirtmek gerekir ki kamu yararını sağlamanın tek yolunun, bir kadının evlendikten sonra kocasının soyadından önce kendi soyadını kullanması olduğu söylenemez. Bu nedenle eşlerden birinin soyadının veya başka bir adın ortak soyadı olmasına izin vermek ya da ortak soyadının eşlerin evlenmeden önceki soyadlarının bir kombinasyonu olmasını sağlamak mümkündür. Karşı oy yazısında yer alan tartışmalı bir diğer itiraz ise kadın ve erkeğin “aynı olduklarının” iddia edilemeyeceğidir. Buna göre *“insan olarak kadın ve erkek eşdeğer olsa da cinsiyetin yol açtığı farklılıklar açısından aynı olduklarını iddia etmek mümkün değildir.”* ve *“Sonuç itibarıyla kadın ve erkeğin anatomik, fizyolojik, psikolojik ve cinsiyet farklılıkları sosyal anlamda da eşitliği imkânsız kılan bir özelliğe sahiptir. Kısacası kadın-erkek arasında yaratılış gerçekliği olarak yapısal eşitsizlik vardır”*. Ancak belirtmek gerekir ki erkekler ve kadınlar arasındaki farklılıklara bakıldığında, yaratılıştan gelen ontolojik bir “üstünlük” ya da “zayıflık” olmadığı açıktır. Dişil ya da eril doğalarına bakılmaksızın “insan olarak” yaratılmış olmaları, ontolojik olarak eşit olduklarını göstermektedir. Cinsiyetlerine bakılmaksızın insan olarak aynı öze ve ontolojik değere sahip olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla toplumsal hayat içinde bu eşdeğerliliği savunmak için yasal eşitliğe, aynı fırsat ve olanaklara sahip olmak kaçınılmazdır<sup>75</sup>. AYM, kanun hükmünün iptalinin yarattığı hukuki boşluğu göz önünde bulundurarak kararın Resmî Gazete’de yayımlanmasından dokuz ay sonra, 28.04.2024 tarihinde yürürlüğe gireceğine karar vermiştir. Bu halde 28.04.2024 tarihine kadar evlenen kadınların, kocalarının soyadını alma zorunluluğunun devam edeceği anlamına gelmektedir. Belirtilen tarihe kadar yasal düzenleme yapılmadığı takdirde yasal bir boşluk ortaya çıkacaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından boşluğun doldurulması için yeni düzenlemeler getirilmesi beklenilmektedir. Böylece kadınların sadece kendi soyadlarını kullanabilmeleri için yasal bir zemin oluşturulmuştur. Bu konunun güçlü toplumsal eleştirilere konu olduğu ve olmaya devam edeceği öngörülmektedir.

## SONUÇ

“Kadının varlığı” açısından her ne kadar Türk aile hukuku alanında ataerkil döngüden kurtulmaya yönelik hukuki düzenlemelerin yapıldığı ve kararların alındığı belirtilmiş olsa da mevcut düzende kadınların devamlı olarak aile ve toplum içinde varlık mücadelesi verdiğini söylemek yerinde olacaktır.

<sup>75</sup> YILMAZ AYDIN, E. Sare: “Kadın Hareketinde Yeni Bir İvme: Toplumsal Cinsiyet Adaleti”, *Turkish Policy Quarterly*, 2019, s. 112. (<https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/tce/872.pdf>, ET: 04.05.2023).

tır. Kadın-erkek arasındaki eşitsizliğin giderilmesine yönelik ilk olarak yaratılması gereken toplumsal bilinçtir. Çalışma bütününde de ele alınan kadınlara yönelik hukuki düzenlemelerin yalnızca yazılı metinler içinde yer almasından ziyade yaratılacak olan toplumsal bilinç ile beraber bu hukuki düzenlemelerin fiilen hayata geçirilmesini sağlamaya yönelik adımlar atılması gerekmektedir. Anayasa'nın "Kanun Önünde Eşitlik" başlıklı 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen "*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*" maddesinin "Devletin Temel Amaç ve Görevleri" başlıklı 5. madde ile birlikte değerlendirilmesinin yerinde bir düzenleme olacağını söylemek mümkündür. Atılması gereken bir diğer önemli adımın ise "özel olan politik" düşüncesinin resmi makamlarca hayata geçirilmesi olacaktır. Kanaatimizce, "mahrem" kabul edilen alana hapsedilen kadının maruz kaldığı şiddetin, "özel alan" içerisinde görülmekten çıkarılarak politik alana taşınması ve burada bir kamusal mücadelenin yaratılması önem arz edecektir. Sonuç olarak çalışmamızı "Demir Çeneli Melek" *Alice Paul*'un şu sözüyle bitirmek isteriz: "*There will never be a new world order until women are a part of it. (Kadınlar bir parçası olana kadar yeni bir dünya düzeni asla olmayacaktır.)*".

**KAYNAKÇA**

- ADEMOĞLU, Yalçın: “Cinsiyet Eşitsizliği Endeksi’nde Türkiye 156 ülke arasında 133. sıraya geriledi”, 2021 (<https://tr.euronews.com/2021/04/01/cinsiyet-esitsizligi-endeksi-nde-turkiye-156-ulke-aras-nda-133-s-aya-geriledi>, ET: 19.12.2021).
- ALİSBAH TUSKAN, Aydeniz: “Toplumsal Cinsiyet, Toplumda Kadına Bıçilen Roller ve Çözümler”, *İstanbul Barosu Dergisi*, 2011, Cilt 85, Sayı 1, s. 85-88.
- ANDERMAHR, Sonya / LOVELL, Terry / WOLKOWITZ, Carol: *A Concise Glossary of Feminist Theory*, Arnold, London, 1997.
- ATAN, Meltem: “Radikal Feminizm: ‘Kişisel Olan Politikdir’ Söyleminde Aile”, *The Journal of Europe - Middle East Social Science Studies*, 2015, Cilt 1, Sayı 2, s. 1-21.
- BAŞTÜRK, İhsan: “Türk Anayasa Yargısı Perspektifiyle Erkeğin Zinası Suçu”, *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2018, Cilt 8, Sayı 1, s. 27-45.
- BERKTAY, Fatmagül: “Kadınların İnsan Haklarının Gelişimi ve Türkiye”, *Sivil Toplum ve Demokrasi Konferans Yazıları*, No. 7, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sivil Toplum Kuruluşları Eğitim ve Araştırma Birimi Yayınları, İstanbul, 2004, s. 1-30 (Kadın).
- BERKTAY, Fatmagül: *Tarihin Cinsiyeti*, Metis Yayınları, İstanbul, 2018.
- BRAIDOTTI, Rosi: *Embodiment and Sexual Difference in Contemporary Feminist Theory*, Columbia University Press, New York, 1994.
- BORA, Aksu / İŞAT, Ceren: *Düğüm Bilgisi*, KA-DER Yayınları, Ankara, 2006.
- BORA, Aksu: *Kadınların Sınıfı: Ücretli Ev Emegi ve Kadın Öznelliğinin İnşası*, 5.Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.
- BUTLER, Judith: *Undoing Gender*, Routledge, New York, London, 2004.
- CODE, Lorraine: *Encyclopedia of Feminist Theories*, Routledge, London, 2000.
- ÇAĞLAR GÜRGEY, F. İrem: “‘Feminist Hukuk Teorisi’ Nedir?”, *Hukuk Kuramı*, 2014, Cilt 1, Sayı 5, s. 28-44.
- DAVIDOFF, Leonore: *Aile Paradoksu: Tarihçilere Bir Çağrı, Feminist Tarih Yazımında Sınıf ve Cinsiyet*, (Çev.) ATEŞER, Zerrin / SOMUNCUOĞLU, Selda, 2. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2009.
- DE BEAUVOIR, Simone: *The Second Sex*, Vintage Books, New York, 2011.
- DEMİR, Nazlı Hilal: “The Surname of Married Woman (Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Sorunu): An Everlasting Problem”, *Fasikül Hukuk Dergisi*, 2017, Cilt 9, Sayı 88, s. 10-13.
- DEMİR, Pınar Özlem: *Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- DİLTEMİZ MOL, Merve: “Özel Olan Politikdir”, 2021 (<https://feministbellek.org/ozel-olan-politiktir/>, ET: 15.12.2021).
- ERDEM, Jülide Gül: “Yargı Kararlarında Kanun Önünde Eşitlik İlkesi ve Kadın Erkek Eşitliği”, *Akademik Hissasiyetler*, 2017, Cilt 4, Sayı 8, s. 19-44.
- EROĞLU, Feride: *Avrupa Ülkeleri Anayasalarında Toplumsal Cinsiyet ve Kadın-Erkek Eşitliği ile İlgili Düzenlemeler*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Ankara, 2011.
- LERNER, Gerda: *The Creation of Patriarchy*, Oxford University Press, New York, Oxford, 1986.
- GÜNAY, Gülay / BENER, Özgün: “Kadınların Toplumsal Cinsiyet Rollerini Çerçevesinde Aile İçi Yaşamı Algı-lama Biçimleri”, *Türkiye Sosyal Araştırmalar Dergisi*, 2011, Cilt 15, Sayı 3, s. 157-171.
- GÜNGÖR, Arzu Hazer: “Cinsiyet Eşitliğinin Anayasal Temeli ve Yorumu”, *İzmir Barosu Dergisi*, 2021, Cilt 86, Sayı 1, s. 133-180.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: *Zina Cürümleri*, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1981.
- HANISCH, Carol: “The Personal is Political”, 2006 (<http://carolhanisch.org/CHwritings/PIP.html>, ET: 15.12.2021).

- HOŞGÖR, Ayşe Gündüz: “Türkiye’de Kırsal Kadının Toplumsal Konumu: Bölgesel Eşitsizlikler, Yasal Müdahaleler ve Kısmi Kazanımlar”, (Ed.) DURUDOĞAN, Hülya: *Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler Mücadeleler Kazanımlar*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010, s. 295-314.
- HUMM, Maggie: *The Dictionary of Feminist Theory*, 2. Baskı, Prentice Hall/Harvester Wheatsheaf, New York, London, 1995.
- KANADOĞLU, Osman Korkut: “Feminizm ve Kadın Hakları”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021, Cilt 18, Sayı 1, s. 141-169.
- KARACA, Büşra Gül: *Türk Hukukunda Aile Kavramı ve Ailenin Korunması*, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Erzurum, 2017.
- KAYPAK, Şafak / KAHRAMAN, Mehmet: “Türkiye’de Kadının İnsan Hakları ve Anayasal Yansıması”, *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2016, Cilt 13, Sayı 33, s. 298-315.
- KELLY-GADOL, Joan: “The Doubled Vision of Feminist Theory: A Postscript to the ‘Women and Power’ Conference”, *Feminist Studies*, 1979, Cilt 5, Sayı 1, s. 216-227.
- KOÇAK, Murat: *Anayasa Mahkemesi ve Cinsiyet*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2019.
- KORUCULU, Irmak: *Kriminolojide Kadın Suçluluğunu Açıklayan Yaklaşımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- MACKINNON, Catharine A.: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, (Çev.) YÖNEY, Türkan / YÜCESOY, Sabir, Metis Yayınları, İstanbul, 2003 (Devlet Kuramı).
- MACKINNON, Catherine A.: “Feminism, Marxism, Method and the State: An Agenda For Theory”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 1982, Cilt 7, Sayı 3, s. 515-544 (Feminism).
- MORALIOĞLU, Aylin: “80’li Yıllarda Kadın Hareketi ve Kampanyalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 99, s. 291-296.
- MOROĞLU, Nazan: “Kadının Kimlik Sorunu ‘Kadının Soyadı’”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2012, Sayı 99, s. 246-268.
- NALBANT, Fatma / KORKMAZ, Tuğrul: “Feminist Teori Temelinde Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Türkiye Bağlamında Değerlendirilmesi”, *Artvin Çoruh Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2019, Cilt 5, Sayı 2, s. 165-186.
- ODER, Bertil Emrah: *Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2010.
- OKTAY, Saibe: *Medeni Kanunda Kadın: Kadınların Gündemi*, Say Yayınları, İstanbul, 1997.
- RAMAZANOĞLU, Caroline: *Feminizm ve Ezilmenin Çelişkileri*, (Çev.) BAYATLI, Mefkure, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998.
- SAĞLAM, Mehmet Ali: “Feminist Kuramda Kadının Politik Ekonomisi ve Dönüşümü”, *Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi*, 2020, Sayı 46, s. 394-412.
- SAĞLAM, Rabia: “Zinanın Hukuk- İçi ve Hukuk- Dışı Soykütüğü”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2020, Cilt 11, Sayı 1, s. 287-302.
- SAR, Esra: “Çalışma Hayatında Kadın İstihdamı ve Türkiye’de Yansımaları”, *Safran Kültür ve Turizm Araştırmaları Dergisi*, 2021, Cilt 4, Sayı 1, s. 20-40.
- SCALES, Ann: “Towards a Feminist Jurisprudence”, *Indiana Law Journal*, 1980-1981, Cilt 56, Sayı 3, s. 375-444.
- ŞAFAK AYDIN, Ayşe: *Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- TEKELİ, Şirin: *Feminizmi Düşünmek*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2017.
- TOKDOĞAN, Nagehan: “Biraz da Feminist Olmak Lazım”, (Der.) BORA, Aksu: *İradenin İyimsizliği*, Ayizi Kitap, İstanbul, 2015, s. 265-309.



UÇAN ÇUBUKÇU, Sevgi: *1980 Sonrası Kadın Hareketi: Ataerkilliğe Karşı Meydan Okuma, Türkiye’de ve Avrupa Birliği’nde Kadının Konumu: Kazanımlar, Sorunlar, Umutlar*, KA-DER Yayınları, İstanbul, 2004.

USTA, Sevgi: “‘Koca, Birliğin Revidir’ Hükmünden ‘Edinilmiş Mal Rejimi’ne: Evli Kadının Hukuki Durumu”, *Birkaç Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar - Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan*, Cilt 2, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2011, s. 943-985.

WALBY, Sylvia: “Feminism in a Global Era”, *Economy and Society*, 2002, Cilt 31, Sayı 4, s. 533-557.

YILMAZ AYDIN, E. Sare: “Kadın Hareketinde Yeni Bir İvme: Toplumsal Cinsiyet Adaleti”, *Turkish Policy Quarterly*, 2019, s. 107-115 (<https://www.muhamrembalci.com/hukukdunyasi/tce/872.pdf>, ET: 04.05.2023).

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe: *Medeni Hukuk Temel Bilgiler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.