TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

ISSN 1304-2408

MAYIS-HAZİRAN/MAY-JUNE: 2025 YIL/YEAR: 38 SAYI/ISSUE: 178

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF
TURKISH BAR ASSOCIATIONS
REVIEW

ISSN: 1304-2408

HAKEMLİ BİR DERGİDİR

1988 yılından bu yana yayımlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2002 yılından itibaren "Hakemli Dergi" olarak yayımlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

MAYIS - HAZİRAN / MAY - JUNE: 2025 **YIL/YEAR: 38** **SAYI/ISSUE: 178**

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ

UNION OF TURKISH BAR ASSOCIATIONS REVIEW

© Türkiye Barolar Birliği
© Union of Turkish Bar Associations

Sahibi / Owner
Av. R. Erinç Sağkan
Türkiye Barolar Birliği Başkanı

Sorumlu Müdürü / Managing Director
Av. Melih Yardımcı, TBB Yönetim Kurulu Üyesi

Genel Yayın Yönetmeni / Executive Editor
Av. Özlem Bilgilioğlu

Eşgüdüm Kurulu / Board of Coordination
Av. Melih Yardımcı
Av. Ahmet Erdem Ekmekçi
Av. Ramazan Erhan Toprak
Av. Özlem Bilgilioğlu

Yayın Kurulu
Özlem Bilgilioğlu
Türkiye Barolar Birliği Genel Yayın Yönetmeni

Gizem Özkan
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD Araştırma Görevlisi

Abdussamet Tekin
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri Sorumlusu

Danışma Kurulu / Board of Advisors*
Prof. Dr. Ahmet Kılıçoğlu
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu
Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Dilşad Keskin
Ankara Hacı Bayram Veli UniversitesiHukuk Fakültesi

Prof. Dr. Durmuş Tezcan
İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ezgi Aygün Eşitli
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Korkut Kanadoğlu
İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Muhammet Özekes
Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Olgun Değirmenci
TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel Özel
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sultan Üzeltürk
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*(İsme göre alfabetik sıralanmıştır)

Türkiye Barolar Birliği Dergisi hakemli bir dergidir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is a refereed review.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin yayın dili Türkçedir.

İki ayda bir (Ocak, Mart, Mayıs, Temmuz, Eylül, Kasım aylarında) yayımlanır. / Issued bimonthly (January, March, May, July, September, November).
Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir. / Articles published in these series express solely the views of the authors.
Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. / Articles published in these series can not be republished without citation.

Türkiye Barolar Birliği Dergisi TÜBİTAK - TR DİZİN Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir. / Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Union of Turkish Bar Associations Review) is being permanently indexed in TÜBİTAK - ULAKBİM law database.

İletişim Adresi / Communication Address
Türkiye Barolar Birliği Başkanlığı
Yayın İşleri Müdürlüğü
Oğuzlar Mah. Av. Özdemir Özok Sokak No: 8
06520 Balgat - ANKARA
Tel: (0312) 292 59 00 (pbx) Faks: (0312) 286 55 65
web:www. barobirlik.org.tr
e-posta: yayin@barobirlik.org.tr

Abonelik / Subscription
Yıllık abone bedeli: 300 TL.

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık /
Page Design and Offset Preparation
Türkiye Barolar Birliği Yayın İşleri

Basım Yeri / Printed by
Göktuğ Ofset Yayıncılık
Matbaacılık Tic. Ltd. Şti
Zübeyde Hanım Mah. İstanbul Cad.
Sedef Sk. No : 1
İskitler / Altındağ – Ankara
Matbaa Sertifika No : 47538

Basım Tarihi / Printing Date : 15. 05. 2025

TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI, YAYIN KURALLARI ve ETİK İLKELERİ

Dergi'nin yayın politikası ve etik ilkeleri, Dergi'ye yazı gönderen yazar tarafından kabul edilmiş sayılır.

Yayın, imla ve yazım kurallarına uygun olarak düzenlenmeyen, Türkçenin doğru kullanılmadığı yazı, hakemlere dahi gönderilmeden diğer kriterleri taşısa da Dergi Yayın Kurulu tarafından reddedilebilecektir.

Bu nedenle her bölümdeki ilke ve kurallar yazar tarafından titizlikle kontrol edilerek uygun olmayanlar düzeltilmeli, eksiklikler giderilmelidir.

Yayın Politikası

1. 1988 yılından bu yana yayınlanan Türkiye Barolar Birliği Dergisi (Dergi), 2002 yılından itibaren "hakemli dergi" olarak yayınlanmakta olup 2010 yılından bu yana da TÜBİTAK-ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanında dizinlenmektedir.

   Dergi iki ayda bir yayınlanmakta olup yazı dili Türkçedir.

2. Dergi "hakemli" olarak TR Dizin'de taranan "hakemli bir dergi" olduğu için Dergi'ye gönderilen tüm yazıların hakemlere gönderilmesi gerekli ve zorunludur. Yazarın talebine bağlı olarak yazının hakemlere gönderilmeden yayınlanması mümkün olmayıp yazar tarafından böyle bir istekte bulunulmamalıdır.

   Yazı hakemlere gönderildikten sonra hakemlerin önerisi/onayı ve editörün takdiriyle, istisnai olarak, bazı yazıların hakemsiz olarak Dergi'de yayınlanmasına karar verilebilir.

3. İlk maddedeki kural "çeviriler" için de geçerli olup çeviri olarak gönderilen yazıların makalede aranan tüm koşulları taşıması gereklidir.

4. Yazar tarafından Dergi'de yayınlanma istemiyle aynı anda sadece bir yazı gönderilebilir. Anılan yazı yayınlandıktan/değerlendirme süreci tamamlandıktan sonra ikinci yazı gönderilmelidir.

5. Yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun olması halinde, hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı, Editör tarafından yazara bildirilir.

   Dergi'ye gönderilen yazıların yoğunluğu nedeniyle gelen yazıların sıraya konulması hususu ve TR Dizin 2020 yılı zorunlu kriterleri arasında yer alan **"Dergi her bir sayısında yer alacak makale sayılarının orantılı olmasına dikkat edilmeli, sayı/cilt arasındaki makale sayısı dengeli olmalıdır"** kuralı yazar tarafından dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda Editör tarafından yazının Dergi'nin hangi sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, bu bildirim yazar tarafından kabul edilmiş olur (Örneğin: Şubat/2021 itibarıyla Dergi'ye bir yazı gönderildiğinde, yazının kabul edildiği ve hakem raporlarından sonra netlik kazanmak üzere Dergi'nin Kasım- Aralık/2021 sayısının yayın listesine alındığı yazara bildirildiğinde, yazar bunu kabul etmiş olur ve daha sonra herhangi bir itiraz/yazının daha önceki bir sayıya alınmasını isteme gibi bir hakkı söz konusu olmaz).

   Editörün bildiriminde belirtilen tarih ve sayı yazar tarafından kabul edilmediği takdirde, yazar makalesini çekmek hakkına sahip olup bu durumu derhal bildirmelidir.

6. Ön düzeltme; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde düzeltilmesini, "makalenin gönderim tarihi"; yazının Dergi Yayın Politikası, Etik İlkeleri ve Yayın Kuralları'na uygun bir şekilde gönderildiği tarihi, "makalenin kabul tarihi"; yazının hakem değerlendirme sürecinin tamamlanıp onaylandığı tarihi ifade eder.

7. Her yazı, yazara bildirilen sayının yayınlanacağı tarihe yetişecek şekilde, -yazıların hakemlere gönderilmesi, hakemlerce onaylanması, gerekirse düzeltmelerin yapılması, tasarıma gönderilmesi, son kontrolden sonra web sitesine eklenmesi, ODİS'e ve matbaaya gönderilmesi süreçleri göz önünde bulundurularak- en az iki hakeme gönderilir.

   İki hakemden biri olumsuz kanaat belirttiği takdirde yazı üçüncü bir hakeme gönderilir veya Editör tarafından takdir hakkı kullanılır.

8. Yazı, "kör hakemlik" sistemi uyarınca, yazarın ad ve soyadı yazı metninden çıkarılarak hakemlere gönderilir. Yazara da yazının hangi hakemlere gönderildiği konusunda bilgi verilmez.

9. Hakem/hakemler tarafından yazının yayınlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Ret raporlarının yazara gönderilmesi zorunluluğu yoktur. Yazının yayınlanamayacağına ilişkin bildirim, yazının yayın listesinde bulunduğu sayının süreci tamamlandıktan sonra ilgili sayının yayınlanmasıyla eş zamanlı olarak yapılır.

10. Hakem rapor/raporları düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem/hakemlerin adı belirtilmeksizin yazara gönderilir. Yazının düzeltilmiş hali hakeme gönderildikten sonra hakem tarafından ikinci bir düzeltme istenebilir. İkinci düzeltmeden sonra yazının hakem tarafından onaylanmaması halinde yazardan üçüncü bir düzeltme istenmez ve yazı reddedilir/reddedilmiş sayılır.

    Hakemler tarafından onaylanan/düzeltme istenip rapora uygun olarak düzeltildikten sonra onaylanan yazı, alındığı sayının yayın listesine ilişkin süreç tamamlandıktan sonra Dergi'nin ilgili sayısında yayınlanır.

    Hakem rapor/raporlarında düzeltme istenmiş ancak raporda belirtilen hususlar yazar tarafından süresinde yerine getirilmemişse, bir defaya özgü olmak üzere yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır.

11. Yazı yukarıda 4. maddede belirtildiği şekilde yayın listesine alınmış ancak hakem raporları -çok istisnai de olsa- süresinde sunulmamışsa, yazı, alındığı yayın listesinden sonra gelen sayının yayın listesine aktarılır ve bu sayıda anılan yazıya ilişkin sürecin tamamlanması sağlanır.

12. Dergi'ye gönderilecek yazının; özgün, başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere başka bir yere gönderilmemiş olması gerekmektedir.

13. Türkiye Barolar Birliği, yayınlanması kabul edilen yazıların basılı ve elektronik yayın haklarına sahip olur.

14. Yazara ve hakemlere, talep etmeleri halinde telif ücreti ödenir.

15. Yazara, yazısının yayınlandığı sayıdan üç adet, hakemlere ise hakem incelemesi yaptıkları sayıdan birer adet Dergi gönderilir.

    Dergi'nin kitap olarak kendisine gönderilmesini isteyen yazarın, yazıyı gönderirken adresini ve telefon numarasını da belirtmiş olması gerekmektedir.

16. Talep etmeleri halinde hakemlere makalenin hakem incelemesinin yapıldığı ve raporunun hazırlandığına ilişkin bir yazı gönderilir.

Yayın Kuralları

1. Yazı, yayin@barobirlik.org.tr adresine gönderilmelidir.
2. Yazı, ana bölümlerde 1,5 satır aralığı ile 12 punto; dipnotlarda tek satır aralığı ile 10 punto kullanılarak Times New Roman karakterinde yazılmalıdır.
3. Yazarın ad, soyadı ve unvanını, makalede yer almasını istediği şekliyle ve Dergi'de yer alan yazı formatına uygun olarak yazıya eklemesi gereklidir.

4. Kurum, e-posta adresi, ORCID ve makalenin gönderim tarihi (ön düzeltmeden sonraki gönderim esas alınarak) bilgilerinin belirtilmesi zorunlu olup aynı sırada makalenin ilk sayfasına dipnot olarak eklenmelidir.
5. Dergi'nin belirlediği yazı formatı dışında kalan kısımlar, yazıdan çıkarılmalıdır (kapak, içindekiler, kısaltmalar vs. kısımlar).
6. Yazının ilk sayfasında makalenin başlığı, İngilizce başlık, özet, anahtar kelimeler, İngilizce özet ve İngilizce anahtar kelimeler bölümlerine belirtilen sırada yer verilmeli, bu bölümler çok uzun ise kısaltılmalıdır.
7. Dipnot numaralandırmaları, **noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden)** sonra yapılmalıdır.
8. Dipnotlarda ve kaynakçada, koyu renkle, altı çizili ve/veya italik yazılan kısımlar (yayın kurallarında italik yazılacağı belirtilenler hariç) düzeltilmeli ve internet kaynaklarındaki alt çizgiler kaldırılmalıdır.
9. Dipnotlar sayfa altında gösterilmeli, dipnotlarda, yazarın adı soyadı şeklindeki düzene uyulmalı, yazar ad ve soyadının sadece baş harfleri büyük ve ad soyadının sonunda sadece virgül olmalıdır. Örneğin: Faruk Erem,

   Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, yayınevi, ili, baskı yılı ve sayfa sayısı sırasıyla yazılmalıdır.

   Örneğin: Faruk Erem, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.
10. Yazının kaynakça kısmında, yazarın soyadı adı şeklindeki düzene uyulmalı, varsa numaralandırmalar kaldırılmalı, yazar soyadı ve adının sadece sonuna virgül konmalıdır.

    Örneğin: Erem Faruk, "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", *AÜHF Dergisi,* Ankara 1943, C. x, S. x, s. xx.

    Kaynakça kısmı; Kitaplar, Makaleler, Mahkeme Kararları, İnternet Kaynakları, Diğer Kaynaklar gibi bölümlere ayrılarak yazılmalıdır.
11. Dipnotlarda ve kaynakçada yazar ve eser adlarının doğru yazıldığından emin olunmalıdır.

İmla ve Yazım Kuralları

Aşağıdaki hususlar (yazı metni, alıntı metin, dipnot ve kaynakça dahil olmak üzere) gözden geçirilerek uygun olmayan kısımlar düzeltilmelidir:

1. Kurum, kuruluş, kurul, birleşim, oturum ve iş yeri, kanun, yönetmelik, anlaşma, sözleşme adlarına gelen eklerin kesme işaretiyle ayrılması,

   Örneğin: Anayasa Mahkemesi'nin, Avukatlık Kanunu'nun, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
2. Eş anlamlı kelimelerden birinin tercih edilmesi ve metin içinde yeknesaklığın sağlanması için yazının tamamında sadece birinin kullanılması,

   Örneğin: Yasa veya kanun kelimelerinden birinin tercih edilip kullanılması
3. Rakamlardan sonra gelen kelimelerin küçük harfle başlaması,

   Örneğin: 5237 sayılı Kanun, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi, 19. yüzyıl, 01.01.2019 tarihli, 2. baskı
4. Alm. (Almanca), İng. (İngilizce), Oğuzlar Mah. Prof. (Profesör), Dr. (Doktor), Av. (Avukat), haz. (hazırlayan), çev. (çeviren) gibi kısaltmalar hariç olmak üzere SGK, TTK, 13. CD, YHGK, TCK gibi kısaltmalarda nokta kullanılmaması,
5. Kısaltmalarda takıların kısaltma okunuşuna göre verilmesi,

   Örneğin: TCK'nın, İYUK'un

6. Kısaltmaların birden fazla kullanılış şekli varsa birinin tercih edilmesi ve metin içinde ve dipnotlarda aynı şekilde kullanılması,

   Örneğin: syf., sh., s.'den birinin tercih edilmesi
7. Noktalama işaretlerinin **(özellikle tırnak işareti ve kesme işaretinin)** yazının her yerinde aynı karakterde yazılmış olmasına özen gösterilmesi,
8. Tarih yazılışında 01.01.2019 şeklindeki kullanımın tercih edilmesi,
9. 1. veya 1'inci yazılışından birinin tercih edilmesi,
10. **Tezcan/ Erdem/ Önok, şeklinde yazılışın değil aralık verilmeden Tezcan/ Erdem/ Önok şeklinde yazılışın tercih edilmesi,**
11. Noktalama işaretlerinden (nokta, virgül, noktalı virgül, üç nokta, ünlem, soru işareti vs. noktalama işaretlerinden) ve her kelimeden sonra bir harf boşluk bırakılmasına özen gösterilmesi,
12. Yazı içinde kullanılacak kısaltmalara; ilk seferinde açık haliyle birlikte parantez içinde kısaltılmış hali, sonrasında sadece kısaltılmış hali olmak üzere yer verilmesi,
13. Farklı kaynaklardan alıntı yapılmasından kaynaklanan her türlü farklı yazımın kontrol edilerek yeknesaklığın, yazı düzeninin sağlanması.

Etik İlkeler

1. Yazar tarafından başka bir yazara ait yazının kendine aitmiş gibi gönderilmesi veya gönderilen yazıda büyük/küçük oranda atıf yapılmadan alıntı yapılmış olması veya yazının tamamına yakınının, atıf yapılsa da başka bir yazı/yazılardan oluşması; kişiye özgü bir durum olup sorumluluk tamamen yazara aittir.
2. Yazı, intihal, sahtecilik, çarpıtma, tekrar yayın, dilimleme, haksız yazarlık ve diğer etik ihlali türlerini içermemelidir.
3. Yazarın gönderdiği çalışmanın özgün olması Dergi kriterlerinin başında gelmektedir.
4. Yayınlanmak üzere gönderilen çalışmanın herhangi bir nedenle Dergi'den çekilmek istenmesi halinde yazıyla (maille) derhal bildirilmesi gerekir.
5. Hakem değerlendirme süreci tamamlanmış bir makale, makul bir gerekçe gösterilmeksizin yazarı tarafından geri çekilmemelidir.
6. Makalede araştırma ve yayın etiğine uyulduğuna dair ifadeye yer verilmelidir.
7. TR Dizin kriterleri gereği, etik kurul izni gerektiren çalışmalarda, izinle ilgili bilgilere (kurul adı, tarih ve sayı no) yöntem bölümünde ve ayrıca makale ilk/son sayfasında yer verilmelidir. Olgu sunumlarında, bilgilendirilmiş gönüllü olur/onam formunun imzalatıldığına dair bilgi makalede yer almalıdır. Kullanılan fikir ve sanat eserleri için telif hakları düzenlemelerine uyulması gerekmektedir.
8. Dergi tarafından farklı kurumlardan, görüş bildirdikleri konunun uzmanı olan hakemler atanmalı, tarafsızlık ve çeşitlilik ilkelerine dikkat edilmelidir.

   Hakemler, değerlendirilen yazı sahibinin tabi olduğu etik kurallara bağlı ve bu kuralları titizlikle uygulamak durumunda olmalıdırlar.

   Dergi'de yayınlanmış makalelerde kurum ve yazar çeşitliliğine özen gösterilmeli, araştırma ve yayın etiğine uygun olmayan yazılar kabul edilmemelidir.

İÇİNDEKİLER/CONTENTS

1 Recep DOĞAN
Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinde Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, Ceza Sorumluluğu ve AİHM Kararları
The Authority of Law Enforcement to Use Force, Criminal Liability, and Ecthr Judgments in Meetings and Demonstration

53 Özkan GÜLTEKİN
Türkiye'de Mağdur Hakları ile İlgili Kurumsal Yapı ve Yeni Hizmet Modelleri
Institutional Structure and New Service Models for Victims' Rights in Turkey

109 Evren KOÇ - Mehmet Ünsal CANDEMİR
Tebligat İşlemlerinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk
Legal Liability Arising from Notification Proceedings

165 Duygu KOÇAK DİKER - Elvan BAĞ CANBAZ
Güncel Yargıtay Kararları Işığında Eşlere Verilen Ziynet Eşyası Üzerindeki Hak Sahipliği
Entitlement to Jewelry Given to Spouses in The Context of Recent Supreme Court Judgments

203 Emre CUMALIOĞLU - Yasemin KALKANCI - Sena ÖBEK
Avukatlık Sözleşmesinin Feshinde Ücretin Kanuna ve Hakkaniyete Göre Belirlenmesi
Rmination of Fees According to Law and Equity in The Termination of The Attorneyship Agreement

257 Betül TİRYAKİ ÖZLÜK
Ayıplı Eser Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkının İş Sahibinin Arsası Üzerinde Yapılan Eserler Bakımından Sınırlandırılmasına İlişkin Eleştiriler
Criticisms Regarding The Restriction of The Right to Withdraw from A Contract due to Defective Work in The Context of Works Constructed on The Client's Land

291 Selin SERT SÜTÇÜ
6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Alan Tüketici Tanımının Çocuklar Bakımından Uygulanabilirliği: Çocuk Tüketici Kavramı
Applicability of The Consumer Definition of The Law No. 6502 on Consumer Protection with Respect to Children: The Concept of Child Consumer

315 Dilara KANKOÇ AYDIN
Türk Ceza Kanunu ve Bankacılık Kanunu'ndaki Zimmet Suçları ile Karşılaştırmalı Olarak Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcılarda Zimmet Suçu
Crime of Embezzlement in Crypto Asset Service Providers and The Comparative Analysis with Embezzlement Crimes in The Turkish Penal Code and The Banking Law

367 Şefik Taylan AKMAN
David Hume'un Hukuk ve Adalet Anlayışının Hukuki Pozitivizmin Doğuşu Sürecindeki Etkileri
The Influences of David Hume's Understanding of Law and Justice on The Emergence of Legal Positivism

başkan'dan

Değerli Meslektaşlarım,

Türkiye Barolar Birliği Dergisi'nin Mayıs-Haziran/ 2025 sayısıyla (178. sayı) sizlerle buluşmaktan mutluluk duyuyorum.

*

Mesleğimizle ilgili olarak Mart ayı içerisinde uluslararası düzeyde bir gelişme yaşandı. Avukatlık Mesleğinin Korunmasına Yönelik Avrupa Konseyi Sözleşmesi 11-12 Mart 2025 tarihinde düzenlenen Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi toplantısında kabul edildi. Bu sözleşme, avukatların bağımsızlığını, güvenliğini ve mesleki faaliyetlerini tehdit eden durumlara karşı uluslararası düzeyde yasal koruma sağlamayı amaçlayan ve avukatlık mesleğini korumaya yönelik önemli bir uluslararası metindir.

Avrupa Konseyi Sözleşmesi kapsamında taraf devletler, avukatların mesleki görevlerini herhangi bir fiziksel saldırı, tehdit, taciz veya baskı olmadan yerine getirmesini sağlamakla yükümlü olacaktır. Aynı zamanda, avukatların gizliliğini ve müvekkilleriyle olan iletişimlerinin korunmasını garanti altına almak için ek güvenlik önlemleri alınacaktır.

Sözleşme, avukatların mesleklerini icra ederken karşılaşabilecekleri riskleri ele almakla kalmayıp, aynı zamanda Baroların bağımsız ve özerk kurumlar olarak faaliyet göstermesini garanti altına almaktadır. Disiplin süreçleriyle ilgili düzenlemeler de sözleşme kapsamında ele alınmış olup, avukatların adil ve bağımsız yargılanma hakları korunmaktadır.

Türkiye Barolar Birliği (TBB) olarak, avukatların mesleki özgürlüklerini koruma ve hukukun üstünlüğünü güçlendirme amacına hizmet eden bu sözleşmenin hayata geçirilmesini destekliyoruz. Ülkemizde de avukatların bağımsızlıklarını, güvenliklerini ve mesleki faaliyetlerini sürdürebilmelerini sağlamak adına gerekli adımların atılması gerektiğini vurguluyoruz. Başta ülkemiz olmak üzere tüm Avrupa Konseyi üye ülkelerinin, hukukun üstünlüğünü ve avukatların güvenliğini sağlamayı amaçlayan bu sözleşmeyi imzalamaları için çaba göstereceğimizi ifade etmek isterim.

*

Uluslararası alanda yaşanan bu gelişmenin ülkemiz açısından kritik değerini bir kez daha gösterir gibi 21 Mart 2025 Cuma günü İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesi, İstanbul Barosu Genel Kurulu'nun iradesiyle seçilmiş Yönetim Kurulu Üyeleri'nin görevden alınmasına karar verdi. Hiç kuşkusuz, bu karar demokrasi, hukuk ve yargı tarihimizde utanç verici bir leke olarak anılacaktır. Verilen karar yalnızca İstanbul Barosu'na karşı değil, savunma mesleğinin her bir temsilcisine ve yurttaşların adil yargılanma hakkına karşı verilmiştir. Avukatların meslek örgütlerinin tümüne yönelik bir gözdağı anlamına gelen bu kararla hedeflenen amaçların gerçekleşmesine izin vermeyeceğiz.

Nitekim, bu yıl 5 Nisan Avukatlar Günü'nde Türkiye'nin dört bir yanından gelerek Ankara'da toplanan binlerce meslektaşımızla birlikte büyük bir toplantı ve yürüyüş gerçekleştirdik; savunmanın bağımsızlığı ve hukuka saygı için tek yürek olduk. Bilinmelidir ki 5 Nisan bu ülkenin avukatları için yalnızca bir kutlama günü değil suskunluk dayatıldığında yükselen sesin, geri adım istenildiğinde öne çıkan iradenin günüdür. 5 Nisan Avukatlar Günü yalnızca bir meslek günü değil, bu ülkede adalet için mücadele eden herkesin günüdür.

*

Bu sayıda yer alan akademik çalışmaların, avukatlık sözleşmesinden mağdur haklarına, çocuk tüketici kavramından kolluğun zor kullanma yetkisine, kripto varlık piyasasından klasik eser sözleşmesi hükümlerine kadar çok boyutlu alanlarda kaleme alındığını görüyoruz. Bu çalışmalar, yalnızca pozitif hukuk metinlerinin yorumuna değil, aynı zamanda hukukun sosyal işlevine, değişen toplumsal ihtiyaçlara ve temel hakların korunmasına dair güncel tartışmalara da ışık tutmaktadır. Ele alınan her konu, yürürlükteki düzenlemelerin yetersiz kaldığı ya da uygulama ile teori arasında açıklıkların yaşandığı alanlara müdahale eden bir bakışı içermektedir.

Her zaman olduğu gibi dergimize katkı sunan yazarlara, hakemlerimize ve yayının sizlere ulaşmasını sağlayan çalışma arkadaşlarımıza teşekkür ediyorum.

Saygılarımla

Av. R. Erinç SAĞKAN

Türkiye Barolar Birliği Başkanı

TBB Dergisi 2025 (178) s. 1-52

TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİNDE KOLLUĞUN ZOR KULLANMA YETKİSİ, CEZA SORUMLULUĞU VE AİHM KARARLARI

THE AUTHORITY OF LAW ENFORCEMENT TO USE FORCE, CRIMINAL LIABILITY, AND ECTHR JUDGMENTS IN MEETINGS AND DEMONSTRATION

Recep DOĞAN*

Özet: Toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi demokratik bir toplumda var olması gereken temel hak ve özgürlüklerden birisidir. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesinin, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü için tanınan korumaya benzer bir korumadan yararlanması gerekir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 11. maddesi ile sağlanan garantiler, demokratik toplum düzeninin temellerine aykırı olarak katılımcıların ve düzenleyicilerin şiddete başvurma niyetinin olduğu veya şiddetin teşvik edildiği toplantı ve gösteriler hariç tüm barışçıl toplantı ve gösterileri kapsamaktadır.

Bu itibarla bu makalede, toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahalede zor kullanılması ve zor kullanmada sınırın aşılması halinde kolluk görevlilerinin ceza sorumluluğu tartışılacaktır. Özelikle, işkence boyutuna varabilecek aşırı güç kullanımı halinde, Türkiye'de toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde kolluğun zor kullanma yetkisine ve toplanma özgürlüğüne ilişkin mevcut uygulama ve mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı açıklanacaktır.

Anahtar Kelimeler: Toplanma Özgürlüğü, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerinde Zor Kullanılması, Ceza Sorumluluğu, İşkence Yasağı, AİHM Kararları

Abstract: The right to freedom of assembly is a fundamental right in a democratic society and, like the right to freedom of expression; it is one of the foundations of a democratic society. Thus, the guarantees of Article 11 must be considered in the light of Article 10. The guarantees of Article 11 apply to all gatherings except those

* Doç. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, recep.dogan@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7739-3071, Makalenin Gönderim Tarihi: 17.01.2025, Kabul Tarihi: 31.05.2025

where the organizers and participants have the intention to incite violence that reject the foundations of a democratic society.

Therefore, this article discusses the use of force by law enforcement officials in the policing of demonstrations and the criminal liability of those officials who use disproportional force. Specifically, the article discusses the issue of ill treatment in demonstrations which falls within the scope of torture, and will explain whether the interpretations of relevant Turkish provisions concerning the limitations of freedom of assembly, the use of force in the policing of demonstrations and prevention of ill treatments in demonstrations are compatible with the ECHR's case law.

Keywords: Freedom of Assembly, Use of Force İn Meetings and Demonstration Marches, Criminal Liability, Prohibition of Torture, The ECHR's Case Law

GİRİŞ

Anayasa'nın 34. maddesinde yer alan toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu kanun hükümlerine uygun olarak düzenlenmeyen ve kanuna aykırı sayılan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yetkili amirin topluluğa yönelik olarak yapacağı ihtarı müteakip zor kullanılarak dağıtılması öngörülmüştür. Kolluğun zor kullanımının makul ve haklı görülebilmesi için yasallık, gereklilik (mecburiyet/zorunluluk) ve orantılılık şartlarının bir arada gerçekleşmesi ve aşağıda ayrıntılarıyla tartışılacak olan mevzuat hükümlerinde belirtilen usul şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Kanundan kaynaklanan toplantıyı dağıtmak için zor kullanma görevinin yerine getirilmesi sırasında sınırın aşılması halinde ise zor kullanan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır.

Bu itibarla bu makalede öncelikle, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kapsamı, kolluğun toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahalede zor kullanması, zor kullanma yetkisinin şartları ve hukuka uygunluk nedenlerinin sınırları açıklanacaktır. Ardından zor kullanmada sınırın aşılması halinde kolluk görevlilerinin ceza sorumluluğu Türk Ceza Kanunu'na ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'na göre tartışılacaktır. Nihayetinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahalede zor kullanılması ve zor kullanmada sınırın aşılmasına ilişkin temel içtihatları ve verdiği kararların kapsamlı bir analizi yapılacak, özellikle işkence boyutuna varabilecek aşırı güç kullanımı halinde Türkiye'de

mevcut uygulama ve mevzuatın AİHM içtihatları ile uyumlu olup olmadığı irdelenecektir.

I. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞÜ HAKKININ KAPSAMI

Anayasa'nın 34. maddesine göre "*Herkes, önceden izin almadan, silahsız ve saldırısız toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir.*" Yine 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 3. maddesine göre "*Herkes, önceden izin almaksızın, bu Kanun hükümlerine göre silahsız ve saldırısız olarak kanunların suç saymadığı belirli amaçlarla toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına sahiptir*". Aynı Kanun'un 10. maddesinde ise toplantının yapılabilmesi için düzenleme kurulu üyelerinin tamamının imzalayacakları bir bildirimin toplantının yapılmasından en az kırk sekiz saat önce ve çalışma saatleri içinde, toplantının yapılacağı yerin bağlı bulunduğu valilik veya kaymakamlığa verilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu bildirimde; a) Toplantının amacı, b) Toplantının yapılacağı yer, gün, başlayış ve bitiş saatleri, c) Düzenleme kurulunun başkan ile üyelerinin açık kimlikleri, meslekleri, ikametgâhları ve varsa çalışma yerleri, belirtilir ve bildirime Yönetmelikte[1] *gösterilecek belgeler eklenir.*

Bu bağlamda, 2911 sayılı Kanun'un 9. ve 10. maddesine uygun olacak şekilde yapılması gereken bildirim verilmeden yapılan toplantılar veya gösteri yürüyüşleri Kanun'un "Kanuna aykırı toplantı ve gösteri yürüyüşleri" başlıklı 23. maddesi uyarınca kanuna aykırı sayılmakta ve dağıtılması gerekmektedir. Dolayısıyla gerekli bildirimin yapılmaması toplantıyı kanuna aykırı hale getirmektedir. Ancak izinden farklı olarak; bildirim, göstericilerin ve üçüncü kişilerin güvenliğinin sağlanması ve gerekli tedbirlerin alınması için idari makamların durumdan haberdar edilmesi amacına hizmet etmektedir. Bu nedenle, bildirim kuralının, yapılacak toplantının ya da gösterinin idarenin siyasi düşüncesine uygun olup olmadığı amacıyla yapılacak bir ön kontrol veya denetim usulüne çevrilmesi kanuna ve Anayasa'ya aykırıdır. Çünkü böyle bir uygulama, Anayasa'nın 34. maddesine aykırı olarak, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını fiilen izne bağlı olarak kullanılabilen bir hakka ve

[1] Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, 08.08.1985 tarihli ve 18836 sayılı Resmi Gazete.

özgürlüğe dönüştürmektedir. Ayrıca böyle bir uygulama, Anayasa'nın 13. maddesine aykırı olacak şekilde temel hak ve hürriyetlerin özüne yönelik orantısız bir müdahale de içermektedir. Nitekim toplantı ve gösteri yürüyüşünün izne bağlanması, idarece uygun bulunan toplantının yapılabileceği düşüncesine dayanmakta olup bu anlayışın hukuk devleti ilkesiyle bağdaşması söz konusu değildir. 12 Eylül döneminde yapılmış olan 2911 sayılı Kanun bile toplantı ve gösteri yürüyüşü için "izin sistemi" yerine "bildirim sistemi" ni benimsemiştir.[2]

Konuya ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin[3] "Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinde ise

> "1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.
>
> 2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir" hükmü yer almaktadır.[4]

Bu hüküm gereğince, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü sınırsız olmayıp[5] aşağıda ayrıntıları ile açıklanacağı üzere, toplantı ve

---

2 Devrim Aydın, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalenin Esasları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2016, 65 (4), s. 3283-3308, s.3287.

3 İnsan haklarının evrensel niteliği ve sadece Avrupa'ya özgü bir kavram olmadığı gerçeği göz önüne alındığında, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya dair Sözleşme'nin Türkçe' ye "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS)" şeklinde, Sözleşme hükümlerinin taraf devletlerce uygulanıp uygulanmadığını denetlemek üzere kurulan mahkemenin ise Türkçe' ye "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)" yerine "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM)" şeklinde aktarılması gerektiği, yaygın kullanımın doğru olmadığı düşüncesi paylaşılmakla beraber, söz konusu terimlerin literatürdeki yaygın kullanım şekli bu makalede de tercih edilmiştir.

4 https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_tur.

5 Eren Solmaz, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" ile "Kötü Muamele Yasağı" Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, 6 (1), s.73-98, s.89-90.

gösteri yürüyüşü özgürlüğünün varoluş amaçlarından biri demokratik bir toplumda var olması gereken temel hak ve özgürlüklerden biri olan ifade özgürlüğü ile garanti altına alınan hakların kullanılmasını sağlamaktır.

II. TOPLANTI VE GÖSTERİ YÜRÜYÜŞLERİNE MÜDAHALEDE ZOR KULLANILMASI

A. Zor Kullanma Yetkisinin Kapsamı

Zor, kişinin kendisine yüklenen bir yükümlülüğün gereklerine aykırı davranması halinde, bu yükümlülüğün gereklerine uygun davranmasını sağlamak amacıyla ve ancak kanunla verilen yetkiye dayalı olarak kullanılabilir. Bu nedenle zor kullanma yetkisinin mutlaka kanuni bir dayanağı olmalıdır.[6] Türk hukukunda kolluğun toplumsal olaylar ile toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahale ederken kuvvet ya da zor kullanmasına ilişkin kurallar, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Çevik Kuvvet Yönetmeliği ve Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nde düzenlenmiştir. Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlileri başlıca jandarma ve polis olmakla beraber, bazı özel kanunlarda yer alan hükümler ile köy korucularına, tutukevi ve cezaevi infaz memurlarına, kır ve köy bekçilerine, belediye zabıta ve icra iflas memurlarına ve özel güvenlik görevlilerine de kanunda belirtilen durumlarda zor kullanma yetkisi verilmiştir.[7]

Polisin zor kullanması ile ilgili görev ve yetkisi 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun (PVSK) 16. maddesinde belirlenmiştir. "Zor ve silah kullanma" başlıklı söz konusu 16. maddeye göre; polis, görevini yaparken direnişle karşılaşması halinde, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde zor kullanmaya yetkilidir. Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan nispette bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir.

---

6 İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. bası, Seçkin, Ankara, 2019, s 331.

7 Aydın, s.3296.

Dolayısıyla zor kullanma yetkisinin kapsamına, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak arttırılarak kullanmak şartıyla, bedeni kuvvet kullanımı, maddi güç kullanımı ve son olarak silah kullanımı girmektedir. Bu bağlamda, "*bedenî kuvvet*"; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde doğrudan doğruya kullandığı bedenî gücü, "*maddî güç*" ise; polisin direnen kişilere karşı veya eşya üzerinde bedenî kuvvetin dışında kullandığı kelepçe, cop, basınçlı ve/veya boyalı su, göz yaşartıcı gazlar veya tozlar, fizikî engeller, polis köpekleri ve atları ile sair hizmet araçlarını ifade etmektedir. Bunun dışında zor kullanma türleri arasında "*manevi zorlama*"[8] kavramına da yer verildiği görülmektedir. Bu kavram zora maruz kalma ihtimali olan bir kimsenin polis ile kurduğu iletişimin ardından verilen talimatlara uyması şeklinde tanımlanmaktadır. Bir yerde polis köpeklerinin hazır bulundurulması, kolluk görevlilerinin çok fazla toplanması gibi usuller manevi zorlama kapsamına girmektedir.[9]

Zor kullanmadan önce, ilgililere direnmeye devam etmeleri halinde doğrudan doğruya zor kullanılacağı ihtarı yapılmalıdır. Ancak, direnmenin mahiyeti ve derecesi göz önünde bulundurularak, ihtar yapılmadan da zor kullanılabilir (PVSK m.16/4). Polis, zor kullanma yetkisi kapsamında direnmeyi etkisiz kılmak amacıyla kullanacağı araç ve gereç ile kullanacağı zorun derecesini kendisi takdir ve tayin eder. Ancak, toplu kuvvet olarak müdahale edilen durumlarda, zor kullanmanın derecesi ile kullanılacak araç ve gereçler müdahale eden kuvvetin amiri tarafından tayin ve tespit edilir (PVSK m.16/5).

Toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında zor kullanmaya ilişkin olarak 2911 sayılı Kanun'un 24. maddesinde ise kanuna uygun olarak başlayan bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün, daha sonra aynı Kanun'un 23. maddesinde belirtilen durumlardan bir veya birkaçının vuku bulması sebebiyle, kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşüne dönüşmesi halinde yetkili amirin topluluğa yönelik olarak yapacağı dağılmaları aksi takdirde zor kullanılacağı ihtarını müteakip topluluğun dağılmaması halinde, topluluğun zor kullanılarak dağıtılacağı öngörülmektedir. Güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı veya

---

8 Feridun Yenisey, Kolluk Hukuku, 2.baskı, Beta, İstanbul, 2015, s.187.

9 Yenisey, s.187-188.

mukavemet olması ya da güvenlik kuvvetlerince korunan yerlere ve kişilere karşı fiili saldırıda bulunulması halinde ihtara gerek olmaksızın zor kullanılabileceği belirtilmektedir.

Zor kullanmaya ilişkin olarak Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin[10] 4. maddesinde ise "*zor kullanma*"; "kanunsuz toplu hareket haline gelen bir toplumsal olayın etkisiz hale getirilmesi veya önlenmesi veya dağıtılması için; toplu hareketin niteliğine veya dağıtma sırasında meydana gelen cebir ve şiddet veya saldırı veya direnişin derecesine ve gereğine göre kademeli şekilde artan ölçüde bedeni kuvvet, maddi güç ve silah kullanılması hali" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddeye göre zor kullanma sırasında kullanılabilecek olan "*silah ve araç*" deyimi ise "cop (normal veya elektrikli), sis ve gaz bombaları, tabanca, makinalı tabanca ve tüfek, gaz ve bomba tüfeği, dürbünlü tüfek ve benzeri vurucu, önleyici etkisiz hale getirici savunmaya elverişli aletleri, gaz, boyalı veya boyasız tazyikli su püskürten veya personeli ve malzemelerini taşıyan zırhlı veya zırhsız araçlar ile helikopterleri veya uçakları" ifade etmektedir.

Çevik kuvvetin zor kullanarak bir topluluğu dağıtmasına ilişkin temel esaslar da yine aynı Yönetmeliğin 25. maddesinde belirlenmiştir. Yönetmeliğin 25/b maddesine göre, 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu'nun 23. maddesi gereğince, kanuna aykırı olduğu kabul edilen toplantı ve gösteri yürüyüşleri nedeniyle toplumsal olaylara müdahale gerektiğinde:

"(1) Mahallin mülkiye amiri veya görevlendirileceği en büyük zabıta amiri veya zabıta amirlerinden biri ses yükseltici veya yayıcı cihazlar aracılığı ile önce kendisini topluluğa tanıtır, sonra "kanuna uyarak dağılmaları ve dağılmamaları halinde zor kullanılacağı" ihtarını yapar. Dağılma ihtarı olumlu, kitleyi yumuşatıcı, sade ve açık olur. Emir mutlaka iki veya üç defa tekrar edilir ve en uzak noktadan işitildiğine dair görevlilerce tutanak düzenlenir.

Dağılma ihtarı, emrin maksadını sağlayacak ve emri yerine getirecek ölçüde elde kuvvet bulundurulmadan kesinlikle verilmez.

Güvenlik kuvvetlerine karşı fiili saldırı ve mukavemet bulunduğu takdirde veya güvenlik kuvvetleri tarafından korunan yerlere fiili saldırı halinde ihtara gerek yoktur.

---

[10] 30.12. 1982 tarihli ve 17914 sayılı Resmî Gazete.

(2) Yapılan ihtara rağmen topluluğun dağılmaması halinde yeteri kadar zor kullanılarak öncelikle, topluluğun bulunduğu yerde kalmaları temin edilir ve olayın herhangi bir şekilde gelişmesine ve tahripkâr bir nitelik almasına mâni olunur…"

Jandarma Teşkilat, Görev Ve Yetkileri Yönetmeliği'nin[11] 42. maddesinde ise Jandarmanın sorumluluk alanında, mülki ve adli görevlerinin ifası sırasında, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu gereğince polisin sahip olduğu yetki ve sorumluluklara sahip olduğu ve kanunsuz toplantı veya kanunsuz yürüyüşleri dağıtmak veya failleri yakalamak için yetkili amir tarafından verilecek sözlü emirleri derhal yerine getirmekle yükümlü olduğu, bu emirlerin yazılı olarak verilmesinin istenilemeyeceği belirtilmektedir.

Uluslararası düzenlemelere bakıldığında, kolluğun zor kullanma biçimine ilişkin başlıca uluslararası belge, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 17 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen 34/169 sayılı "Birleşmiş Milletler (BM) Kolluk Görevlileri için Davranış Kuralları" dır.[12] Bu kuralların 3. maddesine göre "Kolluk kuvvetleri, yalnızca kesinlikle gerekli olduğunda ve görevlerini yerine getirmek için gerekli olduğu ölçüde güç kullanabilir". Bu düzenlemenin yanında 27 Ağustos- 7 Eylül 1990 tarihlerinde Havana'da toplanan 8. Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilen "Kolluk Kuvvetlerinin Zor ve Ateşli Silah Kullanmalarına Dair Temel İlkeler" kolluğun zor ve ateşli silah kullanmasına ilişkin temel kuralları belirlemektedir.[13] Bu ilkelere göre:

"4. Kolluk kuvvetleri görevlerini yerine getirirlerken, zor ve ateşli silahların kullanım*ına başvurmadan önce, mümkün ol*duğu ölçüde şiddet

---

11 21.01.2017 tarihli ve 29955 sayılı Resmî Gazete.

12 Code of Conduct for Law Enforcement Officials Adopted by General Assembly resolution 34/169 of 17 December 1979, https://www.ohchr.org/sites/default/files/codeofconduct.pdf. Detaylı tartışma için bkz. İzzet Mert Ertan, "Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2013, 32 (1), 51-69. s.55; Aydın, s.3284.

13 Basic Principles on the Use of Force and Firearms by Law Enforcement Officials Adopted by the Eighth United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, Havana, Cuba, 27 August to 7 September 1990. https://www.ohchr.org/sites/default/files/firearms.pdf. Detaylı tartışma için bkz. Aydın Akgül, Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s.173,357; Aydın, s.3284; Ertan, s.56-57.

içermeyen araçları kullanacaklardır. Kolluk kuvvetleri sadece başka araçların etkisiz kalması veya hedeflenen sonucun gerçekleşme ümidinin bulunmaması halinde zor veya silah kullanabilirler.

5. Hukuka uygun olarak zor ve ateşli silahların kullanılması kaçınılmaz hale geldiği zaman, kolluk kuvvetleri:

(a) Bu tür araçların kullanımına sınırlı olarak başvuracak ve suçun ağırlığı ve gerçekleştirilmesi hedeflenen meşru amaç ile orantılı olacak şekilde tasarrufta bulunacaklardır;

(b) Zararı ve yaralanmayı asgariye indireceklerdir ve insan yaşamına saygı gösterecek ve koruyacaklardır;

(c) Yaralanan ya da uygulamadan etkilenen kişilere, mümkün olan en kısa sürede tıbbi destek verilmesini ve tıbbi müdahalede bulunulmasını temin edeceklerdir.

Yine aynı Temel İlkelerin 13. maddesi, kanuna aykırı ancak şiddet içermeyen toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde zor veya kuvvet kullanımından kaçınılması gerektiğini, zor kullanmadan göstericilerin dağıtılmasının mümkün olmaması halinde ise zor kullanmanın asgari düzeyde tutulmasını öngörmektedir.

Yukarda açıklandığı üzere, zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde polis, bedenî kuvvet ve maddî güç kullanarak etkisiz hale getiremediği direniş karşısında, bu direnişi kırmak amacıyla ve kıracak ölçüde silah kullanma yetkisine de sahiptir (PVSK m.16/7-b).

B. Zor Kullanma Yetkisinin Şartları

Kolluğun zor kullanımının makul ve haklı görülebilmesi için yasallık, gereklilik (mecburiyet/zorunluluk) ve orantılılık şartlarının bir arada gerçekleşmesi[14] ve yukarda aktardığımız mevzuat hükümlerinde belirtilen usul şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, kullanılan yetkinin yasal bir dayanağının bulunması, amaç,

[14] Akgül, s.359; Yenisey, s.188; Rıdvan Değirmenci, "Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz", *Ombudsman Akademik*, 2015, (2), s.103-120.s.104-106.

konu yer ve zaman koşullarının iyi takdir edilmesi, önlenmek istenen tehlike ile kullanılan kuvvet arasında orantı olması, tüm ihtimaller denendikten sonra güç kullanmanın son çare olarak zorunlu bir şekilde kullanılması gerekir.[15] Aksi takdirde, sınırın aşılması halinde, kolluğa insan hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini sağlama amacıyla verilen zor kullanma yetkisi paradoksal bir biçimde başkasının hak ve özgürlüklerinin sınırlanmasının aracına dönüşmektedir.[16]

Kolluğun uygulayacağı müdahalenin türü ve zor kullanımının derecesi, şüphelinin direnme seviyesine göre değişmektedir. Pasif direnme halinde iletişim ile direnme önlenebilir iken, aktif direnme halinde bedeni kuvvet, etkin bir saldırı söz konusu olduğunda maddi güç kullanılması, şüpheliden gelen ölüm ile sonuçlanabilecek saldırılarda ise polisin silah ya da ağır güç kullanması söz konusu olabilmektedir. Şüphelinin direnme şekline bağlı olarak, direnme şekline uygun düşen ve kolluğun uygulayabileceği kuvvetin derecesi, direnen kişi ve müdahale eden polis sayısı, cinsiyet, fiziki özellikler dikkate alınarak belirlenmelidir.[17] Bununla beraber, zor kullanılan zaman, yer ve kendisine zor kullanılacak kişi veya kişilerin fiziki özellikleri, zor kullanmaya neden olan şartların kolluk görevlileri tarafından algılanış şekli, kullanılacak kuvvetin derecesinin ve orantılı olup olmadığının belirlenmesinde önemli etkenlerdir.[18] Buna rağmen, orantılılık konusunda kesin sınırlar çizilmesi mümkün olmayıp zayıf yapılı bir polisin cop kullanmak zorunda kaldığı bir direnme halinin, daha iri yapılı bir polis tarafından ikna veya bedeni güç kullanılarak önlenmesi mümkün olabilmektedir.[19]

Orantılılık ilkesinin bir sonucu olarak kuvvet ya da zor kullanımı polisin mecbur kaldığında en son başvuracağı yakalanması veya dağıtılması gereken kişi veya kişilerin etkisiz hale getirilebilmesi için gerekli olan son çare olarak uygulanmalıdır. Zor kullanmaya başlanıldığında da kullanılan güç kademeli olarak arttırılmalıdır.

---

15 Ali Parlar/Muzaffer Hatipoğlu, 5237 Sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. baskı, Seçkin Ankara, 2010, s. 23.

16 Akgül, s.163.

17 Yenisey, s.188

18 Akgül, s.168-169.

19 Yenisey, s.188.

Zor kullanmanın yine meşru sayılabilmesi için zor kullanma, saldırganın saldırısını önlemek, ya da direnişte bulunanın direncini kırmak amacıyla yapılmalıdır. Bu amaç dışında kişiye acı veya ıstırap çektirmek, eza vermek amacıyla zor kullanılması meşru bir zor kullanma sayılamaz.[20] Polise bu amaçla gerekli eğitimler verilmesine rağmen, bu eğitimlerin göz ardı edilebildiği astım hastası olduğunu söylemesine rağmen astım hastası olan göstericiye biber gazının sıkıldığı,[21] aşağıda ayrıntıları ile aktarılacak olan ve AİHM kararlarına da yansıyan polisler tarafından kollarından tutulup etkisiz hale getirilen göstericinin ağzına ve gözüne yakın mesafeden biber gazının sıkıldığı,[22] gösteri sırasında gazdan etkilenmemek için dükkân ve kafelere sığınan kadınların polis tarafından sürüklenip dövüldüğü[23] vakaların yaşandığı görülmektedir.

Yine 2911 sayılı Kanun'un 23 ve 24'üncü maddesi ve PVSK'nın 16/4, Polis Çevik Kuvvet Yönetmeliği'nin 25/b maddesi gereğince zor kullanmadan önce yukarda sayılan istisna haller hariç olmak üzere, yetkili amirin topluluğa yönelik olarak dağılmaları aksi takdirde zor kullanılacağı yönünde ihtarda bulunması gerekmektedir. Yukarda aktarıldığı üzere, dağılma ihtarının olumlu, kitleyi yumuşatıcı, sade ve açık olması, mutlaka iki veya üç defa tekrar edilmesi ve en uzak noktadan işitildiğine dair görevlilerce tutanak düzenlenmesi gerekmektedir.[24]

Bununla beraber, Yargıtay dağıtmanın hukuka uygun sayılması ve dolayısıyla 2911 sayılı Kanun'un 32. maddesinde belirtilen kanuna aykırı toplantı veya gösteri yürüyüşünde yapılan ihtara ve zor kullanmaya rağmen dağılmamakta ısrar ederek direnme suçunun işlenmiş sayılması için, göstericilere dağılmaları yönünde *makul bir sürenin* tanınması ve dağılmalarına fırsat verilmesi gerektiğini aksi takdirde da-

---

20 Akgül, s.167.

21 Serkan Altuntop, "Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 2015, 14 (4), s.873-904, s.893-894

22 *Ali Güneş v. Turkey*, (no. 9829/07), § 15, 10 April 2012.

23 İzci v. *Turkey* , (no. 42606/05), §§ 14, 24, 23 July 2013.

24 Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 09.03. 2004 tarih ve 2003/2309 E., 2004/1968 K sayılı kararı (Aktaran, Turan Güzeloğlu, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Kolluğun Orantısız Güç Kullanımı Sorunu, Seçkin, Ankara, 2008, s.87)

ğılmamakta direnme suçunun oluşmayacağını belirtmektedir.[25] Makul süre, tüm katılımcıların güvenle toplantı mahallini terk edebilmeleri için zorunlu olan süre olup toplantının gerçekleştiği yere ve katılımcı sayısına göre güvenlik güçlerince belirlenmelidir.[26] Aksi takdirde toplantının zor veya kuvvet kullanılarak dağıtılmasının kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında meşru sayılması mümkün değildir.

III. ZOR KULLANMA VE HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

A. Kanun Hükmünü Yerine Getirme Kapsamında Zor Kullanma

"Mazeret nedenleri" ya da "suçu ortadan kaldıran objektif nedenler" olarak da adlandırılan hukuka uygunluk nedenleri 5237 sayılı TCK'nın 24. ve 26. maddeleri arasında "Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu nedenler fiilin hukuka aykırılığını kaldırıp hukuka uygun hale getirirler.[27] Kolluğun toplantı, gösteri yürüyüşü veya diğer toplumsal olaylara müdahale sırasında gerektiğinde kuvvet ya da zor kullanması bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar birçok olayda kuvvetin kullanılmasına ve derecesine yetkili amir karar vermekte ise de kolluk ve amiri yetkisini doğrudan doğruya kanundan aldığından, burada geçerli olan hukuka uygunluk nedeninin "kanun hükmünü yerine getirme" olduğu kabul edilmektedir.[28] Bu bağlamda, kanun hükmü yerine getirilerek elde edilen yararın bu yerine getirme sonucu verilen zarardan daha ağır bastığı kanun koyucu tarafından varsayılmaktadır.[29]

---

25 Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 09.02. 2010 tarih ve 2007/9352 E., 2010/1550 K. sayılı kararı, (Aktaran, Ali İşgören, Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, 2.baskı, Seçkin, Ankara, 2011, s. 134-135). Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 09.05. 2002 tarih ve 2002/1143 E., 2002/6000 K. sayılı kararı (Aktaran, Güzeloğlu, s. 87).

26 İşgören, s.135.

27 Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2012, s.149.

28 Muhammed Demirel, Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 34-35.

29 Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, Beta, İstanbul, 2019, s. 367; Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, U.S.A Yayıncılık Ankara, 2018, s. 211.

Hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu hallerde fiil artık hukuka aykırı sayılamaz ve fiilin tüm hukuk düzeni ile çatışma halinde bulunmadığı kabul edilir.[30] Yine hukuk sistemleri bir hareket tarzını haklı ve meşru olarak kabul ettikten sonra, aynı hareket tarzını haksız ve hukuka aykırı sayamaz.[31] Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri konusunda hukuk düzeni kendi içinde çelişkiye düşemez. Aynı nedenlerle, kolluğun kuvvet kullanması ile ilgili olarak TCK'nın 24. maddesinde yer alan "kanun hükmünü yerine getirme" hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğunun kabul edilmesi halinde, CMK'nın 223/2-d ve 223/3-b maddeleri de göz önüne alındığında, fiil tüm hukuk düzeni açısından hukuka uygun hale gelir. Bu durumda, kolluk görevlilerinden tazminat istenmesi veya kolluk görevlileri hakkında disiplin yaptırımlarının uygulanması söz konusu olamayacağından, suç teşkil etmeyen ancak orantılı olup olmadığı tartışmalı olan güç kullanımı hallerinde hakkaniyete uymayan sonuçlar ile karşılaşılması olasıdır.

Hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda eğer hukuk kuralı belli durumda bulunan herkese belli tarzda hareket etme ödevi yüklemiş ise bu hukuka uygunluk nedeni herkese uygulanabilir. Ancak toplantı gösteri yürüyüşlerinde kanuna aykırı toplantıların dağıtılması görev ve yetkisi sadece kolluk kuvvetlerine esas itibariyle polise verilmiştir ve bu yetkinin sınırları içinde kullanılması gerekir.[32] Dolayısıyla kanuna aykırı olduğu kabul edilen bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün dağıtılması için güç veya kuvvet kullanılması söz konusu olduğunda, kanaatimizce, "hukuka uygunluk nedeni" yerine kolluk görevlilerine tanınmış kusurluluğu ortadan kaldıran kişisel bir cezasızlık sebebi söz konusudur demek, daha doğru olur. Aksi bir yorum, asıl failin eyleminin hukuka aykırı olmadığı veya kastının bulunmadığı hallerde, diğer şeriklerin de kastının olmadığı

---

30 Özgenç, s.313, 317; Toroslu, s.149, 150; Zafer, s.353; Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17. baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s.228-229; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. baskı, Yetkin, Ankara, 2018, s. 359; Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. baskı, Seçkin, Ankara, 2016, s. 265-266; Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/Serkan Meraklı/İsa Başbüyük, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s.290-291;

31 Toroslu, s.149,151.

32 Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2016, s. 318; Parlar/Hatipoğlu, s. 18-19; Zafer, s.367-368.

veya hukuka aykırı davranmadığını öngören iştirakte bağlılık kuralı gereği (TCK, m.40/1), toplantı ve gösteri yürüyüşüne müdahale eden diğer kimselerin de ceza sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmamıza neden olur. Kanaatimizce, toplantı ve gösteri yürüyüşünün içerik ve kapsamına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler buna izin vermemektedir. Burada, kanunun, belirli statüde olan kişilere, görevleriyle ilgili ve görevlerinin verdiği yetki sınırları içinde yaptıkları hareketin hukuka aykırı olmayacağını belirtmesi söz konusudur.[33] Bu nedenle, bu tür zor kullanımı hallerinde sınırlı kişilere tanınmış "görevin ifası" veya "görevin yerine getirilmesi" şeklinde bir hukuka uygunluk nedeninden söz etmek daha uygun olacaktır.[34] Çünkü bu hallerde, ilgili kolluk görevlisi açısından bir görev vardır ve bu görevin yerine getirilmesi sırasında sınırın aşılıp aşılmadığı, hukuka uygun hareket edilip edilmediği görevin mahiyeti ile ilişkili olarak belirlenebilir.[35] Bu bağlamda, kanun hükmünü icra şeklindeki hukuka uygunluk nedenindeki "kanun" deyimi, doktrinde aksi yönde görüşler olmasına rağmen,[36] normatif düzenlemeler içeren tüm yazılı hukuk kuralları şeklinde anlaşılmalıdır.[37] Bu normatif düzenlemelere AİHS, bu Sözleşme'nin yorumuna ilişkin AİHM içtihatları ve usulüne uygun olarak yürürlüğe konmuş diğer ilgili uluslararası sözleşmeler de dâhildir.

Kanun tarafından kendisine yetki ve görev verilmeyen kamu görevlileri kanun hükmünü icra ettiğini iddia edemez, başka bir deyişle kolluk burada yetkisini doğrudan kanundan alır. Bununla beraber, hukuk normundan ya da kanundan kaynaklanan görevi yerine getiren kolluk görevlisinin fiilinin hukuka uygun sayılabilmesi için fiilin göre-

---

33 Öztürk/Erdem, s.235.

34 Aynı yönde bkz, Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.465; Koca/Üzülmez, s.265; Özgenç, s.330; Zafer, s. 366. Açlık grevine müdahale eden hekimin sorumluluğunda da "kanun hükmünü yerine getirme" ifadesi yerine "görevin ifası" ifadesinin kullanılmasının daha uygun olacağına ilişkin benzer tartışmalar için ayrıca bkz. Recep Doğan, "Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021, C. 79, S. 2, s.193-238, s.213-214.

35 Özbek/Doğan/Meraklı/ Bacaksız/Başbüyük, s.296; Özgenç, s.330-331, 390.

36 Mustafa Özen, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 328-329.

37 Akbulut, s.468; İçel, s. 317; Özbek/Doğan/Meraklı/Bacaksız/Başbüyük, s.297-298; Özgenç, s.330; Toroslu, s.152; Zafer, s.368.

vin kaynağını oluşturan hukuk normunun belirlediği bütün maddi ve şekli şartlara uygun biçimde gerçekleştirilmiş olması gerekir.[38]

Bu hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi için her somut olayın özelliklerine göre kuvvet kullanmanın mecburi olması yani tüm ihtimaller göz önüne alınıp denendikten sonra (son çare) olarak kullanılması ve orantılı olması gerekmektedir. Bu bağlamda, kolluğun zor kullanması kavramından anlaşılması gereken husus, müdahale edilen olayın içeriği ve müdahale edilen grubun büyüklüğü dikkate alınarak eylemin sonlandırılması için gerekli olan ölçüde kuvvet kullanılmasıdır. Zor kullanımı, müdahale sırasında karşılaşılan direnci ortadan kaldırmaya yetecek derecede ve aşamalı olarak artan biçimde uygulanan bedensel kuvvet, maddi güç kullanımı, değişik araçlar ve kanuni şartlar gerçekleştiğinde silah kullanmayı da içermektedir. Şartları oluşmadan zor kullanılması ya da zor kullanmada sınırın aşılması halinde hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması sebebiyle, zor kullanan kamu görevlilerinin cezai sorumluluğu söz konusu olmaktadır. [39]

B. Zor Kullanmada Sınırın Aşılması

Kanundan kaynaklanan toplantıyı dağıtmak için zor kullanma görevinin yerine getirilmesi sırasında kolluk görevlilerinin sınırı aşması halinde kanundan kaynaklanan bir yetkinin aşılması söz konusudur. Bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasını düzenleyen TCK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasının dikkate alınması gerekmekte olup[40] hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması üç ihtimalde mümkündür.[41] Birincisi, fail elinde olmayan, öngörmesi mümkün olmayan, öngörmüşse bile engellenmesi mümkün olmayan zorlayıcı (mücbir) bir sebeple sınırı aşabilir.[42] Bu durumda faile kusur

38 Toroslu, s.152.
39 Aydın, s. 3283.
40 Koca/ Üzülmez, s. 294-295.
41 İçel, s. 393; Zafer s. 412. Koca ve Üzülmez'e göre (s.297-298), kast olmaksızın hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki hatanın bir görünüm şeklini oluşturmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinin sınırındaki yanılgı ile hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatayı aynı kapsamda değerlendirmek gerekir.
42 Zafer s. 412.

yükleme olanağı yoktur. Her ne kadar TCK'nın 27. maddesinin ikinci fıkrası zorlayıcı nedenlerin varlığı durumunu sadece haklı savunma hali için düzenlemiş olsa da bu durumun, yani failin içinde bulunduğu ruhsal veya psikolojik durum sebebiyle hukuka uygunluk nedeninde sınırı aşması durumunda, kusurlu sayılmaması ve bunun tüm hukuka uygunluk nedenleri için geçerli olması mümkündür.[43]

İkincisi, failin gereğinden fazla bir zarar verme bilinci ve iradesi ile hareket ederek, sınırı kasten bilerek ve isteyerek ya da olası kastla aşması mümkündür. Bu durumda failin ceza sorumluluğu ne kalkacak ne de hafifleyecektir. Burada fail hukuka uygunluk nedeninin sınırını "amaçta" [44] aşmaktadır. Fail nihayetinde sınırı bilerek ve isteyerek değil ve fakat gerekli özeni göstermeyerek taksirle de aşabilir. Burada ise fail hukuka uygunluk nedeninin sınırını kullandığı araçlarla[45] ya da hukuka uygunluk nedeninin "maddi şartları"nda[46] aşmaktadır. Örneğin bir toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında dağıtılmaya çalışılan göstericilerin girdikleri ara sokakta daha önceden yığdıkları molotof kokteyllerini kolluk güçlerine atması üzerine bu kokteyllerden kaçan polislerin sayıca kendilerinden daha fazla olan göstericilerin arasından geçerken havaya ateş ettikleri sırada çıkan arbedede bazı göstericilerin yaralanmaları halinde kolluk güçlerine atfedilebilecek taksir düzeyinde bir kusur yoktur. Ancak, ara sokakta atılan taşlardan havaya ateş ederek kurtulmaya çalışan polislerin bazı göstericileri yaralamaları halinde, saldırıdan kurtulmak için araç olarak kullanılan silah sebebiyle, hukuka uygunluk nedeni kullanılan araç sebebiyle taksirle aşılmış olur. Burada, TCK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek hükmolunur" hükmü gereğince yaralama suçu taksirle de işlenebileceğinden, taksirli yaralama suçu (TCK m.89) için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadarı indirilerek kolluk görevlisi cezalandırılır. Buna karşılık, toplantı gösteri yürüyüşünde astım hastası olduğunu söyleyen göstericiye bedeni kuvvet kullanmak yerine "şimdi mi aklına geldi astım hastası olduğun?" diyerek yakın mesafeden yüzüne ve boğazına biber gazı sıkan ve

43 İçel, s.393-395.
44 İçel, s.396.
45 İçel, s.397-398.
46 Akbulut, s.517.

göstericinin bilincini yitirmesine sebep olan, ardından çöp konteynırına atan kolluk görevlisi ise artık sınırı hem amaç da hem de araç da aştığından, eylemi başka bir suça vücut vermiyorsa kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir.

Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasından bağımsız olarak kanunun 256. maddesinde "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" başlığı altında bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, "Zor kullanma yetkisine sahip kamu görevlisinin, görevini yaptığı sırada, kişilere karşı görevinin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanması halinde, kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır." Bu düzenlemede sınırın kasten aşılması hali düzenlenmiş olup aynı sonuca TCK'nın 27. maddesinin birinci fıkrasının yorumuyla da ulaşmak mümkündür. Ancak sınırın kasten aşılmasının her şeklini kasten yaralama olarak değerlendirmek mümkün değildir. Kanunda yer alan başka bir suça neden olmadığı sürece sınırın aşılması suretiyle verilen zararın en azından kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmesi ve cezalandırılması gerekir. Nitekim aşağıda ayrıntılarıyla tartışılacağı üzere, zor kullanırken sınırın aşılması ya da kişilere karşı aşırı fiziksel güç veya kuvvet kullanımı yaralama dışında işkence suçuna da vücut verebilir.

Her ne kadar 256. maddenin gerekçesinde kamu görevlilerinin kasten hareket etmesi halinde kasten yaralamadan sorumlu tutulacağı, aksi takdirde durumun hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasına dair hükümler çerçevesinde değerlendirileceği ifade edilmiş ise de maddenin bu yoruma izin verecek şekilde kaleme alınmadığı ortadadır.[47] Nitekim Hafızoğulları ve Özen'e göre, TCK'nın 256. maddesinde yer alan bu düzenleme objektif sorumluluk halinin TCK'da muhafaza edilmiş bir örneğini oluşturmaktadır.[48] Gerçekten de 256. maddedeki düzenlemenin, görevin gerektirdiği ölçünün dışında kuvvet kullanılması halinde, sınırı aşan kamu görevlisini neden sadece kasten yaralama saikiyle hareket ettiğini varsaydığı, kamu görevlisinin yetkiyi dikkatsizlik veya özensizlik sonucu aşmış olabileceği ihtimaliyle, kullanılan kuvvetin kasten işlenebilen başka bir suça da vücut verebileceği ihtimalini hangi kıstasları veya hukuki ilkeleri esas alarak göz ardı

---

47 Gerekçe için bkz. Erdener Yurtcan/Begüm İrtiş, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2023, s. 1307-1308.

48 Hafızoğulları/Özen, 2018, s.239.

ettiği belli değildir. Kanun burada bir kast karinesi getirmiş ve artık ceza hukukunda yer almaması gereken objektif sorumluluk haline yer vermiş gözükmektedir.[49] Neticede bu düzenleme ceza hukukundaki kusur teorisiyle örtüşmemektedir.[50] Bu noktayı göz önünde bulunduran Yargıtay, objektif sorumluluk esaslarının 5237 sayılı TCK'da terk edildiğini belirterek sınırın aşılmasının kuşkulu olduğu durumlarda "şüpheden sanık yararlanır" ilkesi gereği, sanık lehine değerlendirme yapmaktadır.[51]

IV. AİHM KARARLARINDA TOPLANMA ÖZGÜRLÜĞÜNE MÜDAHALEDE ZOR KULLANIMI

A. Müdahalenin Esasları ve Denetimi

Yukarda ifade edildiği üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinin ikinci fıkrasında toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün, demokratik bir toplumda gerekli olduğu sürece ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla kanunla sınırlamalara tabi tutulabileceği belirtmektedir. Toplanma özgürlüğü, AİHM'e göre, ifade özgürlüğü gibi, demokratik bir toplumda var olması gereken temel hak ve özgürlüklerden birisidir ve bu özgürlük daraltıcı veya sınırlayıcı bir yoruma tabi tutulamaz.[52] Nitekim, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün

---

49 Hafızoğulları/Özen, 2018, s. 23 9.

50 Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. baskı, Yetkin, Ankara, 2016, s. 208.

51 "Yasal olarak zor kullanma yetkisi bulunan sanıkların, maktule yönelik olarak bu yetkiyi kullanırken sınırı aştıklarının somut olayda kesin olarak belirlenmemiş olması karşısında, kuşkulu kalan birçok olgunun aleyhe yorumla ortaya çıkan sonuçtan sanıkları sorumlu kabul etmek objektif sorumluluk esaslarını terk eden 5237 sayılı TCK'nın sistematiği ve ruhuna da aykırılık oluşturacaktır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun, 22.11.2011 tarih ve 2011/ 129 E., 2011/236 K. sayılı kararı (Aktaran, Akbulut, s.518).

52 Bu makale kapsamında aktarılan AİHM kararları, AİHM veri bankası (https://hudoc.echr.coe.int) üzerinden çoğunlukla İngilizce olarak temin edilmiştir. Bu nedenle, İngilizce kararların künyesi için aslına uygun olarak "Applicant v." formatı kullanılmıştır. İngilizce olmayan kararlar için Adalet Bakanlığı tarafından çevirisi yapılan ve veri bankasında yer alan Türkçe karar ve karar özetlerinden

varoluş amaçlarından biri ifade özgürlüğü ile garanti altına alınan hakların kullanılmasını sağlamaktır. Dolayısıyla toplantı ve gösteri yürüyüşlerine ilişkin AİHS'in 11. maddesinin, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü için tanınan korumaya benzer bir korumadan yararlanması gerekir.[53] Bu özgürlük özel alanlarda toplanmayı kapsadığı gibi kamuya açık alanlarda dinamik ve hareketli bir biçimde yapılan geçit törenlerini, alayları, organizasyonları veya bir yerde oturma şeklinde durağan, statik olarak gerçekleşen eylemleri de kapsamaktadır.[54] Bu bağlamda, toplantı ve gösteri yürüyüşü sırasında savunulan görüşlerin bu fikirlere muhalif olanları memnun etmemesi, resmi makamlar tarafından sarsıcı, şok edici, abartıcı, rahatsız ve tahrik edici, hatta kabul edilemez bulunması mümkündür. Ancak tüm bu hususlar toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğünün sınırlanmasına gerekçe teşkil edemez. [55]

Dolayısıyla toplanma özgürlüğüne getirilen sınırlamanın AİHS'in 11. maddesiyle uyumlu olup olmadığı incelenirken, AİHM, ifade özgürlüğü davalarında uygulanan ve "üç adım testi" olarak bilinen bazı kıstaslara göre değerlendirme yapmaktadır.[56] Bu bağlamda AİHM;

---

faydalanılmıştır. Kullanılan bu Türkçe karar ve karar özetlerinin künyesi için ise makalede "Davacı/Türkiye" formatı kullanılmıştır. Bu makalede tartışılmayan ve AİHM veri bankasında yer alan diğer kararlar için bkz. Factsheet-Use of force in the policing of demonstrations, September 2024, https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/fs_force_demonstrations_eng.

53 Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom, (no. 8440/78), Commission decision of 16 July 1980, DR 21, p. 138, at p. 148; Djavit An v. Turkey, (no. 20652/92), *§§ 39, 56,* 20 February 2003; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru No.20347/07), *§* 92, 5 Temmuz 2016; Ezelin v. France, (no. 11800/85), *§§ 35, 37,* 26 April 1991; Galstyan v. Armenia, (no. 26986/03), *§§ 95-96, 114,* 15 November 2007; Kasparov and Others v. Russia, (no. 21613/07), § 86, 3 October 2013; Laguna Guzman v. Spain, (no. 41462/17), *§ 32,* 6 October 2020; Öllinger v. Austria, (no. 76900/01), § 38, 29 June 2006; Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, (Applications nos. 29221/95 and 29225/95), *§§ 85-86,* 2 October 2001; Süleyman Çelebi ve Diğerleri/Türkiye (Başvuru No. 37273/10, 38958/10, 38963/10, 38968/10, 38973/10, 38980/10, 38991/10, 38997/10, 39004/10, 39030/10, 39032/10, 39034/10, 39037/10, 39038/10, 39042/10, 39049/10, 39052/10 ve 45052/10), § 109, 24 Mayıs 2016.

54 Djavit An v. Turkey, § 56; Ezelin v. France, *§ 52.*

55 Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 86; ***Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye,*** *§* 94.

56 Recep Doğan, "Hakaret Suçu ve AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi,* 2021, (17), s.191-239, s.212.

1) Müdahalenin mevcut olup olmadığı,

2) Müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği,

3) Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli ve Sözleşme'nin 11.maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığı ve bu hususta uygun ve yeterli gerekçe sunulup sunulmadığı kıstaslarına göre karar vermektedir.[57]

1. Müdahalenin mevcut olup olmadığı

AİHM toplanma özgürlüğüne müdahalenin kabulü için bu özgürlüğün fiilen ya da hukuken tamamıyla yasaklanmasının şart olmadığını, idari makamlar tarafından toplantıdan önce, toplantı sırasında ve sonrasında alınan bazı önlemlerin özgürlüğe müdahale sayılabileceğini belirtmektedir.[58] Nitekim Fransa'ya karşı verilen *Ezelin* kararında AİHM kamu malına zarar vermekten hüküm giyen iki kişi hakkında verilen mahkeme kararlarını protesto etmek amacıyla düzenlenen yürüyüşe katılan *Roland Ezelin* adlı avukatın mensup olduğu baro tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulmasının toplanma özgürlüğüne orantısız bir müdahale olduğunu belirtmiştir.[59] Yine AİHM, toplantı öncesi verilen yasaklama kararlarının daha sonradan toplantının düzenlenmesi halinde bile, toplantıya katılacaklar üzerinde toplantıya katılma konusunda soğuma ya da katılmaktan imtina etme etkisi yaratması veya toplanma özgürlüğünü kullanma konusunda caydırma etkisinin (*a chilling effect*) bulunması halinde, müdahalenin varlığından söz edilebileceğini belirtmiştir.[60] *AİHM içtihatlarına bakıldığında, toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılmak amacıyla yola çıkanlara seyahat izninin verilmemesi,*[61] toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların güç kullanılarak dağıtılması ve gözaltına alınması,[62] toplantı ve gösteri yürüyüşüne katılanların gürültü yaptıkları veya trafiği tıkadıkları gerekçesiyle

---

57 *Öllinger* v. Austria, § 33; Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 87.

58 Kasparov and Others v. Russia, § 84.

59 Ezelin v. France, §§ 39, 51-53.

60 Bączkowski and Others v. Poland, (no. 1543/06), §§ 66-68, 3 May 2007.

61 Djavit An v. Turkey, §§ 59-62.

62 Oya Ataman v. Turkey, (no. 74552/01), §§ 7, 30, 5 December 2006.

cezalandırılması[63] hallerinde müdahalenin zorunlu ve orantılı olup olmadığı hususundan bağımsız olarak, toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahalenin olduğu kabul edilmektedir.

2. Müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği

Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası çerçevesinde, "kanunla öngörülme" ifadesinin, ihtilaf konusu tedbirin iç hukukta yasal bir dayanağının bulunmasından daha geniş bir anlama sahip olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, bir tedbirin ya da sınırlamanın kanunla öngörüldüğünden bahsedilebilmesi için, tedbirin dayanağı olan ve kanun niteliği taşıyan normun belirli bir eylemin muhtemel sonuç ve etkilerinin önceden öngörülmesini sağlamaya elverişli olması gerekmektedir.[64] Bir başka deyişle, tedbirin dayanağı kural, vatandaşların gerekirse makul bir hukuki yardım da almak suretiyle davranışlarını kuralın içeriğine göre önceden düzenleyebilmesine imkân verecek derecede kesinlik ve öngörülebilirlik içermelidir. Gelişen ve değişen hayat şartlarında, hukuk kurallarının yorumunun değişmez ve mutlak olması düşünülemez. Bu bağlamda, eyleme ilişkin olarak kural tarafından belirlenen sonuçların mutlak bir kesinlikle önceden öngörülmesi gerekli olmayıp makul bir öngörülme olanağının sağlanması yeterlidir. [65]

3. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı

11. maddenin ikinci fıkrası anlamında toplanma özgürlüğüne getirilecek sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olmasına ilişkin "gerekli" ibaresi, "zorlayıcı sosyal/toplumsal bir ihtiyaca" işaret etmektedir. *Böyle bir zorlayıcı sosyal ihtiyacın mevcut olup olmadığını belirleme konusunda taraf devletler belli bir dereceye kadar takdir yetkisine sahiptirler. Ancak bu takdir yetkisi çerçevesinde gerek yasama faaliyeti kapsamında çıkarılan kanunlar, gerekse bağımsız mahkemeler tarafından verilen yargı kararları da dâhil olmak üzere, bu kanunların uygulanmasına ilişkin olarak alınan kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gözetim ve de-*

---

63 Galstyan v. Armenia, §§ 100-102.

64 Djavit An v. Turkey, § 65; Ezelin v. France, § 45; Galstyan v. Armenia, § 106.

65 Galstyan v. Armenia , § 106.

netimine tabidir. Bu nedenle Mahkeme, bir "sınırlamanın" Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir. [66]

Gözetim ve denetim yetkisini kullandığı sırada Yüksek Mahkeme'nin görevi, kendisini ulusal mahkemelerin veya makamların yerine koymak değildir. Mahkeme, incelemesi sırasında başvuruya konu olan müdahaleyi bir bütün olarak ele almalı, müdahalenin meşru sınırlama amacıyla orantılı olup olmadığına ve bu yönde ulusal makamlarca sunulan gerekçelerin uygun ve yeterli olup olmadığına (*relevant and sufficient*) karar vermelidir. Bunu yaparken Mahkeme, ulusal makamların 11. maddede belirtilen kural ve standartlara uygun hareket edip etmediğini, sınırlama konusunda ulusal makam ve mahkemelerce verilen kararların ve gerekçenin konuya ilişkin vaka ve bulguların kabul edilebilir bir değerlendirilmesine dayanıp dayanmadığını gözetmek[67] zorundadır. [68]

Bu bağlamda AİHM'in yerel mahkemeler veya ulusal makamlar tarafından sunulan gerekçelere göre yaptığı değerlendirmelerden oluşan içtihatlarına bakıldığında, AİHM kamu düzeni ve ulusal güvenlik gerekçesiyle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin önceden alınacak izne tabi tutulmasının mümkün olduğunu, ancak böyle bir iznin alınmamasının toplantının hukuka aykırı sayılmasına, hakkın kullanılmasının engellenmesine gerekçe teşkil edemeyeceğini belirtmektedir.[69] Yine AİHM, kamuya açık alanlarda yapılan her gösterinin ister istemez günlük hayatı etkileyeceğini ve özellikle trafik akışının aksamasına sebebiyet verebileceğini, ancak bu durumun tek başına toplanma özgürlüğünün kullanılmasına engel teşkil edemeyeceğini, kamu görevlilerinden şiddete başvurulmayan toplantılarda bu tür aksamalara belli bir hoşgörü göstermesinin beklenildiğini, bu tür aksaklıkların toplan-

---

66 Galstyan v. Armenia, § 114; Kasparov and Others v. Russia, *§ 86;* Öllinger v. Austria, § 33; Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 87.

67 Laguna Guzman v. Spain, *§* 49; Öllinger v. Austria, § 33; Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 87.

68 AİHM'in ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerin denetiminde kullandığı benzer kriterler için bkz Doğan, Hakaret Suçu, s.216-218.

69 Cisse v. France (no. 51346/99), § 50, 9 April 2002; Disk and Kesk v. Turkey, (no. 38676/08), §§ 28- 29, 27 November 2012; Kasparov and Others v. Russia, § 91; Oya Ataman v. Turkey, *§§ 37,* 39.

ma özgürlüğünün kullanılmasının önüne geçmek için kullanılabilecek gizli bir engele dönüşmemesi gerektiğini belirtmektedir.[70] Özellikle kamuya açık alanlarda yapılacak toplantının yapılmasının ön bildirime tabi tutulabileceğini belirten Mahkeme, bunun toplantının düzenli bir biçimde yapılmasına, idari makamların trafik akışını sağlamasına ve güvenlik önlemleri almasına olanak sağlayabileceğini, ancak böyle bir bildirimde bulunmaksızın toplanan göstericilere şiddete başvurmadıkları sürece idari makamların belli bir dereceye kadar hoşgörülü davranarak 11. madde ile garanti altına alınan toplanma özgürlüğünden mahrum bırakmaması gerektiğine karar vermiştir.[71]

Mahkemeye göre 11. madde, demokratik toplum düzeninin temellerine aykırı olarak katılımcıların ve düzenleyicilerin şiddete başvurma niyetinin olduğu veya şiddetin teşvik edildiği toplantı ve gösteriler hariç, tüm barışçıl toplantı ve gösterileri kapsamaktadır.[72] Bu bağlamda AİHM, davacıların şiddete başvurmadığı veya başvurma niyetinin olmadığı hallerde toplantıya katılan diğer kimseler tarafından şiddete başvurulması veya ceza kanunlarının ihlal edilmesi, toplantıyı düzenleyenlerin kontrolünün dışında gelişen olaylar sebebiyle karışıklıkların ve düzensizliklerin yaşanması halinde dahi, böyle bir toplantıya katılan ve şiddete başvurmayan kişilere yapılacak müdahalelerde müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru sınırlama amacıyla orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olması şartının aranması gerektiğine karar vermiştir.[73]

AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında şiddete başvuran veya şiddeti teşvik ve tahrik eden kişilerin cezai yaptırımlara tabi tutulmasının kabul edilebilir olduğunu, yine izin verilmeyen toplantılara

---

70 Akgöl and Göl v. Turkey, (nos. 28495/06 and 28516/06), § 41, 17 May 2011; Disk and Kesk v. Turkey, § 29; Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 95, 107; Éva Molnár v. Hungary , (no.10346/05), § 43, 7 October 2008; Gazioğlu and Others v. Turkey, (no. 29835/05), § 66, 17 May 2011; *İzci* v. Turkey, § 89; Nurettin Aldemir and Others v. Turkey (nos. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 and 32138/02), § 46, 18 December 2007; Oya Ataman v. Turkey, § 38; Samüt Karabulut v. Turkey, (no. 16999/04), § 35, 27 January 2009.

71 Kasparov and Others v. Russia, *§ 91;* Laguna Guzman v. Spain, *§* 50.

72 Laguna Guzman v. Spain, *§* 33; Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 77.

73 Laguna Guzman v. Spain, *§* 34.

yaptırım uygulanmasının Sözleşme'nin 11. maddesiyle uyumlu olabileceğini, ancak önceden yasaklanmamış bir gösteriye ya da toplantıya katılan ve şiddete başvurmayan göstericinin sırf bu gösteriye katıldığı gerekçesiyle disiplin cezası niteliğinde dahi olsa bir yaptırıma tabi tutulamayacağını belirtmiştir.[74] Nitekim Ermenistan'a karşı verilen *Galstyan* kararında, AİHM, sırf gösteri mahallinde fiziki olarak bulunmaktan ibaret davranışı sebebiyle *Arsham Galstyan*'ın trafiği tıkadığı ve gürültü yaptığı gerekçesiyle 3 gün süreyle tazyik hapsinde tutulmasının demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ve müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen meşru sınırlama amacıyla orantılı olmadığını belirterek ihlal kararı vermiştir.[75]

AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında karşıt görüşlü kişiler arasında tansiyonun yükselmesinin, gerginliklerin ve sözlü çatışmaların yaşanmasının her zaman mümkün olduğunu, bu gerekçelerle gösterilerin yasaklanamayacağını,[76] bununla beraber, toplanma özgürlüğünü kullanan kişilere karşı barışçıl olmayan karşıt göstericilerin saldırması halinde devletin toplanma özgürlüğünü kullanan kimseleri, bu tür barışçıl olmayan karşı göstericilerden korumak gibi pozitif bir yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirtmektedir.[77] Birbirine karşıt görüşleri savunan kimselerin karşı karşıya geldiği gösterilerde, gösterinin tamamen yasaklanmasının belirli ve özel bir gerekçeye (*particular justification*) dayanması gerektiğini belirten AİHM, aksi takdirde bu tür bir uygulamanın toplanma özgürlüğüne yapılmış oldukça ileri bir müdahale olacağını ifade etmektedir. [78]

Görüldüğü üzere, AİHM toplantının veya gösterinin sonradan şiddete dönüşmesi durumunda, AİHS'in 11. maddesinin hala uygulanabileceğini, bunun için toplantının barışçıl bir amaçla başlamasını yeterli görmektedir.[79] Yargıtay'ın ise 2911 sayılı Kanun kapsamında

---

74 Galstyan v. Armenia, § 115.

75 Galstyan v. Armenia, § 117.

76 Öllinger v. Austria, § 36; Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, § 107.

77 Balçık and Others v. Turkey, (no. 25/02), § 47, 29 November 2007; Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom, p. 148; Djavit An v. Turkey, § 57; Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, § 41; Oya Ataman v. Turkey, § 36.

78 Öllinger v. Austria, § 44.

79 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, §§ 45-47.

direnme suçunun oluşup oluşmadığına ilişkin yaptığı değerlendirmelerde "barışçıl nitelik" yerine kriter olarak "toplantının demokratik bir tepki düzeyinde kalıp kalmadığına" baktığı görülmektedir. [80]

B. Toplanma Özgürlüğünün Zor Kullanılarak Kısıtlanması

AİHM'in toplantı ve gösteri yürüyüşlerine müdahaleye ilişkin kararlarında üzerinde durduğu husus yukarda aktarılan genel ilkelerden de anlaşılacağı üzere, toplantının bildirim yükümlülüğüne ve kanuna aykırı olarak düzenlenmesinden çok toplantı ve gösteri yürüyüşünün barışçıl amaçla yapılıp yapılmadığı, kuvvete başvurulması halinde bunun gerekli olup olmadığı, kuvvete başvurmak gerekli ise bunun gösterilen direniş ile orantılı olup olmadığıdır. Bu hususlar aşağıda detaylı olarak incelenecektir.

Bu bağlamda, AİHM'e göre, *gösterinin sadece mevzuata aykırı olması onun barışçıl niteliğine zarar vermez ve zor kullanmayı haklı kılmaz.* Nitekim *Oya Ataman* kararına konu olayda, F tipi cezaevlerini proteste etmek amacıyla İnsan Hakları Derneği mensubu 40-50 kişilik bir grup Sultanahmet Meydanı'nda bir araya gelmiş, grup polis tarafından toplantının izin alınmadan yapıldığı, kanuna aykırı olduğu ve trafik düzenini aksattığı gerekçesiyle biber gazı sıkılarak dağıtılmıştır.[81] Konuya ilişkin değerlendirmesinde, *Cisse*[82] kararına işaret eden AİHM, toplantının kanuna aykırı olmasının toplantı özgürlüğünün ihlal edilmesine gerekçe teşkil edemeyeceğini hatırlatmıştır.[83] Ardından, trafikte karışıklık yaratmak dışında kamu düzeni için tehlike yaratmayan yaklaşık 50 kişilik bir gösterici grubunun güncel bir soruna dikkat çekmek için toplandıktan yaklaşık yarım saat içinde yakalanmasının ve İnsan Hakları Derneği tarafından düzenlenen bir gösteriyi sona

---

80 Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 17.06. 2004 tarih ve 2003/3291 E., 2004/5569 K., 09.03. 2004 tarih ve 2003/2309 E., 2004/1968 K., 01.06.2000 tarih ve 2000/5246 E., 2000/10192 K. sayılı kararları, kararların detayları için bkz. Güzeloğlu s. 86-88. Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi'nin 07.12.2006 tarih, 2006/2438 E., 2006/9022 K. sayılı kararı (Aktaran, H. Gökçe Zabunoğlu, AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, 66 (3), s. 627-658, s.634).

81 Oya Ataman v. Turkey, *§§ 5-8*

82 Cisse v. France, § 50; Oya Ataman v. Turkey, § 39.

83 Oya Ataman v. Turkey, § 39.

erdirme konusunda gösterilen sabırsızlığın özellikle dikkat çekici olduğunu belirtmiştir.[84] Yukarda aktarılan genel ilkeler doğrultusunda, 11. maddede belirtilen toplanma özgürlüğünün içeriğinden yoksun bırakılmaması ve özgürlüğün özüne dokunulmaması için göstericiler tarafından şiddete başvurulmayan hallerde, kamu görevlilerinin trafik düzeninin aksaması gibi hususlara belli bir hoşgörü göstermesinin beklenildiğini,[85] bu nedenle polisin müdahalesinin gerekli ve zorunlu olmadığını, müdahalenin 11. maddenin ihlaline sebebiyet verdiğini belirtmiştir.[86]

AİHS'in 3. maddesinde düzenlenen işkence yasağı konusunda ise AİHM, öncelikle yerleşik içtihatlarına vurgu yaparak, 3. madde bağlamında, bir kötü muamelenin (*ill-treatment*) işkence (*torture*), insanlık dışı (*inhuman)* muamele veya aşağılayıcı (*degrading*) muamele sayılması için asgari bir ağırlığa ya da önem seviyesine (*minimum level of severity*) ulaşması gerektiğini belirtmiştir. Yine AİHM'e göre, bir muamelenin insanlık dışı (*inhuman)* kabul edilebilmesi için uzun süre kasıtlı olarak uygulanması, fiziki bir yaralanmaya ya da yoğun bir fiziki veya ruhsal ıstıraba neden olması gerekmektedir.

Bununla beraber, bir muamelenin yine aşağılayıcı (*degrading*) muamele olup olmadığı değerlendirilirken, muamelenin küçük düşürme ya da itibarsızlaştırma amacıyla yapılıp yapılmadığı, sonuçları itibariyle ilgilinin kişiliğini 3. maddeyle bağdaşmayacak bir şekilde olumsuz etkileyip etkilemediği dikkate alınmalıdır.[87] Nitekim, olay tarihinde 17 yaşında olan Said Bouyid ve 24 yaşında olan Mohamed Bouyid'in huzursuzluk yarattığı iddiasıyla gözaltına alınması sonrasında polisler tarafından bir kez tokatlanmasının yoğun bir fiziki veya ruhsal ıstıraba neden olmadığı, bu nedenle gerekli asgari eşik seviyesini aşmadığı, dolayısıyla işkence olarak değil, aşağılayıcı, küçük düşürücü (*degrading*) muamele değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[88]

---

84 Oya Ataman v. Turkey, § 41.

85 Oya Ataman v. Turkey, § 42.

86 Oya Ataman v. Turkey, *§§ 43-44.*

87 Oya Ataman v. Turkey, § 23.

88 Bouyid v. Belgium, (no. 23380/09), *§§ 111, 112,* 28 September 2015. Ayrıca bkz. Boltan/Türkiye kararı. Söz konusu kararda AİHM, engelli olan başvuranın Diyarbakır Cezaevinde tutuklu bulunduğu sırada, 10 ila 21 Mart 2016 tarihleri arasında on bir gün boyunca; Sincan Cezaevinde bulunduğu sırada ise 23 ila 28 Temmuz

Ancak *Oya Ataman* kararında AİHM, Oya Ataman'ın Mahkemeye biber gazına maruz kaldığına ve bundan olumsuz etkilendiğine dair bir sağlık raporu sunmadığı, gözaltına alınıp serbest bırakıldıktan hemen sonra bu yönde bir muayene isteğinin bulunmadığı, bu nedenle iddialarını destekleyebilecek bir delilin bulunmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. [89]

Benzer şartlarda verilen *Samüt Karabulut*,[90] *Balçık ve diğerleri*,[91] *Aytaş ve diğerleri*,[92] ve *Gazioğlu ve diğerleri*[93] kararlarında ise AİHM, Sözleşme'nin hem 11. hem de 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. *Samüt Karabulut* kararına konu olayda, 8 Nisan 2002 tarihinde aralarında İnsan Hakları Derneği üyelerinin bulunduğu yaklaşık 30-35 kişilik bir grup İsrail'in Filistin'e yönelik operasyonlarını protesto etmek amacıyla İstanbul Tünel Meydanı'nda toplanmıştır. İnsan Hakları Derneği üyesi olan davacı *Samüt Karabulut* da bu toplantıya katılmıştır. Grup caddede oturma eylemi yapmıştır. Polis amiri birçok kez, dağılmaları için göstericileri uyarmış ve alanı terk etmeleri için bir koridor açmıştır. Grup dağılmaya başlamış, ancak uyarılara rağmen, davacı *Samüt Karabulut* ve diğer bir kişi yerde oturmaya ve slogan atmaya devam etmiş, polis, bu şahısları gözaltına almış ve zor kullanmıştır.[94] Zor kullanma sırasında davacı *Samüt Karabulut* başından yaralanmış, 5-6 polisin kendisine yumruk ve tekmelerle saldırdığını ve cop kullandığını iddia etmiştir.

Bu bağlamda, AİHM, öncelikle toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin önceden yapılacak bildirime tabi tutulmasının mümkün olduğunu, ancak böyle bir bildirimin yapılmamasının toplantının hukuka aykırı sayılmasına ve engellenmesine gerekçe teşkil edemeyeceğini, kamuya açık alanlarda yapılan her gösterinin ister istemez günlük hayatı etkileyeceğini, çatışmalara yol açabileceğini ve özellikle trafik akışının

---

2016 tarihleri arasında beş gün boyunca tek kişilik odada tutulmasının ve uygulanan tutukluluk koşullarının, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı bir muamele teşkil etmesi için gereken asgari ağırlık eşiğine ulaşmadığı sonucuna varmıştır. Boltan/Türkiye, (Başvuru no: 33056/16), §§ 33-36, 12 Şubat 2019.

89 Oya Ataman v. Turkey, §§ 26-27.

90 Samüt Karabulut v. Turkey.

91 Balçık and Others v. Turkey.

92 Aytaş ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no:6758/05), 8 Aralık, 2009.

93 Gazioğlu and Others v. Turkey.

94 Samüt Karabulut v. Turkey, §§ 4-5.

aksamasına sebebiyet verebileceğini belirtmiştir. İdari makamlara yapılacak bildirimin gerekli önlemlerin alınmasını sağlayacağını, davacının ve gösteriyi düzenleyen derneğin, toplantı düzenine ilişkin idari kurallara saygı duyması gerektiğini, ancak bildirimin yapılmamış olmasının tek başına toplanma özgürlüğünün kullanılmasına engel teşkil edemeyeceğini, toplanma özgürlüğünün kullanılmasının önüne geçmek için kullanılabilecek gizli bir engele dönüşmemesi gerektiğini belirtmiştir.[95]

Mahkeme, 30-35 kişilik bir gösterici grubunun güncel bir soruna dikkat çekmek amacıyla, Tünel Meydanı'nda toplanmasının kamu düzeni veya güvenliği için tehlike teşkil edebileceğine dair bir gerekçenin ortaya konamadığını, buna ilişkin bir delile de rastlamadığını belirtmiştir.[96] Bildirimde bulunmaksızın toplanan göstericilere şiddete başvurmadıkları sürece, idari makamların belli bir dereceye kadar hoşgörülü davranması gerektiğine dair temel kuralını hatırlatan Mahkeme, *Eva Molnar* kararında yaşananların aksine tıpkı, *Oya Ataman* ve *Balçık ve diğerleri* kararında yaşananlarda olduğu gibi göstericilerin uyarı sonrası derhal dağıtıldığını, kendilerine makul bir süre tanınmadığını, bu sürenin tanınmaması sebebiyle göstericilerin görüşlerini dile getirme ve beyan etme olanağından mahrum kaldıklarını belirtmiştir.[97] Makul sürenin tanınmaması sebebiyle yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrasına aykırı olduğuna karar vermiştir.[98]

İşkence yasağı kapsamında ise Mahkeme, AİHS'in 3. maddesinin gözaltına alma gibi sınırları önceden belirlenmiş hususlarda kuvvet kullanılmasını yasaklamadığını, ancak kuvvet kullanmanın zorunlu olması ve aşırı olmaması gerektiğini belirtmiştir.[99] Polisin davacının kafasındaki yaralanmayı açıklayabilecek, davacının fiziki direnişte bulunduğuna veya şiddet kullandığına dair itibar edilebilecek ve inandırıcı bir delil sunmadığını belirten Mahkeme,[100] kullanılan gücün aşırı

---

95 Samüt Karabulut v. Turkey, § 35.

96 Samüt Karabulut v. Turkey, § 36.

97 Balçık and Others v. Turkey, § 51; Éva Molnár v. Hungary, §§ 42-43; Oya Ataman v. Turkey, §§ 41-42; Samüt Karabulut v. Turkey, § 37. Makul sürenin tanınmaması sebebiyle verilen ihlal kararları için ayrıca bkz. Akgöl and Göl v. Turkey, § 44.

98 Samüt Karabulut v. Turkey, §§ 38-39.

99 Samüt Karabulut v. Turkey, § 42.

100 Samüt Karabulut v. Turkey, § 43.

olduğuna ve bu nedenle işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına dair Sözleşme'nin 3.maddesinin de ihlal edildiğine karar vermiştir.[101]

Balçık ve diğerleri kararında da yine 5 Ağustos 2000 tarihinde, İstiklal Caddesi'nde tramvay yolunda, öğlen saatlerinde F tipi cezaevlerini protesto etmek üzere toplanan 46 kişilik bir grup polis tarafından dağıtılmış, göstericilerden Sema Gül ve Semiha Kırkoç hastaneye kaldırılmış ve yaralanmalarına ilişkin doktor raporu almıştır.[102] Göstericilerin kamu düzeni için tehlike teşkil ettiğine dair herhangi bir delilin bulunmadığını belirten Mahkeme,[103] kullanılan gücün aşırı olduğunu ve bu nedenle işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağına dair Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[104] 11. madde kapsamında ise Mahkeme, tramvay yolunu tıkama ihtimali dışında kamu düzeni için tehlike teşkil etmeyen toplam 46 kişilik bir grubun polisin uyarısı sonrası derhal dağıtıldığını, kendilerine makul bir süre tanınmadığını, müdahalenin gerekli ve zorunlu olmadığını, bu durumun 11. maddenin ihlaline sebebiyet verdiğini belirtmiştir.[105]

AİHM'e göre *idarece belirtilen yer ve zaman sınırlamasına uyulmadığı gerekçesiyle toplantıya* müdahale edilmesi ve zor kullanılması haklı bir müdahale sayılamaz. AİHM bu hususa ilişkin esaslı değerlendirmelerini *Disk ve Kesk*,[106] *Süleyman Çelebi ve Diğerleri*,[107] *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri*,[108] *Nurettin Aldemir ve Diğerleri*[109] ve İzci[110] davasına ilişkin kararlarında yapmıştır. *Disk ve Kesk* davasına konu olayda, DİSK (Devrimci İşçi Sendikaları Konfederasyonu) ve KESK (Kamu Emekçileri Sendikaları Konfederasyonu) Beyoğlu Kaymakamlığı'na 1 Mayıs 2008 tarihinde, 1 Mayıs İşçi Bayramını kutlamak ve 1 Mayıs 1977 tarihindeki gösterilerde hayatlarını kaybeden arkadaşlarını anmak amacıyla Taksim Atatürk Heykeli önünde topla-

---

101 Samüt Karabulut v. Turkey, § 44.
102 Balçık and Others v. Turkey, §§ 5-11.
103 Balçık and Others v. Turkey, § 32.
104 Balçık and Others v. Turkey, §§ 33-34.
105 Balçık and Others v. Turkey, §§ 51-53.
106 Disk and Kesk v. Turkey.
107 Süleyman Çelebi ve Diğerleri / Türkiye.
108 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye.
109 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey.
110 İzci v. Turkey.

nacaklarını bildirmiştir. Beyoğlu Kaymakamlığı yalnızca sendika temsilcilerinin Taksim'de toplanmasına izin vermiştir.

1 Mayıs 2008 tarihinde sabah 6 civarında DİSK ve KESK üyeleri DİSK Genel Merkezi önünde toplanmaya başlamış, polis grubu dağıtmak üzere harekete geçmiş ve DİSK binasının hem içinde hem de dışında tazyikli su, boya ve göz yaşartıcı gaz kullanmıştır. İlerleyen saatlerde şiddeti artan benzer polis müdahaleleri devam etmiş, bazı göstericiler yaralanmıştır. Yaralı göstericiler yakında bulunan Şişli Etfal Hastanesi'ne gitmeye çalıştıkları sırada polis tarafından kovalanmış ve hatta hastane binası içinde polisin gazlı saldırılarına maruz kalmışlardır. Bazı DİSK üyeleri gözaltına alınmıştır. Saat 10.30 civarında göstericiler daha fazla şiddetin yaşanmasının önüne geçmek adına kendi istekleriyle gösteriden vazgeçmişlerdir.[111]

Açılan davada AİHM, öncelikle devletin toplanma özgürlüğünü kullanan kişileri de korumak gibi pozitif bir yükümlülüğünün mevcut olduğu kuralını[112] hatırlatmıştır.[113] Ardından Mahkeme DİSK Genel Merkezi önünde bekleyen sendika üyelerinin kamu düzeni için tehlike teşkil ettiğine veya şiddete başvurduklarına dair bir bilginin dosyada mevcut olmadığını,[114] Şişli Etfal Hastanesi'ne gitmeye çalışan göstericiler için göz yaşartıcı gaz bombalarının kullanılmasının orantılı olmadığını,[115] gaz bombası kullanımının pek çok ciddi sağlık sorununa yol açabileceğini ve bu tür gazların kolluk kuvvetleri tarafından kullanılmasının kaygı verici olduğunu,[116] hastane gibi bir yerde gaz bombası kullanılmasının gerekli ve orantılı olmadığını belirtmiştir.[117] Göstericilerin 1 Mayıs İşçi Bayramını kutlamadan daha fazla şiddetin yaşanmaması adına dağıldığını,[118] AİHS'in 11. maddesinde belirtilen toplanma özgürlüğünün içeriğinden yoksun bırakılmaması ve özgürlüğün özüne dokunulmaması için göstericiler tarafından şiddete baş-

111 Disk and Kesk v. Turkey, §§ 4-10.
112 Djavit An v. Turkey, § 57; Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, § 41; Oya Ataman v. Turkey, § 36.
113 Disk and Kesk v. Turkey, § 27.
114 Disk and Kesk v. Turkey, § 33.
115 Disk and Kesk v. Turkey, § 34.
116 Ali Güneş v. Turkey, §§ 34-37.
117 Disk and Kesk v. Turkey, § 34.
118 Disk and Kesk v. Turkey, § 35.

vurulmayan hallerde, kamu görevlilerinin göstericilere belli bir hoşgörü göstermesinin beklenildiğini,[119] dolayısıyla polis müdahalesinin gerekli ve orantılı olmadığını Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.[120]

Disk ve Kesk davasıyla bağlantılı olarak yine 1 Mayıs 2008 tarihinde meydana gelen olaylar kapsamında DİSK Başkanı *Süleyman Çelebi ve diğer* davacılar tarafından açılan davada verdiği kararında ise AİHM, güvenlik güçleri tarafından yapılan sert müdahalenin şeklinin, aşırı derecede göz yaşartıcı gaz kullanılmasının ve bu müdahalenin orantılılığı ve gerekliliği hakkında hiçbir adli inceleme yapılmamasının, davacıları ve diğer sendika üyelerini, haklarını savunmak için ilerde yapılacak barışçıl ve meşru gösterilere katılmaktan caydıracağını tespit ettiğini ifade etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, göstericilerin şiddet kullanılarak dağıtılmasının zorlayıcı sosyal/toplumsal bir ihtiyaçtan kaynaklanmadığını, bu anlamda Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir. [121]

Yine idarece belirtilen yer ve zaman sınırlamasına uyulmadığı gerekçesiyle zor kullanılarak müdahale edilen toplantıya ilişkin *Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri*[122] kararında da AİHM, müdahalenin, kamu düzeninin ya da başkalarının haklarının korunması bakımından zorunlu olmayan orantısız bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Söz konusu karara konu olayda, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim–Sen) üyeleri kaliteli ve parasız eğitim hakkının tanınmasını talep etmek amacıyla Ankara'da 26 Kasım 2005 tarihinde düzenlenecek gösteriye katılmak üzere İstanbul'dan Ankara'ya doğru otobüslerle yola çıkmış, Ankara Valiliğinin talimatıyla otobüsler otoyol gişelerinde durdurulmuştur. Göstericiler, güvenlik güçlerinin talimatlarına uymamaları halinde kendilerine karşı gerektiğinde güç kullanılabileceği hususunda uyarılmışlardır. Grubun uyarılara uymaması üzerine Jandarma, zırhlı araçla göstericilerin üzerlerine basınçlı su sıkarak müdahalede bulunmuş ve göz yaşartıcı gaz kapsülleri fırlatmıştır. Jandarma zırhlı aracı zarar görmüş, bazı göstericiler yara-

---

119 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, § 46; Disk and Kesk v. Turkey, § 36.
120 Disk and Kesk v. Turkey, §§ 37-38.
121 Süleyman Çelebi ve Diğerleri/Türkiye, §§ 116-118.
122 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye.

lanmış, bazı göstericiler gözaltına alınmış, gözaltına alınanlar Kazan Cumhuriyet Savcısı'nın talimatıyla serbest bırakılmıştır. Gösterici grup, ertesi gün (27 Kasım 2005) saat 04.30'a kadar bir benzin istasyonunda bekletilmiş ve daha sonra İstanbul'a gitmiştir.[123] Sendika üyesi göstericilerden bazıları hakkında sağlık raporu düzenlenmiş, göstericilerde ödem, hematom ve ekimozun yanında, göstericilerden M. Arda'nın göğüs kemiği kırığı sebebiyle 15 gün iş gücünden mahrum kaldığı, E. Barikan'ın sağ kalçasında açık kırık oluştuğu, 3 ay istirahatinin uygun görüldüğü, 18 Şubat-13 Mart 2008 tarihleri arasında 5 kez ameliyat edildiği tespit edilmiştir. [124]

Bu davada Mahkeme, kötü muamelenin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık, eşik düzeyine ulaşması gerektiğini, bu seviyenin muamelenin süresi ve fiziksel veya ruhsal etkileri ve bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi ilgili tüm koşullara bağlı olduğunu, ayrıca kötü muamelenin uygulandığı bağlamın da örneğin ortamın aşırı gergin olması ve duygusal yoğunluk gibi faktörlerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.[125] Mahkeme, ne idari makamların ne de Kazan Cumhuriyet Savcısının sendika üyesi davacıların kolluk kuvvetlerine saldırdığını veya onlara karşı şiddet uyguladığını belirtmediğini,[126] göstericilerin davranışlarının zor kullanılmasını haklı kıldığı varsayılsa bile, bu durumun göstericilerin vücudu, başı ya da yüzündeki darbelerin ağırlığını haklı kılamayacağını, kolluk kuvvetleri tarafından kullanılan gücün, olay esnasında göstericilerin sergilediği tutum dikkate alındığında doğru bir müdahale olmadığını, zor kullanmanın davacılar üzerinde insanlık dışı ve aşağılayıcı bir muamele teşkil edecek biçimde davacıların ıstırap çekmesine neden olduğunu, dolayısıyla, kullanılan gücün aşırı ve haksız olduğunu, Sözleşme'nin 3. maddesinin esas yönünden ihlal edildiğini belirtmiştir.[127]

Yapılan soruşturmaların ceza soruşturmasına dâhil olma ihtimali bulunan Ankara Valiliği'ne, Ankara Jandarma Komutanlığı'na ve An-

123 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 6-15.
124 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 16-23.
125 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, § 60.
126 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, § 67.
127 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 68-71.

kara Emniyet Müdürlüğü'ne karar verilmek üzere tevdi edilmesi sebebiyle soruşturmanın bağımsız sayılamayacağını,[128] suç duyurularının etkili bir soruşturma yapılmasına olanak verilmeksizin soruşturma izni verilmemesi ve kovuşturmaya yer olmadığı kararları ile sonuçlanması sebebiyle etkili bir soruşturmanın yürütülemediğini, Sözleşme'nin 3. maddesinin usul yönünden de ihlal edildiğini belirtmiştir.[129]

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri kararında toplanma özgürlüğü bağlamında ise AİHM, toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında bazı görüşlerin veya kullanılan ifadelerin resmi makamları rahatsız edebileceğini, resmi makamların gözünde ne kadar sarsıcı, kabul edilemez ya da yersiz olabilse de toplanma ve ifade özgürlüğünü ortadan kaldırmaya yönelik, koruyucu tedbir niteliğinde olan dağıtma gibi radikal önlemlere başvurulmasının demokrasiye zarar verdiğini, hatta çoğu zaman demokrasiyi tehlikeye soktuğunu belirtmiştir.[130] Dolayısıyla, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[131]

İdarece belirtilen yer ve zaman sınırlamasına uyulmadığı gerekçesiyle zor kullanılarak müdahale edilen toplantıya ilişkin diğer bir değerlendirme AİHM tarafından *Nurettin Aldemir ve diğerleri*[132] kararında yapılmıştır. Bu karara konu olayda "KESK" ve "EĞİTİM-SEN" sendikasına üye davacılar Sendikalar Kanunu'nu değiştirmeye yönelik olarak hazırlanan ve TBMM'de görüşülen kanun tasarısını protesto etmek üzere 2001 yılında Ankara Kızılay Meydanı'nda toplanmış, polis kalabalığı dağıtmak için cop, sopa ve biber gazı kullanmıştır. Göstericilerden bazıları, kaldırım taşları ve sopaları kullanarak güvenlik güçlerine saldırmış ve 7 polis memurunun yaralanmasına ve 1 polis aracının tahrip edilmesine yol açmışlardır. Olaylar esnasında sendika üyesi davacılar da yaralanmışlardır.[133]

Davacılar tarafından ilgililer hakkında Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunulmuş, suç duyurusundaki iddia-

---

128 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, § 80.
129 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 74-84.
130 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, § 94.
131 Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, §§ 108-109.
132 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey.
133 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, §§ 5-9.

ların "soyut nitelikli" olduğu gerekçesiyle İçişleri Bakanlığı'nca soruşturma izni verilmemiş, ardından kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş, davacılardan Arzu Doğan ve Sami Evren hakkında 2911 sayılı Kanun'a muhalefet etikleri gerekçesiyle Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmış, açılan dava da sanıkların beraat etmesiyle sonuçlanmıştır. [134]

Mahkeme, iki davacının atılı suçlardan beraat etmesine ve diğer davacılar hakkında herhangi bir ceza davası açılmamış olmasına rağmen, mitinglerde göstericilerin dağıtılması için polis tarafından kullanılan kuvvetin ve ardından gerçekleştirilen kovuşturmanın davacılar üzerinde soğutma etkisi (*a chilling effect*) yaratabileceğini, davacıları ve diğer sendika üyelerini benzer mitinglere katılmaktan vazgeçirebilecek caydırıcı etkiye sahip olabileceğini, dolayısıyla toplanma özgürlüğünün kullanılmasına yönelik bir müdahalenin mevcut olduğunu belirtmiştir.[135]

Toplantının veya gösterinin sonradan şiddete dönüşmesi durumunda dahi toplantının barışçıl bir amaçla başlamasını 11. madde bakımından yeterli gören Mahkeme, göstericilerin gösterinin başında kamu düzenine yönelik tehlike oluşturduğunu gösteren herhangi bir delilin bulunmadığını, ancak, özellikle Ankara'nın merkezinde bulunan yoğun bir meydanda yapılan gösterinin bazı aksamalara neden olma ihtimalinin bulunduğunu, göstericilerin TBMM'de görüşülen bir kanun teklifine ilişkin görüşlerini dile getirmek amacıyla toplandıklarını ve niyetlerinin başlangıçta bu nedenle barışçıl olduğunu, fakat kolluk kuvvetlerince esaslı bir güç kullanılarak yapılan hızlı müdahale sonrasında gerginliğin arttığını ve çatışmaların yaşandığını belirtmiştir.[136] Ardından, Mahkeme, somut davada polisin zor kullanarak müdahalede bulunmasının orantısız olduğuna ve kamu düzeninin korunması bakımından gerekli olmadığına, dolayısıyla Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[137]

---

134 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, *§§ 14-19.*
135 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, *§§ 34-35.*
136 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, *§ 45.*
137 Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, *§§ 46-48.*

V. ZOR KULLANMADA İŞKENCE BOYUTUNA VARAN AŞIRI GÜÇ KULLANIMI

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1984 tarihli ve 39/46 sayılı kararıyla kabul edilen ve Türkiye açısından 26 Haziran 1987 tarihinde yürürlüğe giren "İşkenceye ve Diğer Zalimane; Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi" nin[138] 1. maddesine göre "İşkence terimi, bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir fiil sebebiyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya ikrar elde etmek için veya ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası veya muvafakatıyla uygulanan fiziki veya manevî ağır acı veya zarar anlamına gelir. Bu yalnızca yasal müeyyidelerin uygulanmasından doğan, tabiatında olan veya arızî olarak husule gelen acı ve ıstırabı içermez." Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, zor kullanmada sınırın aşılması halinde bu durumun işkence boyutuna varması mümkün olup bu konuda İzci kararı oldukça önemli yer tutmaktadır

İzci kararına konu olayda, Dünya Kadınlar Günü'nü kutlamak amacıyla Beyazıt Meydanı'nda 6 Mart 2005 tarihinde gösteri düzenlenmek istenmiş, Valilik düzenleme komitesine, İstanbul'un Şişli ilçesindeki Çağlayan Meydanı'nda ve Beykoz ilçesindeki Beykoz Meydanı'nda kutlama ve gösterinin gerçekleştirilebileceğini bildirmiştir. 6 Mart 2005 tarihinde, göstericiler, Beyazıt Meydanı'na yürümek maksadıyla farklı yerlerde toplanmaya başlamışlardır. Basın bildirisi okunduktan sonra, yaklaşık 60 kişilik bir grup alanı terk etmeyi reddetmiştir. Davacı *Nergiz İzci* bu gösteriye katılmış, başına, yüzüne ve vücudunun diğer bölgelerine aldığı darbeler neticesinde yere düşmüş, bilincini kısmen yitirmiştir.[139]

Açılan davada, AİHM'e sunulan görüntülerde gaz maskeli polis memurlarının, olay yerinden kaçmaya çalışan çok sayıda göstericiye copla saldırdığı, yere düşen göstericilerin tekmelendiği ve copla darp

---

138 3441 sayılı ve 21. 4. 1988 tarihli, "İşkenceye ve Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun", 29.04.1988 tarihli ve 19799 sayılı Resmî Gazete.
https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Kanunlar_Kararlar/kanuntbmmc071/kanuntbmmc071/kanuntbmmc07103441.pdf

139 İzci v. Turkey, §§ 5-7, 9-12.

edildiği, polis memurlarından birinin, yere düşen bir kadını korumak için vücudunu siper eden erkek göstericinin yüzüne tekme attığı, bazı polis memurlarının, kaçıp çalıların arasına saklanan bazı göstericileri copla dağıtmadan önce üzerlerine göz yaşartıcı gaz sıktığı, ardından copla vurduğu, kendilerini polisin saldırılarından korumaya çalışan yerdeki iki kadına polisin göz yaşartıcı gaz sıktığı, yakındaki dükkân ve kafelere sığınan kadınların, polis tarafından sürüklenip dövüldüğü görülmüştür. Video görüntüsünde ayrıca, olay yerinde bulunan ancak gösteriye katılmayan kişilerin de göz yaşartıcı gazdan etkilendiği, yoğun göz yaşartıcı gazdan etkilenen esnafın, müşterilerin ve diğer insanların sersemlemiş bir halde etrafta dolandıkları görülmüştür. [140]

Soruşturma makamları tarafından atanan bilirkişi tarafından düzenlenen rapora göre; polis, göstericileri dağıtmadan önce dağılmaları yönünde herhangi bir uyarıda bulunmamıştır. Göstericiler polisin müdahalesine direnmemişlerdir ve polise saldırmamışlardır, sadece olay yerinden kaçmaya çalışmışlardır. Davacı *Nergiz İzci* hakkında Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporda davacının yaraları sebebiyle 5 gün süreyle iş göremeyeceği ve iş gücünden mahrum kalacağı belirtilmiştir.[141] Emniyet Genel Müdürlüğü Teftiş Kurulu Başkanlığı, 6 polis memurunun göstericileri tekmelediği ve ayrıca copla darp ettiği kanaatine varmıştır. Kurul, polis memurlarının fiillerinin "aşağılayıcı davranış" teşkil ettiği sonucuna varmış ve 3 emniyet amirine, söz konusu 6 polis memurunu gerektiği şekilde eğitemedikleri gerekçesiyle "kınama cezası" vermiştir. Aynı zamanda kurul, söz konusu 6 polis memuruna, yaklaşık 3 güne denk gelen aylıktan kesme cezası vermiştir.[142]

54 polis memuru hakkında İstanbul Asliye Ceza Mahkemesi'nde dava açılmış, sanıklardan 5'i mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 245. maddesi gereğince 5 ve 10 ay arasında değişen hapis cezasına çarptırılmış, bir polis memuru ise 5237 sayılı mevcut TCK'nın 86. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince 21 ay hapis cezasına mahkûm edilmiş, geri kalan 48 sanık polis memuru, delil yetersizliğinden beraat etmiş, bilahare dava zamanaşımına uğramıştır.[143]

---

140 İzci v. Turkey, § 14.
141 İzci v. Turkey, § 17.
142 İzci v. Turkey, § 20.
143 İzci v. Turkey, §§ 25-26.

Bu veriler ışığında AİHM, Sözleşme'nin 3. maddesinin bir kimsenin vücut bütünlüğünün korunması ile kamu düzeninin korunması amaçları arasında bir denge gözetme uygulaması yapılmasına izin vermediğini,[144] davacının 5 gün süreyle iş gücünden mahrum kaldığını, polis memurlarının kamu düzeni açısından tehlike arz etmeyen göstericilere aceleci bir tavırla verdiği karşılığın önce kargaşaya yol açtığını, ardından ise polis memurlarının orantısız güç kullanmaları ve davacının yaralanmasıyla sonuçlandığını belirtmiştir. [145]

Mahkeme, orantısız güç kullandığını itiraf eden 6 polis memuru dışında, orantısız güç kullanan diğer polislerin tespit edilip ceza sorumluluklarının belirlenememiş olmasının, kötü muamele iddialarına karşı etkili soruşturma yürütülmesi yükümlülüğünün yerine getirildiği hususunda ciddi şüpheler uyandırdığını belirtmiştir. Mahkeme, polis memurları hakkındaki kötü muamele iddiasıyla açılan ceza davalarını hızlandırma hususunda adli makamların titiz davranmamalarının davaların zamanaşımına uğramasına yol açtığını, somut başvuruda da ceza hukuku sisteminin bu hususlara özen göstermekten çok uzak olduğunu ve davacının şikâyetine benzer fiillerin işlenmesini etkili bir biçimde önleyecek caydırıcı bir etkiye sahip olmadığını belirtmiştir. [146]

Kamu görevlilerinin Sözleşme'nin 3. maddesinde yer alan işkence ve kötü muamele yasağına ilişkin fiiller sebebiyle yargılanmaları halinde, yargılamanın ve ardından verilen hükmün dava ve ceza zamanaşımına uğramaması gerektiğini, bu fiillerin genel veya özel af kanunlarıyla affedilemeyeceğini[147] belirten Mahkeme, yine herhangi bir kamu görevlisinin işkence ve kötü muamele yasağı kapsamında yargılanması halinde görevden geçici olarak uzaklaştırılması, suçlu bulunması halinde ise kamu görevinden ihraç edilmesi gerektiğini, mevcut başvuruya ilişkin 6 yıl süren ceza yargılamasında görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulandığına dair bir bilginin olmadığını[148] tespit ettiğini ifade etmiştir. Bu nedenlerle, Mahkeme, davacının dövüldüğü ve göz yaşartıcı gaza maruz kaldığı, yargılama makamlarının

144 İzci v. Turkey, § 56.
145 İzci v. Turkey, § 67.
146 İzci v. Turkey, §§ 71-72.
147 İzci v. Turkey, § 73.
148 İzci v. Turkey, § 74.

maddi hakikati ve gerçek failleri bulma konusunda başarılı olamadığı, ardından yargılamanın etkili ve hızlı bir biçimde yürütülemeyip davanın zamanaşımına uğradığı gerekçeleriyle Sözleşme'nin 3. maddesinin hem esas hem de usul açısından ihlal edildiğine karar vermiştir.[149]

Mahkeme mevcut davada göstericilerin ağır bir müdahaleyi gerektirecek derecede kamu düzenini ihlal etmedikleri gibi kamu düzeni açısından da bir tehlike teşkil etmediklerini,[150] polisin suç işlenmesini önlemek ve kamu düzenini sağlamak amacıyla kullandığını iddia ettiği gücün orantısız olduğunu, gösteriyi dağıtma konusunda uygulanan vahşetin insanların gösteri yapma isteği üzerinde kaçınılmaz olarak caydırıcı bir etki yarattığını, bu nedenle mevcut müdahalenin Sözleşme'nin 11. maddesini de ihlal ettiğini belirtmiştir.[151]

AİHM kararlarına yansıyan toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde işkence boyutuna varabilecek diğer müdahale halleri biber gazı, gaz bombası ve plastik mermi kullanılmasından kaynaklanmakta olup bu hususlar aşağıda ayrıntılarıyla tartışılacaktır.

A. Biber Gazı Kullanılması

Biber gazı kullanılmasından kaynaklı kötü muamele halleri AİHM tarafından *Ali Güneş*[152] kararında tartışılmıştır. Lisede öğretmen olarak görev yapan davacı Ali Güneş 28 Haziran 2004 tarihinde İstanbul'da yapılan NATO Zirvesi'ni protesto etmek üzere düzenlenen gösteriye katılmıştır. Kalabalığın etrafını saran polis memurları, davacı ve arkadaşlarını kollarından yakalamış, göz yaşartıcı gaz sıkmış ve hırpalamışlardır.[153] Davacı hakkında düzenlenen doktor raporlarında, davacının her iki gözünde de kızarıklık tespit edildiği, vücudunda çürükler bulunduğu belirtilmiştir.[154] Olay, ulusal basında geniş olarak yer almıştır. *Sabah* gazetesinde yayımlanan bir fotoğrafta, davacının iki polis memuru tarafından kollarından tutulduğu ve içlerinden birinin çok yakın mesafeden davacının ağzına ve burnuna gaz sıktığı görülmüş-

149 İzci v. Turkey, § 75.
150 İzci v. Turkey, § 89.
151 İzci v. Turkey, §§ 90-91.
152 Ali Güneş v. Turkey.
153 Ali Güneş v. Turkey, §§ 5-10.
154 Ali Güneş v. Turkey, §§ 13, 16-19.

tür.[155] Davacı kendisine yapılan kötü muameleye ilişkin olarak suç duyurusunda bulunmuş, söz konusu suç duyurusu da kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlanmıştır.[156]

Konuya ilişkin değerlendirmesinde Mahkeme hâlihazırda, kamu düzeninin sağlanmasına ilişkin olarak toplumsal olaylarda "göz yaşartıcı gaz" (*tear gas*), veya "biber gazı" (*pepper spray*) kullanılması hususunu *Oya Ataman* kararında incelemeye tabi tuttuğunu,[157] "biber gazı" kullanımının solunum problemleri, bulantı, kusma, solunum yolunda tahriş, gözyaşı kanalları ve gözde tahriş, kalp sıkışması, göğüs ağrısı, cilt iltihabı ve alerji gibi sorunlara yol açabildiğini, gazın fazla kullanılmasının solunum ve sindirim sisteminde doku ölümüne, akciğer ödemi ve iç kanama ve böbrek üstü bezinde kanamaya yol açabileceğini ifade etmiştir.[158] Mahkeme mevcut davada olduğu gibi kolluk kuvvetleri tarafından hâlihazırda kontrol altına alınmış olan bir kimseye karşı bu tür gazların kullanılmasının hiçbir haklı nedeni olamayacağını,[159] yakalanmış olan davacının yüzüne haksız yere gaz sıkılmasının, davacıda yoğun bir fiziki veya ruhsal ıstıraba neden olduğunun açık olduğunu, davacıda aşağılanma, küçük düşürülme ve itibarsızlaştırma hislerinin oluşmasına neden olacak şekilde korku ve acıya neden olduğunu, bu nedenle davacıya karşı bu şartlarda gaz kullanan polislerin davacıyı Sözleşme'nin işkence yasağına ilişkin 3. maddesi anlamında insanlık dışı (*inhuman)* ve aşağılayıcı (*degrading*) muameleye tabi tuttuğunu belirtmiştir.[160] Bunun haricinde, davacının kötü muamele iddialarının Cumhuriyet Savcılığı tarafından kovuşturmaya yer olmadığı kararı ile sonuçlandırılması ve kötü muamele iddialarını araştırma hususunda idari makamlarca başka bir işlem yapılmaması sebebiyle, ulusal makamların davacının kötü muamele iddialarına karşı etkili bir soruşturma yürütmediği sonucuna varmış ve Sözleşme'nin 3. maddesinin usul yönünden de ihlal edildiğine karar vermiştir. [161]

---

155 Ali Güneş v. Turkey, § 15.
156 Ali Güneş v. Turkey, §§ 21-22.
157 Oya Ataman v. Turkey, §§ 17-18.
158 Ali Güneş v. Turkey, § 37.
159 Ali Güneş v. Turkey, § 41.
160 Ali Güneş v. Turkey, §§ 42-43. Ayrıca bkz. Kudła v. Poland [GC], (no. 30210/96), § 92, ECHR 2000XI, 26 October 2000.
161 Ali Güneş v. Turkey, §§ 45-46.

B. Gaz Bombası ve Plastik Mermi Kullanımı

Toplantı ve gösteri yürüyüşlerinde göz yaşartıcı gaz bombası kullanılmasının orantılı olup olamayacağı AİHM tarafından *Abdullah Yaşa*[162] kararında tartışılmıştır. Bu karara konu olayda, 24 Mart 2006 tarihinde 14 PKK'lının öldürülmesinin ardından yapılan gösterilerde olay yerinde bulunan ve olay tarihinde 13 yaşında bulunan Abdullah Yaşa'nın polisler tarafından atılan göz yaşartıcı bomba ile burnu kırılmış, yüzünde çukur şeklinde yaralanmalar meydana gelmiştir.[163] Mahkeme, göz yaşartıcı gazın Avrupa'da kolluk kuvvetleri tarafından uzun yıllardan beri kullanıldığını, göz yaşartıcı gazın sprey şeklinde kapsüller halinde ya da bir atıcı tabanca/tüfek (*launcher*) vasıtasıyla fırlatılan bombalar halinde kullanılabileceğini, göz yaşartıcı bomba atıcılarının uygun olarak kullanılmamasının ciddi yaralanma ya da ölümlere sebebiyet verdiğini belirtmiştir.[164]

Türkiye açısından 11 Haziran 1997'de yürürlüğe giren,[165] 13 Ocak 1993 tarihli Birleşmiş Milletler Kimyasal Silahların Geliştirilmesi, Üretimi, Stoklanması ve Kullanımının Yasaklanması ve İmhası (KSS) Sözleşmesi'nin I, § 5 maddesi uyarınca, taraf devletlerin toplumsal olayları denetim altında tutmakta kullanılan gereçleri bir savaş yöntemi olarak kullanmamayı taahhüt ettiğini belirten Mahkeme, söz konusu sözleşmeye göre, göz yaşartıcı gaz ya da başka bir ifadeyle "biber gazı spreyi" nin kimyasal silah olarak kabul edilmediğini, yukarda belirtilen sağlık problemlerine neden olma, fazla veya aşırı kullanımı halinde iç kanamaya yol açma ihtimali bulunmasına rağmen, toplumsal olaylara müdahaleye ilişkin olarak bu tür gazların kullanımına Kimyasal Silahlar Sözleşmesi (Madde II, § 9 (d)) tarafından izin verildiğini belirtmiştir. [166]

---

162 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, (no. 44827/08), 16 July 2013.

163 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, §§ 5-7.

164 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 29.

165 Kimyasal Silahların Geliştirilmesinin, Üretiminin, Stoklanmasının ve Kullanımının Yasaklanması ve Bunların İmhası ile İlgili Sözleşme'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 10.04.1997 Sayı: 22960) Kanun No: 4238, Kabul Tarihi: 04.04.1997.

166 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 30, ayrıca bkz. Oya Ataman v. Turkey, §§ 17-18; Ali Güneş v. Turkey, §§ 37-38.

Mahkeme dava konusu olayda gösterinin barışçıl olmadığını, göstericilerin çoğunun gençlerden oluştuğunu, bazılarının yüzlerinin kapalı olduğunu ve polise taş attıklarını belirlediğini,[167] ancak bu davanın şartlarının biber gazı kullanılmasıyla ilgili olarak verdiği *Oya Ataman*[168] ve *Ali Güneş*[169] davasının şartlarından farklı olduğunu ifade etmiştir.[170] Mahkeme mevcut davada biber gazı bombasının atıcı/fırlatıcı bir tabanca (*launcher*) ile göstericilere fırlatıldığını, bu atıcı tabancanın usulüne uygun olarak kullanılmaması halinde ciddi yaralanmalara hatta ölümlere sebebiyet verebileceğini belirtmiştir.[171] Mahkemeye göre, söz konusu fırlatıcı tabancanın taşıdığı risk sebebiyle, iç hukukta toplumsal olaylarda kullanılmasının sınırlanması, keyfi ve kötüye kullanılmasının önüne geçilmesi, muhtemel kazaların önlenmesi amacıyla yeterli ve etkili önlemlerin alınması gerekmektedir.[172] Bu nedenle, söz konusu fırlatma tabancasının polisler tarafından usulüne uygun kullanımına ilişkin olarak iç hukukta gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını inceleyen Mahkeme, olay tarihinde ulusal mevzuatta toplumsal olaylar esnasında göz yaşartıcı bomba kullanımına dair hükümlerin bulunmadığını, buna ilişkin bir talimatın da mevzuatta yer almadığını, polis memurlarının bomba kullanımı konusunda çok büyük ölçüde kendi başlarına hareket ettikleri ve düşüncesizce inisiyatif aldıklarının görüldüğünü, polis memurlarına uygun eğitim ve talimatın verilmesi halinde söz konusu sonuçların gerçekleşmeyeceği kanaatinde olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, bu durum kişilerin vücut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin olarak Avrupa'daki çağdaş demokratik toplumlarda bulunması gerekli seviye ile uyumlu değildir.[173] Bu bağlamda, barışçıl olmayan bir gösterinin dağıtılması amacıyla doğrudan davacıya yönelik olarak fırlatılan gaz bombası kullanılarak davacının yaralanmasına sebebiyet verilmesi davacının kendi davranışının gerekli kıldığı ve Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında orantılı bir müdahale değildir.[174]

---

167 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 41.
168 Oya Ataman v. Turkey.
169 Ali Güneş v. Turkey.
170 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 42.
171 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 42.
172 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 43.
173 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 49.
174 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 50.

Nihayetinde, AİHM Tüm Bel-Sen Sendikası tarafından 16 Mart 2009 tarihinde 5. Dünya Su Forum'unun düzenlendiği Haliç'te su kaynaklarının ticarileştirilmesi ve özelleştirilmesine itiraz amacıyla yapılmak istenen gösteride kauçuk (plastik) mermi kullanılması sonucu yaralanan *Kadri Kılıcı*'ya ilişkin kararında[175] da yukarda aktardığımız *Abdullah Yaşa* kararında belirtilen gerekçelere atıf yaparak,[176] ulusal mevzuatta bu mermilerin kullanımına dair hükümlerin ya da özel bir talimatın bulunmadığını, polis memurlarının bu konuda çok büyük ölçüde kendi başlarına hareket ettiklerini ve düşüncesizce inisiyatif aldıklarını, bu durumun kişilerin vücut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin olarak Avrupa'daki çağdaş demokratik toplumlarda bulunması gerekli seviye ile uyumlu olmadığını belirterek Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine[177] karar vermiştir.[178]

VI. ZOR KULLANMADA İŞKENCE BOYUTUNUN TÜRK CEZA KANUNU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

İşkence suçu Türk Ceza Kanunu'nun 94. ve 95. maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunda işkence suçu düzenlenmiş ancak işkencenin tanımı yapılmamıştır. İşkence kapsamına giren davranışların kapsamı ise TCK'nın 94. maddesinde "insan onuruyla bağdaşmayan, bir kimsenin bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlar" şeklinde belirlenmiştir. Gerekçede ise yukarda aktardığımız İşkenceye ve Diğer Zalimane; Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesinde belirtilen işkence tanımı ile işkencenin yasaklanmasına ilişkin diğer uluslararası düzenlemeler olan İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme, İşkencenin ve Gayriinsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelenin Önlenmesine Dair Avru-

---

175 Kılıcı/Türkiye, (Başvuru No. 32738/11), 27 Kasım 2018.

176 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, § 43. Toplumsal olaylara müdahalede kolluk kuvvetlerinin aşırı güç kullanımında, kolluk kuvvetlerinin eğitiminden kaynaklanan sebeplerin detaylı bir analizi için bkz. Altuntop s.887-891.

177 Kılıcı/Türkiye, §§ 31-35.

178 Toplumsal olaylarda plastik mermi kullanılmasına ilişkin olarak bkz. Hüseyin Mecek, "Toplumsal Olaylarda Plastik Mermi Kullanımının Hukuki Analizi" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan), 2023, 13 (2), s.965-985.

pa Sözleşmesi'ne atıf yapılmakla yetinilmiştir. Gerekçeye göre, işkence teşkil eden fiiller, aslında kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyan, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde *süreklilik arz eder tarzda* işlenen, kişinin psikolojisi, ruh sağlığı, algılama ve irade yeteneği üzerindeki tahrip edici etkileri olan fiillerdir.[179] Bu bağlamda, hukuki konu, maddi konu, fail ve mağdur yönünden, işkence suçu ile zor kullanmada sınırın aşılması ve kasten yaralama suçu arasında benzer yönlerin olması tabiidir.[180]

Ancak, gerekçede yer alan fiillerin sistematik bir şekilde ve süreklilik arz eder tarz da işlenmesi gerektiğine dair ibare, sorunu çözmekten çok daha da karmaşık hale getirmektedir. Nitekim, işkence suçunun işlenebilmesi için suçu oluşturan hareketlerin belli bir zaman içinde devam etmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Hafızoğulları ve Özen'e göre, suç esasen ani suçtur. Bununla beraber, suç, çoğu kez işkence aralıksız devam ettiğinde, kesintisiz suç, aralıklı devam ettiğinde, kararda birlik varsa zincirleme suç olarak ortaya çıkabilir. Fakat TCK'nın 43. maddesinin üçüncü fıkrasında suçun zincirleme suç olarak işlenemeyeceği belirtilmiştir. [181] Artuk/Gökcen/ Yenidünya ise işkence teşkil eden fillerin ani değil belli bir süreç içinde sistematik olarak gerçekleştirilmesi gerektiğini, ancak bu hususun kanundaki tanımda yer almamasının isabetsiz olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda, bu yazarlara göre, sistematik olarak belli bir süreçte devam etmesi gereken hareketlerin aynı hareket olması gerekmez. Örneğin, bir kamu görevlisi mağdura yumruk atarsa kasten yaralama suçu oluşur. Bunu diğer tekmelemeler, itip kalkma, cinsel taciz gibi hareketler izler ise bu bir bütün halinde işkence suçuna vücut verir.[182] Diğer bir görüşe göre ise kesintisizlik ve sistematiklik aynı şey değildir. Örneğin, bir kimseye birer gün aralıklarla yapılan işkence hareketleri sistematik olmakla beraber kesintisiz değildir. Bu durumda, hareketlerde kesinti olması halinde, işkence ve kasten yaralama suçu

---

179 Yurtcan/İrtiş, s. 489 Ayrıca bkz https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf, s.502.

180 Aydın, s.3306.

181 Zeki Hafızoğulları/Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2010, s.115.

182 M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.243, 244.

zincirleme olarak işlenemeyeceğinden hareketler arasında yer zaman ve amaç birliği yoksa birden fazla yaralama suçunun oluştuğu kabul edilmelidir.[183] Nihayetinde Tezcan/Erdem/Önok'a göre, sistematik olmayan ve/veya süreklilik arz etmeyen eylemler de işkence teşkil edebilir. Kaldı ki, kanuni metinde yer almayıp gerekçede yer alan bir hususun, hâkim tarafından dikkate alınabilecek yardımcı bir kıstas olması mümkün olmakla beraber, suçun unsuru olarak ileri sürülmesi kanunilik ilkesi gereğince kabul edilebilir değildir.[184]

Kanaatimizce, ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisi tarafından uygulanan fiziki veya manevî ağır acı veya ıstırap veren dolayısıyla işkence kapsamında yer alan birçok fiilin, süreklilik arz etmemesi durumunda kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz suçları kapsamında değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.[185] Ancak, yukarda izah edildiği üzere işkencenin sistematik olması hususu suçun zorunlu unsuru olmadığından, işkence suçunu yaralama suçundan özellikle TCK'nın 256. maddesinde "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" başlığı altında düzenlenen suçtan ayırabilecek kanuni bir kıstas bulunmamaktadır.[186]

Oysa geçmişten günümüze kadar incelendiğinde işkence suçu suçluların cezalandırılması, suç delili elde edilmesi, sanığın ikrar ya da itirafının sağlanması[187] amacıyla işlendiği gibi karşıt görüşte olan kimseleri sindirmek, korkutmak ve cezalandırmak amacıyla da işlenmektedir. İşkencenin politik bir şiddet yöntemi olarak kullanıldığı ve geniş anlamda şiddet tanımına uygun düşebilecek bu tür davranışlarda, karşıt görüşteki kimselerin iradeleri kırılarak yerleşik düzen korunmak istenmektedir.[188] İşkencenin politik bir şiddet yöntemi olarak kullanıldığı hallerde, işkence, zora dayalı bir düzenin ifadesi olup düzene karşı tehdit olarak algılanan durum ve gruplara karşı devletin

---

183 Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.211.

184 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Rifat Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s.273, 274.

185 Aynı yönde bkz Aydın s. 3306, Zabunoğlu, s.653.

186 Rifat Murat Önok, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin, Ankara, 2006, s.348.

187 İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan, Ankara, 2003, s.5.

188 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Oğuz Sancakdar/Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, 9. baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s.155; Önok, s.34-35.

ve organlarının rızası veya hoşgörüsüyle uygulanmaktadır. İşte bu nedenle, bugün bile birçok yerde işkence uygulanmaya devam etmektedir. [189]

Bu bağlamda örneğin, bir siyasi partinin veya derneğin üyelerinin her toplantısının "devlet düşmanı" olarak görüldükleri için aşırı güç kullanılarak dağıtılması ya da cinsel yönelimleri sebebiyle hor görülen, aile kavramı ya da neslin devamı için tehdit teşkil ettiği düşünülen LGBT bireylerin her yıl yapmak istedikleri gösterinin şiddetle engellenmesi durumunda, bu grubun üyeleri kişisel farklılıkları bir yana bırakılarak, temsil ettikleri düşünülen aynı ayırt edici, genel özellikleri sebebiyle ayrımcılığa ve kötü muameleye tabi tutulmaktadır. Ancak kötü muamele her toplantıda tekrarlanmasına rağmen, mevcut uygulamada bu kötü muamele sistematik olmadığı gerekçesiyle işkence kapsamında değerlendirilmemektedir. Nitekim Cumartesi Anneleri tarafından Galatasaray Lisesi önünde her cumartesi yapılan oturma eylemlerinde sıklıkla tekrarlanan kötü muamele ve aşırı güç kullanımı görüntüleri, LGBT bireylerce düzenlenmek istenen onur yürüyüşlerinde her yıl yaşanan kötü muamele görüntüleri, 1 Mayısı Taksim'de kutlamak isteyen işçilere yapılan biber gazlı müdahaleler, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü'nü İstiklal Caddesi'nde kutlamak isteyen kadınlara yapılan müdahaleler, bu toplantıların kolluk tarafından aşırı güç kullanarak dağıtılmasının genel kabul gören sistematik bir polis pratiği/uygulaması olduğu yönünde kanaat uyandırmaktadır. Bu görüntüler, ayrıca, toplantıya katılanların, ayrım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla, gerekmediği halde orantısız güç kullanımına ve kötü muameleye maruz kaldığı izlenimi de yaratmaktadır. Tüm bu hallerde, AİHM'de görülecek herhangi bir davada AİHS'in 3. maddesinde yer alan işkence yasağının ihlal edildiği yönünde karar çıkması muhtemel iken Türk Ceza Kanunu açısından bu fiiller kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmektedir. Kolluk görevlileri için burada, Türk Ceza Kanunu'nda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılmasından bağımsız olarak Kanun'un 256. maddesinde "zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması" başlığı altında düzenlenen hüküm öncelikli olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla, bu fiillerin işkence suçuna ilişkin TCK'nın 94. maddesi kapsamında değerlendirilmesi söz

189 Önok, s.35-36.

konusu olamayacaktır. Bu durumun, yukarda aktardığımız AİHM içtihatlarıyla bağdaştığı söylenemez.[190]

Nitekim, Anayasa Mahkemesi'nin *Ali Rıza Özer ve diğerleri* kararında da TCK'nın 94. maddesinin gerekçesinde ima edilenin aksine, TCK'da işkence suçunda yer alan "işkence" kavramının kapsamının AİHS'in 3. maddesinde belirtilen "işkence" kavramından daha dar olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre de özellikle çok ağır ve zalimane acılara neden olan kasti insanlık dışı muamelelerdeki özel duruma işaret etmek ve bir derecelendirme yapmak amacıyla, Anayasa'nın 17. ve AİHS'in 3. maddesinde yer alan "*işkence*", "*eziyet*", "*insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele*" ifadeleri 5237 sayılı Kanun'da düzenleme altına alınmış olan *"işkence", "eziyet"* ve *"hakaret"* suçlarının unsurlarından daha geniş ve farklı bir anlam taşımaktadır. Buna göre, anayasal düzenleme bağlamında kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren muamelelerin *"işkence"* olarak belirlenmesi, *"işkence"* seviyesine varmayan fakat yine de önceden tasarlanmış, uzun bir dönem içinde saatlerce uygulanmış ve fiziki yaralanmaya veya yoğun maddi veya manevi ıstıraba sebep olan insanlık dışı muamelelerin ise *"eziyet"* olarak tanımlanması gerekmektedir.[191]

Bununla beraber, zor kullanmada sınırın kasten aşılması halinde, zor kullanmada sınırın aşılması suçu ile işkence suçu arasında fark neredeyse ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, "işkencenin" bütünüyle farklı bir suçu ifade ettiği, eylemin baştan itibaren hukuka aykırı ve yasak olduğu, zor kullanma yetkisinin aşılmasında ise zor kullanma yetkisinin hukuka uygun olarak doğduğu, ölçülülük ilkesi kapsamında belli bir aşamaya kadar güç kullanmayı meşru kılan sınırın aşılması sebebiyle suçun oluştuğu, dolayısıyla işkence suçu (TCK m. 94) ile zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçunun (TCK m. 256) aynı potada eritilerek değerlendirme yapılamayacağı düşüncesine katılmak mümkün değildir.[192] Çünkü hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın kasten aşılması, kanunun verdiği yetkiyi artık anlamsız kılar.

---

190 Aynı yönde bkz. Aydın, s.3306; Zabunoğlu s.653.

191 Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 06.01.2015, §§ 76-78, 13.05.2015 tarihli ve 29354 sayılı Resmî Gazete.

192 Solmaz, s.85, 86.

Fiil baştan itibaren hukuksuz hale gelir ve işlenen fiilin kamu görevlisi tarafından işlenmiş olması sebebiyle meşruiyet açısından işkenceden farkı kalmaz. Nitekim yukarda da aktardığımız üzere, failin gereğinden fazla bir zarar verme bilinci ve iradesi ile hareket ederek, yetki sınırını kasten bilerek ve isteyerek ya da olası kastla aşması halinde hukuka uygunluk nedeni anlam ifade etmeyecek, failin ceza sorumluluğu ne kalkacak ne de hafifleyecektir. Burada fail hukuka uygunluk nedeninin sınırını "amaçta"[193] aşmaktadır. Fail zor kullanmanın meşru sayılabilmesi için gerekli olan saldırganın saldırısını önlemek, ya da direnişte bulunanın direncini kırmak amacıyla hareket etmemekte, kişiye acı veya ıstırap çektirmek, eza vermek amacıyla zor kullanmakta ve bu tür zor kullanımının meşru görülmesine olanak bulunmamaktadır.

Yine işkence suçu çoğu zaman amir konumundaki kamu görevlilerinin zımni muvafakati ile gerçekleşmektedir.[194] Amir konumunda bulunan kolluk görevlilerinin toplantı ve gösteri yürüyüşleri sırasında bu toplantıların aşırı güç kullanarak dağıtılmasını cesaretlendirmesi, buna ses çıkarmaması, genel kabul gören sistematik bir polis pratiği/uygulamasına dönüştürmesi halinde, kamu görevlisi olan bu amirlerin ihmali davranışla işkence suçunu işlediğinin kabulü gerekecektir. Bu bağlamda, TCK'nın 94. maddesinin beşinci fıkrası gereğince bu amirlerin cezalarından herhangi bir indirim yapılmayacaktır. [195]

SONUÇ

Toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi, demokratik bir toplumda var olması gereken temel hak ve özgürlüklerden birisidir. Özellikle, bildirim yükümlülüğüne ya da idarece belirtilen yer ve zaman sınırlamasına uyulmadığı gerekçesiyle kanunsuz sayılan gösterilere zor kullanılarak müdahale edilmesi, gerekli hoşgörünün gösterilmemesi toplanma özgürlüğüne orantısız bir müdahale teşkil etmektedir. Toplantıya katılan göstericilere karşı güç kullanılmasa bile, gösterinin ardından göstericilerin katıldıkları toplantı veya gösteri yürüyüşü sebebiyle kovuşturmaya uğramaları, benzer toplantılara katılma konu-

193 İçel, s.396.
194 Soyaslan, 2016, s.210.
195 Yurtcan/İrtiş, s.490.

sunda kişilerde soğuma ya da toplantılara katılmaktan imtina etme etkisi yaratmakta veya toplanma özgürlüğünü kullanma konusunda caydırıcı bir etkiye (*a chilling effect*) sahip bulunmakta, bu da toplanma özgürlüğüne karşı haksız bir müdahale teşkil etmektedir.

Toplanma özgürlüğünün zor kullanılarak kısıtlanması ve zor kullanmada sınırın aşılması halinde, bu durumun işkence boyutuna varması mümkündür. İşkence suçuna ilişkin TCK'nın 94. maddesinin gerekçesine göre[196] işkence teşkil eden fiillerin sürekli ve sistematik olması onu hukuki konu, maddi konu, fail ve mağdur yönünden benzerlik gösteren kasten yaralama (TCK m.86) ve zor kullanma yetkisine ilişkin sınırın aşılması suçundan (TCK.m.256) farklı kılmaktadır. Ancak bir kez işlenen süreklilik arz etmeyen mağdurun göz kapağında veya vücudunda sigara söndürme, mağdura bir saniye için bile olsa elektrik verme fiilleri, süreklilik arz etmese ve sistematik olmasa bile işkence kabul edilen fiillerdir.[197] Dolayısıyla yukarda aktardığımız İzci kararında yaşanan, gaz maskeli polis memurlarının yere düşen göstericileri tekmelemeye ve coplamaya devam etmesi, göz yaşartıcı gazdan korunmak için yakındaki dükkân ve kafelere sığınan kadınların, polis tarafından sürüklenip dövülmesi,[198] *Ali Güneş*[199] kararına yansıdığı şekliyle hâlihazırda yakalanmış ve etkisiz hale getirilmiş bir göstericinin ellerinden ve kollarından tutularak yüzüne ve ağzına biber gazı sıkılması,[200] *Abdullah Yaşa*[201] kararına konu olduğu şekliyle, gaz bombası tabancası kullanılarak doğrudan doğruya davacıya fırlatılan gaz bombası sebebiyle davacının yüzünden ve burnundan yaralanmasına sebebiyet verilmesi[202] fiilleri, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne en fazla zarar veren, kötü ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan muamele, dolayısıyla, işkence kabul edilmelidir. Bu fiillerin süreklilik arz etmediği ve sistematik olmadığı gerekçesiyle işkence kapsamında değerlendirilmemesi, yukarda aktarılan AİHM içtihatlarıyla bağdaşmamakta, işkenceyi önleme konusunda

196 Yurtcan/ İrtiş, s. 489, Ayrıca bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/Tutanak/TBMM/d22/c059/tbmm22059119ss0664.pdf, s.502.

197 Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18.baskı, Seçkin, Ankara, 2023, s.289-290.

198 İzci v. Turkey, § 14.

199 Ali Güneş v. Turkey.

200 Ali Güneş v. Turkey, §§ 13, 16-19.

201 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey.

202 Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, §§ 42-43, 49-50.

yüklendiğimiz yükümlülüklerin tam olarak yerine getirilmesi amacına hizmet etmemektedir.

Bu bağlamda, Cumartesi Anneleri tarafından Galatasaray Lisesi önünde her cumartesi yapılan oturma eylemlerinde sıklıkla tekrarlanan kötü muamele ve aşırı güç kullanımı görüntüleri, LGBT bireylerce düzenlenmek istenen onur yürüyüşlerinde her yıl yaşanan kötü muamele görüntüleri, 1 Mayısı Taksim'de kutlamak isteyen işçilere yapılan biber gazlı müdahaleler, 8 Mart Dünya Kadınlar Günü'nü İstiklal Caddesi'nde kutlamak isteyen kadınlara yapılan müdahaleler de olduğu gibi aşırı gücün aynı kişi veya kişi gruplarına karşı her hafta veya her yıl aynı kolluk görevlilerince veya aynı kolluk amirlerinin sevk ve idaresindeki kolluk görevlilerince tekrarlanması halinde, bu kolluk görevlilerinin ve amirlerinin fiillerinin artık sistematik hale dönüştüğünün kabulü ve göstericiler tarafından şiddete başvurulmadığı sürece göstericilere yapılan müdahalenin de TCK'nın 94. maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

Aksi bir yorum veya yaklaşım diğer yazarlar tarafından da ifade edildiği üzere[203] AİHM tarafından işkence sayılan kötü muamelelerin, zor kullanmada sınırın aşılması suçu kisvesi altında gizlenmesine neden olacak, dahası bu fiillerin soruşturma izni verilmemesi suretiyle yaptırımsız bırakılması, cezasızlık sorununun devamına, bu fiillerin meşrulaştırılmasına, faillerin cesaretlendirilmesine, AİHS'in işkence yasağına ilişkin 3. maddesinin hem usul hem de esas yönünden ihlalinin devamına sebebiyet verecektir.

Kaynakça

Kitaplar

Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Akgül Aydın, Genel İdari Kolluk Faaliyetleri ve Yargısal Denetimi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

Artuk M. Emin/Gökcen Ahmet/Yenidünya A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.

Demirel Muhammed, Amirin Emri, Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

[203] Aydın, s.3307-3308; Zabunoğlu, s. 653.

Güzeloğlu Turan, Kolluğun Kuvvet ve Silah Kullanma Yetkisi, Kolluğun Orantısız Güç Kullanımı Sorunu, Seçkin, Ankara, 2008.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2010.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. baskı, U.S.A Yayıncılık, Ankara, 2018.

İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta, İstanbul, 2016.

İşgören Ali, Türk Hukukunda Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri, 2 baskı, Seçkin, Ankara, 2011.

Koca Mahmut/*Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9.* baskı, Seçkin, Ankara, 2016.

Önok Rifat Murat, Uluslararası Boyutuyla İşkence Suçu, Seçkin, Ankara, 2006.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18.baskı, Seçkin, Ankara, 2023.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Meraklı Serkan/Başbüyük İsa, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15.baskı, Seçkin, Ankara, 2024.

Özen Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. bası, Seçkin, Ankara, 2019.

Öztürk Bahri/Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 17.baskı, Seçkin, Ankara, 2017.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, 5237 Sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. baskı, Seçkin, Ankara, 2010.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. baskı, Yetkin, Ankara, 2016.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.baskı, Yetkin, Ankara, 2018.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Önok Rifat Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 12. baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sancakdar Oğuz/Önok Rifat Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 9. baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Genel Kısım, Savaş, Ankara, 2012.

Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukukunda İşkence Suçu, Turhan, Ankara, 2003.

Yenisey Feridun, Kolluk Hukuku, 2.baskı, Beta, İstanbul, 2015.

Yurtcan Erdener/İrtiş Begüm, Türk Ceza Kanunu Şerhi, Yetkin, Ankara, 2023.

Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, Beta, İstanbul, 2019.

Makaleler

Altuntop Serkan, "Kamu Güvenliğini Sağlamada Kolluğun Aşırı Güç Kullanma Sorunsalı", *Gaziantep University Journal of Social Sciences*, 2015, 14 (4), s.873-904.

Aydın Devrim, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşlerine Müdahalenin Esasları", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2016, 65 (4), s. 3283-3308.

Değirmenci Rıdvan, "Ölçülülük İlkesi Bağlamında Kolluğun Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkına Müdahalesi: AİHM İçtihatları ve Ombudsman Kararları Çerçevesinde Bir Analiz", *Ombudsman Akademik*, 2015, (2), s.103-120.

Doğan Recep, "Hakaret Suçu ve AİHM Kararlarında İfade Özgürlüğünün Sınırları", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 2021, (17), s.191-239.

Doğan Recep, "Ceza ve İnfaz Kurumlarında Açlık Grevine Müdahale, Hukuka Uygunluk Nedenleri ve AİHM Yaklaşımı", *Ankara Barosu Dergisi*, 2021, C. 79, S. 2, s.193-238.

Ertan İzzet Mert, "Toplumsal Olaylara Müdahalede Biber Gazı Kullanılmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Uygunluğu", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni,* 2013, 32 (1), s.51-69.

Mecek Hüseyin, "Toplumsal Olaylarda Plastik Mermi Kullanımının Hukuki Analizi" *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* (Türkiye Cumhuriyeti'nin 100. Yılına Armağan), 2023, 13 (2), s.965-985.

Solmaz Eren, "Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Düzenleme Hakkı" ile "Kötü Muamele Yasağı" Karşısında Kolluğun Güç Kullanma Yetkisi", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2018, 6 (1), s.73-98.

Zabunoğlu H. Gökçe, "AİHM Kararlarında Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkı ve Kolluğun Zor Kullanma Yetkisi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, 66 (3), s.627-658.

Mahkeme Kararları

AİHM Kararları

Abdullah Yaşa and Others v. Turkey, (no. 44827/08), 16 July 2013.

Akgöl and *Göl v.* Turkey, (nos. 28495/06 and 28516/06), 17 May 2011.

Ali Güneş v. Turkey, (no. 9829/07), 10 April 2012.

Aytaş ve diğerleri/Türkiye, (Başvuru no.6758/05), 8 Aralık, 2009.

Balçık and Others v. Turkey, (no. 25/02), 29 November 2007.

Boltan/Türkiye, (Başvuru no. 33056/16), 12 Şubat 2019.

Bouyid v. Belgium, (no. 23380/09), 28 September 2015.

Bączkowski and Others v. Poland, (no. 1543/06), 3 May 2007.

Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom, (no. 8440/78), Commission decision of 16 July 1980, DR 21, p. 138.

Cisse v. France, (no. 51346/99), 9 April 2002.

Disk and Kesk v. Turkey, (no. 38676/08), 27 November 2012.

Djavit An v. Turkey, (no. 20652/92), 20 February 2003.

Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası ve Diğerleri/Türkiye, (Başvuru no.20347/07), 5 Temmuz 2016.

Ezelin v. France, (no. 11800/85), 26 April 1991.

Éva Molnár v. Hungary, (no.10346/05), 7 October 2008.

Galstyan v. Armenia, (no. 26986/03),15 November 2007.

Gazioğlu and Others v. Turkey, (no. 29835/05), 17 May 2011.

İzci v. Turkey, (no. 42606/05), 23 July 2013.

Kasparov and Others v. Russia, (no. 21613/07), 3 October 2013.

Kılıcı / Türkiye, (Başvuru no. 32738/11), 27 Kasım 2018.

Kudła v. Poland [GC], (no. 30210/96), ECHR 2000XI, 26 October 2000.

Laguna Guzman v. Spain, (no. 41462/17), 6 October 2020.

Nurettin Aldemir and Others v. Turkey, (nos. 32124/02, 32126/02, 32129/02, 32132/02, 32133/02, 32137/02 and 32138/02), 18 December 2007.

Oya Ataman v. Turkey, (no. 74552/01), 5 December 2006.

Öllinger v. Austria, (no. 76900/01), 29 June 2006.

Samüt Karabulut v. Turkey, (no. 16999/04), 27 January 2009.

Stankov and The United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria, (Applications nos. 29221/95 and 29225/95), 2 October 2001.

Süleyman Çelebi ve Diğerleri/ *ürkiye*, (Başvuru no. 37273/10, 38958/10, 38963/10, 38968/10, 38973/10, 38980/10, 38991/10, 38997/10, 39004/10, 39030/10, 39032/10, 39034/10, 39037/10, 39038/10, 39042/10, 39049/10, 39052/10 ve 45052/10), 24 Mayıs 2016.

Diğer Mahkeme Kararları

Yargıtay Kararları

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 01.06.2000 tarih ve 2000/5246 E., 2000/10192 K.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 09.05. 2002 tarih ve 2002/1143 E., 2002/6000 K.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 09.03. 2004 tarih ve 2003/2309 E., 2004/1968 K.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 17.06. 2004 tarih ve 2003/3291 E., 2004/5569 K.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 07.12.2006 tarih ve 2006/2438 E., 2006/9022 K.

Yargıtay Sekizinci Ceza Dairesi 09.02. 2010 tarih ve 2007/9352 E., 2010/1550 K.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 22.11.2011 tarih ve 2011/ 129 E., 2011/236 K.

Anayasa Mahkemesi

Ali Rıza Özer ve diğerleri [GK], B. No: 2013/3924, 06.01.2015, 13.05.2015 tarihli ve 29354 sayılı Resmî Gazete.

TBB Dergisi 2025 (178) s. 53-107

TÜRKİYE'DE MAĞDUR HAKLARI İLE İLGİLİ KURUMSAL YAPI VE YENİ HİZMET MODELLERİ

INSTITUTIONAL STRUCTURE AND NEW SERVICE MODELS FOR VICTIMS' RIGHTS IN TURKEY

Özkan GÜLTEKİN*

Özet: Ceza usul hukuku, uzun yıllar sadece sanıkla ilgilenmiştir fakat yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren mağdur haklarını da inceleme konusu yapmıştır. Yirmibirinci yüzyıla gelindiğinde, mağdurun haklarının korunması yönündeki görüş ağırlık kazanmıştır. Ülkemizde de 01.6.2005 tarihinden itibaren adalet sistemimizde yapılan geniş kapsamlı yasal değişikliklerle dünyada bu alandaki gelişmelere paralel olarak mağdur haklarına önem verilmeye başlanmıştır.

Bu çalışmada; mağdur hakları bağlamında Türkiye'de 2010 yılından itibaren faaliyete geçen çocuk izlem merkezlerinin hangi paydaş kurumlarla, ne tür işbirliği içerisinde olduğu, bu merkezlerin işleyişinde karşılaşılan sorunlar belirtilerek bu modelin işleyişinde ve geliştirilmesinde yararlı olabileceği düşünülen hususlara değinilmiştir. Keza ülkemizde 2017'den bu yana adalet sisteminin önemli bir kurumsal bileşeni olarak öne çıkan adli görüşme odaları uygulaması, adli süreç boyunca mağdurların korunmasını ve muhtemel ikincil mağduriyetlerin önlenmesini amaçlamaktadır. Yine Yüksek Öğretim Kurulu kararı ile bazı üniversitelerin bünyelerinde oluşturulan çocuk koruma merkezleri, mağdurların korunmasına yönelik kurumsal anlamda yeni hizmet modellerinden birisi olarak çalışmada ele alınmıştır. Adalet Bakanlığı'nca üzerinde çalışmaları devam eden ve hâlihazırda sadece Erzurum'da, Bursa'da ve Eskişehir'de faaliyetlerini yürüten çocuk adalet merkezleri ise, çocuklara yönelik bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle tek çatı altında yapılmasını hedeflemektedir.

Hiç şüphesiz günümüzde çocuk izlem merkezleri, adli görüşme odaları, çocuk koruma merkezleri ve çocuk adalet merkezleri

* Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi, avozkangultekin25@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4564-9175, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.02.2025, Kabul Tarihi: 12.05.2025

uygulamaları ile ilgili olarak alanyazında daha fazla çalışmaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu çalışmanın amacı; Türkiye'de mağdur hakları ile ilgili genel bir bilgilendirme ile birlikte, mağdur hakları ile ilgili kurumsal yapıyı ve yeni hizmet modellerini -işleyiş süreçleri ve amaçları ile birlikte- tanıtmak ve uygulamada karşılaşılan sorunları dile getirerek çözüm önerilerinde bulunmaktır.

Anahtar Kelimeler: Mağdur, Mağdur Hakları, Kurumsal Yapı, Çocuk İzlem Merkezi, Adli Görüşme Odası, Çocuk Koruma Merkezi, Çocuk Adalet Merkezi

Abstract: For many years, criminal procedural law has only dealt with the accused, but since the second half of the twentieth century, it has also examined the rights of the victim. In the twenty-first century, the view of protecting the rights of the victim has gained importance. In our country, with the comprehensive legal amendments made in our justice system since June 1, 2005, victim rights have started to be given importance in parallel with the developments in this field in the world.

In this study; within the context of victims' rights, which stakeholder institutions and what kind of cooperation the child monitoring centres operational since 2010 in Turkey, have with them, the problems encountered in the functioning of these centres, and the issues that are considered useful for the functioning and development of this model are mentioned. Likewise, the practice of judicial interview rooms, which has come to the fore as an important institutional component of the justice system in our country since 2017, aims to protect victims during the judicial process and to prevent possible secondary victimisation. Again, the child protection centres established within some universities with the decision of the Council of Higher Education are discussed in the study as one of the new service models in the institutional sense for the protection of victims. On the other hand, the juvenile justice centres, which are being worked on by the Ministry of Justice and which are currently operating only in Erzurum, Bursa and Eskişehir, aim to carry out all judicial procedures for children under a single roof with child-friendly procedures.

Undoubtedly, there is a need for more studies in the literature on the practices of child monitoring centres, forensic interview rooms, child protection centres and juvenile justice centres. The aim of this study is to provide general information about victims' rights in Turkey, to introduce the institutional structure and new service models related to victims' rights - together with their functioning processes and purposes - and to suggest solutions by expressing the problems encountered in practice.

Keywords: Victim, Victim Rights, Institutional Structure, Child Monitoring Centre, Forensic Interview Room, Child Protection Centre, Juvenile Justice Centre

GİRİŞ

Ondokuzuncu yüzyılın büyük bir kısmına egemen olan fail odaklı ceza muhakemesi hukuku anlayışı, daha çok fail ile ilgilendiğinden mağduru ikinci plâna itmiştir. Oysa suçtan öncelikle mağdur etkilendiği için suçu işleyen failin yeniden topluma kazandırılmasının yanında mağdurun da topluma uyum sağlaması gereklidir. Bunu gerçekleştirebilmek için de mağdur desteklenmelidir.

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren mağdur hakları kavramının konuşulmaya başlandığı, mağdur haklarının Anglosakson Hukuku'nun egemen olduğu ülkelerde uygulanmasıyla birlikte Kıta Avrupası Hukuku'nun da 1980'li yıllardan sonra ilgisini çekmeye başladığı bilinmektedir.

Gerek soruşturma gerek kovuşturma evresinde şüpheliye/sanığa her türlü hukuki ve maddi desteği sağlayan -devlet gibi örgütlenmiş- organize bir yapının karşısında mağdurun yeterince korunmadığı ve yıllarca ihmâl edildiği, bir gerçektir. Oysa sanık haklarına halel getirmeden mağdurun da haklarının korunabileceği ve bu iki süje arasında bir dengenin sağlanabileceği, güç kullanma hakkını tekelinde bulunduran devletin bu gücü kullanırken mağdurun hakkını da göz önünde bulundurması gerektiği hatırdan çıkarılmamalıdır. Dolayısıyla ceza yargılamasında sanık ve sanık hakları madalyonun bir yüzünü oluşturuyorsa bu madalyonun diğer yüzü de mağdur ve mağdur haklarıdır. Temel hak ve hürriyetlerin korunmasının esas olduğu hukuk devletleri, bu madalyonun bir yüzünü oluşturan sanıkları nasıl hukuki koruma altına alıyorsa madalyonun diğer yüzünü oluşturan mağdurları da hukuki koruma altına almalıdır.

Bu çalışma ile Türkiye'de mağdur hakları ile ilgili kurumsal yapı ve yeni hizmet modelleri ele alınmış olup, bu modellerden çocuk izlem merkezleri, adli görüşme odaları, çocuk koruma merkezleri ve çocuk adalet merkezleri uygulamaları incelenmiş ayrıca *"de lege ferenda"* bakımından konu ile ilgili öneriler sunulmuştur.

I. TÜRKİYE'DE MAĞDUR HAKLARI

A. Genel Olarak

Mağduriyet, toplumsal yaşamın herhangi bir alanında her an karşılaşılması muhtemel bir durumdur.[1] Nitekim 2023 yılında Türkiye'deki soruşturma evresinde geçen yıldan devir ve yıl içinde açılan dosyalardaki toplam 9.000.961 olan mağdur/müşteki sayısı,[2] aynı yıldaki Türkiye toplam nüfusu olan 85.372.377'nin[3] %10,54'lük kısmını oluşturmaktadır. Bu oran da bize ülkemizde her yıl her on kişiden en az birinin adli bir olayın mağduru/müştekisi olduğunu dolayısıyla konunun ne kadar büyük önem arz ettiğini ve birçok kimseyi ilgilendirdiğini göstermektedir.

Suç işleyenlerin karşılaştıkları en ağır müeyyidenin tutuklama olduğu ve tutukluların, kendileri ile aynı konumda olan diğer zanlılar ile bir araya konuldukları yer olan ceza infaz kurumlarında birbirleriyle sorunlarını konuşup paylaşmak suretiyle psikolojik olarak rahatlama olanağı buldukları ancak mağdurların ya da yakınlarının suç sonrasında yalnız kaldıkları ve mağduriyetlerinin katlandığı, uygulamada en çok dile getirilen eleştirilerden birisidir.[4] Ne var ki uzun süre, ceza yargılama usulünün ve doktrinin daha çok devlet-suçlu arasındaki ilişkiyle ilgilenmesi ve faile odaklı kamusal niteliği nedeniyle mağdurun bizatihi mağduriyetinin dışında çeşitli nitelikteki sair zorluklarla mücadele etme durumunda kalması, kendisinin ikinci kez mağdur olmasına sebebiyet vermektedir.[5] Oysa insan hakları bakımından en az sanık kadar suç mağdurunun da ele alınması gereklidir. Bir devletin insan hakları konusundaki seviyesinin ne olduğunun önemli bir

---

1 Gonca Kuru, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Devletin Rolü", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* İstanbul 2015, C. 14, S. 2, s. 76.

2 Bkz. Adalet İstatistikleri-2023, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2024, (Mart-2024), s. 65. https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (Erişim tarihi: 22.11.2024)

3 Bkz. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2023-49684 (Erişim tarihi: 22.11.2024)

4 Abdullah Ayhan Şan, "Mağdur Hakları", *Başkent Bakış,* Ankara 2014, S. 3, s. 25.

5 Mustafa Tören Yücel, Türkiye'de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008, s. 108; Enver Kaşlı, "Kolluk Uygulamalarında Suç Mağdurunun Korunması", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Sakarya 2022, C. 10, S. 2, s. 822.

göstergesi, ceza mevzuatı ve uygulamadır. Ceza ve ceza muhakemesi kanunlarında temel alınacak kişi, geleneksel yaklaşımın aksine sadece sanık olmamalı, belirli bir kimliğe henüz sahip olamayan suç mağduru da en az fail kadar gözetilmelidir.[6] Çünkü adalet, şüpheli ve sanık için olduğu kadar mağdur için de gereklidir.[7]

B. Kavram ve Tanım

Mağdur kavramı, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun yanında günlük yaşamda da sıkça kullanılmaktadır.[8] Mağdur, tarihi süreçte kriminologlar (suç bilimciler), viktimologlar (mağdur bilimciler) ve hukuk teorisyenleri tarafından sunulan geleneksel yaklaşımlarla farklı gelişim göstermiştir.[9] "*Mağdur*" kelimesi; Arapça zulüm, merhametsizlik, haksızlık anlamına gelen "*gadr*" kelimesinden türetilmiş bir kavram olup,[10] "*işlenen fiil nedeniyle haksızlığa uğramış kişi*", "*gadre, haksızlığa uğramış*",[11] "*suçtan veya haksız eylemden zarar gören kimse*"[12] anlamına gelmektedir.[13] Güncel Türkçe Sözlükte mağdur; haksızlığa uğramış kimse, kıygın olarak nitelendirilmiştir.[14] Kanunda tanınan haklardan

---

6 Ali Karagülmez, "Karşılaştırmalı Hukuk Ekseninde Suç Mağduruna Yaklaşımlar", *Terazi Hukuk Dergisi,* Ankara 2014, C. 9, S. 100, s. 544.

7 Ahmet Bozdağ, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2017, S. 132, s. 122, s. 143.

8 Sultan Çamak Yanpar, "Nitelikli Cinsel İstismar Mağduru Çocuk Açısından Ceza Muhakemesinde Özellik Arz Eden İşlemler", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2024, s. 3.

9 Karagülmez, a.g.m, s. 540.

10 Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 24. Dönem 4. Yasama Yılı'nda 12.6.2014 tarihli toplantısında kabul edilen "Mağdur Hakları İnceleme Raporu", s. 2. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_incelemeraporu.pdf (Erişim tarihi: 15.9.2024)

11 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Bası 11, Aydın Kitabevi, Ankara 1993, s. 561.

12 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Bası 8, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 480.

13 Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", *Hukukî Perspektifler Dergisi,* İstanbul 2006, S. 7, s. 141. (Kıs. A.g.m); Mahmut Koca/İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Bası 14, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 116. (Kıs. A.g.e); İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Bası 17, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 223; Olgun Değirmenci, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2008, C. 21, S. 77, s. 36; Bozdağ, a.g.m, s. 123; Atilla Tanrıvermiş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış", *Fasikül Hukuk Dergisi,* İstanbul 2016, C. 8, S. 78, s. 17.

14 Bkz. Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim tarihi: 15.9.2024)

yararlanılması mağdurun doğru tespitine bağlı olduğundan, öncelikle mevzuatta, doktrinde ve yargı kararlarında mağdur kavramının tanımı üzerinde durulacaktır.

Mevzuatımızda -TCK ve CMK dışında- mağdur kavramına ilişkin doğrudan veya dolaylı tanım içeren çeşitli hükümler mevcuttur.[15] Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik[16] m. 3/1'de; mağdurun suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişiyi,[17] Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği[18] m. 4/1-ö'de; kendisine veya birinci dereceden aile üyelerinden birine karşı işlenen suçun fiziksel, duygusal veya maddi sonuçları sebebiyle desteğe ihtiyaç duyan kişiyi, 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi[19] (CBK) m. 2/1-d'de; suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişiyi, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği'[20] m. 4/1-j'de ise; suç nedeniyle fiziksel, zihinsel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişiyi ifade etiği belirtilmiştir. Yargıtay kararlarında da mağdur kavramının "*suçun konusunun ait olduğu kişi ya da kişileri"* ifade etiği belirtilmektedir.[21]

Mağdur haklarını ise; suç konusunun sahibi ve aynı zamanda dar anlamda suçtan zarar gören gerçek kişiye yani mağdura, soruşturma ve kovuşturma evresinde, hukuk düzeninin sağladığı menfaat ve yetkiler şeklinde tanımlayabiliriz.[22]

---

15 Murat Aydın, Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara, 2022, s. 15. (Kıs. A.g.t)

16 Bkz. 01.6.2005 tarihli ve 25832 sayılı Resmî Gazete.

17 Özkan Gültekin, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Ankara 2012, S. 11, s. 121. (Kıs. 2012 A); Özkan Gültekin, "Mağdur Hakları Bakımından CMUK-CMK Karşılaştırması", *HUKAB Dergisi,* Ankara 2012, S. 3, s. 64. (Kıs. 2012 B)

18 Bkz. 10.11.2021 tarihli ve 31655 sayılı Resmî Gazete.

19 Bkz. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin Sayısı: 63. Yayımlandığı Resmî Gazete'nin Tarihi-Sayısı: 10.6.2020-31151.

20 Bkz. 30.4.2021 tarihli ve 31470 sayılı Resmî Gazete.

21 Yargıtay CGK'nın 10.5.2016 tarihli ve 2015/963 E.-2016/252 K. sayılı, 06.6.2017 tarihli ve 2015/1065 E.-2017/319 K. sayılı, 13.6.2017 tarihli ve 2017/157 E.-2017/325 K. sayılı ve 03.7.2018 tarihli ve 2015/1191 E.-2018/328 K. sayılı ilamları için bkz. https://kararara ma.yargitay.gov.tr (Erişim tarihi: 28.01.2024)

22 Nusret Alper Pazarcıkcı, "Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresindeki Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Ankara 2013, S. 14, s. 973.

C. Hukukumuzda Mağdur Hakları

1. Genel Olarak

Türkiye'de, 01.6.2005 tarihinden itibaren adalet sistemimizde yapılan geniş kapsamlı yasal değişikliklerle dünyada bu alandaki gelişmelere paralel olarak mağdur haklarına önem verilmeye başlanmıştır.

Ancak 2005 yılından itibaren mağdurlara ve mağdurların haklarına ilişkin çeşitli kanunlarda pek çok düzenleme yapılmış olmasına rağmen, bu konuda mevzuatımızda hâlen bazı eksikliklerin bulunduğu gerçeğinden hareketle, mağdur kavramını tanımlayan ve mağdurların haklarını daha kapsamlı şekilde düzenleyen özel bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır.[23] Çünkü mevzuatımızda mağdurun zararının fail tarafından tazminine ilişkin birkaç hüküm dışında, mağdurun zararının devlet tarafından giderilmesine yönelik özel bir düzenleme maalesef yoktur.[24]

2. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Yer Alan Düzenlemeler

a. Mağdurun Soruşturma Evresindeki Hakları

CMK m. 234'de,[25] mağdur ile şikâyetçinin hakları[26] düzenlenmiştir.[27] CMK m. 234/1-a'da; mağdur ile şikâyetçinin soruşturma evresindeki hakları tek tek sayılmıştır. Bu hükme göre mağdur ile şikâyetçi soruşturma evresinde; delillerin toplanmasını isteme, soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, vekilinin bulunmaması hâlinde, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçları ile kadına karşı işlenen

---

23 Asuman İnceoğlu, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Mağdur Hakları", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu, 30-31.10.2014, Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2015, s. 76.

24 Vesile Sonay Evik, "Ceza Muhakemesinde Çocuk Mağdurların Hakları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul 2017, C. 12, S. 151-152, s. 107, s. 113.

25 Tasarının 246'ncı maddesinde redaksiyon yapılmış ve hangi mağdurlara müdafi tayin edileceğine ilişkin fıkra eklenmek suretiyle, 234'üncü madde olarak kabul edilmiştir.

26 CMK m. 234/deki mağdur ile şikâyetçinin hakları, bu çalışmanın asıl konusu olmadığından -makaleyi genişletmeme adına- sadece ana başlıkları ile ele alınmıştır.

27 Özkan Gültekin, Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Bası 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 160. (Kıs. 2021); Gültekin, 2012 A, s. 129; Gültekin, 2012 B, s. 65.

kasten yaralama, işkence veya eziyet suçlarında ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, 153'üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve elkonulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz etme haklarına sahiptir.

Her ne kadar; maddede itiraz hakkı bakımından sadece suçtan zarar görenden bahsedilmiş ise de -itiraz hakkı şikâyete tâbi olsun olmasın bütün suçlar bakımından kullanılabilen bir hak olduğundan- mağdur bakımından da bu hak vardır.[28]

CMK m. 158'e eklenen altıncı fıkra[29] hükmüne göre; ihbar veya şikâyet konusu fiilin suç oluşturmadığı herhangi bir araştırma yapılmasını gerektirmeksizin açıkça anlaşılması veya ihbar ve şikâyetin soyut ve genel nitelikte olması durumunda Cumhuriyet savcısı tarafından soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verilir. O hâlde; Cumhuriyet savcısı, ihbar ve şikâyete konu fiilin suç oluşturmadığı konusunda kesin kanaate varmış ise soruşturma açmayacaktır.[30] İşte bu durumda da Cumhuriyet savcısı, soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararı verecektir.[31]

Mağdur hem soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararına hem de kovuşturmaya yer olmadığına dair karara karşı CMK m. 173'deki usule göre itiraz hakkına sahiptir. Zaten CMK m. 158/6'da, soruşturma yapılmasına yer olmadığı kararına karşı ihbarda bulunanın ve şikayetçinin CMK m. 173'teki usule göre itiraz edebileceğinden bahsedilmektedir. CMK m. 173'te ise suçtan zarar görenin itiraz edebileceği

---

28 Cumhur Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Bası 10, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 131, dipn. 133; Aydın, a.g.t, s. 116, dipn. 435.

29 CMK m. 158/6 hükmü, 15.8.2017 tarihli ve 694 sayılı KHK m. 145 ile düzenlenmiş, daha sonra 01.02.2018 tarihli ve 7078 sayılı Kanun m. 140 ile de KHK'da düzenlendiği şekli ile aynen kanunlaşmıştır.

30 Hakan Kızılarslan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2019, S. 144, (Eylül-Ekim 2019), s. 81.

31 Berrin Akbulut, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Y. 2022, C. 10, S. 1, s. 173.

belirtilmektedir.[32] Suçtan zarar gören mağduru da kapsayan daha geniş bir kavram olması nedeniyle mağdurun itiraz hakkına sahip olduğundan şüphe bulunmamaktadır.[33]

b. Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları

CMK m. 234/1-b'de ise; mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresindeki hakları tek tek sayılmıştır. Bu hükme göre; mağdur ile şikâyetçinin kovuşturma evresinde duruşmadan haberdar edilme[34], kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek isteme, tanıkların davetini isteme, vekili bulunmaması hâlinde, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı veya ısrarlı takip suçları ile kadına karşı işlenen kasten yaralama, işkence veya eziyet suçlarında ve alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakları vardır.

c. Mağdurun Tercümandan Yararlanma Hakkı

Mağdur, meramını anlatabilecek ölçüde Türkçe bilmiyorsa; mağdurun beyanı atanacak tercüman vasıtasıyla alınır. Duruşmadaki iddia ve savunmaya ilişkin esaslı noktalar tercüman vasıtasıyla mağdura tercüme edilir (CMK m. 202/1). Mağdur sağır ve dilsiz olması gibi nedenlerle konuşmaları anlayamıyorsa veya kendisini ifade edemiyorsa, söylenenleri anlamasını sağlayacak ve kendisini ifade etmesine yardımcı olacak vasıtaların sağlanmasını isteyebilir (CMK m. 202/2). Mağdurun, tercüman veya bilirkişi yardımı ile beyanının alınmasına soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı veya hâkim, kovuşturma evresinde davaya bakan mahkeme karar verir.[35] Bu şekilde görevlen-

---

32 Akbulut, a.g.m, s. 190.

33 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 47, dipn. 172.

34 CMK m. 233/1'e 08.7.2021 tarihli ve 7331 sayılı Kanun'un 21'inci maddesi ile eklenen ikinci cümle hükmünce kovuşturma evresinde mağdura çağrı kâğıdı ile birlikte iddianame de gönderilecektir. Kovuşturma evresine geçilmesiyle sanığa olduğu gibi mağdura da iddianamenin gönderilmesine ilişkin kanuna hüküm konulması olumlu bir adım olmuştur. Çünkü mağdur, kovuşturma evresinin başında yapılan bu bilgilendirme ile duruşmaya hazırlık gelerek haklarını daha etkin kullanabilecektir.

35 Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma Gezer/Yasemin F. Saygılar Kırıt/Esra Alan Akcan/Özdem Özaydın/Efser Erden Tütüncü/Derya Al-

dirilen tercümana ödenen gider yargılama gideri sayılmaz ve Devlet Hazinesince karşılanır (CMK m. 324/5).[36]

d. Mağdurun Duruşmada Soru Sorma Hakkı

CMK m. 201'de düzenlenen soru sorma hakkı, mağdurun kovuşturma aşamasında ve davaya katılan olarak dâhil olması hâlinde kullanabileceği bir hak olarak düzenlenmiştir.[37] Söz konusu madde uyarınca, katılanın vekili durumundaki avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan doğruya, katılan ise bu kişilere mahkeme başkanı veya hâkimi aracılığıyla soru sorabilir.[38] Katılanın ancak mahkeme başkanı veya hâkimi aracılığıyla soru sorabilmesine ilişkin hükmün; katılanın hukuki bilgisinin olmaması ve soru yöneltme sırasında duygusal davranarak mahkeme düzenini bozacak bir durumda bulunması varsayımına dayandığı ileri sürülmüştür.[39]

e. Şüpheli Hakkında Uygulanacak Adli Kontrol Tedbirinin Suç Mağdurunun Haklarını Güvenceye Almak Üzere Aynî veya Kişisel Güvenceye Bağlanması

CMK m. 109/3-h'de; Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak şeklinde adli kontrol tedbiri kapsamında şüpheliye veya sanığa bazı yükümlülükler yüklenmesi söz konusu olabilmektedir.[40]

f. Mağdura Tanıklık Ücreti ve Gider Ödenmesi Sorunu

Ceza yargılamalarında dinlenen tanıklara, tanıklık yapmak için adliyeye veya keşif mahalline gelerek kaybettikleri zaman ile orantılı olarak tanıklık ücreti adı altında bir ödemenin yapılması mümkündür.

---

tınok Villemin/Mehmet Can Tok, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bası 15, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 635.

36 Aydın, a.g.t, s. 116.

37 Aydın, a.g.t, s. 137.

38 Yener Ünver/Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bası 3, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s. 588.

39 Ahmet Emrah Akyazan, Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları Kapsamında Soru Yöneltme Hakkı, Kişisel Yayın, Ankara 2009, s. 63, s. 64.

40 Evik, a.g.m, s. 108; Veli Kafes, "Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara 2011, C. 60, S. 1, s. 132.

Adalet Bakanlığı tarafından her yıl çıkarılan tarifeye göre belirlenen bu tazminata tanığı dinleyen Cumhuriyet savcısı veya mahkeme karar verir (CMK m. 61/1).[41] Doktrinde, maddede düzenlenen bu hükmün mağdurun, yemin hariç tanıklığa ilişkin hükümlere göre dinlenmesi nedeniyle mağdurlar bakımından da uygulanabileceği savunulmaktadır.[42] Yine Türkçe bilmeyen ya da engelli olan şüpheli, sanık, mağdur veya tanık için görevlendirilen tercümanın giderleri de yargılama gideri sayılmadığından bu giderler Devlet Hazinesince karşılanacaktır (CMK m. 324/5).

Keza 7188 sayılı Kanun m. 21 ile CMK m. 234'e eklenen dördüncü fıkrası gereğince; soruşturma veya kovuşturma evresinde, dava nakli veya adlî tıp işlemleri nedeniyle yerleşim yeri dışında bir yere gitme zorunluluğu doğması hâlinde mağdurun yapmış olduğu konaklama, iaşe ve ulaşım giderlerinin, 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Adalet Bakanlığı bütçesinden karşılanacağına dair hüküm de mağduru maddi bakımdan korumayı amaç edinen yerinde bir düzenlemedir. Bu düzenleme, suç mağdurunun istemeden dâhil olduğu ceza muhakemesi sürecinde bahsi geçen masraflara katlanmaktan kurtulması bakımından yerinde olmuştur[43].

3. 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'da Yer Alan Düzenlemeler

5275 sayılı CGTİHK m. 107/12-13-14'de koşullu salıverilme hâlinde deneme süresi içinde uygulanabilecek yükümlülüklerden söz edilmiş olup, hâkimin deneme süresi içinde hükümlünün, mağdurun zararını ödemesini de yükümlülük olarak öngörebileceği ileri sürülmektedir.[44]

CGTİHK m. 110/2 gereğince; mahkûmiyete konu suç nedeniyle doğmuş zararın aynen iade, suçtan önceki hâle getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesine dair hukukî sorumlulukları saklı kalmak üzere; kadın, çocuk veya altmışbeş yaşını bitirmiş kişile-

41 Öztürk/Tezcan/Erdem vd., a.g.e, s. 326.

42 Aydın, a.g.t, s. 178.

43 Bedir Türk, "Ceza Adaleti Sisteminde Mağdur Hakları", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya, 2021, s. 167.

44 Evik, a.g.m, s. 109; Füsun Sokullu Akıncı, Viktimoloji (Mağdur Bilim), Bası 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 43.

rin mahkûm oldukları toplam bir yıl, yetmiş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam iki yıl, yetmişbeş yaşını bitirmiş kişilerin mahkûm oldukları toplam dört yıl veya daha az süreli hapis cezasının konutunda çektirilmesine infaz hâkimi tarafından karar verilebilecektir.

4. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde Yer Alan Düzenlemeler

Yirmi madde ve bir geçici maddeden oluşan 63 sayılı CBK[45] ile suç mağdurlarına sağlanan hizmet ve yardımlara ilişkin esaslar ve bu hizmetlerin yerine getirilmesine dair görev, yetki ve sorumluluklar düzenlenmiş olup, bu kararname ile mağdurlara yönelik yardım ve destek hizmetlerinde, eşitlik, insan onuruna saygı, dürüstlük ve mahremiyet ilkesinin esas olduğu vurgulanmıştır[46].

Ne var ki esasen adı itibarıyla sadece suç mağdurlarının desteklenmesini amaçlayan söz konusu CBK ile devletin tazminat sorumluluğunu göz ardı eden bir tavır takındığı söylenebilir.[47]

5. Diğer Kanunlarda Yer Alan Düzenlemeler

İç hukukumuzda, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesine hizmet edebilecek mevcut düzenlemeler dağınıktır ve belirli bir anlayıştan yoksundur.[48] İşte hukukumuzda, dağınık da olsa, sırf mağdurların zararının giderilmesine yönelik başka kanunlarda değişik düzenlemeler de mevcuttur. Bu bağlamda; 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun[49] ile terör mağdurlarının maddi zararlarının sulhen karşılanmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Keza 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık

---

45 Bkz. 10.6.2020 tarihli ve 31151 sayılı Resmî Gazete.

46 63 sayılı CBK'nin, 2009 yılında kamuoyu ile paylaşılan Mağdur Hakları Kanunu Tasarısı'nın bazı değişiklikler yapılarak mevzuata girmiş hâli olduğuna ilişkin görüş için bkz. Türk, a.g.t, s. 168, dipn. 645.

47 Cansu Kaya Kızılırmak, "İstanbul Sözleşmesi'nin 30. Maddesi Çerçevesinde Türkiye'nin Kadına Karşı Şiddet Mağdurunun Zararını Tazmin Yükümlülüğü", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Ankara 2021, C. 6, S. 1, s. 267.

48 Fatma Karakaş Doğan, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2011, C. 24, S. 95, s. 218, s. 231.

49 Bkz. 27.7.2004 tarihli ve 25535 sayılı Resmî Gazete.

Bağlanması Hakkında Kanun[50] ile barışta güven ve asayişi korumak, kaçakçılığı men, takip ve tahkikle, trafik ve yol güvenliğini veya tutuklu ve hükümlülerin sevk ve nakillerini sağlamakla görevli olanların, bu yüzden yaralanmaları hâlinde ödenecek nakdi tazminatın esas ve yöntemleri düzenlenmiştir. 5187 sayılı Basın Kanunu[51] m. 21/1-b-c'de TCK'da belirtilen maddelerinde yazılı cürümlere ilişkin haberlerde mağdurların ve onsekiz yaşından küçük olan suç faili veya mağdurlarının, kimliklerini açıklayacak ya da tanınmalarına yol açacak şekilde yayın yapanların ağır para cezasıyla cezalandırılacağı ayrıca bu cezanın bölgesel süreli yayınlarda ikimilyar liradan, yaygın süreli yayınlarda ve internet haber sitelerinde onmilyar liradan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu m. 5 ile kanunda düzenlenen suçların yargılamasında tanık olarak dinlenen kişilere koruma sağlanmış olup, tanık koruma tedbiri kapsamına alınacak kişileri belirleyen m. 4/1-a'da, tanık olarak dinlenen suç mağdurları da sayılmıştır.[52] 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, şiddete uğrayan ve şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektedir.

7406 sayılı Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun[53]' m. 2'de; TCK m. 82/1-f'de yapılan değişiklikle kasten öldürme suçunun; kadına karşı işlenmesi hâlinde, kişinin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır. Keza aynı Kanun'un 3, 4, 5 ve 6'ncı maddelerinde; TCK m. 86/2'ye, m. 94/1'e, m. 96/1'e ve m. 106/1-1. cümle'den sonra gelmek üzere, suçun kadına karşı işlenmesi hâlinde cezanın alt sınırının artırılacağına yönelik yeni bir düzenleme yapılmıştır.

---

50 Bkz. 06.11.1980 tarihli ve 17152 sayılı Resmî Gazete.

51 Bkz. 26.6.2004 tarihli ve 25504 sayılı Resmî Gazete.

52 Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun 24. Dönem 4. Yasama Yılı'nda 12.6.2014 tarihli toplantısında kabul edilen "Mağdur Hakları İnceleme Raporu", s. 44. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_incelemeraporu.pdf (Erişim tarihi: 15.9.2024)

53 Bkz. 27.5.2022 tarihli ve 31848 sayılı Resmî Gazete.

II. TÜRKİYE'DE MAĞDUR HAKLARI İLE İLGİLİ KURUMSAL YAPI

A. Genel Olarak

Türk ceza adalet sisteminde yapılan köklü yasal değişiklikler ile birlikte CMK'da mağdur odaklı bir yaklaşım izlenmiş ve bu bağlamda kanunda mağdur hakları ile mağdurun zararının giderilmesinde başvurulabilecek bazı yollara yer verilmiştir.

Mağdur hakları konusunda yapılan çalışmalar yakın tarihte de devam etmiş ve mağdurlara devlet tarafından destek ve yardım sağlamaya yönelik çeşitli hizmetlerin tek elden ve sistemli şekilde sunulması amacıyla öncelikle 10.6.2020 tarihinde 63 sayılı CBK Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Ardından Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Yönetmeliği (ADMHY), 30.4.2021 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Hem 63 sayılı CBK hem de ADMHY ile adli süreç içerisinde mağdurun ihtiyaç duyduğu hizmetlere ilişkin görev, yetki ve sorumluluklar belirlenmiştir.[54]

B. Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı

Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu tarafından hazırlanan 30.5.2013 tarihli araştırma ve inceleme raporunda;[55] Türkiye'de suç mağdurlarının genel durumu ve muhakeme aşamasındaki durumları ile mağdurlara hizmet sunan kurumların etkililiği araştırılmıştır[56]. Adalet Bakanlığı İç Denetim Birimi Başkanlığı'nın mağdur hakları konusunda hazırlanan 28.6.2013 tarihli raporunda; mağdur hakları ile ilgili belli başlı iki eksiklik tespit edilmiştir. Bunlardan birincisi; mağdurların haklarının temel ilkeler çerçevesinde belirleyen bir kanunun olmaması, ikincisi ise; asıl işi mağdurlar ile ilgilenmek ve onların sorunlarına çözüm bulmak olan bir birimin bulunmamasıdır.[57] İşte bu

---

54 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 112-113.

55 Bkz. http://www.sck.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/Kadın-ve-Çocuklara-Yönelik-Şiddetle-Mücadele-Kapasite-ve-İmkânlarının-Değerlendirilmesi-Devlet-Denetleme-Kurulu-Raporu.pdf (Erişim tarihi: 12.02.2025)

56 Gökçe Bahar Öztürk "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Mağdur Hakları", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2021, s. 68.

57 Evik, a.g.m, s. 75.

raporlarda; suç sonrası soruşturma ve kovuşturma evrelerinde mağdurlara rehberlik ve destek hizmeti sunacak, bu hizmetleri koordine edecek Bakanlık birimi bulunmadığının belirtilmesi üzerine, mağdur hakları alanında gerekli çalışmaların yapılması amacıyla, ilk olarak Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'ne bağlı *"Mağdur Hakları Daire Başkanlığı"*nın kurulması, 15.11.2013 tarihli Bakan Oluru ile uygun görülmüştür. Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulan Mağdur Hakları Daire Başkanlığı; 10.6.2020 tarihli ve 63 sayılı CBK m. 2/1-c gereğince, yeniden yapılandırılarak Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı adında ana hizmet birimi olarak isimlendirilmiştir.

Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, mağdur ve mağdura yaklaşım ile ilgili olarak yaptığı çalışmalar sonucunda Adalet Bakanlığı Mağdura Yaklaşım Kılavuzu'[58]nu oluşturmuştur. Bu Kılavuz ile adli süreç içerisinde mağdurla temas hâlinde olan uzmanlar için yaklaşım önerileri ele alınmış, mağdura yaklaşımda dikkat edilmesi gereken hususlara yer verilmiş, muhakeme faaliyetleri sırasında mağdura yaklaşımın genel ilkeleri, özel durumdaki bazı mağdur gruplarına yönelik yaklaşım ilkeleri ortaya konulmuştur.[59] Kılavuzda belirtilen ilkeler, esas itibarıyla Avrupa Parlamentosu'nun ve Avrupa Konseyi'nin hazırladığı 2012/29/EU sayılı Direktifi ile uyumludur.[60]

Ülkemiz için mağdur hakları anlamında mağdura destek hizmetlerinin bir parçası olarak çok önemli bir aşama olan bu kurumun ölü doğmaması için yurt çapında teşkilatlanmasına, nitelikli ve yeterli sayıda eğitimli uzman personel istihdamına, sivil toplum kuruluşlarıyla eşgüdüm içinde çalışmaya ve etkin faaliyetlerde bulunmasına özen gösterilmelidir.[61] Çünkü mağdur hakları konusunda uygulamadan beklenen hedeflerin gerçekleşmesi, hem kurumlar hem de adli sistem-

---

58 Bkz. Adalet Bakanlığı Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2021.

59 Eda Ermağan Çağlar/Tuğba Türk, "İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Ankara 2019, S. 38, (Nisan-2019), s. 400; Aydın, a.g.t, s. 105.

60 Aydın, a.g.t, s. 105.

61 Hakan A. Yavuz, "Yargı Sürecinde Verilecek Destekler", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu, (30-31.10.2014), Ankara 2014, s. 269.

de çalışanlar arasında etkili bir işbirliğinin ve eşgüdümün sağlanması ile mümkün olabilecektir. Bunun için farklı meslek profesyonellerinin -mesleki farklılıkları göz ardı edilmeden- ortak bir bakış açısına, yaklaşıma ve dile sahip olmaları gerekir.[62] Bunun yanında, özellikle suç mağdurları ile ilgili sivil toplum kuruluşlarının desteklenmesi, mağdurlar bakımından büyük öneme haizdir.[63]

Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'nın görevleri ADMHY'de ve 63 sayılı CBK'da belirtilmiştir.[64] Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, bu görevleri yerine getirmek üzere bünyesinde çeşitli şube müdürlüklerine ayrılmıştır (ADMHY m. 10). ADMHY m. 12'de şube müdürlüklerinin görevleri ayrı ayrı sayılmıştır.[65]

C. Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri

Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri (ADM), adalet komisyonu olan adliyelerde (yani ağır ceza merkezlerinde) Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak ilgili Cumhuriyet başsavcılığının gözetim ve denetiminde kurulur. Müdürlük, adli destek ve mağdur hizmetlerini yürütür. Adalet komisyonu bulunmayan yerlerde ise iş durumu ve coğrafi konum dikkate alınarak Adalet Bakanlığı'nın onayı ile müdürlükler veya müdürlüğe bağlı bürolar kurulabilecektir (63 sayılı CBK m. 10/2, ADMHY m. 20). Nitekim Türkiye'de seksen bir il merkezinde ve bazı ilçelerde bulunan adliyelerde ADM'lerin kurulması işlemi tamamlanmıştır.[66] ADM'lerin kurulmasıyla birlikte; suç mağdurlarının

---

62 Berhudan Şamar/Betül Urhan, "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi", *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi,* Y. 2020, C. 31, S. 3, (Temmuz-2020), s. 954-955.

63 Bkz. Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 24. Dönem 4. Yasama Yılı'nda 12.6.2014 tarihli toplantısında kabul edilen "Mağdur Hakları İnceleme Raporu", s. 132. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_incelemeraporu.pdf (Erişim tarihi: 15.9.2024)

64 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 113-114; Aydın, a.g.t, s. 286.

65 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 114.

66 Türkiye Geneli Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin haritası için bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adm-bulunan-adliyeler (Erişim tarihi: 28.01.2025)

tamamına yönelik etkin bir bilgilendirme ve yönlendirme sistemi faaliyete geçmiştir.[67]

ADM'lerin görev ve yetkileri, 63 sayılı CBK ve ADMHY'de sayılmıştır. Müdürlüklerin görevleri; mağdurları sahip oldukları haklar konusunda bilgilendirmek, adli süreçte kırılgan grup mağdura yönelik destek hizmetleri sunmak, adli desteğe ihtiyaç duyanlara uygun müdahale programları uygulamak, tekrarlanan mağduriyetleri önlemeye yönelik tedbirler almak ve psikososyal destek faaliyetleri yürütmek, adli süreçte görevli olan adli destek görevlileri arasındaki iş birliğini ve etkin çalışmayı sağlamak, tanıkların desteklenmesi konusunda hizmetler sunmak, adli yardım faaliyetlerinin etkili olmasını sağlamak için bu konuda bilgilendirme yapmak ve ilgili kurum ve kuruluşlarla iş birliği hâlinde çalışmaları yürütmek, mağdurların adalete erişimini güçlendirecek çalışmalar yapmak, çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararların yerine getirilmesi için gerekli işlemleri yapmak, görev alanıyla ilgili bilinçlenmeyi sağlayıcı çalışmalar yapmak ve bu amaçla yerel yönetimlerle ve sivil toplum kuruluşlarıyla işbirliği içerisinde olmak, suça sürüklenen çocuğun (ÇKK m. 15/2, m. 22/1-2) ve mağdurun (CMK m. 236/3-4) dinlenmesi sırasında yanında bulunacak bir uzman görevlendirmektir (63 sayılı CBK m. 11, ADMHY m. 21).[68]

D. Danışma Kurulu

ADMHY m. 8/2 uyarınca, Adalet Bakanlığı'nda, adli destek ve mağdur hizmetleri ile bunların koordinasyonuna ilişkin danışma organı olarak Danışma Kurulu oluşturulmuştur.

Danışma Kurulu, Adalet Bakanlığı'nda görev yapmaktadır. Oluşturulan kurul, mağdur haklarına ve mağdura yönelik hizmetlere dair politikaların belirlenmesi ve koordinasyonun sağlanması için yapılması gerekenleri belirleyecek bir üst kurul durumundadır. Danışma Kurulu'nun sekretarya hizmetleri, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Daire Başkanlığı tarafından yerine getirilmektedir.[69]

---

67 Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adm-nedir (Erişim tarihi: 28.01.2025)

68 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 115-116.

69 Aydın, a.g.t, s. 288-289.

Danışma Kurulu'nun oluşumu, ADMHY m. 17'de açıklanmıştır. Bakanlıkta, adli destek ve mağdur hizmetlerine ilişkin danışma organı niteliğinde görev yapmak üzere ilgili Bakan Yardımcısının başkanlığında oluşturulan Danışma Kurulu'nda; Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Gençlik ve Spor Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı Bakan Yardımcıları, Türkiye Barolar Birliği Başkanı veya temsilcisi, Yükseköğretim Kurulu'nca görevlendirilecek, üniversitelerin biri hukuk fakültelerinden, biri ise sosyal hizmet, psikoloji, psikolojik danışmanlık ve rehberlik bölümlerinden olmak üzere profesör veya doçent unvanına sahip öncelikle bu Yönetmeliğin içerdiği konularda çalışmaları bulunan iki öğretim üyesi, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanı yer alır.

ADMHY m. 18'de ise Danışma Kurulu'nun görevleri belirlenmiştir[70]. Danışma Kurulu'nun çalışma usul ve esasları da aynı yönetmeliğin 19'uncu maddesinde belirlenmiş olup, buna göre Danışma Kurulu her takvim yılında en az bir defa toplanır. Kurul başkanı, gerekli gördüğü hâllerde Danışma Kurulu'nu toplantıya çağırabilir. Toplantı içeriği ile alınan kararlar tutanağa bağlanır ve Danışma Kurulu üyelerince imzalanır. Kararlar Başkanlıkça ilgili kurum ve kuruluşlara iletilir.

E. Koordinasyon Kurulları

ADMHY m. 28 ve devamında, Koordinasyon Kurulu'nun çalışma usul ve esaslarına yer verilmiştir. Müdürlük kurulan yerlerde sunulan adli destek ve mağdur hizmetlerinin etkinliğinin ve verimliliğinin artırılması amacıyla uygulamada karşılaşılan sorunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunmak üzere Cumhuriyet başsavcısı veya görevlendireceği Cumhuriyet başsavcıvekilinin başkanlığında ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşlarının temsilcilerinin katılımıyla koordinasyon kurulu oluşturulur.

---

70 Adli destek ve mağdur hizmetlerinin sunumuna ilişkin mevzuat ve uygulamaları değerlendirmek, karşılaşılan sorunların çözümüne yönelik tavsiye niteliğinde kararlar almak, adli destek ve mağdur hizmetlerinin daha etkin ve verimli şekilde sunulmasını sağlamak amacıyla ilgili kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyonu sağlamak ve mevzuatla verilen diğer görevleri yerine getirmek.

Koordinasyon Kurulu'nun sekretarya hizmetleri ADM tarafından yerine getirilmektedir ve bu kurulda görev alan kamu kurumu temsilcilerinin, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile mağdur hakları alanında hizmet sunan dernek ve vakıf temsilcilerinin kimler olacağı hususu, ADMHY m. 28 ile belirlenmiştir. Koordinasyon Kurulu'nun görevleri ise aynı yönetmeliğin 29'uncu maddesinde sayılmıştır.[71]

Koordinasyon Kurulu, her takvim yılında en az iki defa toplanır. Mağdur destek hizmetleri alanında çalışan ve kırılgan gruplara hizmet sunan kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum kuruluşlarının temsilcileri de kurul toplantılarına davet edilebilir. Toplantı içeriği ile alınan kararlar tutanağa bağlanır ve Koordinasyon Kurulu üyelerince imzalanır. Kararlar ilgili kurum ve kuruluşlara iletilir (ADMHY m. 30).

F. Koruma Kurulları

5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu[72] ile ağır ceza merkezleri adalet komisyonlarının bulunduğu yerlerde *"Koruma Kurulları"* oluşturulmuştur. Koruma Kurulu'nun görevleri arasında suçtan zarar gören kişilerin suç nedeniyle karşılaştıkları, sosyal, ekonomik ve psikolojik sorunların çözümüne yardımcı olmak gibi konular yer almaktadır.

III. TÜRKİYE'DE MAĞDUR HAKLARI İLE İLGİLİ YENİ HİZMET MODELLERİ

A. Genel Olarak

Mağdurun yaşı, kişisel durumu, maruz kaldığı iddia edilen suçun niteliği gibi çeşitli faktörler göz önüne alınarak mağdurun adli süreçte

---

71 Koordinasyon Kurulu'nun görevleri; adli destek ve mağdur hizmetlerinin sunulmasında uygulamada karşılaşılan sorunları değerlendirmek ve çözüm önerilerinde bulunmak, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile sivil toplum kuruluşları arasında işbirliğini sağlamak, sunulan hizmetlerin etkinliğini artırmak amacıyla projeler ve uygulamalar geliştirmek, hakkında vaka yönetimi uygulanan mağdurlara diğer kurum ve kuruluşlar ile sivil toplum kuruluşları tarafından sunulan hizmetlerde etkinliğin ve koordinasyonun sağlanabilmesi için alınması gereken tedbirleri değerlendirmek ve mevzuatla verilen diğer görevleri yapmak şeklinde belirlenmiştir.

72 Bkz. 20.7.2005 tarihli ve 25881 sayılı Resmî Gazete.

örselenmesinin önlenmesi, bu bağlamda ikincil mağduriyetin[73] oluşmaması için aynı zamanda alınan beyanın ispat vasıtası olarak daha güvenilir olmasının sağlanmasına yönelik yeni hizmet modellerine gereksinim duyulmuştur.[74]

Nihayetinde bu amaçlarla Sağlık Bakanlığı tarafından çeşitli sağlık merkezleri içerisinde Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM), Adalet Bakanlığı tarafından adliye binaları içerisinde Adli Görüşme Odası (AGO) ve çeşitli üniversiteler bünyesinde Çocuk Koruma Merkezi (ÇKM), mağdurlara yönelik özel hizmet modelleri olarak kurulmuştur.[75] 2010 yılından itibaren çocuk cinsel suç mağdurları için ÇİM'ler, ardından da 2017 yılında adalet sarayları içerisinde tüm kırılgan/dezavantajlı grupları ve yetişkin mağdurları kapsayan AGO'ların kurulmaya başlanması, ÇİM'lerin 71 ili; adli görüşme odalarının 81 ili kapsayacak şekilde yaygınlaşması hatta bazı adliye saraylarında ek adli görüşme odalarının açılması ayrıca bazı ilçe adalet saraylarında adli görüşme odalarının kurulması olumlu bir gelişmedir.[76]

B. Çocuk İzlem Merkezleri

1. Çocuk İzlem Merkezlerinin Kuruluşu

Sağlık Bakanlığı tarafından oluşturulan ve bu Bakanlığa bağlı sağlık kuruluşlarının bünyesinde yer alan ÇİM'ler, mağdurların korunmasına yönelik kurumsal anlamda yeni hizmet modellerinden birisidir.[77]

---

73 İkincil mağduriyet; suç mağdurlarının yaşadıkları ilk mağduriyet yani suçun oluşturduğu mağduriyetten sonra, toplumdan veya devlet kurumlarından gördükleri tepki ve muamelelerin; sosyal, psikolojik ya da ekonomik anlamda, kendilerinde travma yaratması durumudur. Bkz. Bayram Erzurumluoğlu, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", *Polis Bilimleri Dergisi,* Y. 2009, C. 11, S. 4, s. 77.

74 Aydın, a.g.t, s. 179.

75 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 935-936; Murat Aydın, AGO Uygulaması İçin Temel Hukuk Bilgisi, Adalet Bakanlığı Eğitim Kitabı, Ankara, 2018, s. 41. (Kıs. A.g.e); Aydın, a.g.t, s. 179; Fatih Yaman/Şevval Vatansever, "Adli Görüşme Odalarının İşlevselliği Üzerine Bir Çalışma: Bursa Adliyesi", *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi,* C. 10, S. 31, (Haziran-2022), s. 189.

76 Umut Haydar Coşkun, "Yetişkin Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Görüşme Odası Gereksinimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 2024, S. 57, (Ocak-2024), s. 283.

77 Aydın, a.g.e, s. 41; Aydın, a.g.t, s. 179.

Özellikle cinsel istismara uğradığı şüphesi bulunan çocuklar hakkında yapılacak olan adli, tıbbi ve sosyal işlemlerin tek çatı altında alanında uzmanlaşmış nitelikli personel tarafından aynı gün içinde ve tek seferde tamamlanmasını sağlayarak çocuğun ikincil mağduriyetini en aza indirmek amacıyla ilk olarak ABD'de Child Advocacy Centers (CAC) adında merkezler oluşturulmuştur. Ülkemizde ise bu merkezler, Çocuk İzlem Merkezleri adıyla Sağlık Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur.[78]

2010 yılında bu konuda ilk adımlar Sağlık Bakanlığı'nın, Adalet Bakanlığı'nın, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın, Milli Eğitim Bakanlığı'nın ve üniversitelerin koordineli çalışmalarının sonucunda atılmış, adalet saraylarından bağımsız ortamlarda çocuk cinsel suç mağdurlarına yönelik ÇİM kurulmaya başlamıştır.[79] Ülkemizde yeni olan bu uygulama, ilk ÇİM'in 2010 yılında Ankara'da pilot uygulama olarak kurulması ile hizmete başlamıştır.[80]

---

78 Mehmet Zafer Danış/Metin Aygün/Mehmet Karasu/Yasemin Danış, "Çocuk İzlem Merkezleri ve Sosyal Hizmet", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi,* Y. 2019, S. 89, s. 522; Özlem Bağ/Sevay Alşen, "Çocuğun Cinsel İstismarının Değerlendirilmesinde Yeni Model: Çocuk İzlem Merkezleri", *İzmir Dr. Behçet Uz Çocuk Hastanesi Dergisi,* Y. 2016, C. 6, S. 1, s. 10; Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu, Trabzon Barosu Çocuk Hakları Komisyonu, Nisan-2015, Trabzon 2015, s. 4; Feride Şahin, "Çocuk İzlem Merkezi Çalışanlarının Çocuk İstismarı ve İhmal Konusundaki Deneyimleri: Bir Kalitatif Çalışma", Erzurum Teknik Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 2024, s. 16; Kathleen Coulborn Faller/Vincent J. Palusci, "Children's advocacy centers: Do they lead to positive case outcomes?", Child Abuse&Neglect, 2007, 31 (10), s. 1021-1029. https://www.sciencedirect.com/sdfe/pdf/download/eid/1-s2.0-S0145213407002517/first-page-pdf (Erişim tarihi: 13.02.2025)

79 Coşkun, a.g.m, s. 290; Ayşe Dolunay Sarıca/Umut Haydar Coşkun, "Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Y. 2020, C. 8, S. 1, (Mayıs 2020), s. 6.

80 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 70; Şahin, a.g.t, s. 16; Gülçin Orhan/Betül Ulukol/Hayri Canbaz, "Çocuk İzlem Merkezi Modeli ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar", *Kriz Dergisi,* Y. 2019, C. 27, S. 3, s. 179; Büşra Sarıyar, "Bir Çocuk İzlem Merkezinin İkincil Travmayı Azaltıcı Yöndeki Etkisinin Araştırılması: Antalya Çocuk İzlem Merkezi Örneği", Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2023, s. 25.

2. Çocuk İzlem Merkezlerinin Yasal Mevzuatı

ÇİM'lerin kuruluş ve işleyişi konusundaki ilk düzenleme, Başbakanlığın 04.10.2012 tarihli ve 28431 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan genelgesidir.[81] Bu genelge ile ÇİM'lerin kuruluşu ve işleyişi bakımından temel ilkeler ortaya konulmuştur.[82]

HSYK'nın 18.10.2011 tarihli ve 10 No'lu *"Soruşturma Usul ve Esasları"* konulu Genelgesi'nin *"Sonuç"* bölümünün 48'inci maddesinde, *"… özellikle cinsel istismar suçunun mağduru olan çocukların etkin bir şekilde korunmalarının sağlanması, ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi, adli ve tıbbi işlemlerin bu alanda eğitimli kişiler tarafından tek seferde yapılması ve istismarı önleyici tedbirlerin alınması amacıyla Sağlık Bakanlığına bağlı hastaneler/kurumlar bünyesinde kurulan çocuk izlem merkezlerinde soruşturma işlemlerinin yapılmasının sağlanması"* hususuna yer verilmiştir. Keza HSYK'nın 11.02.2012 tarihli ve 8134 sayılı *"Üniversitelerin Çocuk Koruma Birimleri ve Merkezleri"* konulu duyurusu ile 07.01.2013 tarihli ve 409 sayılı *"Çocuk izlem merkezleri"* konulu yazısı da ÇİM'ler ile ilgili olup, bu konuda gerekli dikkat ve özenin gösterilmesi tüm Cumhuriyet başsavcılıklarından talep edilmiştir.[83]

Ayrıca Başbakanlığın 04.10.2012 tarihli ve 28431 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan *"Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)"* konulu 2012/20 No'lu Genelgesi'nde, ÇİM'lerin işleyişi hususunda ana ilkelere yer verildiği belirtilerek, tüm hâkimlerden ve Cumhuriyet savcılarından işlemlerin ÇİM'lerde gerçekleştirilmesi istenilmiştir.[84] ÇİM'lerin kurulması, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1-a.1'de *"Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuk"*[85] olarak nitelendirilen suç mağduru çocuklarının haklarını koruma bakımından çok önemlidir.

---

81 İshak Aydemir/Fayik Yurtkulu, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi", *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi,* Y. 2012, C. 1, S. 2, s. 162.

82 Aydın, a.g.t, s. 183.

83 Fadime Yüksel/Nilüfer Keser/Elif Odabaş/Gözde Bahar Kars/Fayık Yurtkulu/Filiz Daşkafa/Fatma Arslan/Emine Cayrat, "Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri", *Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi,* Y. 2013, S. 2, s. 20; Sarıyar, a.g.t, s. 27.

84 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 179-180.

85 5395 sayılı ÇKK m. 3/1-a.1: "Korunmaya İhtiyacı Olan Çocuk: Bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişimi ile kişisel güvenliği tehlikede olan, ihmal veya istismar edilen ya da suç mağduru çocuğu ifade eder."

3. Çocuk İzlem Merkezlerinin Fiziki Yapısı ve İşleyişi

Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastane bünyesinde fiziki olarak dışarıdan bakıldığında hastanenin diğer bölümlerinden ayırt edilemeyecek şekilde dizayn edilen, iç donanımı itibariyle de adli ve tıbbi anlamda gerekli bütün işlemlerin yapılmasına, çocukların kendilerini güvende hissetmelerine olanak sağlayan ÇİM'ler; "*çocuk dostu*" ortamlar olarak oluşturulmuştur.[86] ÇİM'de adli görüşme odası, aile görüşme odası, küçük yaş için oyun odası, ergen için dinlenme odası, muayene odası, adli görüşmenin yapıldığı oda, tıbbi muayene odası, aile bekleme odası, savcı odası, idari oda, mutfak, lavabo ve banyo bulunmaktadır.[87]

ÇİM'ler, yedi gün yirmi dört saat (7/24) esasına göre hizmet veren kurumlardır.[88] Kurumda adli görüşmeci, aile görüşmecisi, Aile ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü temsilcisi, hemşire, sorumlu hekim hizmet vermektedir.[89] Ayrıca adliyeden görevlendirilen bir Cumhuriyet savcısı ile barodan görevlendirilen bir avukat da adli görüşmenin yapılacağı gün kurumda hazır bulunmaktadır.[90] ÇİM'in görevi, cinsel istismara uğradığı konusunda şüphe olduğu durumlarda şüpheye vakıf olan ilgililerin durumu ivedilikle kolluk kuvvetine iletmesi, kolluk kuvvetlerinin de mağdur olma şüphesi taşıyan çocuğu, hiçbir görüşme yapmadan sivil bir ekip ve araçla ÇİM'e ulaştırmasıyla başlamaktadır.[91] Çocuğun cinsel istismara maruz kaldığına ilişkin ihbarı/şikâyeti alan Cumhuriyet savcısı, emrindeki adli kolluk görevlilerine çocukla hiçbir görüşme yapılmaksızın sivil ekip ve araç ile çocuğu ilk olarak ÇİM'e getirmeleri talimatını verir. ÇİM'e getirilen çocuk, ÇİM'in bekleme alanında uzmanlarca ön görüşmeye alınır. ÇİM'de mağdur çocuk ile ön görüşme yapılırken diğer taraftan alanında uzman olan personel

---

86 Canan Topdemir, "İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)", *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi,* Y. 2016, S. 43, s. 6; Yüksel/Keser/Odabaş vd., a.g.m, s. 20; Danış/Aygün/Karasu vd., a.g.m, s. 523.

87 Topdemir, a.g.m, s. 16.

88 Bağ/Alşen, a.g.m, s. 11; Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 181, s. 185; Aydemir/Yurtkulu, a.g.m, s. 157; Çamak Yanpar, a.g.t, s. 72; Aydın, a.g.t, s. 184; Şahin, a.g.t, s. 17; Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 6; Sarıyar, a.g.t, s. 28.

89 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 180.

90 Aydemir/Yurtkulu, a.g.m, s. 157; Çamak Yanpar, a.g.t, s. 72-73.

91 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 179-180; Topdemir, a.g.m, s. 7; Sarıyar, a.g.t, s. 26.

tarafından aile görüşme odasında çocuğun birinci dereceden yakını ile görüşme yapılır.[92] Ardından adli görüşme süreci başlar. AGO'da kayıt yapılmaktadır ve bu odadaki sürece Cumhuriyet savcısı, avukat, aile görüşmecisi ve Aile ve Sosyal Hizmetler temsilcisi de katılmaktadır. Adli, psikiyatrik, tıbbi ve sosyal bakımdan çok yönlü olarak değerlendirilen çocuk mağdurdan elde edilen tüm bilgiler, rapor hâline getirilip ses ve görüntü kayıtları ile birlikte ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir.[93]

4. Çocuk İzlem Merkezlerinin Kurulmasının Amaçları

Cinsel istismara uğrayan çocuğun incelenmesi ve tedavisi aşamasında merkez tarafından gerekli görülen sağlık, eğitim, kolluk kuvvetleri, hukuk ve adalet sistemi gibi işbirliği yapılması gereken diğer kamu kuruluşları ile eşgüdüm içinde hizmet sağlanması, çocuğa hukuki yardım yapılıp çocuğun hakları savunulurken ikincil travmanın önlenmesi, merkezde oluşturulacak güvenli ve çocuk dostu ortam ile çocuktaki travmanın etkilerinin azaltılması, korunma altına alınması gereken olgularda, çocuğun güven içinde kalabileceği uygun bir ortam sağlanıncaya kadar geçici bir süre barınma, beslenme, giyim, sağlık ve güvenlik gereksinimlerinin karşılanması, ailenin yasadığı travmanın ve yaşanan olayın sağlıklı değerlendirilmesi amacıyla aile ile görüşülmesi ve ailenin ilk danışmanlık gereksinimlerinin karşılanması, ÇİM'lerin kuruluş amaçlarındandır.[94]

5. Çocuk İzlem Merkezlerinin Paydaş Kurumlarla İşbirliği

Sağlık Bakanlığı'na bağlı İl Sağlık Müdürlükleri bünyesindeki hastanelerde kurulan Çocuk İzlem Merkezleri; Adliyeler (Cumhuriyet Başsavcılığı, ilgili Mahkemeler, Adli Görüşme Odaları, Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri), Baro, İl Emniyet Müdürlüğü (Çocuk Şube Müdürlüğü), Jandarma Çocuk Kısım Amirliği, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler İl Müdürlüğü, İl Sağlık Müdürlüğü, İl Milli Eğitim Müdürlüğü, ilde mevcut ise Çocuk Koruma Merkezleri ve çocuk odaklı çalışan sivil toplum kuruluşları ile koordinasyon içerisinde faa-

92 Topdemir, a.g.m, s. 9.
93 Yüksel/Keser/Odabaş vd., a.g.m, s. 21.
94 Topdemir, a.g.m, s. 5; Sarıyar, a.g.t, s. 26.

liyet göstermektedir.[95] Dolayısıyla sivil toplum kuruluşlarının tecrübelerinden de en üst düzeyde yaralanmak için çalışmalar yapılmalıdır.[96] Bunun yanı sıra her il bazında belirli aralıklarla İl Valiliği koordinatörlüğünde, ÇİM ve çocuk odaklı çalışan diğer kurumların temsilcileri bir araya gelerek; çocuğun yüksek yararına ve ÇİM'deki mevcut ya da olası aksaklıklar veya geliştirilmesi gerekli alanlar üzerine il koordinasyon kurulu toplantıları gerçekleştirilebilmektedir.[97]

6. Çocuk İzlem Merkezleri Sürecinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

a. ÇİM'le İlgili Mevzuat Eksikliği

ÇİM'lerin kuruluşu, yukarıda da belirtildiği üzere; HSYK'nın 18.10.2011 tarihli Genelgesi ve 07.01.2013 tarihli yazısı ile olmuş ve CMK'da 2019 yılında bu merkezlerden bahsedilmiştir. Ancak bugün bile ÇİM'lerde yapılacak adli işlemlerin usulünü gösteren bir yönetmeliğin olmaması, büyük bir eksikliktir. Bu durum uygulamada farklılıklar oluşturduğu için ÇİM'lerde hangi görevlilerin bulunacağını belirten, bu görevlilerin görev tanımlarını açıklayan, ÇİM'de yapılacak işlemlerin usul ve esaslarını belirleyen bir yönetmeliğe ihtiyaç vardır.[98] Çünkü ÇİM ile ilgili bir yönetmelik, hem ÇİM'de görev yapan personelin görev tanımı ve sorumluluklarında iller arası farklılıklar yaşanmasının önüne geçilmesi hem de paydaş kurumların rol ve sorumluluklarının net şekilde belirlenmesine katkı sağlayacaktır.[99]

b. ÇİM'lerin Ülke Genelinde Yaygınlaşamaması

ÇİM'lerin ülkemizde henüz tüm illerde yaygınlaştırılamaması, bu merkezlerin verdiği hizmete ulaşmada bazı sıkıntılara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle; her ilde ÇİM olmaması, merkezin konum olarak şehrin çok dışında kalması gibi nedenler göz önüne alındığında ÇİM'lerin bir an önce bulunmayan illerde kurulması ve ülke genelinde

---

95 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 180.

96 Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu, Trabzon Barosu Çocuk Hakları Komisyonu, Nisan-2015, Trabzon 2015, s. 17.

97 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 181.

98 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 127; Sarıyar, a.g.t, s. 74.

99 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 183.

yaygınlaştırılması[100] konusundaki çalışmaların hızlandırılması gerekir.[101]

İstanbul gibi büyük şehirlerde ÇİM sayısının yetersiz olması da bir sorun olup, ÇİM sayılarının ve buna bağlı olarak personel sayısının nüfusun yoğun olduğu il ve ilçelerde artırılması, hiç şüphesiz bu büyük kargaşayı ortadan kaldıracaktır.[102]

c. ÇİM'lerin ve Çocuğun Bulunabileceği Diğer Mekânların Fiziki Koşullarının Yetersizliği

Mağdur çocukların ÇİM, karakol, savcılık ve duruşma salonu gibi mekânlarda şüpheli, sanık veya bunların yakınları ya da mahremiyet duygularını zedeleyici şekilde yabancı kişilerle bir arada bulunabildikleri gözlenmiştir.[103] Zaten ülkemizde suç mağduru çocuklar ile görüşmeler çocuk mahkemeleri, bakım ve sosyal rehabilitasyon merkezleri, hastane bünyesindeki çocuk koruma merkezleri ve çocuk izlem merkezleri gibi çeşitli kuruluşlarda yapılmaktadır.[104] Çocuğun ÇİM binasından çıkarılarak bazı işlemlerin yapılması için başka bir yere götürülmesi, ÇİM'lerin tek çatı altında bütün işlemlerin tamamlanması amacına henüz ulaşamadığını göstermektedir.[105]

Uygulamada, duruşma salonlarının fiziki koşullarının da mağdur çocuğun ihtiyaçlarına cevap vermediği görülmektedir. Çocuğun göz hizasının çok üstünde bulunan kürsü, hâkimlerin giydiği cübbe, duruşmada cübbe giyen hâkim ve Cumhuriyet savcısı sayısının fazlalığı, sanığın bulunduğu kapalı ve küçük alan, çocuk için başlıca stres kaynakları olup, bu durumların çocuğun kendisini ifade etmesine

---

100 29.11.2024 tarihi itibari ile Çocuk İzlem Merkezi bulunan il sayısı 71'dir. Bu 71 ilden sadece İstanbul'da birden fazla (Başakşehir, Pendik, Şişli ve Bakırköy'de olmak üzere dört ilçesinde), diğer bulunan illerde ise birer tane ÇİM mevcuttur. Bkz. Sağlık Bakanlığı Çocuk İzlem Merkezi Listesi (2024) https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html (Erişim tarihi: 18.01.2025)

101 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 99.

102 Topdemir, a.g.m, s. 7.

103 Zeynep Tekin Babuç, "Ceza Adalet Sistemi İçerisinde Mağdur Çocukların İkincil Mağduriyeti", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi,* Y. 2020, C. 23, S. 2, (Ekim-2020), s. 339.

104 Gamze Erükçü/Emrah Akbaş, "Mağdur Çocuklarla Adli Mülakat Teknikleri", *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi,* Y. 2013, C. 24, S. 1, (Nisan-2013), s. 202.

105 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 97.

engel olabileceği göz önünde bulundurulmalıdır.[106] Dolayısıyla bu sorunlar, mağdur çocuğun süreç içinde bulunabileceği söz konusu fiziki mekânların güneş ışığı alacak şekilde, çocuk dostu olacak ve çocuğun üstün yararını koruyacak tarzda mimari projesinin çizilmesi ve dizayn edilmesi ile çözülebilecektir. Bu bağlamda, ÇİM'lerde çocuklar için açık hava oyun ve uygun spor alanları da yapılmalıdır.

d. ÇİM'lerdeki Nitelikli Personel Eksikliği ve ÇİM Personelinin Yaşadığı Sorunlar

ÇİM'lerde istihdam edilmesi gereken adli tıp uzmanı, çocuk ve ergen psikiyatristi, adli görüşmeci gibi nitelikli eleman ihtiyacı da bir an önce giderilmelidir.[107] Çünkü Türkiye'deki çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı sayısı yetersiz olduğu için ÇİM'e gelen mağdurların ilk değerlendirmelerinin bazen yapılamadığı, bazen de randevu ile gerçekleştirildiği bilinmektedir.[108] Ayrıca merkezlerde görevlendirilecek personelin gerekli donanım ve hizmet içi eğitimin sürekliliği önem kazanmaktadır.[109]

ÇİM'de görev yapan adli görüşmeciler; psikolog, psikolojik danışman, çocuk gelişimi uzmanı, sosyal hizmet uzmanı, hemşire (lisans mezunu) veya doktor gibi meslek gruplarından birine mensup olan ve Sağlık Bakanlığı tarafından onaylanmış olan *"Çocukla Adli Görüşme Sertifika Eğitimi"*ni almış kişilerdir[110]. ÇİM'lerde görev yapan adli görüşmeciler için en büyük stres kaynağı, her gün çocuklardan işittikleri korkunç istismar olaylarına ilişkin anlatımlardır. İşte dolaylı travma, tükenmişlik veya şefkat yorgunluğu olarak da ifade edilen ikincil travmatik stres, çocuk koruma çalışanları, adli görüşmeciler gibi profesyonellerin istismara uğramış çocuklarla ve aileleriyle çalışırken stres yaşaması durumunda ortaya çıkabilir.[111]

---

106 Tekin Babuç, a.g.m, s. 341.

107 Yüksel/Keser/Odabaş vd., a.g.m, s. 22; Topdemir, a.g.m, s. 13.

108 Orhan/Ulukol/Canbaz, a.g.m, s. 183.

109 Topdemir, a.g.m, s. 22.

110 Sarıyar, a.g.t, s. 32.

111 Şahin, a.g.t, s. 18; Cheryl Tatano Beck, "Secondary Traumatic Stress in Nurses: A Systematic Review", *Archives of Psychiatric Nursing*, 2011, 25 (1), s. 1-10. https://www.psychiatricnursing.org/article/S0883-9417(10)00058-0/abstract (Erişim tarihi: 13.02.2025)

e. Sürekli Değişen Profesyoneller ve Tekrarlanan İşlemler Sorunu

Mağdur çocuklarla yapılan görüşmelerde, çocukların görüşme yaptıkları kişilerin her aşamada sık sık değiştiği, mağdur çocukların kendileri ile temas eden aktörlerin rollerini yeterince anlayamadıkları ve süreç içerisinde sürekli şekilde desteklenmedikleri görülmektedir. İşte bu durum; mağdur çocuğun her aşamada farklı bir kişi ile temas etmesine, gerçekten desteklendiğine dair inancının azalmasına, adli sisteme güven duyamamasına yol açmaktadır.[112] Farklı adli görüşmecilerin/sosyal çalışmacıların, çocuklarla çok sayıda görüşme yapmaları nedeniyle çocuklar, hikâyelerini defalarca anlatmak zorunda kalmaktadır.[113]

Adli süreçte görev alan adli görüşmecilerin/sosyal çalışmacıların, çocuğun bu süreçte psikolojik bakımdan korunmasına yönelik tedbirlerin ve ihtiyaçlarının belirlenmesinde etkili kişiler olmaları nedeniyle[114] mümkün mertebe değişmeksizin aynı kişiler olmasına dikkat edilmesi, görev dağılımı ile işbölümünün yapılmasında hassasiyet gösterilmesi önerilmektedir. Ayrıca mağdur çocuğun ilgili mercilerle ilk kez temasa geçtiği andan adli sürecin sonuna kadar çocuğun bilgilendirilmesini sağlayacak, sosyal araştırmayı yapacak, süreç boyunca mağdur çocuğun ikincil mağduriyet yaşamaması için gerekli olan her türlü desteği sağlayacak bir adli destek görevlisi bulundurulmalıdır. Bunun için de mevzuatta gerekli düzenleme, en kısa zamanda yapılmalıdır.[115]

f. İletişim Sorunları

Adli görüşme aşamasında ön görüşme için ayrılan sürenin kısa olması da bir sorundur. Adli görüşmeciler, hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının bazen iş yükü nedeniyle delil hazırlama sürecini hızlandırdıklarını ve bu durumun da mağdurun kendisini yeterince ifade etmesini engellediğini belirtmektedir. Keza hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının görüşme sırasında sık sık soru sormaları da adli görüşmecilerin konsantrasyonlarının bozulmasına neden olmaktadır.[116]

---

112 Tekin Babuç, a.g.m, s. 334.
113 Erükçü/Akbaş, a.g.m, s. 201; Çamak Yanpar, a.g.m, s. 101.
114 Tekin Babuç, a.g.m, s. 335.
115 Çamak Yanpar, a.g.m, s. 102.
116 Şahin, a.g.t, s. 19.

Çocuğun beyanlarının doğruluğuna ve nasıl davranması gerektiğine ilişkin birtakım önyargılar, uygulamada bazen çocuğun özel hayatına ilişkin olumsuz yorumlar yapmaya varan iletişim hatalarına dolayısıyla ikincil mağduriyete yol açabilmektedir.[117] Öncelikle çocuğun soruşturma ve kovuşturma evrelerinde muhatap olduğu Cumhuriyet savcısının ve hâkimlerin, çocuğun cinsel istismarı suçu ve çocukla sağlıklı iletişim konularında belirli aralıklarla meslek içi eğitim almaları sağlanmalıdır.[118] Ayrıca bu eğitimler, çocuk istismarı konularını kapsamalı ve çalışanların uzmanlık düzeyini artıracak şekilde düzenlenmelidir[119]. ÇİM'lerle ilgili olarak yapılan çalışmalarda katılımcılar; istismarı önlemede ailenin önemine vurgu yaparak ailelerin çocuklarını dinlemeleri, sevmeleri, takip etmeleri ve iyi yetiştirmeleri gerektiğini belirtmişlerdir.[120] Bu nedenle; eğitim ve bilinçlendirme faaliyeti aileden başlamalıdır. Bu konuda, Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı, Sağlık Bakanlığı ile birlikte kamuoyunun desteğini de arkasına alarak uygulanabilir projeler yapabilir ve -farkındalık oluşturma adına- kamu spotları hazırlayabilir. Örneğin; halka açık çeşitli etkinlikler, seminerler, paneller düzenlenebilir, broşürler bastırılıp dağıtılabilir.

Söz konusu iletişim hatalarını önlemenin yolu; mağdura saygılı ve hassas yaklaşılması, mağduru suçlayıcı ve onun itibarını zedeleyici bir dil kullanılmaması, mağduriyetinin hafife alındığını hissettiren bir tutum ortaya konulmamasından,[121] bu süreçte görev alan tüm profesyonellerin (adli görüşmeci, sosyal çalışmacı, kolluk görevlileri, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve avukat) iletişim becerileri ve teknikleri konusunda eğitilmelerinden geçmektedir.

g. Bürokratik Engeller

ÇİM'de görev yapan personelin sorunlarının tespitine yönelik bir saha çalışmasında, ÇİM'de karşılaşılan sorunlar arasında bürokratik engellerin olduğu hususuna yer verilmiştir. Katılımcıların bürokratik engeller ile ifade etmek istedikleri konu ise, kurumların söz konusu soruna çözüm bulma konusunda gösterdikleri dirençtir. Şöyle ki bir

117 Tekin Babuç, a.g.m, s. 335.
118 Çamak Yanpar, a.g.m, s. 128.
119 Sarıyar, a.g.t, s. 92.
120 Şahin, a.g.t, s. 49.
121 Tekin Babuç, a.g.m, s. 335.

araç-gerecin bozulması veya bakımına ihtiyaç duyulması hâlinde bünyesinde bulundukları hastanelerden bunların bakımı veya yenilenmesi için yeterli ödenek ayrılmadığı, ÇİM için ise ayrıca bir ödenek oluşturulmadığı katılımcılar tarafından belirtilmiştir. Katılımcılar, bunun gerekçesinin maddi getirisi olmadığından hastane yönetimlerinin ÇİM'leri geri plâna atmaları şeklinde ifade etmişlerdir.[122]

C. Adli Görüşme Odaları

1. Adli Görüşme Odalarının Kuruluşu

ÇİM'lerin her ilde olmaması, bazı mahkemelerin ÇİM'den bağımsız bir şekilde cinsel suç mağdurunu ikinci kez dinlemek istemesi, yetişkin mağdurların varlığı ve ÇİM'in kapsamadığı cinsel suç dışındaki bazı suç mağdurlarının adli görüşme odasında beyanının alınmak istenmesi, yeni bir gereksinimi doğurmuştur.[123] İşte bu ihtiyaç doğrultusunda AGO, Adalet Bakanlığı ile UNICEF iş birliğinde 2012-2014 yılları arasında yürütülen *"Çocuklar için Adalet Projesi"* sonucunda oluşturulmuştur.[124]

Adalet Bakanlığı'nın 2015-2019 Stratejik Planı'nda yer alan *"Çocuk adalet sisteminde çocuğun etkin korunması için gerekli önlemlerin alınması ve kurumlar arası işbirliğinin güçlendirilmesi", "Çocuklara yönelik adli süreçlerde özel önlemlerin etkin hâle getirilmesi", "Aile içi şiddetle mücadelede koruma ve soruşturmanın etkinliğinin artırılması"* amacına uygun olarak, adliye saraylarının içinde Mağdur Hakları Daire Başkanlığı'na bağlı Adli Görüşme Odaları kurulmaya başlanmıştır.[125] Başlangıçta çocukların ifade ve beyanlarının uygun koşullarda alınması amacıyla 23 ilde ve 25 adliyede SEGBİS uyumlu *"Çocuklarla Adli Görüşme Odası"* kurulmuştur.[126] Hâlihazırda

---

122 Sarıyar, a.g.t, s. 68, s. 69.

123 Samiye Çilem Bilginer/Deniz Çalışkan, "Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri", İç. Yasemin Karaman-Kepenekci, Pelin Taşkın (ed.), "Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan: Akademisyenlikte 50 Yıl, Çocuk Hakları, Eğitim Hukuku, Vatandaşlık Eğitimi", Pegem Akademi Yayınevi, Ankara 2018, s. 119; Coşkun, a.g.m, s. 290.

124 Fahri Gökcen Taner, "Kırılgan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Ankara 2021, S. 153, s. 19.

125 Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 6-7.

126 Göktan Koçyıldırım, Adli Görüşme Odaları: Genel Bilgiler ve Akış, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2018, s. 5.

Türkiye'de 81 il adliyesinin tamamında ve bazı ilçe adliyelerinde AGO kuruluşunu tamamlamış olup, faaliyetlerini sürdürmektedir.[127]

2. Adli Görüşme Odalarının Yasal Mevzuatı

63 sayılı CBK m. 8'de *"Adli görüşme odaları"* düzenlemesi yer almaktadır. CBK'nın bu hükmüne dayanarak mevzuat alanında iki gelişme yaşanmıştır. Bunlardan ilki; 24.02.2017 tarihli Adalet Bakanı onayı ile Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir.[128] Daha sonra, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'nın *"Adli Görüşme Odaları"* konulu 01.4.2021 tarihli ve 176 No'lu Genelgesi ile uygulamada AGO'ların nasıl olacağı ve soruşturma ve kovuşturma evresinde bu odalardan nasıl yararlanılacağı hususlarına yer verilmiştir. İkincisi ise; ADMHY yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmeliğin 47'nci maddesinden itibaren başlayan beşinci bölümü, AGO konusuna ayrılmıştır.

Belirmekte yarar var ki; AGO kurulmasının asıl dayanağı 63 sayılı CBK m. 8 ve ADMHY m. 47'de yer almaktadır. ADMHY'nin 47 vd. maddelerinde AGO'ların işleyişine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak söz konusu yönetmelikte AGOY'un yürürlükten kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmadığından bu yönetmeliğin hâlen yürürlükte olduğu söylenebilir.[129] Ancak sonradan yürürlüğe giren ve aynı konuda hükümler içeren ADMHY'nin, 24.02.2017 tarihli AGOY hükümlerini zımni olarak yürürlükten kaldırdığı görüşündeyiz.[130] ADMHY m. 47'de AGO'ların amacı ve yöntemi vurgulanmış ancak AGO'nun tanımına yönetmelikte yer verilmemiştir. Öğretide ise AGO; *"Adliyenin yetişkinlerin yoğunluklu bulundukları ana bölümlerinden uzak ve bağımsız bölümünde bulunan, yetişkinler için olan giriş ve çıkışlardan ayrı bir yerden girilen, ifade alma odası, teknik oda (dinleme odası) ve bekleme odası gibi üç ayrı odadan oluşan, adli görüşmeci çocukla görüşürken mahremiyet ve gizliliği sağlamaya elverişli, kayıt ve izlemeyi, yargılamanın diğer aktörleri tarafından adli görüşmeci aracılığıyla çocuğa soru yöneltmeyi mümkün kılan*

---

127 Bkz. Türkiye AGO Haritası https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/24052023161247AGO%20Harita.pdf (Erişim tarihi: 18.01.2025)

128 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 77, dipn. 289.

129 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 77.

130 Aynı yöndeki görüş için bkz. Aydın, a.g.t, s. 194.

fiziksel koşullara ve teknik donanıma haiz güvenli ve izole birimdir" şeklinde tanımlanmıştır.[131]

3. Adli Görüşme Odalarının Fiziki Yapısı ve İşleyişi

Adalet Bakanlığı tarafından oluşturulan ve adliye binalarının içinde bulunan adli görüşme odaları; "*bekleme odası*", "*g*örüşme *odası*" ve "*g*özlem *odası*" şeklinde üç kısımdan oluşan özel alanlardır.[132] AGO'ların genel standartları, ADMHY m. 48'de düzenlenmiştir. Buna göre; bekleme odası, görüşme yapılacak çocuğun veya yetişkinin beklediği ve gerekirse avukatıyla görüşebileceği bir alandır. Bu oda, fiziki olarak çocukların oyun oynamasına ve yetişkinlerin dinlenmelerine uygun biçimde tasarlanmıştır. Görüşme odası, adli görüşme uzmanı ve mağdur/kırılgan birey görüşmesinin yapıldığı ve kameraların bulunduğu alandır. Daha sade bir tasarıma sahip olan bu oda, kamera ve ses sistemleriyle duruşma salonuna ve gözlem odasına bağlanabilmektedir. Oda içerisindeki tüm cihaz ve donanımlar, kurumsal işleyişte teknik eşgüdüm sağlanmasına imkân veren Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP) ile Ses ve Görüntü Bilişim Sistemine (SEGBİS) tam uyumludur. Gözlem odası ise; kameralar aracılığıyla görüşmeyi takip eden hâkim, Cumhuriyet savcısı, avukat ve adli görüşme odası koordinatörünün bulunduğu alan olup, bu görevliler gerektiğinde mikrofon ya da kulaklık aracılığıyla adli görüşme uzmanını aracı kılarak mağdurlara sorularını iletebilmektedirler.[133]

ADMHY m. 51'de, adli görüşmenin yürütülmesine ilişkin esaslar belirlenmiştir. AGO'ların Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği veya fail ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen kişiler için kullanılması esastır.[134] Yine bu kapsamda, mağdur ve tanıklar ile adli sürece

---

131 Eylem Ümit Atılgan/Sedat Yağcıoğlu/Yaşar Çavdar, Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber, UNICEF Yayını, Ankara 2014, s. 8. Diğer tanımlar için bkz. Aydın, a.g.t, s. 195.

132 Taner, a.g.m, s. 19; Çamak Yanpar, a.g.t, s. 78; Coşkun, a.g.m, s. 291; Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7; Şamar/Urhan, a.g.m, s. 937; Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 191; Aydın, a.g.t, s. 196-197.

133 Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir (Erişim tarihi: 19.01.2025); Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7; Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 191.

134 Aydın, a.g.e, s. 43.

dâhil olan çocukların yanı sıra özellikle cinsel suç mağdurları ile kırılgan gruba dâhil diğer suç mağdurlarının ifade ve beyanlarının alınmasında da AGO'lar kullanılabilir.[135]

4. Adli Görüşme Odalarında İşlem Yapılmasına Karar Verme ve İşlem Süreci

AGO'ların kullanılmasına, adli destek plânında yer alan öneri veya adli destek görevlisinin, görüşme yapılacak kişinin, vekilinin, müdafiinin talebi üzerine ya da re'sen ilgili hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.[136] Adli işlemin AGO'da yapılmasına karar verecek merciin bu kararı belli kriterlere göre vermesi gerekir. Çocuklar söz konusu olduğunda AGO'nun gerekliliğini varsaymak ve her durumda çocuğun yüksek yararı gereğince AGO'yu kullanmak gerektiği söylenebilir.[137] Yetişkinlere ilişkin adli işlemin yapılmasında AGO'nun kullanılmasına gerek olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılırken kişinin yaşı, cinsiyeti ve bedensel kapasitesi nedeniyle veya davaya konu suçun niteliği, olayın işleniş biçimi, kamuoyunda yarattığı etki vb. bir nedenle kişiyi olumsuz etkileyen bir risk faktörü, psikolojisini bozan bir durum ya da "*kırılganlık*" olup olmadığı, bu kırılganlık durumunun kişinin hazır bulunmasına ya da ifade vermesine engel teşkil edip etmediği gibi hususlar dikkate alınmalıdır.[138]

ADMHY m. 53'te soruşturma aşamasındaki işlemler, m. 54'te ise mahkeme aşamasındaki işlemler belirlenmiştir. Soruşturma aşamasındaki işlemlerin gösterildiği m. 53'e göre; ilk olarak soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısının adli görüşme odalarının kullanılmasına karar vermesi hâlinde yazı işleri personelince UYAP üzerinden randevu alınır. Talebi alan adli görüşmeci tarafından görüşme yapılacak kişi, ifade veya beyan alma işlemine hazırlanır ve ilgili Cumhuriyet savcısına haber verilir. Soruşturmaya konu olay ve görüşme yapılacak kişiye yöneltilmesi gereken sorular hususunda Cumhuriyet savcısı ile ön görüşme yapılabilir. Soruşturma aşamasında CMK m. 52 uyarınca, mağdur çocuğun veya duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin beyanının alınması sı-

135 Aydın, a.g.t, s. 198.
136 Aydın, a.g.t, s. 198; Koçyıldırım, a.g.e, s. 35.
137 Koçyıldırım, a.g.e, s. 35.
138 Koçyıldırm, a.g.e, s. 36.

rasında görüntü veya ses kaydı alınır. Zorunluluk arz etmeyen hâllerde de görüşme yapılan kişinin tekrar adli sürece dâhil edilmesini engellemek amacıyla rızası dâhilinde sesli ve görüntülü kaydı alınabilir.

ADMHY m. 54'deki mahkeme aşamasındaki işlemler ise şu şekildedir: Görüşme yapılacak kişinin ifade ve beyan alma işleminin adli görüşme odasında yapılmasına tensip aşamasında veya duruşma sırasında karar verilmesi hâlinde yazı işleri personelince gecikmeksizin UYAP üzerinden randevu alınır. Çıkarılan davetiyede, ifadenin adli görüşme odasında alınacağı belirtilerek görüşme yapılacak kişinin ifade gün ve saatinde adli görüşme odasında hazır olması istenir. Davetiyelere adli görüşme odalarındaki süreç hakkında bilgilendirici metin veya broşür konulabilir. İfade veya beyanın adli görüşme odasında alınacağı durumlarda, adli görüşmeci gerekli işlemleri derhâl başlatır ve görüşme yapılacak kişiyi ifade veya beyan alma işlemine hazırlar. Niteliğine göre ifade ve beyan alma işlemini hâkim, bizzat gözlem odasına gelerek yapabileceği gibi Bakanlık tarafından kurulan aynı anda ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla kişilerin dinlenilmelerine imkân sağlayan sistem aracılığıyla da gerçekleştirebilir.

Dosyanın incelenmesi ve ön görüşmenin yapılmasında izlenmesi gereken usule gelince; soruşturma veya kovuşturma aşamasında UYAP üzerinden dosya bilgilerinin kendisine iletilmesi üzerine adli görüşmeci dosyayı inceler. Görüşme yapılacak kişinin aleyhine olmadıkça kanuni temsilcisiyle ve gerektiğinde müdafii veya vekili ile irtibata geçerek görüşme yapılacak kişiyle bir ön görüşme gerçekleştirebilir.

Adli görüşme ise ADMHY m. 55'da düzenlenmiştir. Adli görüşmenin görüşme yapılacak kişinin yaşına, gelişim özelliklerine ve durumuna uygun şekilde yapılması esastır. Adli görüşmenin süresi ve kapsamı görüşme yapılacak kişinin yararı gözetilerek vakanın niteliğine göre belirlenir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkı sunulabilecek durumlarda, hâkim ya da Cumhuriyet savcısı tarafından görüşmeyi izlemek üzere adli tıp gibi farklı uzmanlık alanlarından kişiler de görevlendirilebilir. Bu fıkra uyarınca görevlendirilenler, yapılan görüşmeyi gözlem odasından veya duruşma salonundan takip ederek, CMK m. 66/6'da öngörülen usule uygun olarak soru yöneltebilirler (ADMHY m. 56).

Adli görüşme sırasında kullanılacak teknikler ise aynı yönetmeliğin 57'nci maddesinde hüküm altına alınmıştır. Görüşme esnasında, mağdur ile arasındaki fiziki mesafe ve temas, adli görüşmeci tarafından

mağdurun kişisel durumu gözetilerek ayarlanır. Yapılan görüşmede adli görüşmeci tarafından yönlendirici olmayan ve açık uçlu sorular sorulur. Serbest öyküleme, yeniden ifade etme ve yansıtma gibi teknikler kullanılabilir. Özellikle cinsel istismar mağduru çocuklarla yapılan adli görüşmelerde çocuğun ikincil örselenmesinin önüne geçmek için uygun yöntemlerden faydalanılır. Görüşmeyi takip eden hâkim, Cumhuriyet savcısı, müdafi, vekil ve diğer ilgililer de görüşme yapılan kişinin örselenmesini engelleyecek şekilde gerçekleşebilmesi için gereken özeni gösterirler (ADMHY m. 56).

Özetlemek gerekirse; adli görüşme, AGO'nun görüşme odasında yapılır. Görüşme, ilgili mevzuat hükümlerine göre sesli ve görüntülü olarak kayda alınır ve UYAP'a kaydedilir. Ayrıca yapılan usuli işlemler için tutanak tutulur.[139] Cumhuriyet savcısından ya da hâkimden gelen talimat üzerine kamera kaydı kapatılır.[140] Görüşme sonunda ifade ya da duruşma tutanağının bir örneği imzalanarak taraflara verilir veya sonradan tebliğ edilir. Eğer görüşme yapılan kişi okuma yazma bilmiyorsa veya yaşı küçükse, tutanak içeriği kendisine ya da kanuni temsilcisine adli görüşmeci tarafından anlayacağı bir dille anlatılır.[141]

5. Adli Görüşme Odaları Uygulamasının Amaçları

AGO'ların; çocuğun üstün yararının gözetilmesine yönelik çocuk dostu adli usul ve işleyişi sağlaması, mağdurla uygun ortamda ve uygun bir yöntemle görüşme gerçekleştirilmesi, ikincil mağduriyetin önlenmesi ve mağdurun korunma ihtiyacının tespit edilerek ihtiyaç duyduğu ilgili hizmetlere yönlendirilmesi gibi amaçları vardır.[142] Bu amaçlar doğrultusunda AGO uygulamasının, ceza yargılamasının asıl amacı olan maddi gerçeğe ulaşılmasının yanında, mağdurların ikincil zarar görmesinin önüne geçilmesinde de etkili olması öngörülmektedir.[143]

Adliyelerde mağdurların ve özellikle çocukların özel olarak oluşturulan ortamlarda uzmanlar aracılığıyla şüpheli ve sanık ile yüz yüze

---

139 Aydın, a.g.t, s. 205.

140 Aydın, a.g.t, s. 207.

141 AGO'da yapılan adli görüşmenin işleyişine dair Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan tanıtıcı film için bkz. https://www.youtube.com/watch?v=XnDobNeytTY (Erişim tarihi: 27.01.2025)

142 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 936; Aydın, a.g.t, s. 196.

143 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 191.

gelmeden beyanına başvurulabilmesine imkân sağlayan AGO'lar mağdur odaklı uygulamaların başında gelmektedir. Nitekim 7188 sayılı Kanun[144] ile CMK m. 236'ya eklenen dördüncü fıkrayla; ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların özel ortamlarda ifadelerinin alınması yönünde düzenleme yapılarak, AGO kullanımına açıkça işaret edilmiştir. Ayrıca 7532 sayılı Kanun[145] m. 17 ile aynı maddeye eklenen dokuzuncu fıkra ile beşinci ve altıncı fıkrada belirtilen merkezlerin devlet üniversiteleri tarafından da kurulabileceği yönünde bir düzenleme yapılmıştır. Ancak uygulamada cinsel suç mağduru çocuklarının ifadelerinin bir kez ve sağlıklı bir şekilde alınmasına hizmet etmek amacıyla kurulan bu merkezlerde mağdur çocuğun ifadesinin alınmasına rağmen, daha sonra tekrar mahkemede alındığı görülmektedir. Bu durumun önüne geçmek için çocuğun bu merkezlerde ifadesi alındıktan sonra tekrar mahkemede ifadesinin alınmayacağı ve bu ifadenin görüntülerinin mahkeme heyetince izlenmesinin yeterli olacağına ilişkin bir yasal düzenleme yapılabilir.

AGO'ların kurulmasındaki amaç ÇİM'lere alternatif oluşturmak değildir.[146] AGO ve ÇİM, birbirini tamamlayan ve destekleyen yeni hizmet modelleridir.[147] AGO'lar, ÇİM'lerin kapsamında olmayan çocuklara ve diğer mağdurlara hizmet verilmesi amacıyla oluşturulmuş bir modeldir.[148] AGO'lar öncelikle mağdur, tanık ve SSÇ ile kırılgan gruba dâhil yetişkin mağdurlara hizmet vermektedir. Bunun yanında soruşturma ve kovuşturma evresinde fail ile mağdurun yüz yüze gelmesinde sakınca görülen ya da mağdurun beyanının özel ortamda alınması gerektiği düşünülen her vakada mağdurun beyanı AGO'da alınabilmektedir. Zira her ne kadar AGOY m. 15/1'de yalnızca çocuk ve kırılgan mağdurdan bahsedilmiş olsa da 63 sayılı CBK m. 8, ADMHY m. 47 ve CMK m. 236/4 uyarınca soruşturma ve kovuşturma evresinde fail ile mağdurun yüz yüze gelmesinde sakınca görülen ya da mağdurun beyanının özel ortamda alınması gerektiği düşünülen

144 Bkz. 24.10.2019 tarihli ve 30928 sayılı Resmî Gazete.
145 Bkz. 27.11.2024 tarihli ve 32735 sayılı Resmî Gazete.
146 Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7.
147 Bkz. Adalet Bakanlığı 176 No'lu Genelge.
148 Aydın, a.g.t, s. 193.

her vakada AGO kullanılmaktadır.[149] Dolayısıyla AGO'lar aile içi şiddete ve istismara maruz kalan çocuklar yanında mağduriyet yaşayan diğer yetişkin kırılgan gruplara da hizmet sunabilecek bir yapı olarak işlerlik kazanmıştır.[150] Hatta hukuk davalarında -hâkimin uygun görmesiyle- taraf veya tanık olarak yer alan ve diğer tarafla yüz yüze gelmesinin veya duruşma ortamında bulunmasının örseleyici olduğu değerlendirilen kişilere ilişkin işlemler, AGO'da gerçekleştirilebilir.[151] Adli görüşmeciler, uygulamadaki bazı aksaklıklara rağmen AGO'ların, mağdurların gözetilmesi ve desteklenmesinde önemli bir ihtiyacı karşıladığını, sistemin süreç içinde daha da iyileştirilerek suçtan etkilenen kimselere önemli avantajlar sağlayacağını belirtmektedirler.[152]

6. Adli Görüşme Odaları Sürecinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri

a. Genel Olarak

AGO sürecinde yaşanan sorunları; uygulayıcılar arasındaki işbirliği ve eşgüdüm eksikliği, hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının kırılgan grup konusundaki eğitim eksiklikleri, mağdurun AGO'da ifade alınmasına sadece hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının karar vermesi, teknik aksaklıklar (cihaz bozukluğu, kamera, mikrofon arızalanması vb.), bekleme süresinin fazlalığı şeklinde sayabiliriz.[153] Bu sorunların çözümü için adli görüşmeye katılan profesyonellerin hizmet içi eğitim çalışmalarının mümkün mertebe birlikte yapılması, mağdurla görüşme sürecinde adli görüşmeciye daha fazla söz, yetki ve sorumluluk tanınması, görülen teknik sorunların giderilmesi önerilmektedir.

b. İş Yükü Fazlalığı ve Zaman Baskısı

İş yükü fazlalığından kaynaklanan zaman baskısının kırılgan grupta yer alan mağdur çocukların psikolojilerinin düzelmesinde ciddi engel oluşturduğu anlaşılmaktadır.[154] Adli görüşmeciler, hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının iş yoğunluğu nedeniyle zaman zaman ifade sürecini

---

149 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 78, dipn. 293.
150 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 190.
151 Aydın, a.g.t, s. 198.
152 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 199.
153 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 931.
154 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 197.

hızlandırmaları nedeniyle mağdurun kendisini yeteri kadar ifade edememesine neden olduğunu belirtmişlerdir. Bu sorunun çözümü için de sürecin sağlıklı olabilmesi ve istenen hedeflere ulaşılabilmesi amacıyla ön görüşmenin daha uzun olması gerektiği ve mesleki alışkanlıklardan kaynaklanan sorunların giderilerek AGO uygulamalarına uyum sağlanması konusunda hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının bu alanda hizmet içi eğitim almalarının gerekliliği ifade edilmektedir.[155]

c. Adli Destek Görevlisinin İş Tanımının Yapılmaması

Ayrıca 63 sayılı CBK ve ADMHY'de kullanılan "*adli destek görevlisi*" kavramı, maalesef bütün süreçte mağdura destek olacak bir destek görevlisi olarak tanımlanmamış, Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan pedagog, psikolog ve sosyal çalışmacıları ifade eden daha genel bir kavram olarak kullanılmıştır.[156] Oysa mağdurun ilgili mercilerle ilk kez temasa geçtiği sürecin başından sonuna kadar mağdurun bilgilendirilmesini sağlayacak, sosyal araştırmayı yapacak, süreç boyunca mağdurun ikincil mağduriyet yaşamaması için gerekli desteği sağlayacak bir adli destek görevlisinin görevlendirilmesi konusunda mevzuatta gerekli düzenleme yapılmalıdır. Bu bağlamda; adli destek görevlisinin görev tanımı da mevzuatta açık bir şekilde belirlenmelidir.

d. AGO'nun Kullanımında Yetişkin Mağdurlara Yeterince Yer Verilmemesi

AGO'da işlem yapılmasına karar vermeye yetkili kişi ya da makam, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, kovuşturma evresinde ise mahkemedir. Çocuklar söz konusu olduğunda, AGO'nun gerekliliğini varsaymak ve her durumda çocuğun yüksek yararı gereğince AGO'yu kullanmak gerektiği söylenebilir.[157] Ancak şunu da belirtmekte yarar var ki; adli görüşme odaları tüm yaş gruplarını ve tüm kırılgan grupları kapsayacak ve hizmet sunacak şekilde kurulmasına karşın, uygulamada neredeyse tamamen 18 yaş altı çocuk mağdurlar için tercih edildiği, 18 yaş üstü mağdurlar ya da yetişkin kırılgan bireylerin ise bu odalardan nispeten daha az hizmet aldığı gözlenmiştir.[158] Oysa araştırma bulguları

---

155 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 942-943; Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 20.
156 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 101.
157 Koçyıldırm, a.g.e, s. 35.
158 Coşkun, a.g.m, s. 292.

da göstermektedir ki; yetişkin cinsel suç mağdurları da çocuk mağdurlar gibi cinsel suçlardan etkilenebilmekte, tıbbi ya da psikolojik desteğe[159] gereksinim duymakta, toplum tarafından damgalanmayı ise çocuklara oranla daha kuvvetli yaşamaktadırlar.[160] Nitekim uygulamadaki bu sorunun tespiti Adalet Bakanlığı'nın 01.4.2021 tarihli ve *"Adli Görüşme Odaları"* konulu 176 numaralı Genelgesinde de yapılmış ve 7188 sayılı Kanun ile CMK m. 236'ya eklenen dördüncü fıkrası hatırlatılmasında bulunularak AGO'nun sadece çocuk ifadelerinde değil, şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmemesi ya da beyanının özel ortamda alınması gerektiği değerlendirilen diğer suç mağdurlarının beyanlarının alınmasında da kullanılmasının gerektiğine özellikle vurgu yapılmıştır.[161]

Keza adli görüşme uygulamaları başta çocuk ve kadınlar olmak üzere kırılgan gruplar içinde yer alan mağdurlara yönelik önemli bir kamusal hizmet sunmakla birlikte, ülkemizin değişim dinamiklerine bağlı olarak, önümüzdeki süreçte toplumun yaşlı, engelli yahut mülteciler gibi özel ihtiyaç sahibi kesimlerinin de AGO uygulamaları içinde önemli bir yer tutacağı öngörülebilir.[162]

e. AGO'nun Kullanım Sürecinde Yargı Görevlilerinin Tutum ve Davranışları

Adli görüşme esnasında hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının tutum ve davranışları da süreci olumsuz etkileyebilmektedir. Nitekim adli görüşme devam ederken, hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının sık sık soru sormaları nedeniyle adli görüşmecilerin mağdura ve olaya odaklanamamalarına neden olmaktadır. Keza hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının görüşme sırasında mağdura sormak istedikleri soruların hiç değiştirilmeden doğrudan sorulmasında ısrar etmeleri ve yargılayıcı bir dil kullanmaları da görüşmenin akışını bozan bir diğer

---

159 Mary Louise Stewart/Rita Shackel/Eleanor Freedman/David James Templeton, "Adult Sexual Assault Patients' Experience of the Physical Examination Component of the Medical Forensic Examination: A Scoping Review to Identify Gaps in the Research Literature", Y. 2023, C. 24, S. 4, Trauma, Violence, & Abuse 1, s. 17.

160 Wendy A. Walsh/Joan Meunier-Sham, "Using Telehealth for Pediatric, Adolescent, and Adult Sexual Assault Forensic Medical Examinations: An Integrative Review", Y. 2020, C. 16, S. 4, Journal of Forensic Nursing, s. 232, s. 239.

161 Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/142021084114176noluAGOgenelge.pdf (Erişim tarihi: 19.01.2025)

162 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 202.

faktördür.[163] Bazı saha çalışmalarında da katılımcıların özellikle yeni kuşak yargı görevlilerinin kırılgan gruplara yönelik daha hassas davrandıklarını ancak yaşlı hâkimlerin daha sert olduklarını ifade ettikleri gözlenmiştir.[164] Bu sorunun çözümü için de hâkimlerin ve Cumhuriyet savcılarının yoğun iş yükünden kaynaklanan hızlı bir şekilde karar verme baskısı altında bulundukları gerçeğinden hareketle, zaman ve kriz yönetimi ile ilgili hizmet içi eğitim çalışmalarına alınmalarının yanında AGO uygulamaları, kırılgan mağdur grupları ile iletişim becerileri ve mağdur hakları konularında farkındalık yaratan ve kendilerinde empati uyandıran etkinliklere katılmaları teşvik edilebilir.

f. AGO'larda Görülen Teknik Altyapı ve Fiziki Mekân Sorunları

AGO'ların bir kısmında kamera, mikrofon vb. cihaz bozukluğu şekilinde görülen bazı teknik sorunlar ile fiziki yetersizlikler, gözlem odasında veya duruşma salonunda bulunanlarla adli görüşmeci arasında iletişim problemlerinin oluşması ve mağdurun sorulara cevap vermesinde odaklanma sorunu yaşaması gibi aksaklıklara neden olmaktadır.[165] Teknik alt yapı problemleri mağdur, adli görüşmeci ve yargı görevlileri arasındaki iletişimi engellediği gibi duruşmaların aksamasına da sebebiyet vermektedir.[166]

Mekânsal sorunlara gelince; Eskişehir Adliyesi'nde yapılan bir saha çalışmasında, var olan bir odanın bölünerek AGO yapıldığı ve adli görüşmecilerin, görüşme odasının adliyenin diğer bölümlerinden soyutlanamadığını ve ses yalıtımının iyi yapılamadığını ifade ettikleri tespit olunmuştur.[167]

D. Çocuk Koruma Merkezleri

YÖK kararı ile bazı üniversitelerin bünyelerinde oluşturulan ÇKM'ler, mağdurların korunmasına yönelik kurumsal anlamda yeni hizmet modellerinden birisidir.[168] 2008-2009 yıllarında Türkiye Cumhuriyeti ve UNICEF iş birliği ile gerçekleştirilen "*Önce Çocuklar: Ço-*

163 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 946.
164 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 198.
165 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 943, s. 952.
166 Yaman/Vatansever, a.g.m, s. 196.
167 Şamar/Urhan, a.g.m, s. 944.
168 Aydın, a.g.e, s. 41; Aydın, a.g.t, s. 179.

cuk Koruma Mekanizmalarının İl Düzeyinde Modellenmesi Projesi" kapsamında yapılan çalışmalar sonucunda, üniversitelerde *"Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezleri"*nin kurulması önerilmiştir.[169] Bu merkezlerin kurulma amacı; korunmaya ihtiyacı olan veya suça sürüklenen çocukların tanı, tedavi, korunma ve izlenmelerine dair konularda uygulama ve araştırmalar yapılmasıdır.[170] Bu çerçevede YÖK'ten onay alan üniversiteler, bünyelerinde ÇKM'leri kurmuştur.[171]

ÇKM'nin fiziki yapısı, AGO'daki ve ÇİM'deki yapıya benzemektedir.[172] ÇKM ekibi; çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı, çocuk ve ergen ruh sağlığı uzmanı, çocuk cerrahisi uzmanı, adli tıp uzmanı ve ihtiyaç olan diğer uzmanlar ile sosyal hizmet uzmanı, hemşire ve sekreteryadan oluşmaktadır.[173] Bu ekibe olanaklar ölçüsünde pediatrik radyolog, ortopedi, beyin cerrahisi, dermatoloji, göz, kulak burun boğaz, plastik cerrahi, kadın doğum, yetişkin psikiyatrisi ve diş hekimi gibi gerek duyulan bölümlerden ilgili hekimlerin katılımı da sağlanmaktadır.[174] Ayrıca ihtiyaç duyulması hâlinde barodan bir avukat veya varsa üniversitenin hukuk fakültesinden görevlendirilen bir öğretim üyesi de ekibe hukuki danışmanlık yapmak üzere davet edilebilir.[175] ÇİM'in üniversite hastanelerinde oluşturulmuş şekline benzeyen ÇKM'lere çocuklar doğrudan başvurabilecekleri gibi adli makamların sevki üzerine de gidebilirler. ÇKM'de alanında uzman hekimlerce çocuğun fiziki muayenesinin yanında psikolojik değerlendirmesi de yapılarak adli raporu hazırlanmakta, çocuğun yüksek yararı göz önüne alınarak çocuk için uygun plân (tanı, tedavi, izlem) oluşturulmaktadır.[176]

ÇKM'ler bulundukları ilde çocuklarla ilişkili çalışan diğer birçok kurumla iletişim hâlinde olup, işbirliği içinde çalışırlar. Bu kurumlar arasında Cumhuriyet başsavcılığı, kolluğun çocuk birimleri (çocuk

---

169 Tolga Dağlı/Mehmet Akif İnanıcı, Hastane Temelli Çocuk Koruma Merkezleri İçin Başvuru Kitabı, İhmal ve İstismara Uğrayan Çocuğa Bütüncül Yaklaşım, UNICEF Yayını, Ankara, 2011, s. 208; Fatmagül Aslan/Zehra Zerrin Erkol, "Türkiye'de Çocuk İzlem Merkezleri ve Üniversite Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezleri", Çocuk İstismarı ve İhmali, Türkiye Klinikleri Yayını, 2021, s. 87.

170 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 83.

171 Aslan/Erkol, a.g.m, s. 87.

172 Benzer yöndeki görüş için bkz. Aslan/Erkol, a.g.m, s. 87; Çamak Yanpar, a.g.t, s. 83.

173 Aydın, a.g.e, s. 50; Aydın, a.g.t, s. 189.

174 Dağlı/İnanıcı, a.g.e, s. 210; Aslan/Erkol, a.g.m, s. 88; Aydın, a.g.t, s. 189.

175 Dağlı/İnanıcı, a.g.e, s. 210.

176 Aslan/Erkol, a.g.m, s. 87.

polisi, jandarma çocuk koruma merkezi), baro, çocuk mahkemeleri, il sağlık müdürlüğü, il sosyal hizmetler müdürlüğü, il milli eğitim müdürlüğü bulunur.[177] Kurumlar arası işbirliği, çocuğun ifadesinin tekrar alınmasının engellenmesi, çocuğun süreç içerisinde yeniden ikincil mağduriyeti yaşamasının önüne geçilmesi adına gereklidir.[178] Bu şekilde, kurumlar arasında iş birliğinin sağlanmasıyla çocuğun süreç içerisinde yeniden örselenmesi riski en aza indirilmektedir.[179]

E. Çocuk Adalet Merkezleri

Çocuk Adalet Merkezi (ÇAM) uygulaması ile çocuk ağır ceza mahkemesi, çocuk mahkemesi, Cumhuriyet başsavcılığı çocuk bürosu ve ADM'lerin bir arada yapılandırılması suretiyle çocuklara yönelik tüm adli işlemlerin bu merkezde çocuk dostu usuller uygulanarak yerine getirilmesi amaçlanmaktadır.[180]

Adalet Bakanlığı'nca üzerinde çalışmaları devam eden, çocuklara yönelik bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle tek çatı altında yapılmasını hedefleyen ÇAM; Erzurum'da,[181] Bursa'da[182] ve Eskişehir'de[183] faaliyet göstermektedir. Bu merkezlerin yanında, Gaziantep ÇAM[184] açılmış ancak faaliyetleri henüz başlamamıştır. Çocuk adalet merkezleri konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.[185]

Çocuklar hakkında yapılacak bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle ve tek çatı altında tamamlanmasına yönelik hizmet veren bu merkezlerde cinsel istismar mağduru çocukların davalarının görülme-

---

177 Dağlı/İnanıcı, a.g.e, s. 211; Aydın, a.g.t, s. 189; Çamak Yanpar, a.g.t, s. 84.

178 Aydın, a.g.t, s. 189.

179 Dağlı/İnanıcı, a.g.e, s. 211.

180 Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocukadaletmerkezinedir (Erişim tarihi: 17.01.2025)

181 Erzurum Çocuk Adalet Merkezi, 20.11.2021 tarihinde açılışı yapılarak faaliyetlerine başlamıştır. Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/erzurum-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

182 Bursa Çocuk Adalet Merkezi, 15.01.2024 tarihinde faaliyetlerine başlamıştır. Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bursa-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

183 Eskişehir Çocuk Adalet Merkezi, 08.10.2024 tarihinde faaliyetlerine başlamıştır. Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eskisehir-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

184 Gaziantep Çocuk Adalet Merkezi, 27.8.2021 tarihinde açılışı yapılmış olup, kurulmasına yönelik çalışmalar ise hâlen devam etmektedir. Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gaziantep-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

185 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 94, dipn. 345.

si, aynı merkezde yer alan adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğünce sürecin başında çocuğa bir adli destek görevlisi atanması, hatta sürecin başından sonuna kadar yapılacak işlemlerin aynı adli destek görevlisi tarafından yerine getirilmesi, çocuğun psikolojik değerlendirmesinin de bu merkezlerde görevli psikolog, pedagog veya çocuk psikiyatristi gibi uzmanlarca yapılması ve çocuğun suç sonrasında tedavi ve rehabilitasyonunun sağlanması, hiç şüphesiz, çocuğun yaşadığı travmayı atlatmasına yardımcı olabilecektir.[186] Böylece ÇAM uygulaması ile; çocuklara yönelik adli işlemler yetişkinlerden ayrı olarak çocuk dostu ortamda yürütülecek ve çocuk dostu usuller uygulanarak gerçekleştirilecektir. Bunun yanında, adli süreç boyunca adli destek görevlisinden etkin şekilde yararlanabilme imkânı sağlanacaktır. Çocuklar, adli sürecin yıpratıcı etkisinden korunmuş olacaktır. Adli birimlerin yanı sıra diğer paydaş kurum ve kuruluşların temsilcileri de söz konusu merkezde yer alacağından, çocuk koruma sisteminin daha etkin ve bütüncül şekilde işlemesi sağlanarak çocuğun üstün yararı[187] korunmuş olacaktır.[188]

F. SEGBİS'in Kurulması ve Kullanımı

"*Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik*"[189] ile soruşturma ve kovuşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkemece dinlenilmesine gerek görülen kişilerin SEGBİS kullanılarak dinlenilmesi, kayda alınması, saklanması ile bunun için gerekli teknik altyapının kurulmasına ilişkin esas ve usuller düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 3/1-c maddesin-

---

186 Çamak Yanpar, a.g.t, s.128, s. 129.

187 Çocuğun üstün yararı, çocukların etkilenebileceği tüm karar ve işlemlerde çocuğun maddi manevi yararının öncelikle gözetilmesi olarak tanımlanabilir. Türkiye'nin de taraf olduğu Lanzarote Sözleşmesi'nde, çocukların üstün yararı ilkesi temel alınmış, önleyici ve koruyucu düzenlemelerin önemi, mağdur çocuk ve ailesine yardım edilmesi, çocuklara koruyucu cinsel eğitim verilmesi, adli süreçlerin çocuk dostu yöntemlerle düzenlenmesinin önemi vurgulanmıştır. Bkz. Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 5.

188 Bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocukadaletmerkezinedir (Erişim tarihi: 17.01.2025). Ayrıca bkz. Çocuk Adalet Merkezi Uygulaması, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Nisan-2024, Ankara 2024, s. 51. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/10052024162812ÇOCUK%20ADALET%20MERKEZİ%20UYGULAMA%20RAPORU.pdf (Erişim tarihi: 28.01.2025)

189 Bkz. 20.9.2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete.

de; SEGBİS'in UYAP Bilişim Sisteminde ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ifade ettiği hususu hükme bağlanmıştır. Aynı yönetmeliğin 9'uncu maddesindeki[190] düzenleme, mağdur çocuklar bakımından olumludur. Ayrıca SEGBİS kullanımının CMK'nın 52/3 (ilk cümle) ve 219/1'inci maddelerinde ihtiyari olduğu; 52/3 a-b, 58/3, 147/1-h, 180/5 ve 196/4'üncü maddelerinde ise zorunlu olduğu unutulmamalıdır.

Ülke genelindeki hâlihazırda 148 ağır ceza merkezi[191] bünyesinde 224 ağır ceza ve çocuk ağır ceza mahkemesi duruşma salonu ile ceza infaz kurumlarında kurulan SEGBİS sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması; Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikâyetçi, katılan vs.) video konferans yoluyla dinlenilmesine imkân sağlanmıştır.[192] Böylece uygulamada meydana gelen birtakım insan hakları ihlâlleri de önlenmiş olacaktır.[193] Ancak video konferans yoluyla yapılan bağlantının, hiçbir şekilde yüzyüzeliğin yerini tutmadığı, bu tespitin duruşmaya ister AGO'dan ister başka yerden katılsın, duruşmaya uzaktan katılan tüm süjeler için geçerli olduğu dolayısıyla burada, adil yargılanma hakkının altında yer alan zımni bir güvence olan doğrudan doğruyalık ilkesine yönelik bir müdahalenin söz konusu olduğu yönünde eleştiriler de mevcut olup,[194] bu

---

190 Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik m. 9:
"(1) Görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması olanağının varlığı hâlinde, kanunlardaki usul ve esaslar dairesinde, soruşturma veya kovuşturma aşamasında yapılan her türlü işlem SEGBİS ile kayda alınır.
(2) Ancak;
a) Mağdur çocukların,
b) Duruşmaya getirilmesi mümkün olmayan ve tanıklığı maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunlu olan kişilerin tanıklığında bu kayıt zorunludur."

191 Bkz. https://www.hsk.gov.tr/en-yakin-agir-ceza-mahkemeleri (Erişim tarihi: 16.9.2024)

192 Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nın 14.12.2011 tarihli ve 150 No'lu Genelgesi.

193 Yemliha Uğur Tosun/Şerafettin Elmacı, "Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi", *HUKAB Dergisi,* Ankara 2014, S. 6, s. 25.

194 Taner, a.g.m, s. 23.

eleştirilerin özellikle uygulamacılar tarafından dikkate alınması ve değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca uygulamada SEGBİS bağlantısının bazı adliyelerde sağlıklı işlemediği yönündeki serzenişlere karşı da teknik yetersizliklere ilişkin sorunların, sürecin etkili işleyebilmesi adına bir an önce ele alınması gereken etmen olarak ortada durduğu unutulmamalıdır.

G. Kurumsal Yapı ve Yeni Hizmet Modelleri Arasındaki İlişki

Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı'nın kuruluş sürecinde yani 2013 yılından günümüze kadar teşkilatlanmasını tamamladığı, kurumsal bir kimlik edindiği ve ülke çapında düzenlenen ulusal ve uluslararası seminer ve sempozyumlarla farkındalık oluşturmaya başladığı söylenebilir. Keza Türkiye'de seksen bir il merkezinde ve bazı ilçelerde bulunan adliyelerde ADM'lerin kurulması işlemi de tamamlanmıştır. Ayrıca 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu ile ağır ceza merkezleri adalet komisyonlarının bulunduğu yerlerde Koruma Kurulları oluşturulmuştur.

Ülke genelinde uygulanan yeni hizmet modelleri arasındaki ilişkiye gelince; bu hizmet modelleri arasında AGO ile ÇİM'lerin birbirine benzer özellikler taşımakla birlikte bazı farkları bünyesinde barındırdığı görülmektedir. Şöyle ki; AGO'larda bulunan görüşme odaları çocuklar dâhil olmak üzere kadın, engelli ve yaşlı mağdurlar dâhil tüm kırılgan gruplara yönelik hizmet vermekteyken, ÇİM'ler sadece çocuklara hizmet vermektedir.[195] AGO'lar gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında (hatta hukuk yargılamasının yapılması sırasında da) hizmet vermektedir. Oysa ÇİM'ler sadece ceza muhakemesinin soruşturma evresinde hizmet vermek üzere oluşturulmuş birimlerdir.[196] AGO'lar, Adalet Bakanlığı bünyesinde adliye binaları içerisinde yer alırken, ÇİM'ler Sağlık Bakanlığı sorumluluğunda hastanelerin içerisinde bulunmaktadır.[197]

YÖK kararı ile üniversitelerin bünyesinde bulunan ÇKM'lerin de ÇİM'lere benzer işlevler yerine getirdiğini görmekteyiz. Her iki merkez de mağdur çocukla ilgili adli işlemleri yapmanın yanı sıra mağdur

---

195 Aydın, a.g.t, s. 208; Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7.
196 Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7.
197 Aydın, a.g.t, s. 208; Sarıca/Coşkun, a.g.m, s. 7.

çocuğun korunmasına ve tedavisine ilişkin işlemleri de yerine getirmektedir.[198]

Adalet Bakanlığı'nca üzerinde çalışmaları devam eden, çocuklara yönelik bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle tek çatı altında yapılmasını amaçlayan ancak henüz hakkında yasal bir düzenleme bulunmayan ÇAM'ların ise bu aşamada sadece Erzurum'da, Bursa'da ve Eskişehir'de faaliyet gösterdiğini ve ülke genelinde henüz yaygınlaşmadığını belirtmekte yarar vardır.[199] Çocuklar hakkında yapılacak bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle tek çatı altında tamamlanmasına yönelik hizmet vermeyi amaç edinen bu merkezlerin hukuki alt yapısı tamamlandıktan sonra, sayıları artırılabilir.

Ülke genelindeki tüm ağır ceza merkezleri[200] bünyesinde ağır ceza ve çocuk ağır ceza mahkemesi duruşma salonları ile ceza infaz kurumlarında kurulan SEGBİS sayesinde ifade alma ve sorgu işlemleri ile duruşmaların video kaydına alınması; Cumhuriyet başsavcılığı veya mahkemenin yargı çevresi dışında bulunan veya mahkemede hazır bulunamayan kişilerin (şüpheli, sanık, tanık, şikâyetçi, katılan vs.) video konferans yoluyla dinlenilmesine yönelik imkân sağlanmış olup,[201] bu uygulama adil yargılanma hakkını temin etmenin yanında adli işlemlerin yerine getirilmesinde de kolaylık oluşturmuştur. Keza ülke genelinde uygulanan yeni hizmet modellerinin tamamına SEGBİS'in entegrasyonun sağlanmasında yarar vardır.

Adli görüşme sürecinde bazı ülkelerde etkin bir şekilde kullanılan Ulusal Çocuk Sağlığı ve İnsan Gelişim Enstitüsü Protokolü[202] (NICHD) benzeri protokolün oluşturulması ve görüşmelerin bu protokol vasıtasıyla ortak bir yaklaşımla yürütülmesi; alınan ifadelerin güvenilirliğini

---

198 Aydın, a.g.t, s. 209.

199 Çamak Yanpar, a.g.t, s. 94, dipn. 345.

200 Bkz. https://www.hsk.gov.tr/en-yakin-agir-ceza-mahkemeleri (Erişim tarihi: 16.9.2024)

201 Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı'nın 14.12.2011 tarihli ve 150 No'lu Genelgesi.

202 NICHD Protokolü, hafızadan geri çağırma ve iletişim teknikleri dizilerini içerdiğinden, protokolün kullanımı çocukla yapılan adli görüşmede görüşmeciye adım adım rehberlik ederek görüşmenin detaylandırılmasını sağlamaktadır. Bkz. L. R. Benia/N. Hauck-Filho/M. Dillenburg/L. M. Stein, The NICHD investigative interview protocol: A meta-analytic Review, Journal of Child Sexual Abuse, Y. 2015, C. 24, S. 3, 259-279; Ermağan Çağlar/Türk, a.g.m, s. 407.

artırdığı gibi çocuğun üstün yararının da göz önünde bulundurulmasına imkân sağlayacak ve uzmanlar için de bir yol haritası olacaktır.[203]

SONUÇ

Suç, öncelikle kişiler arasında uyuşmazlık olarak kabul edilmektedir. Suçun mağduru da haksızlığa uğramış olan kişidir. Maalesef her suçun mağdurunun devlet olduğunu savunan ve asıl süje olarak suçun failini gören ceza muhakemesi hukukunda mağdura gereken önem verilmemiş ve mağdur, suçtan etkilenen pasif bir süje olarak kenara itilmiştir. Çünkü mağduru ceza yargılamasının öznesinden ziyade nesnesi olarak gören ceza muhakemesi, mağdurun beklentilerini karşılayamamıştır. Fakat son elli yıldan beri yapılan çalışmalar, mağduru ceza muhakemesi hukukunda önemli bir konuma getirmiştir. Nitekim CMK'nın Genel Gerekçesinde, ceza muhakemeleri usulünün amacının sadece sanık haklarını korumaktan ibaret olmadığı özellikle belirtilmiştir.

Uluslararası alanda yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren önem kazanan mağdur haklarına ilişkin düzenlemeler, ülkemizde 01.6.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe giren Yeni Türk Ceza Adalet Sistemi ile hukuk sistemimize dâhil edilmiştir. Günümüze kadar bu alanda, yenilikler yapılmaya devam etmektedir. Mağdurun ve şikâyetçinin CMK'da yer alan haklarının, mülga 1412 sayılı CMUK'a göre daha fazla olduğunu belirtmekte yarar vardır. Ancak suç mağdurlarının karşılaştığı sorunlar göz önüne alındığında, bunun pek de yeterli olduğu söylenemez.

Türk ceza adalet sisteminde yapılan köklü yasal değişiklikler ile birlikte CMK'da mağdur odaklı bir yaklaşımın benimsenmesinin ardından, mağdur hakları ile ilgili kurumsal yapının oluşturulması amacı ile Adalet Bakanlığı bünyesinde "*Mağdur Hakları Daire Başkanlığı*"nın kurulması kararlaştırılmış ve kurulan Mağdur Hakları Daire Başkanlığı; 10.6.2020 tarihli ve 63 sayılı CBK m. 2/1-c gereğince, yeniden yapılandırılarak Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı adında ana hizmet birimi olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlükleri (ADM), adalet komisyonu olan adliyeler-

[203] Ermağan Çağlar/Türk, a.g.m, s. 407.

de (yani ağır ceza merkezlerinde) Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak ilgili Cumhuriyet başsavcılığının gözetim ve denetiminde kurulmuştur. Keza Danışma Kurulu, Koordinasyon Kurulları ve Koruma Kurulları da mağdur hakları konusunda faaliyet gösteren kurumsal yapılardır.

Mağdur hakları ile ilgili yeni hizmet modelleri olarak ise Sağlık Bakanlığı'na bağlı ÇİM'ler, Adalet Bakanlığı'na bağlı AGO'lar ve bazı üniversitelerin bünyelerinde oluşturdukları ÇKM'leri gösterebiliriz. Bu hizmet modellerinin mağdur haklarını koruma ve geliştirme ortak amacı doğrultusunda birlikte çalışmaları, eşgüdüm içinde hareket etmeleri, özellikle birbirlerinin alternatifi değil; aksine birbirlerinin tamamlayıcısı olarak görülmeleri çok önemlidir. Nitekim ÇİM Sağlık Bakanlığı bünyesinde hastanelerde sadece çocuk cinsel istismar mağdurlarına yönelik olarak kovuşturma evresinde hizmet sunmaktayken, AGO Adalet Bakanlığı koordinasyonunda adliyelerde tüm kırılgan gruplara ve mağdurlara yönelik soruşturma ve kovuşturma evrelerinde ayrıca Cumhuriyet başsavcılığı ve ceza mahkemelerinin yanı sıra aile mahkemeleri tarafından da kullanılabilmektedir. Adalet Bakanlığı'nca üzerinde çalışmaları devam eden, çocuklara yönelik bütün adli işlemlerin çocuk dostu usullerle tek çatı altında yapılmasını hedefleyen ÇAM'lar, hâlihazırda sadece Erzurum'da, Bursa'da ve Eskişehir'de faaliyet göstermelerine rağmen bu merkezlerle ilgili henüz yasal bir düzenleme mevcut değildir.

AGO, ÇİM ve ÇKM sayılarının artırılması, ÇAM konusunda ise yasal düzenleme yapılması, mağdurun istismar öyküsünü defalarca anlatarak örselenmemesi yani ikincil mağduriyetin oluşmaması adına önemli bir husus teşkil etmektedir. Ülkemiz uygulamasında, AGO'lardan yararlanma konusunda, yetişkin mağdurların çocuk mağdurlar yanında ikincil plâna itildiği gözlenmiştir. Kırılgan gruplar arasında yer alan yetişkin mağdurların da AGO'da daha fazla yararlandırılmalarının, mağdurların haklarını koruma bakımından daha çözüm odaklı ve bütüncül bir yaklaşım sergileyeceği unutulmamalıdır.

ÇİM'lerde yapılacak adli işlemlerin usulünü gösteren bir yönetmeliğin hâlen çıkarılmaması da büyük bir eksikliktir. Dolayısıyla hem uygulamada iller arası farklılıkların yaşanmasının önüne geçilmesi hem de paydaş kurumların rol ve sorumluluklarının net şekilde belirlenmesi adına, ÇİM'de yapılacak işlemlerin usul ve esaslarını belirleyen ve aynı

zamanda bu merkezlerde görev yapan personelin nitelikleri ile görev tanımlarını gösteren bir yönetmeliğe acilen ihtiyaç vardır. Öte yandan ülkemizde henüz bu merkezlerin bütün illere yaygınlaştırılamaması, özellikle ÇİM'lerin verdiği hizmete ulaşmada zorluklara yol açabilmektedir. Bu merkezlerin öncelikle ülke genelinde yaygınlaştırılması gerekir. Keza mağdurların soruşturma ve kovuşturma evrelerinde muhatap olduğu ÇİM, AGO ve ÇKM'lerde görev yapan personelin, Cumhuriyet savcılarının ve hâkimlerin kısaca bu alanda hizmet sunan tüm profesyonellerin mağdur hakları konusunda belirli aralıklarla hizmet içi eğitim almaları sağlanmalıdır. Ancak bu şekilde farklı görev yapan ve mağdurla bir şekilde teması olan kişilerin mağdur hakları konusunda bilinçli bir tutum sergilemeleri beklenir. Mağdurların süreç içinde farklı aktörler tarafından benzer işlemlere sürekli tekrarlayıcı şekilde maruz bırakılmaları da ikincil mağduriyete sebebiyet verdiğinden bu durumun önüne geçilmesi adına bütüncül ve uzun vadeli çözümler üretilmelidir. Ayrıca adli görüşmede aktif rol alan bütün uzmanlarca NICHD Protokolü benzeri ortak bir protokolün oluşturulması ve uygulanması, görüşmelerde eşgüdüm içinde olma adına gereklidir.

Keza ADMHY, AGOY ve ÇKKY gibi mağdur hakları ile ilgili yönetmeliklerin tekrar ele alınarak bütüncül bakış açısı ile gözden geçirilmeleri ve bu doğrultuda mağdurlar hakkında uygulanacak tedbirlerin, destek ve hizmetlerin mümkün olduğunca derli toplu ve aynı maddelerde düzenlenmesi -toplumdaki ve bireylerdeki adalet inancını güçlendireceğinden- mağdur haklarının korunması adına önemlidir. Ayrıca mağdurun bu merkezlerde temasa geçtiği sürecin başından sonuna kadar mağdurun bilgilendirilmesini sağlayacak, sosyal araştırmayı yapacak, süreç boyunca mağdurun ikincil mağduriyet yaşamaması için gerekli desteği sağlayacak adli görüşme eğitimi almış bir adli destek görevlisinin görevlendirilmesi konusunda, mevzuatta düzenleme yapılmalıdır. Bu yasal düzenlemeler yapılırken de merkezlerin işleyişinde görev alan paydaş kurumlardan görüş alınması, iletişimin güçlendirilmesi ve eşgüdüm içinde hareket adına gereklidir. Zira bu merkezlerin işleyişinde hangi sorunlarla karşılaşıldığını en iyi bilecek durumda olanlar, elbette bu merkezlerde görev yapan personeldir. Hatta paydaş kurum profesyonelleri ile karşılaşılan sorunların ortak eğitim modülleri ve hizmet içi eğitim programları ile çözüme kavuşturulması önerilmektedir. Ayrıca bu merkezlerde istihdamı gerekli

olan personelden, özellikle çocuk ve ergen ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı sayısının ülkemizde çok yetersiz olması gerçeğinden hareketle, TUS'da bu bölümlerin tıp fakültesi mezunu genç doktor adayları tarafından tercih edilmesini sağlayacak ve mesleği cazibeli hâle getirecek çalışmalar yapılmalı, YÖK'ün ve siyasal iktidarın bu doğrultuda kararlar alması sağlanmalıdır.

Sonuç olarak; sadece şüpheli ya da sanık için değil mağdur da dâhil olmak üzere herkes için geçerli, etkili, ulaşılabilir olan ve güven veren bir adalet sistemi oluşturulmalıdır. Bu doğrultuda devlet de mağdurun suçtan doğan zararının giderilmesinde etkin bir rol üstlenmelidir. Bunun yanında mevzuatta düzenlenen mağdurlara tanınan hakların kâğıt üzerinde kalmaması için uygulayıcılar olarak hâkimlerin, Cumhuriyet savcılarının, avukatların, kolluk personelinin, ÇİM, AGO ve ÇKM gibi merkezlerde görev yapan adli görüşmecilerin, sosyal çalışmacıların, psikologların mağdur hakları konusunda hizmet içi eğitim çalışmaları ile bilinçlendirilmeleri, mağdurların hakları konusunda bilgilendirilmeleri, toplumun mağdur hakları konusunda aydınlatılması, mağdurlar üzerine çalışmaları olan baroların, yerel yönetimlerin ve sivil toplum kuruluşlarının bu alandaki çalışmalarının desteklenmesi ve kamu görevlileri ile olan irtibatlarının arttırılması, mevzuattaki konu ile ilgili eksik kalan hususlarda yasal düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Keza Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü'nce her yıl yayımlanan bir önceki yıla ait olan verilerin -şüpheli, sanık ve bunların işledikleri suç türlerinde olduğu gibi- suç mağdurları bakımından da daha ayrıntılı ve gerçekçi olarak yapılması elzemdir. Ayrıca yeni hizmet modelleri olarak özellikle ÇİM, AGO ve ÇKM uygulamalarının, mağdur destek hizmeti için önemli bir başlangıç olduğunu, uygulamada yaşanan sorunlara rağmen, mağdur hakları bakımından önemli kazanımlar oluşturduğunu belirtmekte yarar vardır.

Kaynakça

Kitaplar

Adalet Bakanlığı Mağdura Yaklaşım Kılavuzu, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı Yayını, Ankara 2021.

Akyazan Ahmet Emrah, Mağdurun Kovuşturma Evresindeki Hakları Kapsamında Soru Yöneltme Hakkı, Kişisel Yayın, Ankara 2009.

Atılgan Eylem Ümit/Yağcıoğlu Sedat/Çavdar Yaşar, Çocuklarla Adli Görüşme İçin Rehber, UNICEF Yayını, Ankara 2014.

Aydın Murat, AGO Uygulaması İçin Temel Hukuk Bilgisi, Adalet Bakanlığı Eğitim Kitabı, Ankara 2018. (Kıs. A.g.e)

Çocuk İzlem Merkezleri Türkiye Raporu, Trabzon Barosu Çocuk Hakları Komisyonu, Nisan-2015, Trabzon 2015.

Dağlı Tolga/İnanıcı Mehmet Akif, Hastane Temelli Çocuk Koruma Merkezleri İçin Başvuru Kitabı, İhmal ve İstismara Uğrayan Çocuğa Bütüncül Yaklaşım, UNICEF Yayını, Ankara 2011.

Devellioğlu Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Bası 11, Aydın Kitabevi, Ankara 1993.

Gültekin Özkan, Öğretide ve Uygulamada İddianame ve İddianamenin İadesi, Bası 2, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021. (Kıs. 2021)

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Bası 14, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021. (Kıs. A.g.e)

Koçyıldırım Göktan, Adli Görüşme Odaları: Genel Bilgiler ve Akış, Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2018.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Bası 17, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Gezer Özge/Saygılar Kırıt Yasemin F./Alan Akcan Esra/Özaydın Özdem/Erden Tütüncü Efser/Altınok Villemin Derya/Tok Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Bası 15, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.

Sokullu Akıncı Füsun, Viktimoloji (Mağdur Bilim), Bası 2, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

Şahin Cumhur/Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Bası 10, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019.

Ünver Yener/Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Bası 3, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü, Bası 8, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Yücel Mustafa Tören, Türkiye'de Yargının Etkinliği, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 2008.

Makaleler, Bildiriler, Tezler, Diğer Basılı Yayınlar

Akbulut Berrin, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararı (CMK m. 158/6)", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2022, C. 10, S. 1, ss. 153-209.

Aslan Fatmagül/Erkol Zehra Zerrin, "Türkiye'de Çocuk İzlem Merkezleri ve Üniversite Çocuk Koruma Uygulama ve Araştırma Merkezleri", Şu kitapta: Çocuk İstismarı ve İhmali, Türkiye Klinikleri Yayını, ss. 85-92.

Aydemir İshak/Yurtkulu Fayik, "Çocuğa Yönelik Cinsel İstismarla Mücadelede: Çocuk İzlem Merkezi", *Ankara Sağlık Bilimleri Dergisi*, Y. 2012, C. 1, S. 2, ss. 151-165.

Aydın Murat, Ceza Hukukunda Mağdur Kavramı, Mağdur Hakları ve Mağdurun İkincil Mağduriyetten Korunması, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Ankara 2022. (Kıs. A.g.t)

Bağ Özlem/Alşen Sevay, "Çocuğun Cinsel İstismarının Değerlendirilmesinde Yeni Model: Çocuk İzlem Merkezleri", *İzmir Dr. Behçet Uz Çocuk Hastanesi Dergisi,* Y. 2016, C. 6, S. 1, ss. 9-14.

Beck Cheryl Tatano, "*Secondary Traumatic Stress in Nurses: A Systematic Review",* Archives of Psychiatric Nursing, 2011, 25 (1), ss. 1-10. https://www.psychiatricnursing.org/article/S0883-9417(10)00058-0/abstract (Erişim tarihi: 13.02.2025)

Benia, L.R./Hauck-Filho, N./Dillenburg, M./Stein, L.M., The NICHD investigative interview protocol: A meta-analytic Review, Journal of Child Sexual Abuse, Y. 2015, C. 24, S. 3, 259-279.

Bilginer Samiye Çilem/Çalışkan Deniz, "Çocuğu İstismardan Korumada Yeni Bir Yaklaşım: Çocuk İzlem Merkezleri", İç. Yasemin Karaman-Kepenekci, Pelin Taşkın (ed.), "Prof. Dr. Emine Akyüz'e Armağan: Akademisyenlikte 50 Yıl, Çocuk Hakları, Eğitim Hukuku, Vatandaşlık Eğitimi", Pegem Akademi Yayınevi, Ankara 2018.

Bozdağ Ahmet, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Hukuki Yardım Alma Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Y. 2017, S. 132, ss. 121-146.

Coşkun Umut Haydar, "Yetişkin Cinsel Suç Mağdurlarının Adli Görüşme Odası Gereksinimi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 2024, S. 57, ss. 283-300.

Çamak Yanpar Sultan, "Nitelikli Cinsel İstismar Mağduru Çocuk Açısından Ceza Muhakemesinde Özellik Arz Eden İşlemler", (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli 2024.

Danış Mehmet Zafer/Aygün Metin/Karasu Mehmet/Danış Yasemin, "Çocuk İzlem Merkezleri ve Sosyal Hizmet", *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi,* Y. 2019, S. 89, ss. 518-528.

Değirmenci Olgun, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Y. 2008, C. 21, S. 77, ss. 33-86.

Dolunay Sarıca Ayşe/Coşkun Umut Haydar, "Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri", *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,* Y. 2020, C. 8, S. 1, ss. 1-26.

Ermağan Çağlar Eda/Türk Tuğba, "İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 2019, S. 38, ss. 393-412.

Erükçü Gamze/Akbaş Emrah, "Mağdur Çocuklarla Adli Mülakat Teknikleri", *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi,* Y. 2013, C. 24, S. 1, ss. 199-207.

Erzurumluoğlu Bayram, "Avrupa Birliği Normlarında Mağdur Haklarının Korunması", *Polis Bilimleri Dergisi,* Y. 2009, C. 11, S. 4, ss. 67-88.

Evik Vesile Sonay, "Ceza Muhakemesinde Çocuk Mağdurların Hakları", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2017, C. 12, S. 151-152, ss. 69-115.

Faller Kathleen Coulborn/Palusci Vincent J., "Children's advocacy centers: Do they lead to positive case outcomes?", Child Abuse&Neglect, 2007, 31 (10), s.s. 1021-1029. https://www.sciencedirect.com/sdfe/pdf/download/eid/1-s2.0-S0145213407002517/first-page-pdf (Erişim tarihi: 13.02.2025)

Gültekin Özkan, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 2012, S. 11, ss. 119-148. (Kıs. 2012 A)

Gültekin Özkan, "Mağdur Hakları Bakımından CMUK-CMK Karşılaştırması", *HUKAB Dergisi,* Y. 2012, S. 3, ss. 64-66. (Kıs. 2012 B)

İnceoğlu Asuman, "Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Mağdur Hakları", *Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu,* Adalet Bakanlığı Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Yayını, Ankara 2015, ss. 58-76.

Kafes Veli, "Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2011, C. 60, S. 1, ss. 83-156.

Karagülmez Ali, "Karşılaştırmalı Hukuk Ekseninde Suç Mağduruna Yaklaşımlar", *Terazi Hukuk Dergisi,* Y. 2014, C. 9, S. 100, ss. 535-544.

Karakaş Doğan Fatma, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Y. 2011, C. 24, S. 95, ss. 197-234.

Kaşlı Enver, "Kolluk Uygulamalarında Suç Mağdurunun Korunması", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2022, C. 10, S. 2, ss. 819-837.

Kaya Kızılırmak Cansu, "İstanbul Sözleşmesi'nin 30. Maddesi Çerçevesinde Türkiye'nin Kadına Karşı Şiddet Mağdurunun Zararını Tazmin Yükümlülüğü", *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2021, C. 6, S. 1, ss. 257-269.

Kızılarslan Hakan, "Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığı Kararları ve Bu Kararların Ceza Muhakemesi Sistematiği Açısından İrdelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Y. 2019, S. 144, ss. 59-104.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, "Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Korunması ve Mağdura Tanınan Haklar", *Hukukî Perspektifler Dergisi,* Y. 2006, S. 7, ss. 140-149. (Kıs. A.g.m)

Kuru Gonca, "Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesinde Devletin Rolü", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2015, C. 14, S. 2, ss. 65-110.

Orhan Gülçin/Ulukol Betül/Canbaz Hayri, "Çocuk İzlem Merkezi Modeli ve Bu Modelde Gözlenen Sorunlar", *Kriz Dergisi,* Y. 2019, C. 27, S. 3, ss. 178-186.

Öztürk Gökçe Bahar, "Ceza Muhakemesinde Mağdur ve Mağdur Hakları", *(Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi),* Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2021.

Pazarcıkcı Nusret Alper, "Türk Ceza Yargısında Soruşturma ve Kovuşturma Evresindeki Mağdur Hakları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* Y. 2013, S. 14, ss. 969-1009.

Sarıyar Büşra, "Bir Çocuk İzlem Merkezinin İkincil Travmayı Azaltıcı Yöndeki Etkisinin Araştırılması: Antalya Çocuk İzlem Merkezi Örneği", Acıbadem Mehmet Ali Aydınlar Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2023.

Stewart Mary Louise/Shackel Rita/Freedman Eleanor/Templeton David James, "Adult Sexual Assault Patients' Experience of the Physical Examination Component of the Medical Forensic Examination: A Scoping Review to Identify Gaps in the Research Literature", Y. 2023, C. 24, S. 4, Trauma, Violence, & Abuse, ss. 1-17.

Şahin Feride, "Çocuk İzlem Merkezi Çalışanlarının Çocuk İstismarı ve İhmal Konusundaki Deneyimleri: Bir Kalitatif Çalışma", Erzurum Teknik Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum 2024.

Şamar Berhudan/Urhan Betül, "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme Yapan Adli Görüşmecilerin Deneyimlerinin İncelenmesi: Eskişehir Adliyesi", *Toplum ve Sosyal Hizmet Dergisi,* Y. 2020, C. 31, S. 3, ss. 931-959.

Şan Abdullah Ayhan**,** "Mağdur Hakları", *Başkent Bakış,* Y. 2014, S. 3, ss. 24-28.

Taner Fahri Gökçen, "Kırılgan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* Y. 2021, S. 153, ss. 1-38.

Tanrıvermiş Atilla, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdur Hakları Kavramına Genel Bir Bakış", *Fasikül Hukuk Dergisi,* Y. 2016, C. 8, S. 78, ss. 16-26.

Tekin Babuç Zeynep, "Ceza Adalet Sistemi İçerisinde Mağdur Çocukların İkincil Mağduriyeti", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi,* Y. 2020, C. 23, S. 2, ss. 321-356.

Topdemir Canan, "İstismar Mağduru Çocuğun Korunmasında Bir Uygulama: Çocuk İzlem Merkezi (ÇİM)", *Anadolu Bil Meslek Yüksekokulu Dergisi,* Y. 2016, S. 43, ss. 1-25.

Tosun Yemliha Uğur/Elmacı Şerafettin, "Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin İnsan Hakları Açısından Önemi", *HUKAB Dergisi,* Y. 2014, S. 6, ss. 24-28.

Türk Bedir, "Ceza Adaleti Sisteminde Mağdur Hakları", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Konya 2021.

Walsh Wendy A./Meunier-Sham Joan, "Using Telehealth for Pediatric, Adolescent, and Adult Sexual Assault Forensic Medical Examinations: An Integrative Review", Y. 2020, C. 16, S. 4, Journal of Forensic Nursing, ss. 232-239.

Yaman, Fatih/Vatansever Şevval, "Adli Görüşme Odalarının İşlevselliği Üzerine Bir Çalışma: Bursa Adliyesi", *Avrasya Uluslararası Araştırmalar Dergisi,* Y. 2022, C. 10, S. 31, ss. 186-204.

Yavuz Hakan A., "Yargı Sürecinde Verilecek Destekler", Uluslararası Mağdur Hakları Sempozyumu, (30-31.10.2014), Ankara, ss. 265-273.

Yüksel Fadime/Keser Nilüfer/Odabaş Elif/Kars Gözde Bahar/Yurtkulu Fayık/Daşkafa Filiz/ Arslan Fatma/Cayrat Emine, "Çocuk İstismarı ve Çocuk İzlem Merkezleri", *Tıbbi Sosyal Hizmet Dergisi*, Y. 2013, S. 2, ss. 18-22.

Elektronik Kaynaklar

Adalet İstatistikleri-2023, Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2024, (Mart-2024), https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/22042024115644ADalet_ist-2023CALISMALARI59.pdf (Erişim tarihi: 22.11.2024)

Çocuk Adalet Merkezi Uygulaması, Adalet Bakanlığı Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Dairesi Başkanlığı, Nisan-2024, Ankara 2024. https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dergi/10052024162812ÇOCUK%20ADALET%20MERKEZİ%20UYGULAMA%20RAPORU.pdf (Erişim tarihi: 28.01.2025)

Güncel Türkçe Sözlük, https://sozluk.gov.tr/ (Erişim tarihi: 15.11.2024)

https://www.hsk.gov.tr/en-yakin-agir-ceza-mahkemeleri (Erişim tarihi: 16.9.2024)

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Adrese-Dayali-Nufus-Kayit-Sistemi-Sonuclari-2023-49684 (Erişim tarihi: 22.11.2024)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/cocukadaletmerkezinedir (Erişim tarihi: 17.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/erzurum-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/bursa-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/eskisehir-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/gaziantep-cam (Erişim tarihi: 17.01.2025)

Sağlık Bakanlığı Çocuk İzlem Merkezi Listesi (2024) https://khgmsaglikhizmetleridb.saglik.gov.tr/TR,43119/cocuk-izlem-merkezi-cim-listesi.html (Erişim tarihi: 18.01.2025)

Türkiye Büyük Millet Meclisi İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun 24. Dönem 4. Yasama Yılı'nda 12.6.2014 tarihli toplantısında kabul edilen "MAĞDUR HAKLARI İNCELEME RAPORU", https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/26102020134648magdur_haklari_incelemeraporu.pdf (Erişim tarihi: 15.9.2024)

Türkiye AGO Haritası https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/24052023161247AGO%20Harita.pdf (Erişim tarihi: 18.01.2025)

Türkiye Geneli Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüklerinin haritası için bkz. https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adm-bulunan-adliyeler (Erişim tarihi: 28.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir (Erişim tarihi: 19.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/142021084114176noluAGOgenelge.pdf (Erişim tarihi: 19.01.2025)

https://www.youtube.com/watch?v=XnDobNeytTY (Erişim tarihi: 27.01.2025)

https://karararama.yargitay.gov.tr (Erişim tarihi: 28.01.2025)

https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/adm-nedir (Erişim tarihi: 28.01.2025)

http://www.sck.gov.tr/wp-content/uploads/2020/02/Kadın-ve-Çocuklara-Yönelik-Şiddetle-Mücadele-Kapasite-ve-İmkânlarının-Değerlendirilmesi-Devlet-Denetleme-Kurulu-Raporu.pdf (Erişim tarihi: 12.02.2025)

TBB Dergisi 2025 (178) s. 109-163

TEBLİGAT İŞLEMLERİNDEN KAYNAKLANAN HUKUKİ SORUMLULUK*

LEGAL LIABILITY ARISING FROM NOTIFICATION PROCEEDINGS

Evren KOÇ**
Mehmet Ünsal CANDEMİR***

Özet: Tebligat işlemlerinin gerçekleştirilmesinde ilgili mevzuatta öngörülen kurallara riayet edilmemesi, başta muhatap olmak üzere ilgililerin zararına sebep olabilmektedir. Tebliğ işlemlerinden kaynaklanan zarara ilişkin sorumluluk rejimi hakkında, Tebligat Kanunu veya ilgili mevzuatta herhangi bir kapsayıcı düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, tazminat taleplerinden sorumlu olacak kişinin tespiti, sorumluluğun unsurları ve sorumluluğa ilişkin özel durumlar gibi konuların, tebligat faaliyeti kapsamında sorumluluğa sebep olabilecek başlıca haller çerçevesinde değerlendirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Bu cümleden, çalışmamızda, tebliğ işlemlerinden kaynaklı hukuki sorumluluk rejiminin ana hatlarını tespit etmeyi amaçlamaktayız.

Anahtar kelimeler: Tebligat, Hukuki Sorumluluk, Usulsüz Tebliğ, Posta ve Telgraf Teşkilatı (PTT), Haksız Fiil, Tebligat Hilesi

Abstract: The lack of compliance with the rules related to the notification proceedings may cause the related parties, especially the addressee's damages. Having said that, neither the Notification Act nor other related regulations does not foresee any responsibility regime regarding the damages arising from notification proceedings. Consequently, one shall examine the subjects such as the identification of the liable person, the elements of the responsibility and the specific cases inducing the responsibility within the scope of the principal issues regarding notification proceedings. Accordingly, we hereby aim to identify the main lines of the responsibility regime arising from the notification proceedings.

Keywords: Notification, Legal Liability, Inadequate Notice, Post And Telegraph Organization, Tort, Notification Fraud

---

* Merhum hocamız ve büyüğümüz Prof. Dr. Baki Kuru'nun aziz hatırasına…

** Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, evrenkoc@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000- 0003-1379-8771

*** Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi, unsalcandemir@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5798-2867, Makalenin Gönderim Tarihi: 06.02.2025, Kabul Tarihi: 27.05.2025

GİRİŞ

Tebligat genel olarak kişilerin hak arama hürriyetinin temini amacıyla, kazai, icrai, mali ve idari işlemlerden haberdar olmalarının sağlanmasına yönelmektedir. Tebliğ işleminin sağlıklı bir şekilde gerçekleştirilmesi hem kişilerin hak ve özgürlüklerinin güvencesi için hem de ilgili kazai, icrai, idari ve mali süreçlerin makul ve mümkün olan en hızlı şekilde ilerlemesi adına önem arz etmektedir. Bunun karşısında tebliğ işleminin ilgili kurallara uygun şekilde gerçekleştirilmemesi çoğu zaman kişiler açısından ciddi ölçekte hak kayıplarına sebep olabilmektedir.

Tebligat işlemlerinin herhangi bir hak kaybına yol açmaması ve tebligatın unsurları olan bilgilendirme ve belgelendirmenin tam olarak sağlanması adına tebliğ işlemi ilgili mevzuat çerçevesinde sıkı şekil şartlarına bağlanmıştır. Tebliğ işleminin, mevzuatta öngörülen şekli şartlara uygun yapılmamasının Tebligat Hukuku çerçevesindeki yaptırımı, mevzubahis tebliğ işleminin Tebligat Kanunu (TebK) m. 32 ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (TebYön) m. 53 uyarınca usulsüz addedilmesidir. Keza, tebligatın bilgilendirme ve belgelendirme unsurlarından birini haiz olmaması, çok daha ağır bir sonuca yani tebliğ yokluğuna sebep olmaktadır. Bunun dışında kanun koyucu, tebliğ işleminin sıhhatinin sağlanması adına TebK m. 52-56 hükümlerinde bazı cezai nitelikte düzenlemelere ve özel suç tiplerine yer vermiştir.

Tebligat Kanunu, 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu[1] (PHK) ya da tebligata dair başka bir mevzuatta tebligatın ifası ya da ademi ifasından kaynaklı hukuka aykırılıklardan dolayı ilgili kişilerin uğradıkları zararların ne şekilde tazmin edileceğini öngören hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Başka bir deyişle, tebligat faaliyetinden kaynaklı hukuki sorumluluk rejimi kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiştir. Yalnızca, PTT'nin kendi iç düzenlemesi niteliğindeki *Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi Tebligat İşletme Usul ve Esasları*'nın[2] (Esaslar) 93/III. maddesinde PTT'nin her kademedeki personelinin, tebliğ işlemlerinin usulünce yürütülmesiyle yükümlü

---

1 RG T. 23.05.2013, S. 28655.

2 https://kms.kaysis.gov.tr/ (Çevrimiçi: 03.04.2023).

olduğu ifade edilmiştir.[3] Oysaki tebliğ işleminin hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi kişilerin zararına sebep olmakta ve bu zararın da tazmini gerekmektedir.

Tebliğ işlemlerindeki hukuka aykırılıklar sebebiyle ortaya çıkan zararın tazmini temelde hak arama özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının güvencesini teşkil etmektedir. Bunun yanında, tebliğe konu işlemin etkilediği diğer hak ve özgürlüklerin de bu tür hukuka aykırılıklardan etkilediğini söylemek gerekmektedir. AİHM'in *Platakou/Yunanistan* kararında,[4] tebliğ işlemini ifade eden resmi görevlinin kanuni süre zarfında tebliğ işlemini gerçekleştirmemesi nedeniyle başvurucunun uğradığı hak kaybının hem adil yargılanma hakkının (AİHS m. 6/I) hem de mülkiyet hakkının (AİHS Ek Protokol 1, m.1) ihlaline sebep olduğu sonucuna varılmıştır.

Mevzuattaki bu boşluğun yanında, meselenin doktrinde de hemen hemen hiç incelenmemiş olduğunu, buna mukabil, konuyla ilgili zengin bir yargı içtihadı birikimi bulunduğunu gözlemlediğimizi ifade etmemiz gerekir. Ancak yargı mercilerinin vermiş oldukları kararlar arasında da konuya dair hem maddi hem de şekli hukuka ilişkin çeşitli noktalar üzerinde ciddi bir görüş farkı mevcuttur. Uyuşmazlık Mahkemesinin tebliğ işleminden kaynaklı zararın görüleceği yargı yoluna ilişkin içtihatlarındaki yoğunluk, bahsettiğimiz bu hususa dair bir örnek olarak sunulabilir.

İlgili mevzuattaki ve doktrindeki bu durumun yanında yargı mercilerinin konuyla belirli bir oranda meşgul olduklarını gözlemlememiz neticesinde, tebligat faaliyetinden kaynaklı hukuki sorumluluk rejimini ana hatlarıyla belirlemenin yararlı olacağı düşüncesiyle bu çalışmayı gerçekleştirmekteyiz.

---

[3] Esaslar Madde 93/III- Gerek adli gerekse mali tebligatın adaletin zamanında yerine getirilebilmesi ve devletin gelirlerinin toplanmasında çok önemli olduğundan, her kademedeki personel, bu esaslara uygun tebliğ işlemlerini usulünce yürütülmesinde üzerine düşen görevi en iyi şekilde yapmakla yükümlüdür.

[4] AİHM, Platakou/Yunanistan, Başvuru No: 38460/97, T. 1.01.2001; aynı yönde AYM BB, Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 72-73.

I. TEBLİGAT İŞLEMİ NEDENİYLE HUKUKİ SORUMLULUĞA SEBEP OLABİLECEK HALLER

A. Genel Olarak

Tebligat işleminin gerçekleştirilmesinde muhatap, tebligat türü, tebligat yolu ve karşılaşılabilecek tebliğ engelleri dikkate alınarak farklı ve son derece ayrıntılı merasimler öngörülmüştür. Tebligat merasiminin şekillenmesindeki bu çeşitlilik ve titizlik hem tebligatın kişilerin hak ve özgürlükleriyle bağlantısından hem de tebligatın şekli hukukun meselesi olmasından kaynaklanmaktadır.[5] Tebliğ işleminde rol alan birimlerin, ilgili düzenlemelerde öngörülen merasimlere tam olarak uyması aranmaktadır. Genel olarak tebligatın, usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmediği durumlar ilgililerin, bilhassa muhatabın ya da tebliği talep eden tarafın zararına sebep olabilmektedir.

Bunun karşısında, tebligat faaliyetinden kaynaklı zarara sebep olan haller yalnız, tebligatın usule uygun şekilde yahut hiç gerçekleştirilmemesine hasredilmemelidir. Bilakis tebligatı gerçekleştiren birimlerin kanunda öngörülen yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirmesi halinde dahi, üçüncü kişilerin sürece olumsuz bir şekilde müdahaleleri ya da ihmalkarlıkları neticesinde muhatabın gerçekte tebligattan haberdar olmaması söz konusu olabilir. Ne var ki tebliğ işleminin unsurları olan, bilgilendirme ve belgelendirmenin de esas itibarıyla şeklen var olması yeterli kabul edilmektedir. Zira yalnız tebliğ işleminin bağlı olduğu merasim değil, tebligatın tevsik edilmesi de şekle tabi olup, şekil olarak usule uygun bir tebligatın yapıldığının tebliğ mazbatası yoluyla tevsik edilmesi (TebK m. 23; TebYön m. 35), tebligatın sağlıklı olduğunu kabul etmek için yeterli kabul edilmektedir.

---

[5] Evren Koç, Tebligat Hukuku, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 2; kazai tebligatın usulî işlem niteliği hakkında bkz. İlhan E. Postacıoğlu, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, s. 341; Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, s. 427; Erdoğan Moroğlu/Timuçin Muşul, Tebligat Hukuku, 2. baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s. 5; Nesibe Kurt Konca, Medeni Usûl Ve İcra İflâs Hukuku Açısından Elektronik Tebligat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 45, 47; İbrahim Özbay/Nagehan Okumuş/Bedriye Tuğçe Yalın, Tebligat İhlalleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 22.

Ezcümle, hukuki sorumluluğa neden olacak halleri yalnız usulsüz tebligat ve tebliğ yokluğu ile sınırlamak mümkün değildir. Pekâlâ usule uygun yapılmış bir tebligat neticesinde dahi ilgililerin zararı, bu zarar ile bağlantılı bir hukuka aykırılık ve hukuki sorumluluk bahsi gündeme gelebilmektedir.

Bu noktada, sorumluluk rejiminin belirlenmesi adına öncelikle, tebligat faaliyeti bağlamında sorumluluğa ilişkin hallerin ana hatlarıyla ve örnekleriyle birlikte tasnif edilmesi yol gösterici olacaktır. Öte yandan, sorumluluğa sebep olan hallerin aşağıdaki başlıklarla sınırlı olmadığını söylemek gerekmektedir. Örneğin, tebliğ işlemi sırasında muhatabın kişisel veri güvenliğinin sağlanamaması nedeniyle kişilik haklarının zarar görmesi gibi ihtimallerde de hukuki sorumluluk söz konusu olabilecektir (karş. 6698 s. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, m. 14/III).

B. Tebliğ Yokluğu

Hukuki sorumluluğa sebep olan başlıca hal, tebligatın hiç yapılmaması veyahut yapılan tebligatın bilgilendirme ve/veya belgelendirme unsurundaki eksiklik nedeniyle yok hükmünde olmasıdır.[6] Örneğin TebK m. 11 hükmüne aykırı olarak vekil yerine müvekkilin muhatap olarak belirlenmesi ve tebligatın müvekkile yapılması halinde bilgilendirme unsuru eksikliğinden ötürü tebliği yokluğu söz konusu olacaktır.[7]

---

6 H. Yavuz Alangoya/M. Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul 2009, s. 181; Moroğlu/Muşul, s. 80; Timuçin Muşul, Tebligat Hukuku, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 572; Güray Erdönmez, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 540; İbrahim Özbay/Taner Emre Yardımcı, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 113; Murat Atalı/İbrahim Ermenek/S. Hilal Üçüncü, Tebligat Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 118; Mehmet Köksal, Tebligat Hukuku Şema Kitap – Ders Kitabı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, S. 100; Kurt Konca, s. 317; Koç, Tebligat, S. 143; Özbay/Okumuş/Yalın, S. 60; Derya Belgin Güneş, "Tebliğ Yokluğu", *İÜHFM*, 2016, C. 71, S.1, s. 221 (s. 221 – 231).

7 Timuçin Muşul, "Vekil ile Yürütülen Dava veya İcra Takiplerinde Tebligatın Vekil Yerine Müvekkil Adına Çıkartılmasının Hukuki Sonuçları", İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları, 2. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 82 (s.79-89); Muşul, Tebligat, s. 575; Özbay/Yardımcı, s. 114; Belgin Güneş, s. 224; Koç, Tebligat, s. 146; Yargıtay İBHGK 1937/7 E. 1940/75 K. 10.07.1940 T.; Yargıtay 12. HD 2016/6374 E. 2016/12543 K. 28.04.2016 T. (Lexpera).

Tebliğ yokluğu, muhatabın ilgili süreçten haberdar edilmemesi ve böylece muhatabın sürece katılımının gerçekleşmemesine yol açacaktır. Örneğin yargılama sırasında davalılardan birisine dava dilekçesinin tebliğ edilmemiş olması ile taraf teşkilinin sağlanmaması ya da borçluya ödeme emri tebliğ edilmeden takibin kesinleştirilmesi gibi haller doğrudan AY m. 36/I bağlamında hak arama özgürlüğünün ihlali niteliği taşımaktadır.

Tebliğ yokluğu durumunda bundan öncelikle etkilenecek olan muhataptır. Kendisine adli ve idari makamlar önünde hiçbir şekilde hak arama imkânı tanınmamış kişinin, gıyabında gerçekleşen işlemlerden, ancak bu işlemlerin kendisinin haklarına tesir ettiği anda haberdar olması söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda, muhataba gerektiği şekilde tebligat yapmayan merciin hukuki sorumluluğu doğacaktır.

Borçluya ödeme ya da icra emri tebliğ edilmeden takibin kesinleştirilmesi örneğinde; muhatap borçlunun hiçbir haberi olmaksızın malları haczedilebilecek, banka hesaplarındaki paraları haczedilip alacaklıya ödenecek ve bu sırada borçlu bu işlemlere karşı koyma imkanından mahrum kalacaktır. Böyle bir durumda borçlunun zararına sebep olan vakıa kendisine tebligat yapılmamış olmasıdır. Özellikle cebri satış sürecinde ilgililere tebligat yapılmaması ve ihalenin de nihayet İİK m. 134/X uyarınca bir yıllık sürenin dolmasıyla, ihaleden haberdar olmayan ilgililerin dahi ihalenin feshini isteme hakkının sona ermesiyle, hiçbir şekilde ihale sürecine müdahil olunamamaktadır.[8]

---

[8] "Mahkemece, 19/09/2011 tarihli derece kararında 07/07/2010 tarihli davacı lehine kurulan ipoteğin sehven ... Plastik Ltd. Şirketi lehineymiş gibi algılanarak ödemenin bu şirkete yapıldığı, aynı zamanda dava konusu taşınmaza ilişkin sıra cetveli, kıymet takdiri, satış ilanı gibi süreçlerden hiçbirinin davacı ipotek alacaklısına tebliğ edilmediği, icra dairesi memurlarının kusurlu işlemleri nedeniyle davacı şirketin alacağını alamayarak zarara uğradığı gerekçesiyle davanın kabulüne dair verilen karar, Dairemizin 11/11/2019 tarihli ve 2017/135 esas, 2019/5169 karar sayılı ilamı ile "esasen icra ve iflas dairesi görevlilerinin kusurlarının sabit olduğu, ancak mahkemece dava dışı ipotek borçlusunun başkaca mal varlığı bulunup bulunmadığının araştırılması ve davacının alacağını başka surette tahsil edebilmesinin mümkün olup olmamasına göre zarar miktarı belirlenerek sonucu uyarınca karar verilmesi" gereğine değinilerek eksik inceleme nedeniyle karar bozulmuştur.
Mahkemece bozmaya uyulduktan sonra yapılan yargılama sonucunda, davanın kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı Bakanlık vekilince temyiz edilmiştir.

Bu halde, hukuki sorumluluk çerçevesinde ilgilinin zararının tazminden başka bir yol mevcut değildir.

Bunun yanında, tebliğ işleminin bilgilendirme ve belgelendirme unsurunda PTT personelinin kusuru sebebiyle noksanlık ve bu nedenle tebliğ yokluğu gündeme gelebilir. Muhatabın adresine gidilmeksizin ve tebliğ işlemini gerçekleştirmeksizin sahte tebliğ mazbatası düzenlenerek tebliğ işle0 minin yapılmış gösterilmesi halinde uğranılan zarar tebliğ yokluğundan kaynaklanmaktadır.

Bir başka örnekte, müdafi (vekil) yerine sanığın kendisine yapılan tebligatın yokluğu nedeniyle, sanığın cezasının haksız yere infaz edildiği ihtimalde de zarar söz konusu olmaktadır.[9]

İdari işlemlerin de ilgilisine tebliğ edilmemesi halinde hizmet kusurundan kaynaklı hukuki sorumluluk meydana gelebilmektedir.

Dosyadaki yazılara, kararın bozmaya uygun olmasına, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun olan kararın onanması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD., E. 2021/870 K. 2021/2500 T. 7.6.2021 (Lexpera).

9 "Eldeki olayda 7201 s. TK'nın 11.maddesine aykırı olarak karar kesinleştirilmiştir. Bir an için sanığın vekil ile temsil edildiğinin mahkemece gözden kaçırıldığı düşünülse bile, belirtmek gerekir ki davacı(sanık) hakkındaki mahkumiyet hükmünün kesinleştirilmesi üzerine cezanın infazı için yakalandığında bu durumu müdafii açıkça dile getirerek, kendisinin sanık müdafii olduğunu, dosyada vekaletnamesinin bulunduğunu, tebligatın kendisine yapılması gerektiğini, kaldı ki dosyada sanığın bilinen son adresine de tebligat yapılmadığını hatırlatarak, infazın durdurulmasını istemesine rağmen, bu talebi ve temyiz talebi mahkemece ret edilmiştir. Bu nedenle hâkimin sorumluğunun koşullarının oluştuğu tartışmasızdır. Sanık hakkındaki ceza hükmünün temyizen incelenmesi, temyiz dilekçesinin reddinin temyizi üzerine mümkün olmuş, bu durum Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin "müdafii yerine karar tebliğinin sanığa yapılmasının usulsüz olduğunu tespit ve sanık hakkındaki cezanın zamanaşımının gerçekleştiğinden bahisle düşmesine" dair verdiği, 22.09.2011 gün ve 2010/9593-2011/27183 sayılı karar ile de tespit edilmiştir. Cezanın infazına 22.01.2009 tarihinde başlanmış olup, Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nce düşme karar verildiği 22.09.2011 tarihinden çok önce, 22.05.2009 tarihinde ceza infaz edilmiştir. Böylece zarar da meydana gelmiştir. Açıklanan tüm bu nedenlerle HMK 46/c maddesi uyarınca farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olması karşısında, hâkimlerin yargılama faaliyetinden dolayı davalının sorumluluğu koşulları oluştuğundan davacı yararına uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varıldığından bidayet mahkemesi sıfatıyla karar veren Özel Dairenin yazılı şekilde davanın reddine karar vermesi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay HGK., E. 2014/371 K. 2014/675 T. 21.5.2014. (Lexpera).

Örneğin, yıkım kararının ilgilisine tebliğ edilmeden icra edilmesi durumunda hak kaybına uğrayan kişinin zararı, tebliğ yokluğundan ileri gelmektedir.[10]

Bunun yanında tebliğ yokluğu muhatabın dışında karşı tarafın da zararına yol açabilmektedir. Özellikle tebliği çıkaran merciin, taraflardan birisine tebligat yapmadığı hususunun sonradan anlaşıldığı durumda, tebliğ yokluğu dikkate alınmadan yapılan işlemler geçersiz hale gelmekte ve daha önce yapılmış işlemlerin yenilemesi gündeme gelmektedir. Özellikle usul ekonomisine de aykırılık teşkil eden böyle bir durumda, sürecin tekrarlanması, yapılan işlemlerle birlikte kendi lehine belirli bir ilerleme kaydeden kişilerin hak kaybına neden olabilmektedir. Yine ihalenin feshi örneği üzerinden gidersek; ihalenin, satış ilanının ilgililerden birisinin vekili yerine kendisine yapılması durumunda tebliğ yokluğu sebebiyle ihalenin feshedilmesi ihtimalde, artırmaya hazırlık süreci ile belki de hiçbir ilgisi olmayan ihale alıcısının ya da alacaklı tarafın da zararı söz konusu olacaktır.

C. Usulsüz Tebliğ

Tebligat ile hukuki sorumluluk arasındaki bağlantı açısından belki de ilk akla gelen usulsüz tebliğ niteliğindeki işlemlerdir. Usulsüz tebligatta tebliğ işlemlerinin bilgilendirme ve belgelendirme unsurları mevcuttur, ancak tebligat, ilgili düzenlemelerde öngörülen kurallara uyulmadan gerçekleştirilmiş olmaktadır.

TebYön m. 53/I, c.2'de göre, usulsüz tebligatın yapılmamış sayılacağı ifade edilmektedir. Buna göre doktrinde hâkim görüş, kural olarak usulsüz tebligatın geçersiz olduğunu, ancak muhatabın öğrenmesi

---

[10] "Bu durumda, taşınmazın acele kamulaştırılmasına izin verilmesine ilişkin Mahkeme kararı tebliğ edilmeksizin, salt acele kamulaştırma kararına dayanılarak taşınmazın tahliyesine yönelik olarak yapılan tebligat üzerine tahliyeyi gerçekleştirmeyen davacı şirketin kusurlu olduğundan bahsedilemeyeceği gibi maddi zararın bu kusur nedeniyle kaynaklandığından hareketle, zarar ile idari işlemin icrası arasındaki illiyet bağının kesildiğinden de söz etmenin mümkün olmadığı, Dolayısıyla, İdare Mahkemesince, davacı Şirketin tazminini talep ettiği gerek maddi gerekse manevi tazminat istemlerinden hangisinin idari eylemden kaynaklandığı araştırılarak, diğer bir anlatım ile talep edilen hangi zarar ile eylem arasında illiyet bağı olduğu hususu açıklığa kavuşturulmak suretiyle yeniden karar verilmesi gerektiği" Danıştay İDDK., E. 2020/1240 K. 2020/2033 T. 2.11.2020 (Lexpera).

ile geçerli hale geldiğini kabul etmektedir.[11] Bununla birlikte, tebligat muhatabın öğrenmesi ile birlikte geçerli addedilmektedir (TebK m. 32/I, TebYön m. 53/I). Nitekim burada, *POSTACIOĞLU'nun* işaret ettiği üzere kanun koyucu, bilinçli bir şekilde usulsüz tebliğin behemehal geçersiz olduğunu ifadeden çekinmiştir.[12] Burada esas itibarıyla mülga HUMK m. 82 hükmü[13] ile tecessüm etmiş olan usuli işlemlerde şekil teorisinin bir yansıması bulunmaktadır. Zira bir usuli işlem için öngörülen şekil kuralına uyulmamasıyla beraber ilgili usuli işlem ile amaçlanan sonuca vasıl olunmuş ise usuli işlemin iptaline ve tekrarlanmasına gerek bulunmamaktadır[14].

Tebligatta usule riayet edilmemesi çoğu zaman muhatabın tebligatın içeriğine gereği gibi vâkıf olmasını engellemektedir. Nitekim bundan dolayı, tebligatın usulsüz şekilde yapılması durumunda muhatabın, tebliğe konu işlemi tebliğ mazbatasında belirtilen tarihte değil kendisinin beyan ettiği tarihte öğrendiği kabul edilmektedir (TebK m. 32/II; TebYön m. 53/II). Usulsüz tebligat halinde muhatabın beyanına itibar esas kabul edilmiştir.[15]

---

11 Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt V, 6. baskı, Demir Demir, İstanbul 2001, s. 5558; Moroğlu/Muşul, s. 81; Ejder Yılmaz/Tacar Çağlar, Tebligat Hukuku, 6. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 576; Seyithan Deliduman, Tebligat Hukuku Bilgisi, 6. baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 152; Recep Akcan/Hakan Albayrak, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 175; Hakan Albayrak, Tebligat Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 139; Emel Hanağası/Muhammet Özekes, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, 2. baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2013, s. 128; Kurt Konca, s. 356. Karş. Koç, Tebligat, s. 150.

12 Postacıoğlu, Usul, s. 352.

13 "HUMK m. 82- Esaslı merasime riayet edilmeksizin yapılan usule mütaallik muameleler bu bapta menfaati bulunan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebkederse iptal olunur.
Umumi intizamı veya muamelei usuliyenin istihdaf ettiği maksadı temin mülahazasiyle vazolunan ahkam esaslı merasimden addolunur.
Esaslı olmıyan merasime riayet edilmezse bu bapta menfaati olan kimsenin davayı takipten evvel talebi sebkederse tashih veya ikmal olunur."

14 Postacıoğlu, Usul, 535; Üstündağ, Yargılama, s. 426; Evren Koç, Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 71, dn. 206.

15 TebYön m. 53/III'e göre bu durumda muhatabın beyanının aksinin ispatlanması mümkün değildir. Ancak bizim görüşümüze göre bu düzenleme HMK m. 189/1'in "Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahiptir" hükmüne aykırılık teşkil ettiğinden uygulanması mümkün değildir

Her ne kadar usulsüz tebligat halinde muhatabın beyan ettiği öğrenme tarihi esas kabul edilse de muhatabın bu yönde bir beyanda bulunmadığı durumda usulsüz tebligata konu işlem mevcut sayılarak ilgili sürece devam edilmektedir. Zira tebliğ işlemindeki aykırılık çoğu zaman muhatabın beyanı ile anlaşılmaktadır. Bu ihtimalde, muhatap usulsüz tebligata ilişkin müracaatını gerçekleştirse ve tebliğ tarihi muhatabın beyanına göre düzeltilse bile geçen süre zarfında usulsüz tebligata konu işlemlerden dolayı muhatabın aleyhine hukuki sonuçların doğması söz konusu olabilmektedir. Usulsüz tebligata dair Tebligat Kanunu m. 32/II'nin ve ilgili mevzuatın öngördüğü hukuki çare ise muhatabın hali hazırda uğradığı zararın tazminine yardımcı olmayacaktır. Bundan dolayı, genel hükümler çerçevesinde usulsüz tebliğden dolayı muhatabın zararının tazmin edilmesi gerektiği düşüncesi son derece isabetlidir.[16]

Bunun yanında, tebliğ yokluğundaki durumla benzer şekilde, usulsüz tebliğ yalnız muhatabın değil, tebliğ talep edenin ve diğer ilgililerin de zararına sebep olabilecektir. Zira usulsüz tebliğ nedeniyle tebliğ tarihinin muhatabın beyan ettiği şekilde düzeltildiği durumda hali hazırda diğer ilgililer lehine gerçekleştirilmiş işlemlerin hükmü kalmayabilecektir.[17] Keza usulsüz tebligat nedeniyle muhata-

---

(Koç, Tebligat, s. 151). Nitekim doktrinde de muhatabın beyanının aksinin yazılı delille ispatlanabileceği ifade edilmektedir (Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, s. 1685; Muşul, Tebligat, s. 586; Yılmaz/Çağlar, s. 593; Deliduman, s. 153; Özbay/Okumuş/Yalın,s. 38; Kurt Konca, S. 358. Yargıtay 12. HD., E. 2017/3764 K. 2018/6132 T.18.6.2018).

16 Karş. Muşul, Tebligat, s. 610-611; Yargıtay 4. HD 16.01.2003 T. 2002/8860 E. 2003/344 K. (Kazancı).

17 "Satışa konu taşınmazın paydaşı Ayşe Özhisarlı'ya çıkartılan tebligatın ölü olduğu halde sağmış gibi bizzat tebliğ edildiğini ve tebligatın davalı Mustafa Turhan tarafından alındığının anlaşıldığı, daha sonra Ayşe'nin ölü olması nedeniyle ihalenin feshedildiği ve bundan dolayı davacının 177.653.069 lira zarara uğradığının saptandığı, davalı Mustafa'nın bizzat tebellüğ etmesi nedeni ile kusurlu olduğu gibi, görevli PTT memurunun görevinde gerekli özeni göstermediği Ayşe adının hanım adı olduğu açıkça ve herkesçe bilinebilecek durumda olduğu halde, erkek şahsa bizzat tebliğ ettiğinden kusurlu bulunduğu, davacı zararının 127.650.096 lira olarak belirlendiği gerekçesiyle, davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kararı, davalılar vekilleri ayrı ayrı temyiz etmişlerdir.

Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalılar vekillerinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir.

bın şikâyet yoluna başvurduğu ve şikayetinin kabul edildiği hallerde Avukatlı Asgari Ücret Tarifesi m. 11 gereğince, usulsüz tebliğde hiçbir kusuru olmayan taraf aleyhine kanuni vekalet ücreti ve yargılama giderlerine hükmedilmesi söz konusu olabilecektir.[18] Her ihtimalde, usulsüz tebliğ işleminde herhangi bir kusuru bulunmayan tarafların ödemek zorunda oldukları giderler de hukuki sorumluluk rejimine tabi olacaktır.[19]

D. Tebligatın Vaktinde Yapılmaması

Tebligatın usulüne uygun yapılması kadar, mümkün olan en kısa sürede ve vaktinde gerçekleştirilmesi de tebligat kurumunun amacının sağlanması açısından önem arz etmektedir. Tebliğ işleminin sürüncemede bırakılması nedeniyle ilgili hukuki süreç ciddi şekilde sekteye uğratılabilmekte ve ilgililer bundan dolayı ciddi zararlara uğrayabilmektedir.

Yine vaktinde yapılmaması durumunda, tebligatın herhangi bir sonuç doğurmaması ve anlam ifade etmemesi söz konusu olabilir. Örneğin duruşma davetinin, duruşma tarihinden sonra muhataba tebliğ edildiği durumda, tebligat usulüne uygun yapılmış olsa bile vaktinde gerçekleşmediğinden tamamen sonuçsuz kalacaktır.

Tebligatın vaktinde gerçekleştirilmesi, tebliği çıkaran merciin tebliğ evrakını süresinde hazırlaması ile tebliğ vasıtasına iletmesi ve tebliğ vasıtasının (bilhassa PTT) mümkün olan en kısa sürede tebliğ evrakını muhataba ulaştırmasıyla mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu noktada hem tebliği çıkaran hem de tebliği yapan merciin sorumluluğu bulunmaktadır.

Tebligat mevzuatında, TebYön m. 41 hükmünü[20] hariç tutarsak, tebliğ işleminin belirli bir süre zarfında gerçekleştirilmesini öngören,

---

Sonuç: Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı davalılar vekillerinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına," Yargıtay 11. HD E. 1998/6141 K. 1998/7800 T. 16.11.1998 (Kazancı).

18 Örn. Yargıtay 12. HD E. 2021/3269 K. 2021/4723 T. 29.4.2021 (Lexpera).

19 Karş. Hakan Pekcanıtez/Cemil Simil, İcra-İflas Hukukunda Şikâyet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 415.

20 TebYön Madde 41–Yabancı ülkelere gönderilecek olan ve belirli bir günü içeren tebliğ evrakının, tebliği çıkaran merci tarafından, belirlenen günden en az üç ay önce ilgili bakanlığa gönderilmesi gerekir.

genel nitelikte bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, tebligata dair düzenlemelerin, tebligatın vaktinde yapılması hususunda tamamen kayıtsız kaldıklarını söylemek doğru olmayacaktır.

Tebliği çıkaran merci açısından, TebYön m. 15 hükmünde "*10'uncu maddede sayılan vasıtalarla yapılan tebligatlar dışındaki her çeşit tebliğ evrakı ve davetiyelerin, ilgililere ulaşması ve ilgililerin tebliğin veya davetiyenin gereklerini yerine getirebilmesi için bu evrakı çıkaran merci tarafından tayin edilecek müddetin hesabında, evrakın gönderileceği mahallin yakınlık veya uzaklığı, mevsim koşulları, ulaşım araçlarının durumu gibi hususlar dikkate alınır*" demekle tebligatın çıkarılması hususunda dikkat edilmesi gereken başlıca noktalara dikkat çekilmiştir.[21]

Özel kanunlardaki tebligatın çıkarılma süresine ilişkin düzenlemelere örnek olarak, İİK m. 61/1'de yer alan, ödeme emrinin üç gün içinde tebliğe çıkarılmasına dair hükmü gösterebiliriz. Bu tür düzenlemelere riayet edilmemesi, zarara sebep olduğu durumda tebliği çıkarması gereken merciin sorumluluğuna neden olabilecektir.[22] Bunun dışında, tebligatın PTT'de sürüncemede kaldığı durumda TebK m. 58'deki[23] (TebYön m. 78) usulün izlenmesi gerekmektedir. Buna göre merci yalnız tebligatı çıkarmakla değil, aynı zamanda tebligatın süresinde yapılıp yapılmadığını kontrol etmekle de yükümlüdür.

Öte yandan, tebligatı gerçekleştiren PTT veya memurun (TebK m. 2) da tebliğ evrakını süresinde ulaştırma yükümlülüğü olduğu açıktır.[24]

---

21 Koç, Tebligat, s. 51.

22 Koç, Tebligat, s. 52; Alper Tunga Küçük, "İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler", *İÜHFM*, 2016, C. 73, S.1, s. 318 (s. 305-329).

23 "TebK Madde 58 – Tebliğ vaktinde yapılmaz veya tebliğ mazbatası muayyen zamanda gelmezse alakalı merci keyfiyeti mahalli PTT merkezine bildirir.
Bu merkez şikâyet mevzuu olan evrakın, ne muamele gördüğünü tetkik ve icabederse mevrit merkezinden tahkik ve takibe eder.
Bunların neticesi mahalli PTT merkezi ve icabında Umum Müdürlük tarafından mümkün olduğu kadar kısa bir zamanda alakalı mercie bildirilir."

24 "Davalı PTT, söz konusu tebligatı geç ulaştırmakla kusurludur ve bir zararın varlığı da tartışmasızdır. Ancak bu zararın, haciz ihbarnamesine konu alacak miktarı veya bu miktardan belli bir oranda indirim yapılmak suretiyle bulunacak miktar kadar olacağı düşünülemez. Bu durumda zarar kapsamının BK 43 (TBK 51) maddeleri gereğince hâkim tarafından yukarıda izah edilen şekilde ihbarnameye konu alacak miktarı dikkate alınmaksızın, durumun gereği ve tarafların kusurları

E. Muhatabın Tebligattan Haberdar Edilmemesi

TebK m. 10 hükmüne göre tebligatın kural olarak bizzat muhatabın kendisine yapılması gerekmektedir. Ancak bazı durumlarda, tebliğ adresinin niteliği veya muhatabın adreste bulunmaması nedeniyle, ilgili hukuki süreçlerin aksamaması adına muhatap yerine ve onun adına üçüncü bir kişiye tebligat yapılmasına izin verilmektedir.[25] TebK m. 13-18 (TebYön m. 21-27) hükümleri bu tür durumlarda, muhatap yerine tebellüğe yetkili kişilere tebligat usulünü düzenlemektedir.

Keza tebliğ engelleri olarak isimlendirdiğimiz muhatabın adresi geçici olarak terk etmesi (TebK m. 20), tebliğ imkânsızlığı (TebK m. 21/II), tebellüğden imtina (TebK m. 21/II) hallerinde muhatap ile onun yerine tebellüğe yetkili kişinin adreste bulunmaması veyahut tebliğ evrakını almaktan kaçınmaları durumlarında da hukuki süreçlerin aksamaması adına, kanunen belirlenmiş bir merasimin izlenmesi yoluyla tebliğ işleminin gerçekleştirilebileceği kabul edilmiştir.

Bahse konu durumların ortak noktası ise tebligat ilişkisinde tebliğ memuru ile muhatap arasına üçüncü kişilerin girmesidir. Muhatap yerine tebellüğe yetkili kişiler, tebliğ evrakını almanın yanında, tebellüğden imtina etseler dahi muhatabı tebliğ işleminden haberdar kılmakla ve tebliğ evrakını muhataba iletmekle yükümlüdürler.[26] Bu yükümlülüğün ihlaline kanun açıkça cezai yaptırım sonucu bağlamıştır (TebK m. 54).

Tebliğ imkânsızlığı (TebK m. 21/I) durumunda ise muhataba haber vermesi adına tebliğ işlemi hususunda en yakın komşulardan birine, varsa kapıcı ya da yöneticiye bildirilmelidir (TebK m. 21/I; TebYön m. 31/I-c).[27] TebK m. 21/I'e göre tebligat usulünde bu olumlu yüküm-

---

gözetilerek belirlenmesi gerekir. Mahkemece, bir kısım indirim yapılmış olmakla birlikte, haciz ihbarnamesindeki alacak miktarı esas alınarak zarar kapsamının belirlenmiş olması doğru olmamıştır. Somut olay değerlendirildiğinde, çok daha alt seviyede tazminata hükmedilmesi gerekirdi." Yargıtay 4. HD., E. 2019/1994 K. 2019/4813 T. 21.10.2019.

25 TebK m. 18 Gerekçesi: "… Bu suretle tatbikatta çok müşkülat arz eden bu gibi haller dolayısıyla tebligat işinin aksaması, önlenmiş olacaktır."

26 Muşul, Tebligat, s. 345.

27 Tebellüğden imtina durumunda, hali hazırda tebellüğe yetkili kişi tebliğ işleminden haberdar olduğundan, ayrıca muhataba ya da yetkili kişiye bilgi verebilecek nitelikteki komşunun bilgilendirilmesine ihtiyaç duyulmamıştır (Esaslar, m. 53/2; Yılmaz/Çağlar, s. 388; Muşul, Tebligat, s. 477; Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 200; Koç, Tebligat, s. 102).

lülük "*adreste bulunmama halinde tebliğ olunacak şahsa keyfiyetin haber verilmesini de mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya da bildirilir*" şeklinde açıkça belirtilmiştir.

Muhataba doğrudan tebligat yapılmayan bu hallerde, tebligatın amacına ulaşması için muhatabın, kendisine tebligat yapılan ya da durumdan haberdar edilen kişilerce bilgilendirilmesi elzem niteliktedir. Buna karşın, muhatabın bilgilendirilmesi hususu, tebligatın usule uygun kabul edilmesi için şart değildir. Başka bir deyişle, kendisine haber verilen komşunun ya da muhatap yerine tebliğ evrakını alan kişilerin muhatabı haberdar etmemeleri, tebligatın usulsüzlüğüne ilişkin hukuki müracaata sebep teşkil edemeyecektir.

Tebliğ işlemini gösterir evrak veya ihbarnamenin sökülmesi ya da okunamaz hale getirilmesi de TebK m. 56'da cezai yaptırımı gerektiren bir fiil olarak düzenlendiği gibi aynı zamanda hukuki sorumluluğa sebep olabilecek bir fiil niteliğindedir.

Muhatap, tebligatı öğrenememesinden dolayı çok ciddi zararla karşı karşıya kalabilecektir, zira tebligat usule uygun yapıldığından başta sürelerin işlemesi olmak üzere tüm hukuki sonuçlarını geçerli bir şekilde meydana getirecektir. Muhatap ise hak kaybına uğramanın yanında tebliğ işlemine karşı da hiçbir hukuki imkana sahip olamayacaktadır. Böyle bir durumda, muhatabın başvurabileceği yegâne yol, kendisini tebliğ işleminden haberdar etmeyen kişilerin hukuki sorumluluğuna başvurmak olacaktır.[28]

F. Tebligat Hilesi

Tebligat hilesi, genel olarak ilgili hukuki süreçten lehe sonuç elde etmek amacıyla, tebligat işlemi kapsamında hileli bir davranışa başvurarak muhatabın ilgili hukuki süreci öğrenmesini ve sürece müdaha-

[28] Koç, Tebligat, s. 104; "Haber verilen komşunun muhataba tebliğ işlemini haber verip vermemesi tebligatın geçersizliği sonucunu doğurmaz. Kaldı ki tebliğ evrakının bir sureti muhatabın kapısına yapıştırılmış olmakla muhatabın bu şekilde tebligatı öğrendiği tabidir. Öte yandan haber verilen komşunun muhataba bilgi vermemesi tebligatın geçersizliğini değil ancak ilgilisi yönünden cezai ya da hukuki sorumluluk doğurur." Yargıtay 12. HD., E. 2016/3833 K. 2016/10429 T. 7.4.2016.

lesinin kasten engellenmesini ifade etmektedir.[29] Davacının, davalının adresini kasten yanlış bildirerek ilanen tebligat yoluyla, davalının yokluğunda karar verilmesini sağlaması tebligat hilesinin en çok rastlanan örneklerinden birisidir.[30]

Tebligat hilesini diğer usulsüz tebliğ işlemlerinden ayıran husus, hileye başvuran tarafın muhatabın tebliğe konu işlemi öğrenmesini engelleme kastının bulunmasıdır. Hileye başvuran taraf, usulsüzlüğü bilmesine ya da bilebilecek durumda olmasının yanında, muhatabı aleyhine hukuki sonuç elde etme kastını da taşımaktadır.[31]

Tebligat hilesi, esas olarak *"Lehine karar verilen tarafın, karara tesir eden hileli bir davranışta bulunmuş olması"* şeklindeki yargılamanın yenilenmesi sebebi kapsamında değerlendirilmektedir (HMK m. 375/1-h).[32] Ancak tebligat hilesinden zarar gören tarafın, süre aşımı gibi bir

---

29 Özbay/Okumuş/Yalın, s. 73.

30 Yılmaz/Çağlar, s. 529. Bu eylem aynı zamanda TebK m. 53 uyarınca yanlış adres bildirme suçunu da teşkil etmektedir. Hatta Yargıtay, tebligat hilesi yoluyla elde edilen hükmü resmi evrakta sahtecilik suçu kapsamında değerlendirmektedir: "Aile dostlarının kızı olan katılanla evlenen sanığın evlilik öncesi ve sonrasında kayınpederinin evine birçok kez gittiği, telefon numarasını bildiği, düğün davetiyelerinde dahi kayınpederi ŞZG'nin ev adresinin yazılı olduğu, boşanma davası sonrasında katılanın şahsi eşyasının kargo aracılığıyla doğru adrese gönderilmiş olduğu, mesleği öğretmenlik olan sanığın eşinin kızlık soyadını bilmemesinin düşünülemeyeceği, keza Kütahya'da kayıtlı UJ. ve UJ. isimli toplam 15 telefon abonesinin bulunduğu dikkate alındığında, sanık BJ'nin boşanmadan önce karısını bıraktığı kayınpederinin ev adresini bildiği halde, boşanma davasını sahte adres bildirerek açıp tebligatların ulaşmasını engelleyerek davalının yokluğunda boşanma kararı verilmesini sağladığı, bu suretle resmi belgede sahtecilik suçunu işlediği ek bir kanıt ve araştırmaya gereksinme göstermeyecek biçimde sübuta ermiş, bu suça iştirakleri saptanamayan diğer sanıklar J. J. ve D. V. haklarında cezalandırılmalarına yeterli kesin ve inandırıcı kanıt elde edilememiştir." Yargıtay CGK., E. 2001/164 K. 2001/225 T. 23.10.2001; aynı yönde, Yargıtay 11. CD., E. 2012/28025 K. 2013/3446 T. 04.03.2013.

31 Özbay/Okumuş/Yalın, s. 75.

32 Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, s. 5210 vd.; Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977, s. 105 vd.; Yılmaz/Çağlar, s. 620; Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s. 543; Mert Namlı, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014, s. 357; "Davacı, boşanma davasının yargılaması sırasında tebligat hilesi yapılmış olduğunu ileri sürerek, HUMK'un 445/7. maddesine de dayanmıştır. Toplanan delillerden, koca tarafından açılmış bulunan boşanma davasında, davacının, davalı kadının adresini bilerek yanlış gösterildiği, bu adreste davalı kadının M. isimli bir kardeşi olmadığı halde, bu kişiye tebligat yapılarak, karısının yokluğunda davaya devam edilerek boşanmaya karar verilmesini sağ-

sebepten dolayı her zaman yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurma imkânı olmayabilir. Yargılamanın yenilenmesi hakkından bağımsız olarak, tebligat hilesinden zarar gören tarafın, hileye başvuran taraftan tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.[33]

II. TEBLİGAT FAALİYETİNDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLU KİŞİLER

Tebligat faaliyetinden dolayı kimin sorumlu olacağını doğrudan düzenleyen bir kanun hükmü olmadığını yukarıda belirtmiştik. Öte yandan, tebligat faaliyetinde rol alan oyuncuların çeşitliliğinin de yargılama ve cebri icra faaliyetinin aksine basit bir sorumluluk rejiminin öngörülmesini zorlaştırdığını ifade etmektedir.

Tebligat faaliyeti kapsamında başta PTT ve tebliği çıkaran merci olmak üzere, muhatabın komşusundan, mahalle muhtarına kadar geniş bir kişi grubuna sorumluluk yüklendiği görülmektedir. Bu kişilerin sorumluluğuna dair hukuki sebepler yani kanuni dayanaklar ise sorumluluğa sebep olan fiilin, sorumlu kişinin ve sorumlu kişi ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine bağlı olarak değişkenlik göstermektedir.

Sorumluluk rejiminin kişiler yönünden incelenmesine dair en önemli husus tebliği çıkaran ile tebligatı gerçekleştiren merciin, ezcümle PTT'nin hukuki sorumluluk alanlarının belirlenmesidir. Nitekim uygulamada da en fazla soruna sebep olan durumun, özellikle

---

lamak suretiyle, tebligat hilesi yaptığı anlaşılmıştır. Bu nedenle HUMK'un 445/7. madde koşulları oluştuğundan, yargılamanın iadesi isteminin kabul edilmesinde bir usulsüzlük bulunmamaktadır." Yargıtay 2. HD E. 2006/18513 K. 2007/13729 T. 17.10.2007 (Kazancı).

33 "Ancak, hemen belirtilmelidir ki, davacının yargılamanın yenilenmesi isteği mahkemece reddedildiğine göre izaleyi şuyu kararının ortadan kaldırılmadığı, ihalenin ise hukuki geçerliliğini koruduğu açıktır. Bu durumda davacı ihalenin usulsüzlüğünden bahisle İcra İflas Kanunu'nun 134. maddesi hükmüne göre ihalenin feshini isteyebileceği gibi ihale sonucu edinilen mülkiyete dayalı, tescilin yolsuz olduğunu ileri sürerek tapu iptal ve tescil veya tazminat davası açmasına da yasal bir engel mevcut değildir. Kaldı ki, davacı, davalı Mehmet yönünden eldeki davada ortaklığın giderilmesi ve satış dosyasında tebligat hilesi yapıldığını ileri sürmüştür. Bu tür bir iddia karşısında davalı Mehmet yönünden, izaleyi şuyu ve satış dosyasında yapılan tebligat usulsüzlüklerini davalının bilip bilmediğinin araştırılmasında zorunluluk vardır." Yargıtay 1. HD, E. 2013/21354 K. 2014/9892 T. 14.05.2014 (Legalbank).

usulsüz tebliğ işlemlerinden kaynaklı tazminat davalarında husumetin yöneltileceği merciin belirlenmesinden ve buna göre davanın açılacağı yargı yolunun tayininden kaynaklandığı gözlemlenmektedir.

Üçüncü kişilerin sorumluluğunun kapsamı yönünden; esasında Tebligat Kanunu'nun tebligat suçlarına dair hükümlerinin (TebK m. 53-56) yol gösterici nitelikte olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Tebligat Kanunu'nun Üçüncü Bab'ının düzenleniş şekli incelendiğinde, tebligat faaliyetinde esas rolü oynayan tarafların yani Kanun'un tatbikinde hizmetli olan memur ve diğer kişilerin cezai sorumluluğunun tek bir madde ile şekillendirildiği görülmektedir (TebK m. 52). Buna karşın, muhatap ile tebliğ işleminde rol oynayan üçüncü kişilerin cezai sorumluluğuna sebep olan fiiller, bunların kamu görevlisi sayılmaları mümkün olmayacağından somut bir şekilde tanımlanmıştır. İşte, TebK m. 53-56'da cezai sorumluluk açısından tanımlanan bu fiiller, hukuki sorumluluk yönünden de bizlere belirgin bir çerçeve sunmaktadır.

Görüldüğü üzere, sorumluluğun kişiler yönünden kapsamı, yalnız Tebligat Kanunu ve ilgili mevzuatı uygulamaya memur kılınmış kişilerle sınırlı değildir. Tebliğ işlemine taraf olmayan üçüncü kişilerin de kanun gereği bazı yükümlülükleri söz konusu olabilmektedir. Bu bağlamda, sorumluluk rejimini her bir olağan şüpheli yönünden ayrı ayrı incelemenin faydalı olacağı kanaatini taşımaktayız.

A. Tebliği Çıkaran Merciin Hukuki Sorumluluğu

1. Sorumluluk Rejiminin Niteliği ve Kanuni Dayanakları

Bir bildirim işleminin tebligat olarak nitelendirilmesi için, TebK m. 1'de sayılanlar başta olmak üzere, kanunen tebligat çıkarmaya yetkili sayılan mercilerden bir tanesi tarafından gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir.[34] Aksi durumda gerçekleştirilen bildirimin tebligat olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.[35]

---

[34] Muşul, Tebligat, s. 71; Koç, Tebligat, s. 7; TebK m. 1 dışında özel kanun hükümleri gereğince tebligat çıkarmaya yetkili merciler hakkında bkz. Fatih Tahiroğlu, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler", *İÜHFM*, 2016, C. 73, S.1, s. (s.389-396).

[35] Muşul, Tebligat, s. 71; Nedim Meriç, "Tebligat Çıkaracak Merciler", Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 37. Doktrinde bir gö-

Tebliğ işlemi, tebliği çıkaran mercii ile muhatap arasındaki bir ilişkiye işaret etmekte olup geniş anlamda tebliği çıkaran merci aynı zamanda işlemi gerçekleştiren taraf niteliğindedir. Nitekim bundan dolayı tebliğ işlemi, yargılama faaliyeti kapsamında mahkeme usul,[36] cebri icra faaliyeti kapsamında icra takip işlemi olarak nitelendirilmektedir.[37] Bu doğrultuda, tebligatın usule uygun şekilde gerçekleştirilmesinde ilk ve en önemli adım tebliği çıkaran merci tarafından atılmaktadır.

Tebliği çıkaran merciin öncelikli görevi; muhatabın, tebligat yolunun, tebligat usulünün doğru şekilde belirlenmesi ve buna uygun olarak tebliğ evrakının hazırlanmasıdır. Tebligatı muhataba ulaştıracak olan vasıta (PTT görevlisi, UETS ya da memur) tebliğ memurunun hazırladığı tebliğ evrakındaki bilgileri ve şerhleri takip edecektir. Tebliği çıkaran merciin sorumluluğunun kapsamını da öncelikle bu işlemler tayin etmektedir.

Tebliği çıkaran merciin sorumluluğuna dair de kapsayıcı nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Tebliği çıkaran merciin sorumlu-

---

rüş, kanunda gösterilmeyen bir merci tarafından yapılan bildirimin yok hükmünde olmadığını, geçersiz tebligat mahiyetinde olduğunu ifade etmektedir (Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/Ersin Erdoğan, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 328).

36 Postacıoğlu, Usul, s. 341; Moroğlu/Muşul, s. 5; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 177; Üstündağ, Yargılama, s. 427; Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s. 490; "Hukuki anlamda tebligat, hukuki işlemlerin kanunda belirtilen usule uygun olarak muhatabına ya da muhatap adına kanunen kabule yetkili şahıslara yazılı olarak bildirimi ve bu bildirimin belgelendirilmesi işlemidir. Tebligatın, yazılı bildirim ve belgelendirme olmak üzere iki ana unsuru vardır. Tarafların, mahkemenin, icra ve iflas dairelerinin yaptıkları işlemlerin tamamlanıp hüküm ifade edebilmesi için genellikle tebliğ edilmiş olması gerekmektedir. Bu açıdan tebligatın usulüne uygun olarak yapılması oldukça önemlidir. Tebligat ile ilgili 7201 sayılı Tebligat Kanunu (Tebligat Kanunu) ve Tebligat Kanunu'nun Uygulanmasına Dair Yönetmelik (Yönetmelik) hükümleri tamamen şeklidir. Değinilen işlemler, bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemi olmakla gerek tebliğ işlemi ve gerekse tebliğ tarihi ancak Kanun ve Yönetmelikte emredilen şekillerle tevsik ve dolayısıyla ispat olunabilir." Yargıtay İBBGK., E. 2019/2 K. 2020/3 T. 20.11.2020 (RG T. 20.04.2021, S. 31460).

37 Muşul, s. 598; Pekcanıtez/Simil, s. 60-61; Abdurrahim Karslı, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 78; Aziz Serkan Arslan, İcra Takip İşlemleri (Etkileri ve Hukuka Aykırılığın Sonuçları), Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 91; Nilüfer Boran Güneysu, "İcra Takip İşlemleri", *TBBD*, 2012, S. 101, s. 36 (s. 31-60).

luğu hususunda, her bir merciin kendi kanuni düzenlemelerinde yer alan sorumluluk hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

TebK m. 1'de tebligat çıkarmaya yetkili sayılan merciler incelendiğinde bunların çoğunluğunun kamusal nitelikte olduğu (Devlet tüzel kişiliği kapsamında yer aldığı ya da kamu tüzel kişiliği olduğu) görülmektedir. Bu minvalde, Anayasa'nın 129/V hükmünün genel çerçeveyi ortaya koyduğunu söyleyebiliriz. AY m. 129/V'e göre *"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."* Tebliği çıkaran merciin AY m. 129/V bağlamında kamu görevlisi olarak addedileceği durumların çoğunluğu dikkate alındığında kural olarak tebliği çıkaran merciin kusurundan kaynaklı zarardan idarenin sorumlu olacağı sonucuna varılabilir.

Özel kanuni düzenlemelerin de AY m. 129/V hükmüne uygun olarak şekillendiğini söylemek gerekir. En başta, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 13/I hükmü, kamu görevinden kaynaklı zararlardan dolayı, işlemi yapan personelin değil kurumun sorumlu olacağını düzenlemektedir.

Kazai tebligat açısından tebliği çıkaran merci olan mahkemelerin sorumluluğu açısından HMK m. 46 vd. hükümlerine göre Devletin sorumluluğu söz konusu olmakta olup sorumluluk davası bu hükümler çerçevesinde görülecektir. Hükmün gerekçesinden anlaşıldığı üzere, yalnız hukuki değil tüm yargı mercilerinin tebliğ faaliyetindeki kusurlarından dolayı mezkûr düzenleme çerçevesinde Devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.[38] Bununla beraber, HMK m. 46/I hükmünün hukuki sorumluluk hallerini tahdidi olarak sayması ve ancak hâkimin ağır kusurlu olduğu durumların sorumluluk kapsamında kabul edilmesi[39] kazai tebligat açısından bu tür bir tazmin talebinde bulunulması ciddi anlamda zorlaştırmaktadır. Fikrimizce tebliğ işlemlerinin istisnai

---

[38] HMK m. 46 Gerekçesinden: "Hükümde geçen "hâkim" kavramı, genel anlamda kullanılmıştır. Buna, yargı yetkisini kullanan tüm hâkimler dahildir. Örneğin, ilk derece mahkemesi hâkimleri, bölge adliye mahkemesi hâkimleri, Yargıtay, Danıştay başkan ve üyeleri, keza ceza mahkemesi hâkimleri de buraya dahildir."

[39] Meryem Taş, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 53.

durumlarda, "*Farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar veya hüküm verilmiş olması"* şeklindeki (HMK m. 46/I-c) hukuki sorumluluk sebebi çerçevesinde değerlendirilmesi sonucunda, kazai tebligatın hukuki sorumluluğa yol açabileceği söylenebilecektir.[40]

---

[40] Bu yönde örnek bir karar olarak: "Somut olayda davacının İstanbul 12. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 2007/68-2008/115 Sayılı kararı ile 10 ay hapis cezasına mahkûm edildiği, bu kararın tebliğinde 7201 Sayılı Tebligat Kanun'a aykırı davranıldığı, zira davacının müdafii bulunduğu halde aynı Kanun'un 11. maddesine aykırı olarak mahkumiyetine dair kararın müdafii yerine asile tebliğ edilerek kesinleştirildiği anlaşılmaktadır. Esasen davacıya yapılan bu tebligatın dahi usulsüz olduğu belirgindir. Zira davacının en son, sorgusunun yapıldığı celsede adresini, "Yurt Mah. ... Sok. E... Apt. C/Blok No: ...- Seyhan/Adana" olarak bildirmiştir. Buna rağmen kendisine karar tebliği bilinen en son adresi yerine, iddianamedeki adres olan sahibi bulunduğu gazetenin künyesindeki "Tarlabaşı Cad. No: ... Beyoğlu/istanbul" adresine 7201 sayılı Tebligat Kanunu m. 35'e göre yapılmıştır. Oysa Tebligat Kanunu 10/1. maddesinde; "tebligat, tebliğ yapılacak şahsa bilinen en son adresinde yapılır" hükmüne yer verilmiştir. Olayda davacının bilinen en son adresine dahi tebligat yapılmadan karar kesinleştirilmiştir. Şu hâlde açık kanun hükmüne aykırı bir karar verildiğinin kabulü gerekir.
Eldeki olayda 7201 sayılı TK'nın 11. maddesine aykırı olarak karar kesinleştirilmiştir. Bir an için sanığın vekil temsil edildiğinin mahkemece gözden kaçırıldığı düşünülse bile, belirtmek gerekir ki davacı (sanık) hakkındaki mahkumiyet hükmünün kesinleştirilmesi üzerine cezanın infazı için yakalandığında bu durumu müdafii açıkça dile getirerek, kendisinin sanık müdafii olduğunu, dosyada vekaletnamesinin bulunduğunu, tebligatın kendisine yapılması gerektiğini, kaldı ki dosyada sanığın bilinen son adresine de tebligat yapılmadığını hatırlatarak, infazın durdurulmasını istemesine rağmen, bu talebi ve temyiz talebi mahkemece ret edilmiştir. Bu sebeple hâkimin sorumluğunun koşullarının oluştuğu tartışmasızdır. Sanık hakkındaki ceza hükmünün temyizen incelenmesi, temyiz dilekçesinin reddinin temyizi üzerine mümkün olmuş, bu durum Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin "müdafii yerine karar tebliğinin sanığa yapılmasının usulsüz olduğunu tespit ve sanık hakkındaki cezanın zamanaşımının gerçekleştiğinden bahisle düşmesine" dair verdiği, 22.9.2011 gün ve 2010/9593-2011/27183 Sayılı karar ile de tespit edilmiştir.
"Cezanın infazına 22.1.2009 tarihinde başlanmış olup, Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nce düşme karar verildiği 22.9.2011 tarihinden çok önce, 22.5.2009 tarihinde ceza infaz edilmiştir. Böylece zararda meydana gelmiştir.
Açıklanan tüm bu sebeplerle HMK 46/c maddesi uyarınca farklı bir anlam yüklenemeyecek kadar açık ve kesin bir kanun hükmüne aykırı karar verilmiş olması karşısında, hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı davalının sorumluluğu koşulları oluştuğundan davacı yararına uygun bir tazminata hükmedilmesi gerektiği sonucuna varıldığından bidayet mahkemesi sıfatıyla karar veren Özel Dairenin yazılı şekilde davanın reddine karar vermesi doğru görülmemiş ve hükmün bozulması gerekmiştir." Yargıtay HGK E. 2014/4-371 K. 2014/675 T. 21.5.2014 (Kazancı).

İcra ve iflas dairelerince gerçekleştirilen tebligatlardan kaynaklı sorumluluk açısından özel bir düzenleme olan İİK m. 5 hükmüne göre, yine Devlet aleyhine dava açılmalıdır. Belirtmek gerekir ki tebligattan kaynaklı hukuki sorumluluk talepleri çoğunlukla icra tebliğlerinden kaynaklanmaktadır. İcra – iflas dairesinin görevleriyle ilgili olsa bile, icra – iflas dairesi görevlileri dışındaki kişilerin kusurları nedeniyle İİK m. 5'e başvurulması kural olarak mümkün değildir. Ancak, icra tebliğindeki, zarara sebep olan hukuka aykırılık, icra-iflas dairesi görevlilerinin gözetim ve denetim faaliyetlerindeki ihmalden kaynaklanıyorsa bu durumda İİK m.5'in uygulanması söz konusu olabilecektir.[41] Bu husus, özellikle aşağıda inceleyeceğimiz, icra dairesinin usulsüz tebliğleri incelemesi yönünden önemlidir.

İstisnai bir örnek olarak ise noterlerin tebliğ faaliyetlerinden doğan zararlarda idarenin değil, bizzat noterin kendisinin sorumluluğu gündeme gelecektir (1512 s. Noterlik Kanunu, m. 162).[42]

Özetle, tebliği çıkaran merciin tebligat faaliyetinden kaynaklı hukuki sorumluluğunun tabi olduğu hukuki rejim için, merciin tabi olduğu ve sorumluluğunu düzenleyen kanuni dayanağa başvurmak gerekmektedir. Bununla birlikte tebligatın, resmi bir işlem olma niteliği ile uyumlu olarak, istisnalar dışında tebliğ işleminden Devletin ve ilgili kamu kurumunun sorumlu olduğunu, dolayısıyla hatalı tebliğ işlemini yapan görevlinin doğrudan sorumlu olmayacağını belirtebiliriz. Gerçekten de idare hukuku açısından, tebligat faaliyetinden kaynak-

---

41 Sibel Demir Saldırım, İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 58; Melih Işık, "Tebligatın Yokluğu ve Usulsüz Tebliğ", Olaylarla Tebligat Hukuku, s. 151.

42 Leyla Müjde Kurt, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi HFD*, 2014, S.2, s. 97 (s. 85-118); Levent Börü, "Elektronik Tebligat", *Hacettepe HFD*, 2020 C.10, S.1, s. 207, dn. 78 (s. 183-225); "Somut olaya konu, 10.01.2012 tarihli temliknameincelendiğinde, davacı ile davalı N. Y. arasındaki alacağın temlikine ilişkin bulunduğu, evrakın onaylama işlemi şeklinde düzenlendiği ve "temlik keyfiyetinin İçişleri Bakanlığı, Jandarma Komutanlığı Jandarma İzmir Tedarik Merkez Komutanlığına tebliğ edilmesini kabul, beyan ve ikrar ederim" şeklinde ibarenin olduğu gözönüne alındığında, davalı noterin temlik keyfiyetini davalı NY'nin alacaklı olduğu dava dışı İçişleri Bakanlığı Jandarma Genel Komutanlığı Jandarma İzmir Tedarik Merkez Komutanlığına tebliğ edilmemesinde davalı noterin de sorumluluğu bulunduğu gözetilmeden, davalı noter yönünden davanın reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 3. HD., E. 2014/4381 K. 2014/16624 T. 16.12.2014 (Lexpera).

lanan hukuka aykırılıklar tebligatın kamu hizmeti niteliği göz önüne alındığında hizmet kusuru kapsamında ele alınmalıdır.

2. Tebliği Çıkaran Merciin Hukuki Sorumluluğunun Sınırları

Tebliğ evrakında muhatabın doğru şekilde gösterilmesi tamamen tebliği çıkaran merciin sorumluluğundadır. Muhatabın yanlış belirlenmesinden dolayı tebligatın yok hükmünde sayılması halinde doğan zarardan, tebliğ evrakını hazırlayan ve tebliği çıkaran merci sorumlu olacaktır.[43] Benzer şekilde tebliğ yolunun belirlenmesi hususunda yine tebliği çıkaran mercii re'sen karar vereceğinden,[44] tebliğ yolunun yanlış tayininden doğan zararlarda yine merciin zararı söz konusu olacaktır. Örneğin, muhatabın TebK m. 7/a hükmüne göre, kendisine elektronik tebligat gönderilmesi zorunlu kılınan bir kişiye PTT vasıtasıyla tebligat gönderilmesi durumunda, usulsüz tebligattan kaynaklı zarardan, tebliği çıkaran merci sorumlu olacaktır. Keza, muhataba usule aykırı olarak TebK m. 21/II uyarınca MERNİS adresine tebligat yapılacağına ilişkin şerhle tebliğ evrakının hazırlanması durumunda usulsüz tebligattan doğan zarar tebliğ çıkaran merciin sorumluluğunda olacaktır.

Bununla birlikte, her usulsüz tebligattan tebliği çıkaran mercii sorumlu tutmak mümkün olmamalıdır. Netice itibarıyla usulsüzlük yalnız tebliğ evrakının hazırlanmasından değil, tebligatın muhataba iletilmesinde meydana gelen hukuka aykırılıklardan, ezcümle tebliğ memurunun usule riayet etmemesinden de kaynaklanabilir. Böyle bir durumda, tebliği çıkaran mercii ile hukuka aykırılık arasındaki illiyet bağı kopacaktır.

Bu noktada, tebliğ çıkaran mercii ile PTT arasındaki hukuki ilişkinin, tebliği çıkaran merciin tebligattan kusursuz sorumluluğunu doğuracak nitelikte olmadığını, ezcümle adam çalıştıranın hukuki sorumluluğunun (TBK m. 66) söz konusu olmayacağını belirtmemiz gerekmektedir. Zira, tebliğ çıkaran merci ile PTT arasındaki ilişki bir istihdam ilişkisi niteliğinde olmadığı gibi aradaki ilişki özel hukuk ilişkisi niteliğinde de değildir.[45] Kaldı ki tebliğ çıkaran merciin PTT

---

43 Yargıtay HGK., E. 2014/371 K. 2014/675 T. 21.5.2014 (Lexpera).

44 Moroğlu/Muşul, s. 32; Koç, Tebligat, s. 24.

45 Bkz. Adam çalıştıran ile çalışan arasındaki ilişkinin özel hukuk ilişkisi olması gerektiği hakkında bkz. Selahattin Sulhi Tekinay/Galip Sermet Akman/Haluk

eliyle tebligatı gerçekleştirmesi tercih konusu değildir, TebK m.1'den kaynaklanan bir zorunluluktur. Öte yandan, tebliği çıkaran merci ile muhatap arasında da sözleşme ilişkisi mevcut olmadığından, PTT ifa yardımcısı gibi görülse bile TBK m. 116 hükmüne dayanılması söz konusu olmayacaktır. Hülasa, tebliğ çıkaran merciin borçlar hukuku çerçevesinde, PTT'nin eylemlerinden kusursuz sorumlu olacağına dair bir hukuki dayanak bulunmamaktadır.

Diğer yandan, tebliği çıkaran merciin usulsüz tebligattan sorumluluğunun, usulsüz tebligatı re'sen dikkate alma ve kontrol etme cihetinde genişletilip genişletilemeyeceği hususunu tartışmak gerekmektedir. Eğer tebliği çıkaran merciin, usulsüz tebliği re'sen dikkate alması gerektiği düşünülürse, bu durumda merciin sorumluluğunun her türlü usulsüz tebligat açısından mutlak nitelikte olduğu ileri sürülebilecektir.

Bir görüşe göre tebliğ usulsüzlüğü, tebliği çıkaran merci tarafından re'sen incelenebilmelidir.[46] Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise usulsüz tebligat ancak muhatabın bu yöndeki müracaatı üzerine dikkate alınabilir.[47]

Burcuoğlu/Atilla Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 504; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, etkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 702; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt -2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 143.

46 Ejder Yılmaz, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 54; Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s. 492; Hanağası/Özekes, s. 138; Recep Akcan, "İcra İşlerinde Tebligat", *SÜHFD*, 1999, S.1-2, s. 94 (s.63-95); Aslı Aras, "Davada veya İcra Takibinde Usulsüz Tebligatın Re'sen Dikkate Alınması Gerekliliği", *TBBD*, 2022, S. 158, s. 199 (s. 191-211); Yargıtay HGK E. 2003/442 K. 2003/445 T. 02.07.2003; Yargıtay 4. HD 16.01.2003 T. 8860/344 K. (Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Ankara 2009, s. 391).

47 Necip Bilge/Ergun Önen, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 327; Deliduman, s. 154; Muşul, Tebligat, s. 597; Koç, Tebligat, s. 148; "Borçlunun kendisine gönderilen ödeme emri tebliğ işleminin usulsüz olduğunu ileri sürmesi İİK'nın 16. maddesi anlamında bir şikâyet olup, aynı maddenin 1. fıkrası gereğince borçlunun bu şikâyetini, işlemi öğrenme tarihinden itibaren yedi günlük sürede icra mahkemesine yapması gerekir. Borçlu vekili 21.02.2014 tarihli itiraz dilekçesinde "17.02.2014 günü müvekkile kambiyo senetlerine özel ödeme emri ve ekinde takibin dayanağı olan senet fotokopileri gönderilmiştir" şeklinde beyanda bulunmuş ise de bu beyan açıkça tebligatın usulsüz olduğu beyanını içermediğinden yöntemine uygun olarak yapılmış bir

Bu meyanda, usulsüz tebligatın re'sen incelenmesi önünde bazı somut engeller bulunmaktadır. İlk olarak, usulsüz tebligatta tebligatın kesin hükümsüzlüğünden bahsedilmesi mümkün değildir; zira muhatabın öğrenmesi ile birlikte tebligat geçerli hale gelebilmektedir. Öte yandan, muhatap dışında birisinin usulsüz tebliği ileri sürmesi de mümkün değildir.[48] Haliyle muhatap tarafından ileri sürülmeyen usulsüz tebliğin, re'sen dikkate alınması gerektiği söylenemeyecektir.

İkinci olarak, her zaman tebliği çıkaran merciin aynı zamanda usulsüz tebligatı incelemeye yetkili olduğu kabul edilmemektedir. İcra tebliğleri açısından durum bu yönde olup, Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre icra dairesinin usulsüz tebliği iddiası ancak icra dairesinin işlemlerini düzeltme yetkisini haiz olan merci yani icra mahkemesince, şikâyet yoluyla incelenebilmektedir; icra dairesinin usulsüz tebliğ iddiasını kendiliğinden değerlendirme imkânı olmadığı kabul edilmektedir.[49]

---

usulsüz tebliğ şikâyetinin varlığından söz edilemez. Borçlu vekilinin ödeme emrinin müvekkiline usulsüz tebliğ edildiğini ileri sürdüğü 26.08.2015 tarihli beyan dilekçesi ise yasal yedi günlük süreden sonradır. Bu durumda ödeme emri tebliğinin usulüne uygun olup olmadığı icra mahkemesince incelenemez." Yargıtay HGK., E. 2017/2330 K. 2021/876 T. 29.6.2021 "Sonuç itibariyle; tebligatın usulsüzlüğüne dair şikâyeti bulunmayan borçluya, ödeme emrinin 07.04.2008 tarihinde tebliğine dair işlemin usulüne uygun yapılıp yapılmadığının mahkemece kendiliğinden değerlendirilmesi ve incelenmesi olanaklı değildir." Yargıtay HGK., E. 2009/539 K. 2010/16 T. 27.1.2010; Yargıtay 12. HD., E. 2021/3540 K. 2021/7663 T. 20.9.2021 (Lexpera). HUMK döneminde, usulsüz tebligat ilk itiraz olarak düzenlenmiş bulunmaktaydı (HUMK m. 187/7).

48 Muşul, Tebligat, s. 597; Atalı/Ermenek/Erdoğan, s. 328; Albayrak, s. 140.

49 "Diğer taraftan Kanun koyucu, icra dairesinin işlemlerine karşı şikâyet yolunu öngördüğünden (İİK m. 16), icra dairesi yaptığı hatalı işlemlerini kendisi düzeltemez. İcra tebliğleri, PTT veya memur vasıtasıyla icra dairesi adına yapıldığından icra dairesinin işlemlerindendir. Bu yüzden, icra tebliğine ilişkin şikâyet hakkı borçluya ait olup, icra müdürünce doğrudan doğruya göz önünde tutularak geçersiz sayılamaz." Yargıtay HGK., E. 2017/2330 K. 2021/876 T. 29.6.2021; "Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 27.01.2010 tarih ve 2009/12-539 Esas, 2010/6 Karar sayılı ilamı ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin istikrar kazanmış pek çok içtihadında (Örneğin 17.06.2013 tarih ve 2013/15836 Esas, 2013/22515 Karar sayılı ilamı) da vurgulandığı üzere, tebligatın usulsüzlüğüne dair bir şikâyet yoksa, ödeme emri tebliğ işleminin usulüne uygun yapılıp yapılmadığının mahkemece kendiliğinden değerlendirilmesi ve incelenmesi olanaklı değildir." Yargıtay CGK., E. 2018/430 K. 2021/268 T. 10.6.2021; "Somut olayda borçlu, takibe 29.12.2010 tarihinde muttali olduğunu bildirdiğinden ve bu tarihten itibaren İİK'nın 16/1.maddesi gereğince yedi gün içinde icra hukuk mahkemesinde usulsüz tebligat şikayetinde bulun-

Bunun dışında, tebliği çıkaran merciin her durumda tebliğ mazbatası üzerinden usulsüz tebligatı tespit edebilmesi de mümkün değildir. Özellikle muhatabın ve muhatap yerine tebliğ evrakını alan kişinin kimlik bilgilerinin doğruluğu ancak tebliğ memurunun kontrolüyle söz konusu olabilir (TebYön m. 36) ve kimlik bilgilerinin yanlışlığının tebliğ mazbatası üzerinden anlaşılması mümkün değildir. Böyle bir durumda, tebliğ çıkaran merciin kişisel kusurunun bulunduğu söylenemeyeceğinden sorumlu addedilmesi doğru olmayacaktır.[50]

Tüm bu hususlar dikkate alındığında, tebliği çıkaran merciin her türlü usulsüz tebligattan sorumlu tutulması mümkün değildir. Merci, ancak kendi yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklı usulsüz tebliğden doğan zarardan sorumlu tutulmalıdır.[51] Buna karşın dipnotta alıntıladığımız Yargıtay 4. HD 26.03.2014 T. 2013/8842 E. 2014/5067 K kararının direnme üzerine incelendiği, Yargıtay Hukuk

madığından, icra müdürlüğünde yaptığı itiraz nedeni ile icra müdürünün takibi durdurmaması yönündeki işleminin kaldırılmasını mahkemeden şikayet yolu ile isteyemez. Bu nedenle talebin reddine karar vermek gerekirken kabulü isabetsizdir." Yargıtay 12. HD., E. 2013/790 K. 2013/9814 T. 18.3.2013 (Lexpera).

50 Karş. Necmeddin Berkin, "Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk", *İÜHFM*, 1971, S. 1-4, s. 231 (s.217-241).

51 Muşul, Tebligat, s. 611; Celil Çelik, "Tebligat Hukukuna İlişkin Pratik Bilgiler", *İBD*, 2018, S.5, s. 92 (s.48-102); Enver Karmış, "Usulsüz Tebligat ve Memurun İşleminde İcra Müdürünün Sorumluluğu", *İBD*, 2007, S.1, s. 60-61 (s. 53-73); "Davalı Adalet Bakanlığı aleyhine icra müdürünün usulsüz tebligata rağmen icra takibini kesinleştirdiği, gerekli özeni göstermediği, icra müdürünün de kusurunun bulunduğu gerekçesiyle dava açılmıştır. İcra müdürünün muhatap adına tebligat yapılan kişilerin gerçekte var olup olmadıklarını ve kimlik bilgilerini kontrol etme yükümlülüğü bulunmadığından davacı zararından davalı Adalet Bakanlığı'nın sorumlu tutularak davanın kısmen kabulüne karar verilmesi usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bu nedenle de bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD 26.03.2014 T. 2013/8842 E. 2014/5067 K.; "İcra İflas Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri ile Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin uygulamaları gereğince, tebligatların usulüne uygun yapılıp yapılmadığının resen araştırılması icra müdürünün görevi değildir. Zira tebligat işlemlerinin sorumluluğu diğer davalı PTT uhdesinde olup davacılarca iddia olunan usulsüz tebligat O davalının sorumluluğunu gerektirir. Kaldı ki haciz işlemleri öncesinde davacılar tarafından ödenen paranın, tahsilat harcı alınmaksızın alacaklı vekiline elden teslim edilmesi karşısında kurum zarara uğramış olup, sözü edilen eylem ile davacıların uğradığını iddia ettikleri zarar arasında illiyet bağı bulunmamaktadır. Buna göre davalı Adalet Bakanlığı aleyhine açılan davanın reddine karar verilmesi gerekirken bakanlığın dava edilen zarardan sorumlu tutulması doğru bulunmamış olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD., E. 2011/5727 K. 2011/6980 T. 15.06.2011.

Genel Kurulu'nun 08.03.2022 tarihli kararında, icra memurunun usulsüz tebligattan, tebliğ evrakını alan kişilerin kimliklerinin tespiti dahil olmak üzere mutlak suretle sorumlu olduğunun kabul edildiği görülmektedir.[52] Kanaatimizce tebliği çıkaran merciin bu şekilde mutlak suretle sorumlu kılınması, kanuni bir dayanak olmaksızın kusursuz sorumluluk rejiminin benimsenmesine yol açacaktır. Bu nedenle HGK kararının yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

B.PTT'nin Hukuki Sorumluluğu

Esas tebligat yolu olan vasıtalı tebligatta tebliğ işlemi, tebliği çıkaran merci ile muhatap (ya da tebellüğe yetkili kişi) arasında bir üçüncü kişi, bir aracı yardımıyla gerçekleşmektedir. Bu aracı ise PTT veya tebliği çıkaran merciin memuru olmaktadır (TebK m. 1; TebYön m. 4). Keza elektronik tebligat işleminde de bir vasıta mevcuttur; tebliğ işlemi PTT tarafından kurulmuş bulunan UETS aracılığıyla yerine getirilmektedir.[53]

Vasıtalı tebligatta, tebliğ işlemi tebliği çıkaran merci adına yerine getirilmektedir. Neticede temel tebliğ aracısı olan PTT ya da mercii

---

[52] "Davalı ... aleyhine, icra müdürünün usulsüz tebligata rağmen icra takibini kesinleştirdiği, gerekli özeni göstermediği ve icra müdürünün de kusurunun bulunduğu gerekçesiyle eldeki dava açılmıştır. Muhatabın yurt dışında olduğu belirtilmesine rağmen gerekli prosedürler izlenmeden tebligat yapılarak Tebligat Kanunu hükümlerine açıkça aykırı davranılması, muhatap adına tebligat yapılan kişilerin gerçekte var olup olmadıklarını araştırılmaması ve usulsüz tebligata rağmen icra takibinin kesinleştirilmesi hususları birlikte değerlendirildiğinde icra dairesi görevlilerinin kusurlu olduklarının kabulü ile davalı ... Bakanlığının sorumluluğu benimsenerek davacının uğradığı zararın karşılanması gerektiği sonucuna varılmıştır." Yargıtay HGK., E. 2017/1436 K. 2022/267 T. 8.3.2022 (Lexpera); aynı yönde bkz. "İcra Müdürü tebligatın Tebligat Yasası hükümlerine uygun olarak tebliğ edilip edilmediğini denetlemekle yükümlüdür. Tebligatın usulsüz olduğu yukarıda yapılan açıklamalar ışığında anlaşıldığı gibi Samandağ İcra hukuk mahkemesinin 1999/122 Esas dosyasında yapılan yargılama sonucunda verilen karar ile de sabit olmuştur. Yerel mahkemece açıklanan yönler gözetilerek İİK'nın 5. maddesine göre sorumluluğun kapsamı belirlenerek hüküm kurulması gerekirken davanın reddedilmiş olması ve kısa kararda dava ispatlanamadığından reddedilmiş olmasına rağmen gerekçeli kararda hem husumetten ve hem de esastan ret kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay HGK E. 2002/8860 K. 2003/344 T. 16.1.2003 (Kazancı).

[53] Mine Akkan, "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Legal MİHDER*, 2018, C. 14, S. 39, s. 59 (s.23-90); Koç, Tebligat, s. 24; Kurt Konca, s. 81; aksi yönde Özbay/Yardımcı, s. 28.

memuru tebliğ işlemini tebliği çıkaran mercii temsilen yerine getirmektedir.[54] Nitekim bundan dolayı, tebligata konu işleme karşı muhalefet edilebilecek merci önünde ve yine bu işlemin tabi olduğu hukuki imkân çerçevesinde tebligatın usulsüzlüğü ileri sürülmelidir.[55]

Bununla birlikte, PTT vasıtasıyla gerçekleştirilen tebligatta tebliğ işlemini yapan dağıtım memuru 6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu kapsamında hizmet veren, ayrı bir tüzel kişiliği olan bir kamu iktisadi teşebbüsü olan[56] PTT'ye (bkz. PHK m. 21/III) bağlı olarak kamu görevini ifa etmektedir. Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketinde Çalıştırılacak İdari Hizmet Sözleşmeli Personel Hakkında Yönetmelik'in[57] 8. maddesine göre *"PTT personeli, 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve diğer kanunların sözleşmeli personel hakkındaki hükümlerine tabi olmaksızın idari hizmet sözleşmesi ile istihdam edilir."* İdare hukuku açısında tebliğ memuru, tebliği çıkaran merciin değil PTT'nin hiyerarşik yapısı içerisinde yer almaktadır. Örneğin icra tebliğlerini gerçekleştiren PTT memuru, İİK m. 1/II kapsamında icra dairesi personeli kapsamında olmadığı gibi İİK m. 5 hükmüne de tabi değildir.[58]

Tebligata dair mevzuatta yer alan, tebliğ işleminin gerçekleştirilmesine yönelik kuralların önemli bir bölümü tebliğ memurlarına yöneliktir. Tebliğ evrakının usule uygun şekilde yanında özellikle belgelendirme unsurunu sağlayan tebliğ mazbatasının tutulması (TebK m. 23; TebYön m. 35), doğru ve tebellüğe ehil kişiye tebligat yapılması adına kimlik araştırılmasının gerçekleştirilmesi (TebYön m. 36) yönünden sorumluluk tebliğ memuruna ait bulunmaktadır. Dolayısıyla tebliğ işlemi yapılırken ilgili hukuki düzenlemelerin izlenmemesinden

---

54 İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, İstanbul 1982, s. 58; İsviçre'de kazai tebligat işleminde posta memurunun mahkemenin ifa yardımcısı niteliğinde olduğu, bundan dolayı usulsüz tebligattan kural olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir (François Bohnet/Nicolas Brügger, "La Notification En Procedure Civile Suisse", ZSR, 2010/I, s. 312 (s. 291-334).

55 Postacıoğlu, İcra, s. 58; Muşul, Tebligat, s. 598; Yılmaz/Çağlar, s. 604; Pekcanıtez/Simil, s. 60-61; Koç, Tebligat, s. 147.

56 6475 sayılı Kanun'dan sonra PTT'nin hukuki yapısı hakkında bkz. Sezin Öztoprak, "6475 sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; "PTT AŞ"", *ABD*, 2014, S.2, s. 380 – 381 (s. 375-394).

57 RG T. 04.10.2013, S. 28785.; ayrıca bkz. PHK Geçici m. 4, Geçici m. 6.

58 İsviçre'de de benzer durum söz konusudur. Bkz. Jolanta Kren Kostkiewicz, SchKG Kommentar Schuldbetreibungs und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen (SchKg), 20. Edition, Zurich 2020, Art. 5, N. 12.

dolayı tebligatın usulsüz ya da yok hükmünde olması halinde tebliğ memurunun kusuru mevzubahis olabilecektir.[59]

Tebligat Kanunu ve Yönetmeliğinde tebliğ evrakının kaybı haline ilişkin PTT'nin sorumluluğuna yer verilmiştir (TebK m. 6/I; TebYön m. 9). Mamafih buradaki sorumluluk yalnız tebliğ evrakının tanzim ve tebliği masrafları ile sınırlandırılmış olduğundan (TebYön m. 9/I) kapsayıcı nitelikte değildir.[60]

Tebliğ memurunun işleminden doğan zarara dair sorumluluk rejimi asıl olarak, PHK m. 29'da düzenlenmiştir.[61] Bu hüküm esas itibarıyla tebliğ işlemlerine inhisar edilmemiştir; PTT'nin hizmetlerinden kaynaklanan her türlü zararın tazminine ilişkin genel esasları ihtiva etmektedir.

PTT görevlisinin tebliğ işlemindeki kusurundan kaynaklı zarardan, PTT sorumludur. PHK m. 29/II'de, sorumluluğun PTT'ye ait olduğu açıkça ifade edilmektedir. Bu noktada, mülga 5584 s. Posta Kanunu'ndaki rejimden (m.47 vd.) farklı olarak, tazminat hakkının yalnız göndericiye değil, ilgili hizmetten yararlanana ait olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca, yine mülga Posta Kanunu'ndaki düzenlemenin (m. 50) aksine, sorumluluk hallerinin, postanın kaybı, çalınması ve hasarı ile sınırlandırılmadığı görülmektedir.

---

59 Sahte tebliğ mazbatası tanzim edilmesinden dolayı muhatabın uğradığı zararın tazmini hakkındaki bir karar olarak bkz. Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/834 K. 2017/1478 T. 31.10.2017 (Lexpera).

60 Yılmaz/Çağlar, s. 108-109; Albayrak, s. 154.

61 Madde 29 – (1) Hizmet akdiyle görev yapan işçiler hariç diğer PTT çalışanları ve acenteleri, PTT'nin paralarına ve para hükmündeki evrak ve senetlerine ve diğer mevcutlarına karşı işledikleri suçlar ile bilanço, tutanak, rapor ve benzeri her türlü belge ve defterleri üzerinde işledikleri suçlar ve ifa ettikleri görevlerinden doğan suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır.
(2) PTT hizmetleri ile ilgili olarak herhangi bir talepte bulunmak ve PTT'nin sorumlu olduğu hâllerde dava etme hakkı o hizmetten yararlanana aittir.
(3) PTT hizmetleri ile ilgili olarak talepte bulunma ve dava açma hakkı faaliyet konusu işlemin tesisi tarihinden itibaren bir yılın sonunda zamanaşımına uğrar. Bu süre, PTT'ye başvuru ile kesilir ve yapılan inceleme ve araştırmaların sonucunun ilgililere bildirildiği tarihte kesildiği yerden yeniden başlar. Bu süre yeni bir başvuru ile tekrar kesilmez.
(4) PTT anlaşmazlık konusu olmayan posta hizmetine ait evrakı iki yıl saklamak zorundadır. Ancak mahkemeye, icra dairesine ve kanunla yetkili kılınmış mercilere başvurulduğunun tebliğ edilmesi hâlinde, anlaşmazlık konusu evrak ihtilaf sonuçlanıncaya kadar saklanır.
(5) Mahkemeye, icraya ve kanunla yetkili kılınmış mercilere başvurulması hâlinde zamanaşımı süresi hariç genel hükümler uygulanır.

PTT'nin sorumluluğuna işaret eden bir diğer düzenleme ise Esaslar m. 5/II'dir. Burada geçen *"2 inci maddede belirtilen Tebliğ evrakı çıkarmaya yetkili merciler tarafından tebligat kendi memurları aracılığıyla yaptırılabilir. Bu durumda PTT'nin herhangi bir sorumluluğu yoktur."* şeklindeki düzenlemenin mefhumu muhalifinden, tebligatın PTT eliyle yapıldığı ihtimalde PTT'nin sorumluluğunun tanındığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, PTT'nin sorumluluğunun niteliği hususu tartışmalıdır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararlarında ve bu görüşü benimseyen Muşul'a göre tebligat işlemi kamu hizmeti niteliğinde olduğundan, tebliğ memurunun eyleminden doğan zararın hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.[62] Ancak, Uyuşmazlık Mahkemesi aksi görüşü benimsemiş; usulsüz tebligattan kaynaklı zararın idari bir işlem ya da eylemden kaynaklanmadığını, dolayısıyla ilgili uyuşmazlığın özel hukuk uyuşmazlığı niteliğinde olduğunu kabul etmiştir.[63] Uyuşmazlık Mahkemesinin, PHK öncesinde yani PTT

---

62 Muşul, Tebligat, s. 610; "Dosya içeriğinden; davalı PTT Genel Müdürlüğü'ne yöneltilen davanın, davacıya icra müdürlüğünce çıkarılan tebligatın, davalı idare çalışanı tarafından tebliği sırasında gerekli özenin gösterilmeyerek usulsüz olarak yapılması sonucu davacının zarara uğraması hukuksal nedenine dayandırıldığı anlaşılmaktadır. Adli makamlarca, dava ya da takibin muhataplarına yapılan tebligatların doğru ve güvenli bir şekilde adrese teslimi ve bu kapsamdaki işlerin denetlenmesi PTT Genel Müdürlüğü'nün kamu hizmeti kapsamındaki görevleri arasındadır. Özellikle adli makamlarca yapılan tebligatlarla ilgili 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 1. ve geçici 1. maddeleri ile 5584 Sayılı Posta Kanunu'nun 1. ve 2. maddeleri dikkate alındığında; davalı idarenin adli tebligatlarla ilgili faaliyetleri tekel şeklinde yürütülen kamusal bir faaliyet olduğundan, bu görevin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi hizmet kusuru niteliğindedir." Yargıtay 4. HD E. 2013/8842 K. 2014/5067 T. 26.3.2014; aynı yönde Yargıtay 4. HD E. 2014/2149 K. 2014/2872 T. 21.2.2014; Yargıtay 4. HD E. 2012/15085 K. 2013/14203 T. 12.9.2013 (Lexpera).

63 "Buna göre, Posta ve Telgraf Teşkilatı, tekel kapsamında kamu hizmeti yürüten, tüzel kişiliğe sahip bir kamu kuruluşu ise de 233 sayılı Kamu İktisadi Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Ana Statü ile, özerk bir tarzda ve ekonomik gereklere uygun olarak kârlılık ve verimlilik ilkeleri doğrultusunda yönetilmesi amacıyla, iktisadi faaliyetleri bakımından özel hukuk hükümlerine tabi kılındığı açıktır.

Bu durumda, posta hizmetini yürüten Kuruluş ile bu hizmetten yararlananlar arasındaki hukuki ilişkinin, Kuruluşun günlük iktisadi faaliyetlerinden doğan bir özel hukuk ilişkisi niteliğini taşıdığında kuşkuya yer yoktur.

Belirtilen yasal düzenlemeler karşısında, olayda bir idari işlem ya da eylemden doğmuş bir zarar söz konusu olmayıp, davalı idare vasıtasıyla para havalesi gönderen kişinin uğradığı zarardan dolayı davalı kuruluşun tazmin yükümlülüğünün saptanmasına ilişkin bulunan davanın, özel hukuk hükümlerine göre

henüz anonim şirkete dönüşmeden önce dahi bu görüşü benimsemiş olduğunu söylemek gerekmektedir.[64]

PTT, yukarıda ifade ettiğimiz üzere 233 sayılı KHK çerçevesinde faaliyet gösteren bir kamu iktisadi teşebbüsüdür. 233 sayılı KHK m. 4/2'ye göre KİT'ler kural olarak (aksi 233 s. KHK'da veya kanunen özel olarak düzenlenmedikçe) özel hukuk hükümlerine tabidir.

PTT'nin 233 sayılı KHK çerçevesinde kurulup faaliyet gösteren bir KİT niteliğinde olması nedeniyle, PTT'nin sorumluluğunun idare hukukundan ziyade özel hukuk hükümleri dairesinde ele alınması gerekmektedir. KİT'lerin üçüncü kişilerle ile arasındaki hukuki ilişki özel hukuk ilişkisi niteliğindedir. Öte yandan KİT'ler yalnızca kuruluş, içyapı ve iç ilişkileri yönünden idare hukukuna tabidir.[65]

KİT'lerin verdiği zarardan sorumluluk meselesinde de Gözler'in ifade ettiği üzere 233 sayılı KHK'da kabul edilen kural caridir. 233 sayılı KHK'da ise KİT'lerin üçüncü kişilere verdikleri zararlar açısından da herhangi bir istisna hükmü getirilmemiştir.[66] Kanaatimizce PTT'nin bir kamu hizmeti olan tebligat faaliyeti yönünden tekel niteliğinde olması da bu kurala dair istisna tanınması için yeterli değildir, zira KİT'lerin varlık nedeni de hali hazırda kamu hizmetlerinin yerine getirilmesidir.[67] Bu doğrultuda, bizce de Uyuşmazlık Mahkemesi'nin vardığı sonuç doğrudur; PTT'nin KİT niteliğinde olması sebebiyle tebligat faaliyetinden kaynaklı sorumluluğu özel hukuk hükümlerine tabi olmalıdır.[68]

---

görüm ve çözümünde adli yargı yeri görevli bulunmaktadır." UMH, E. 2016/476 K. 2016/616 T. 26.12.2016; aynı yönde UMH, E. 2016/218 K. 2016/264 T. 9.5.2016; UMH, E. 2017/667, K. 2017/724; T. 27.11.2017 (Lexpera).

64 UMH, E. 2005/8 K. 2005/26 T. 4.4.2005; UMH, E. 1990/22 K. 1990/22 T. 22.10.1990 (Lexpera).

65 Kemal Gözler, İdare Hukuku Cilt I, 3. Baskı, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2019, s. 651; Metin Günday, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015, s. 543; Turgut Tan, İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 186-187; "Kuşkusuz, özel hukuk hükümlerine bağlı olmak şirketin dışa karşı işlemleriyle ilgilidir. Yoksa kendi iç yapısı, işleyişi ve denetiminin de özel hukuk kurallarına bağlı olduğunu göstermez." AYM 22.12.1994 T. 1994/70 E. 1994/65 K. (RG T. 28.01.1995, S. 22185).

66 Gözler, C.II, s. 1053.

67 Gözler, C.I, s. 627.

68 Kurt Konca, s.361; Melih Işık, s. 153.

PTT'nin tebliğ faaliyetindeki aksamadan ve hukuka aykırılıktan doğan zararda, haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada akdi sorumluluktan bahsetmek mümkün değildir. Bunun sebebi, tebliğ işleminde tebliği isteyen kişi veya muhatap ile PTT arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamasıdır. Bu bağlamda PTT'nin hukuki sorumluluğundan bahsedilebilmesi için TBK m. 49 vd. hükümleri çerçevesinde haksız fiil sorumluluğunun şartları olan hukuka aykırılık (i), kusur (ii), zarar (iii), ve zarar ile eylem arasındaki illiyet bağı (iv) unsurlarının mevcudiyeti incelenmelidir.[69]

Bununla birlikte, PTT'nin hukuki sorumluluğunda, PTT'nin anonim şirket ve tebligat faaliyetindeki tekel niteliği dikkate alınmalıdır. Bunu yanında PTT, TBK m. 66 hükmü çerçevesinde posta dağıtım personellerini çalıştıran konumunda bulunmaktadır. Buna göre PTT, tebliğ işleminde yer alan personelinin eyleminden, adam çalıştıranın sorumluluğu çerçevesinde kusursuz sorumludur diyebiliriz. Nitekim, Yargıtay'ın bir kararında tebliğ evrakındaki sahtelikten dolayı uğranılan zararda, sahteliğe sebep olan personelin belirlenememesi (ve bundan dolayı ceza davasında beraat kararı verilmesi) halinde dahi PTT'nin sorumlu olacağı kabul edilmiştir.[70]

Elektronik tebligat yönünden; yukarıda belirttiğimiz üzere elektronik tebligat da PTT tarafından kurulmuş ve işletilen UETS vasıtasıy-

---

[69] "Somut olayın oluşunu, zarar ile eylem arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığını, tebliğ memurlarının kasten yahut ihmal suretiyle usulsüz tebliğ işlemi gerçekleştirerek davacının zararına neden olup olmadıklarını, hukuk hâkimi kendisi takdir etmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD., E. 2017/4654 K. 2018/953 T. 15.2.2018 (Lexpera).

[70] "Bunun yanında, dava konusu İcra takibinde Ülkü adına gönderilen ödeme emrinin icra müdürlüğünce ilgili PTT şubesine teslim kaydı ile tebliğden sonra İcra müdürlüğüne iade kaydı bulunduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu tebliğ evrakının ilk teslim edildiği postahanedeki teslim kaydından sonraki akıbeti ile ilgili düzenli bir kayıt tutulmadığı için tebligat sahteliğinin hangi PTT şubesinde ve hangi çalışanın sorumluluğunda gerçekleştiği anlaşılamamıştır. Bu yüzden davalı PTT çalışanları hakkında açılan ceza davası beraat ile sonuçlanmış ise de bu karar PTT idaresinin sorumluluğunu kaldırmaz. Sahte tebliğ işleminin tebliğ evrakı PTT'nin sorumluluğunda iken gerçekleştiği açıktır. Bu nedenle sahte tebliğden doğmuş bir zarar varsa bundan PTT idaresi de sorumludur. O halde mahkemece işin esası bu yönde incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmelidir. Mahkemece bu yönler üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmiş olması da bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 4. HD E. 2008/4758 K. 2009/1513 T. 3.2.2009 (Demir Saldırım, s. 118).

la gerçekleşmektedir. Elektronik tebligat faaliyetinden dolayı zararın ortaya çıkması ihtimalinde de yine PTT'nin sorumluluğu gündeme gelecektir.[71] Nitekim Elektronik Tebligat Yönetmeliği'nin[72] 20. maddesinde PTT'nin elektronik tebligat faaliyeti kapsamındaki yükümlülükleri sayılmış olup, bunların ihlalinin PTT'nin sorumluluğunu doğuracağı ortadadır.

PTT vasıtası dışında, TebK m. 2'de belirtilen hallere münhasır olmak üzere tebligatın tebliği çıkaran merciin kendi memurları veya mahalli mülkiye amirinin emriyle zabıta vasıtasıyla yapılması da mümkündür. Bu şekilde gerçekleştirilen tebligatta tebliğ memurunun eyleminden doğan zararda memurun bağlı olduğu merci sorumlu olacaktır.

C. Tebliğ İsteyenin Hukuki Sorumluluğu

Tebliğ işlemi tebliği çıkaran merciin işlemi (mahkeme usuli işlemi, icra takip işlemi, idari işlem vb.) niteliğindedir. Bu açıdan kural olarak tebliğ isteyenin, tebliğ faaliyetinden kaynaklı bir hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır.[73]

Bununla birlikte, tebliğ isteyenin tebliğ faaliyetinde temel nitelikte bir yükümlülüğü bulunmaktadır: TebYön m. 16/I'e göre muhatabın bilinen en son adresinin yani tebligatın gerçekleştirileceği adresin tespitinde tebliğ isteyenin beyanına öncelik verilmektedir. Benzer şekilde HMK m. 119/I-b ve İİK m. 57/II hükümleri uyarınca bilinen en son adresin bildirilmesi tebliğ isteyen taraf için (eğer adresi biliyorsa) bir yükümlülük arz etmektedir.[74] Bilhassa muhatabın adresinin kasten yanlış bildirilmesi ya da muhatap ile tamamen ilgisiz bir adresin beyan edilmesi HMK m. 29/II'de ifade edilen doğruyu söyleme yüküm-

---

71 Kurt Konca, s. 361-363.

72 RG T. 06.12.2018, S. 30617.

73 "İcra dosyasında gerek ödeme emri tebliğinde gerekse haciz yapılması yönündeki talep ve sonrasında gerçekleşen haciz işlemi sırasında davalı alacaklının ağır kusuru ve kötü niyeti bulunmamaktadır. İcra müdürlüğünce yapılan işlemlerden dolayı alacaklıya kusur yüklenmesi mümkün değildir. Sonuç itibariyle; bilerek, kötü niyetli ve ağır kusurlu şekilde haksız hacze sebebiyet vermeyen davalının manevi tazminattan sorumlu tutulması doğru olmamıştır." Yargıtay HGK E. 2019/4-753 K. 2022/640 T. 17.5.2022 (Kazancı).

74 Koç, Tebligat, s. 44.

lülüğünün ihlalini teşkil edecektir.[75] Aynı zamanda bu ihlal için kanun koyucu TebK m. 53'te cezai sorumluluk halini de tanzim etmiştir.

Tebliğ isteyen tarafın kasten muhatabın adresini yanlış bildirerek usulsüz tebliğe yol açması yukarıda zikrettiğimiz şekilde aynı zamanda tebligat hilesi teşkil etmektedir. Keza kasten muhatabın bilinen adresinin bildirilmemesi ve böylece ilanen tebligat yoluna başvurulmasına sebep olunması hali de bu kapsama dahildir. Böyle bir durumda ortaya çıkan zarar bakımından tebliğ isteyen tarafın hukuki sorumluluktan vareste tutulması düşünülemeyecektir.[76] Öte yandan doktrinde

---

[75] Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, s. 1585; Koç, Tebligat, s. 45. Öte yandan davacının, davalının adresini bildirme yükümlülüğünü mutlak şekilde uygulamak da doğru değildir. Bir defa, dava dilekçesinde davalının adresinin tespitine ilişkin bir bilgiye yer verilmesi bu yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından yeterli kabul edilmelidir (Pekcanıtez, Pekcanıtez Usul, s. 1122; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 5. bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 196; Yargıtay 2. HD 2016/3638 E. 2016/4779 K. 10.03.2016 T.).

[76] "Somut olayda; davalı ..., İcra İflas Kanunu 5. maddesi gereğince sorumlu olup, davalı alacaklı vekili de, haksız eylemi icra müdürü ile birlikte iştirak halinde işlediğinden sorumludur. Şöyle ki; davacılar murisine yapılan ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takibe dair icra emri, 15/10/2010 tarihinde komşu beyanına göre vefat etti şeklinde şerh düşülerek mercie iade edilmiştir. Bu durum, dosyadaki tebligat parçasından çok açık ve net şekilde anlaşılmaktadır. Buna rağmen dosyadaki T.C. kimlik numarası ile komşu beyanının doğruluğu araştırılabilecekken davalı vekili 09/11/2010 tarihli talebinde borçluya tebligatın bila tebliğ döndüğünü beyanla Tebligat Kanunu'nun 35. maddesine göre tebligat yapılmasını talep etmiş, icra müdürü de bu talep doğrultusunda TK/35'e göre tebligat çıkarmış ve icra takip işlemlerine devam edilmiştir. Aynı şekilde 15/12/2010 günü alacaklı vekili kıymet takdirinin de tebliğini talep etmiş, .. memuru 23/12/2010 tarihinde komşu beyanına göre muhatap vefat ettiğinden mercie iadesine dair şerh düşerek tebligatı iade etmiştir. Bu hatalı işlemler silsilesi davacılar murisine ait taşınmazın icra vasıtasıyla ihale yoluyla satılıp taşınmaz üçüncü şahıs adına tescil edilip şahıs taşınmazı fiilen teslim almak isteyene kadar devam etmiştir." Yargıtay 4. HD., E. 2016/7234 K. 2016/10359 T. 24.10.2016 (Lexpera); "Dosya içeriğinden; davalı-alacaklının menfi tespit davası açıldıktan sonra takipten feragat ettiği; yine, Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2009/47 esas, 2010/1045 karar sayılı dosyası ile davalı-alacaklının dava dışı Muhammet İnce ile birlikte sanık sıfatıyla yargılandığı ve ceza davasına esas alınan icra dosyasında ise borçlunun hiç oturmadığı adrese ödeme emri tebligatı çıkarılarak, bu tebligatın dava dışı Muhammet İnce tarafından "iş arkadaşı" sıfatıyla imzalanarak takibin kesinleştirildiği, bu şekilde davacı-katılanın zarar gördüğü kabul edilerek, sanıkların "Memura yalan beyan ve usulsüz tebliğ evrakını alarak gecikme ve zarara neden olma" suçlarından mahkumiyetlerine karar verildiği ve kararın Yargıtay Ceza Dairesi'nce onanarak kesinleştiği anlaşılmaktadır. Bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, davalının icra takibinde

ARSLAN'ın görüşüne göre, tebligat hilesinin de dahil olduğu şekilde bir davada hileli davranış nedeniyle dava hakkının kötüye kullanımı neticesinde tazminat talebinde bulunulması için, zarara sebep olan kesin hükmün yargılamanın yenilenmesi yoluyla ortadan kaldırılması gerekmektedir. Aksi durumda, tazminat istemi kesin hükmün maddi anlamda kesin hükmün etkisiyle çatışacaktır.[77]

Tebliğ isteyen taraf ile muhatap arasındaki ilişki maddi hukuk ilişkisi değil, usuli bir ilişkidir. Bu halde ise sorumluluğun haksız fiil hükümleri çerçevesinde tayin edilecektir.

D. Üçüncü Kişilerin Hukuki Sorumluluğu

Tebligat faaliyetinde, tebliği çıkaran mercii, muhatap ve tebliğ vasıtası dışında bazı durumlarda üçüncü kişilerin de sürece, muhtelif şekil ve işlevlerle dahil olduklarından bahsetmiştik.

Bu itibarla, üçüncü kişilerin tebliğ faaliyetinden kaynaklı sorumluluğunu üç grup altında inceleyebiliriz: (1) muhatap yerine tebellüğe yetkili kişilerin, (2) tebliğ imkânsızlığı durumunda bilgilendirilen kişilerin, (3) muhtar ve diğer yardımcı kamu görevlilerinin hukuki sorumluluğu.

1. Muhatap Yerine Tebellüğe Yetkili Kişilerin Hukuki Sorumluluğu

Tebliğ faaliyetine dahil olan üçüncü kişilerden bahisle ilk olarak, TebK m. 13-18 hükümleri çerçevesinde kendisine muhatap yerine tebligat yapılan kişiler akla gelmektedir. Esasında, muhatap yerine tebellüğe yetkili kişilere tebligata dair yeknesak bir usulden bahsetmek mümkün değildir. TebK m. 13, 14/II, 16 ve 17'de, muhatabın

---

haksız ve kötüniyetli olduğu açıktır. Şu hâlde, İİK'nın 72. maddesi gereğince kötüniyet tazminatına karar verilmesi gerekirken mahkemece yanılgılı değerlendirme ile kötüniyet tazminatı isteminin reddine karar verilmesi doğru değildir. Kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD E. 2015/2730 K. 2015/5549 T. 5.5.2015 (Kazancı). Gerçeği söyleme yükümlülüğünün her halde haksız fiil sorumluluğuna sebep olacağı hakkında bkz. Bilge Umar/Ejder Yılmaz, İspat Yükü, 2. bası, Kazancı Hukuk Yayınları, Büyükçekmece, 1980, s. 197;

77 Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989, s. 129-130.

adreste bulunmaması ihtimali üzerinden bir düzenleme yapılmıştır. Bu hükümlerde yer alan tebligat usullerinde, tebligatın yapılacağı kişi yönünden bir terdit ilişkisi benimsenmiştir: bizzat muhataba tebliğin mümkün olmadığı hallerde ilgili düzenlemelerde belirtilen usule ve sıraya riayet edilerek belirtilen kişilere tebligat yapılmalıdır.[78] TebK m. 14/I, 15 ve 18'de yer verilen usullerde ise muhataba tebliğin yapılacağı adresin, tebliğ memurunun serbestçe giremeyeceği bir yer olduğu dikkate alınmış, bizzat muhataba tebliğin mümkün olup olmadığı hususuna önem atfedilmemiştir.

Bununla beraber her ihtimalde, muhatap yerine tebellüğe yetkili kişiler açısından tebliğ faaliyetine ilişkin yükümlülükler getirildiği tartışmasızdır. Bunların başında tebliğ evrakının muhatap adına alınması (TebK m. 20) ve muhatabın tebliğ işleminden mümkün olan en kısa sürede haberdar edilmesi gelmektedir. Bu kişilerin tebellüğden imtina etmeleri yahut tebliğ işlemi hususunda muhatabı bilgilendirmemeleri hukuki sorumluluklarına sebep olacaktır. Nitekim bu yükümlülüğün ihlalinin TebK m. 54 ve m. 55/I-b'de cezai yaptırıma tabi kılındığı görülmektedir.

Tebellüğe yetkili kişilerin hukuki sorumluluklarının hukuki kaynağı da muhatapla aralarındaki hukuki ilişkiye göre farklılık arz edecektir. Örneğin, TebK m. 13 veya m. 17'de muhatap ile onun yerine tebellüğe yetkili kişiler arasında sözleşme ilişkisi (kural olarak hizmet sözleşmesi) bulunmaktadır. Dolayısıyla tebliğ evrakını kabul eden müstahdemin, işverenini tebligattan haberdar etmemesi, akdi sorumluluğa neden olacaktır. Bunun dışında, muhatap ile tebliğ evrakını alan kişi arasında sözleşme ilişkisi mevcut değilse, haksız fiil hükümleri devreye girecektir.

Bunun dışında, muhatap yerine tebellüğe yetkili olmayan bir kişinin, kendisini gerçeğe aykırı olarak bu sıfatla tanıtarak usule aykırı şekilde tebliğ evrakını alması da söz konusu olabilir. TebK m. 55/I-c gereğince cezai yaptırıma tabi kılınan bu eylem neticesinde de hukuki sorumluluk söz konusu olabilecektir. Nitekim, TebK m. 55/II'de yalan beyanda bulunarak bir gecikmeye ya da zarara sebep olunması durumu, cezai sorumluluk açısından ağırlaştırıcı sebep olarak benim-

78 Yılmaz/Çağlar, s. 335; Erdönmez, Pekcanıtez Usul, s. 495.

senmiştir. Bilhassa, tebliğ isteyen taraf ile iş birliğinde bulunarak bu şekilde tebliğ evrakının alınması durumunda tebliğ evrakını alan kişi ile tebliğ isteyen tarafın müteselsil sorumluluğu gündeme gelebilecek olup bu halde aynı zamanda yukarıda belirttiğimiz tebligat hilesi mevcut olacaktır.

2. Tebliğ İmkansızlığı Durumunda Bilgilendirilen Kişilerin Hukuki Sorumluluğu

Tebliğ imkansızlığı halinde tebliğ olunacak kişiye durumun haber verilmesi adına mümkün oldukça en yakın komşularından birine, varsa yönetici veya kapıcıya bildirimde bulunulması gerekmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere, tebligatın usulüne uygun yapıldığının kabulü için, tebliğ memurunun bu bildirimde bulunması yeterlidir. Bu halde, kendisine bilgi verilmeyen muhatabın başvurabileceği yegâne hukuki yol, kendisine durumu bildirmeyen kişiden, uğradığı zararın tazminini talep etmesidir.[79]

Tebliğ imkansızlığı halinde kendisine bildirim yapılacak kişinin en yakın komşularından birisi, yönetici veya kapıcı olduğu ifade edilmiştir. Tebliğ işleminden haberdar kılınmayan muhatabın uğradığı zararın tazmini hususunda da bu kişilerle arasındaki hukuki ilişki önem arz etmektedir.

Muhatap ile kapıcı arasındaki ilişki muhatabın, ilgili bağımsız bölümün maliki olup olmamasına göre değişkenlik gösterecektir. 4857 sayılı İş Kanunu m. 110'a ve Konut Kapıcıları Yönetmeliği'ne[80] göre konut kapıcılarının iş sözleşmesi ile çalıştıkları kabul edilmiş ve kat malikleri ile ortakları da işveren olarak nitelendirilmiştir (mezkûr Yön m. 3).[81] Bu durumda, muhatabın kat maliki olduğu ihtimalde kapıcının muhataba bilgi vermemesi iş sözleşmesinin ihlaline sebep olacaktır. Muhatabın, kat maliki olmadığı, örneğin kiracı olarak bulunması halinde ise her ne kadar, 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu m. 22'ye göre bu kişiler kapı-

---

79 Bkz. yuk. dn. 26'daki karar.

80 RG T. 03.04.2004; S. 25391.

81 Konut kapıcılığının hukuki niteliği hakkında bkz.: Ertuğrul Yuvalı, "Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları", *Legal İHSGHD*, Y: 2017, S: 56, s. 1744 – (s. 1741-1771); Nihat Seyhun Alp, Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması, *AkdHFD*, 2020, S.2, s. 256 (s.251-301).

cı giderinden müşterek ve müteselsilen sorumlu olsa ve genellikle kira sözleşmesinde kapıcı gideri kendilerine yükletilse de burada kapıcı ile kiracı vb. kişiler arasında kurulmuş bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Ancak kanaatimizce kiracı vb. kişiler ile kapıcı arasında da TBK m. 502 hükümleri çerçevesinde bir vekalet sözleşmesi mevcuttur. Nitekim Yargıtay'ın, konut maliki ya da ortaklarının yazılı yetki vermedikleri halde kapıcılık hizmetlerinden yararlanmalarının kapıcılık sözleşmesine onay vermeleri ve katılmaları şeklinde yorumlanmasına dair yerleşik içtihadı[82] da benzer şekilde bu hizmetten yararlanan kiracı ile kapıcı arasındaki bir iş görme sözleşmesine işaret etmektedir.

Muhatabın yönetici ile arasındaki hukuki ilişki ise KMK m. 38/I ve 40/I'de işaret edildiği üzere kural olarak vekalet ilişkisidir.[83] Dolayısıyla, kendisine tebliğ işlemi hakkında bildirimde bulunan yöneticinin muhataba bilgi vermemesi vekalet sözleşmesinin ihlaline sebep olacaktır.

Kendisine bilgi verilen komşunun ise kural olarak muhatap ile akdi bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte komşunun, hem TebK m. 21/I hem de kat maliki olan komşu yönünden KMK m. 18/I özelinde, bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu açıktır. Komşunun buna rağmen muhataba bilgi vermemesi hali ise haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır.

3. Muhtar ve Yardımcı Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu

Tebligat Kanunu ve Tebligat Yönetmeliği, muhtar başta olmak üzere ihtiyar heyeti ve meclis azaları gibi köy ve mahallenin yönetimi görevini üstlenen kişiler üzerine bazı yükümlülükler getirmiştir. Ayrıca TebK m. 52'de bu kişilerin Tebligat Kanunu'nun uygulanması bağlamında fail ve mağduru oldukları suç fiilleri açısından TCK bağlamında kamu görevlisi niteliğinde oldukları kabul edilmiştir.

Tebligat Kanunu'na göre muhtar, ihtiyar heyeti azasından birine veyahut zabıta amir veya memurlarının tebliğ faaliyetinde rol aldıkları hususları şu şekilde gösterebiliriz:

---

82 Yargıtay 22. HD., E. 2017/20530 K. 2019/4918 T. 4.3.2019; Yargıtay 9. HD., E. 2009/16979 K. 2011/18281 T. 16.06.2011 (Lexpera).

83 Yuvalı, s. 1749; Yargıtay 12. HD., E. 2009/16458 K. 2009/25218 T. 15.12.2009 (Kazancı).

- Tebliğ imkansızlığı ve tebellüğden imtina (TebK m. 21) hallerinde tebliğ evrakının tesellümü.
- Muhatabın imza edemeyeceği durumda olduğu ihtimalde, tebliğ işlemine iştirak edecek bir komşunun bulunmaması halinde tebliğ işlemine refakat etmek (TebK m. 24/V; TebYön m. 37/I).
- İlanen tebligat sürecinde, muhatabın adresinin meçhul olduğu hususunun şerh verilmesi yoluyla tespiti (TeK m. 28/II).
- Tebliğ imkansızlığı durumunda tebliğ memurunun yapacağı, muhatabın adreste bulunmama sebebi hususundaki araştırmaya yardımcı olunması (TebYön m. 30/I).

Tebligat mevzuatının öngördüğü bu yükümlülükleri yerine getirilmemesi, örneğin TebK m. 21'e göre yapılan tebligatta muhatabın adreste oturduğunun tespitine rağmen muhtarın veya belirtilen diğer görevlilerin, muhatabın kayıtlı adresinin farklı gözükmesi gerekçesiyle TebK m. 21/III hükmüne rağmen tebliğ evrakını almaktan imtina etmeleri halinde tebliğ evrakının teslim alınmaması durumunda ilgililerin uğradıkları zarar hususunda muhtarın ve sayılan diğer görevlilerin cezai sorumluluğun yanında hukuki sorumluluğu da söz konusu olabilecektir.[84]

Muhtar ve ihtiyar heyetinin hukuki statüsü açısından; 442 sayılı Köy Kanunu'nda muhtarın devlet memuru olduğu açıkça belirtilmiştir (m. 10/II). Mahalle muhtarı ve ihtiyar heyeti yönünden ise bu şekilde açık bir hüküm bulunmasa da 4541 sayılı Şehir ve Kasabalarda Mahalle Muhtar ve İhtiyar Heyetleri Teşkiline Dair Kanun'un 18. Maddesine göre, bunlar üzerinde il ve ilçe idaresinin vesayeti bulunmaktadır. Benzer şekilde meclis azaları ile zabıta amir ve memurları da kamu görevlisi sıfatını haizdir. Bu doğrultuda, tebligat faaliyetinde bu kişilerin eylemlerinin hizmet kusuru kapsamında değerlendirilmesi ve idarenin sorumlu tutulması gerekecektir. Nitekim, yargı kararlarında da muhtarların eyleminden doğan sorumluluğun hizmet kusuruna tabi olduğu kabul edilmektedir.[85]

---

84 Atalı/Ermenek/Üçüncü, s. 197.

85 "İstemin ileri sürülüş biçimine göre davacı; açıkça, davalı köy tüzel kişiliğinin hizmet kusuruna dayanmıştır. Davalı A.. Köyü Muhtarlığı kamusal kurallar çerçevesinde faaliyet göstermekte olup eylem ve işlemleri de kamusal niteliktedir

III. SORUMLULUĞUN UNSURLARI YÖNÜNDEN ARA DEĞERLENDİRME

Tebliğ faaliyetinde muhtelif paydaşların katılımı söz konusu olduğu kadar, muhtelif hukuki rejimler doğrultusunda hukuki sorumluluğun türü ve dayanağı tayin edilmektedir. Bununla birlikte, tebliğ çıkaran mercilerin sorumluluğuna ilişkin İİK m. 5, HMK m. 46 vd., NotK m. 162 hükümlerinin, PTT'nin sorumluluğuna dair düzenlemelerin ve üçüncü kişilerin sorumluluğuna ilişkin kuralların temelinde haksız fiil sorumluluğu yatmaktadır.

Belirtilen doğrultuda, tebliğ faaliyetinden kaynaklanan hukuki sorumluluk rejimini, sınırlı nitelikteki istisnalar haricinde haksız fiil sorumluluğu temeline oturtmak doğru olacaktır. Böylelikle tebliğ faaliyetindeki hukuka aykırılık sebebiyle açılacak tazminat davasında mahkemenin haksız fiilin şartları olan hukuka aykırılık, zarar, kusuru ve illiyet bağı unsurları üzerinden inceleme yapılacak ve TBK'nın haksız fiile dair diğer hükümlerine başvuracaktır. Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin unsurlarına dair yapılacak inceleme yönünden ise tebliğ faaliyetinin niteliği dikkate alınmalıdır.

A. Hukuka aykırılık unsuru

Tebligat faaliyetinde rol alan kişilerin yükümlülükleri ve gerçekleştirmeleri gereken işlemler ilgili mevzuatta açık bir şekilde gösterilmektedir. Örneğin PTT'nin sorumluluğu yönünden, PTT personelinin Esaslar'a en uygun şekilde tebliğ işlemlerini yapmakla yükümlü olduğu yine Esaslar'da açıkça düzenlenmiştir (Esaslar, m. 93). Dolayısıyla tebligat faaliyetinde kendisine sorumluluk yüklenen kişilerin, ilgili mevzuat hükümlerine uygun davranmaması hukuka aykırılığa sebep olacaktır.

Zarara sebep olan başlıca haller olan tebliğ yokluğu ve usulsüz tebliğde, tebliğ işleminin hukuka uygun şekilde yapılmamasına yol açan kural ihlalleri aynı zamanda haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunu teşkil edecektir. Bu halde hukuka aykırılığın ispatı, resmî belge

---

ve kamu hizmeti kavramı çerçevesindedir. Kamu hizmetinin görülmesi sırasında ve hizmet kusurundan doğan zararların gideriminde idari yargı görevlidir." Yargıtay 4. HD., E. 2013/18244 K. 2014/4183 T. 11.3.2014; Yargıtay 4. HD., E. 2014/17445 K. 2015/14137 T. 3.12.2015 (Kazancı).

niteliğindeki tebliğ mazbatası (TebK m. 23; TebYön m. 35) yoluyla gerçekleştirilebilecektir. Keza tebligatın vaktinde yapılmamış olmasında hukuka aykırılık benzer şekilde tebliğ mazbatası ve ilgili resmi evrak tespit edilebilecektir.

Muhatabın tebligattan haberdar edilmemesi halinde ise her zaman hukuka aykırı bir tebliğ işlemi bulunmayacaktır. Bu durumda, zarar sebep olan hukuka aykırılık tebliğ işleminden ayrışmakta olup haliyle tebliğ mazbatası hukuka aykırılığı değil, yalnızca yükümlülük sahibini tevsik açısından (TebK m. 23/b.5, 9) işlevsel olacaktır.

Bu tür durumlarda ise hukuka aykırılığın mevcut olup olmadığının tespiti temel bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Başka bir deyişle, muhataba haber verilip verilmediğinin ispat yükü kime ait olacaktır?

Genel kural olarak, TMK m. 6 gereğince (ayrıca HMK m. 190/I) tazminat talebine temel olan olgu, yani tebliğ işleminin kendisine bildirilmemiş olması hususu muhatap tarafından ispatlanmalıdır. Ancak böyle bir durumda davacı muhatap, menfi bir vakıayı ispat yükü altına girmiş olacaktır. Menfi vakıaların ispatı çoğu zaman imkân dahilinde olmamaktadır.[86] Burada da tebliğ işleminden haberdar kılınmayan muhatabın bunu doğrudan ispatı büyük oranda imkansızdır. Buna mukabil, böyle bir durumda yükümlülüğün yerine getirildiği müspet bir vakıa olup tevsik edilmesi ve ispatlanması çok daha kolaydır Hal böyleyken, kanaatimizce bu tarz bir davada davalı olacak kişinin kanundan kaynaklı muhataba tebliğ işlemini bildirme yükümlülüğünü ispatlaması gerekmektedir.[87]

B. Kusur

Kural olarak haksız fiil sorumluluğu, kusur sorumluluğudur. Tebliğ işleminden kaynaklı hukuki sorumlulukta da kusur sorumluluğu esastır. Yine kural olarak, haksız fiile uğrayan taraf, zararı ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (TBK m. 50/I). PTT ile tebliği

---

86 Umar/Yılmaz, s. 247; Oğuz Atalay, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s. 123.

87 Karş. Üstündağ, Yargılama, s. 616; Atalay, s. 132; Abdurrahim Karslı, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 521.

çıkaran merciin kusuru açısından yine tebliğ mazbatası, kusurun belirlenmesinde temel dayanağı teşkil edecektir.

Kusur ölçüsü yönünden kanunda herhangi bir açık düzenleme mevcut değildir. Kural olarak ağır ya da hafif ihmal fark etmeksizin, her türlü kusurdan sorumluluk doğacaktır.[88] İcra memuru özelinde, İİK m. 5'te bahsedilen kusur halinden "*normal niteliklere sahip bir icra memurundan beklenmeyecek şekilde işlem veya eylem yapmış olmasının*" anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir.[89]

Kazai tebligat açısından ise HMK m. 46 çerçevesinde sorumluluğa gidilmesi için hâkimin kastı veya ağır kusurunun varlığı aranmaktadır.[90] Bu halde, kazai tebligat işleminden dolayı Devletin sorumluluğuna gidilmesi için, icra tebliğlerine nazaran kusur oranının yüksek şekilde belirlendiğini söylemek gerekmektedir.

Tebliğ evrakını alan ya da tebliğ işlemi kendisine bildirilen kişinin (komşu, kapıcı, yönetici) muhataba haber vermeme yükümlülüğündeki kusuru yönünden ise ayrı bir inceleme yapılması gerekmektedir. Öncelikle, yukarıda belirtildiği üzere bu kişilerle muhatap arasında sözleşme ilişkisinin varlığı söz konusu olabilecektir. Böyle bir durumda ise kural olarak kusurun yokluğunun, zarar veren tarafından ispatlanması gerekir (TBK m. 112). Örneğin yöneticinin kat malikini tebliğ işleminden haberdar etmediği durumda, yöneticinin kusursuzluğunu ispatlaması gerekecektir.

---

88 Başak Baysal, Haksız Fiil Hukuku, İstanbul 2019, s. 66; İcra memurunun sorumluluğu yönünden bkz. Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 99.

89 "Bu anlatımdan hareketle icra dairesi görevlilerinin kusurlu olmalarından anlaşılan da normal niteliklere sahip bir icra müdüründen (veya memurundan) beklenmeyecek şekilde işlem veya eylem yapmış olmasıdır. İcra müdürü açık kanun hükmüne aykırı hareket etmiş, ilgilileri kayırıp, düşmanlıkla davranmış, icra dosyasında olmayan bir nedene dayalı hareket etmiş, icra tutanaklarını değiştirmiş veya gerçeğe aykırı düzenlemiş, verilen veya vaat edilen menfaat karşılığında hareket etmiş, görevini ihmal veya var olan yargı kararına aykırı hareket etmişse kusurlu sayılır." Yargıtay HGK., E. 2019/809 K. 2022/708 T. 24.5.2022; Postacıoğlu, İcra, s. 40; Kuru, El Kitabı, s. 99.

90 Taş, s. 68.

C. Zarar

Tebliğ işleminden kaynaklı sorumluluk davasında davacı tarafın zararının varlığını somut bir şekilde ortaya koyması gerekmektedir. Zira tebligat faaliyeti kapsamındaki her kusurlu eylem ve işlemin tazminat davasına konu edilmesi mümkün değildir. Öte yandan zarar tutarının tam olarak tespiti mümkün değilse mahkemece hakkaniyete uygun bir tazminat belirlenmelidir (TBK m. 50/II).

Burada tazmini talep edilebilecek zarar kural olarak maddi zarardır. Manevi zarar tazmini için ise ancak, sorumluluğa sebep olan eylemin TBK m. 58 kapsamında, kişilik haklarının zedelenmesi ölçüsünde olması gerekmektedir. İsviçre'de mehaz kanun SchKG'nin Art. 5/IV hükmüne göre icra memurunun hukuka aykırı eyleminin ağırlığına göre manevi tazminat istenebileceği düzenlenmiştir. Nitekim Türk Hukukunda da haksız haciz işlemi başta olmak üzere, icra memurunun hatalı işlemlerinden dolayı, kusurun ağırlığı ikinci planda bırakılarak manevi tazminat isteminde bulunulabileceği kabul edilmektedir.[91] Tebliğ işlemi özelinde; Yargıtay'ın bir kararında usulsüz tebliğ işleminin kişilik haklarını ihlal ettiğinin ve icra memurunun kötü niyetli olduğunun ispatlanmaması nedeniyle manevi tazminat isteminin reddedildiği görülmektedir.[92] Bunun yanında, özellikle tebligat hilesinin ya da muhataba doğrudan zarar verme kastının olduğu (örneğin komşunun kasten muhataba tebliğ işlemini bildirmemesi) söz konusu olduğu hallerde kişilik hallerde manevi tazminata karar verilmesi söz konusu olmalıdır.

---

[91] Berkin, s. 228; Demir Saldırım, s. 84; Nejat Aday, "Haksız Haciz Sebebiyle Kişilik Hakkı İhlalinin Hukuksal Sonucu Olarak Manevi Tazminata Hükmedilmesinin Şartları ve Konuya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi HFD*, 2016/1, s. 70 (s.61-82); Serpil Işık, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi", *İHM*, 2021, C. 79, S. 4, s. 1191 (s.1169-1229); Uyar, s. 379. Aksi yönde Kuru, El Kitabı, s. 100.

[92] "Somut olayda davacı, usulsüz tebligat üzerine kesinleştirilen icra takibi sonucunda dava konusu taşınmazının icra yoluyla satışına neden olunması nedeniyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Tazminata konu edilen eylem kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmadığından ve davacının manevi tazminat isteminin dayanağında icra memurlarının kötüniyetli olduğu hususu ispat edilmediğinden manevi tazminata hükmedilmesi de doğru görülmemiştir." Yargıtay 4. HD 4.3.2020 T. 2018/944 E. 2020/1070 K. (Kazancı); Yargıtay 4. HD 11.10.1994 T. 2588/8350 K. (Uyar, s. 397).

D. İlliyet Bağı

Son olarak, tebliğ faaliyetindeki kusurlu eylem ya da ihmal ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Başka bir deyişle muhatap veya başka bir zarar görenin tazminini istediği zarar, tebliğ faaliyetin kapsamında gerçekleşen hukuka aykırılıktan kaynaklanmalıdır. Örneğin, ödeme emrinin usulsüz tebliği nedeniyle borca itiraz edemeyen ve ancak malvarlığı üzerine haciz tatbik edildikten sonra işlemden haberdar olan muhatabın, haksız hacizden dolayı uğradığı zarar ile tebliğ usulsüzlüğü arasında illiyet bağı bulunmaktadır.

Tebligat faaliyeti açısından, ilerde değinileceği üzere usulsüz tebliğ (ya da tebliğ yokluğuna) karşı müracaat edilmemesinin, böylelikle hukuka aykırılığın düzeltilmesi imkanına başvurulmamasının, zarar ile hukuka aykırı işlem arasındaki illiyet bağını ortadan kaldırabileceği söylenebilecektir.

IV. SORUMLULUĞA İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

A. Müteselsil Sorumluluk

Tebligat faaliyetinden kaynaklı zarar bazı durumlarda sürecin birden fazla tarafının kusurları neticesinde gündeme gelebilecektir. Merciin, hatalı bir şekilde ilk seferde muhatabın bilinen adresine tebligat yapılmaksızın doğrudan muhatabın MERNİS adresine TebK m. 21/II şerhiyle tebligat çıkarması örneğinde, aynı zamanda tebliğ memurunun adrese gitmeden yani muhatabın adreste olup olmadığını araştırmadan doğrudan tebliğ evrakını muhtara teslim etmesi halinde hem tebliği çıkaran merciin hem de PTT'nin sorumluluğu bulunmaktadır.

Bu halde, TBK m. 61 hükmü birden fazla kişinin tebliğ faaliyeti sırasında kusurlu eylemde bulunması halinde müteselsil sorumluluğa işaret etmektedir:

*"**Madde 61-** Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."*

Genel olarak, tebliğ faaliyetindeki kusurlu eylemlerin haksız fiil sorumluluğu kurallarının çerçevesinde ele alındığını yukarıdaki ara

değerlendirme kısmında ifade etmiştik. Öte yandan, TBK m. 61 hükmü, sorumluluğun sebebine önem atfetmeksizin, birden çok kişinin birlikte bir zarar verilmesinin söz konusu olduğu durumda müteselsil borçluluğun mevcut olacağını kabul etmektedir[93]. Örneğin, tebliğ memurunun TebK m. 13 hükmüne aykırı olarak muhatap tüzel kişinin kanuni temsilcisinin adresteki varlığını araştırmaksızın doğrudan çalışana tebliğ evrakını teslim ettiği, çalışanın da tebliğ evrakını tüzel kişinin kanuni temsilcisine vermediği, böylece muhatabın tebliğ işleminden haberdar olmadığı ihtimalde PTT'nin sorumluluğu haksız fiile, çalışanın sorumluluğu sözleşmeye dayanacaktır. Ancak her ikisi de TBK m. 61 gereğince müteselsil sorumlu olacaktır. Bu bağlamda, teselsül için sorumluların ortaklaşa eylemde bulunması şart değildir.[94] Kaldı ki böyle bir durumda zararın merkezinde yer alan tebliğ işlemini bir bütün olarak değerlendirmek doğru olacaktır.

Tebliğ faaliyeti kapsamında müteselsil sorumluluk çeşitli şekillerde gündeme gelebilmektedir. Muhatabın adresini bilerek yanlış beyan eden tebliğ isteyen ile kanuna aykırı şekildeki talebe göre tebligat çıkaran merciin durumu buna örnektir.[95] Bunun dışında, yukarıda zikrettiğimiz[96] ve eleştirdiğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 08.03.2022 tarihli kararındaki görüş benimsenirse, tebliğ memurunun eyleminden doğan zarar nedeniyle her ihtimalde tebliği çıkaran merciin, ekseriya icra dairesi ve mahkemenin müteselsil sorumluluğu meydana gelecektir.

---

93 Eren, s. 917; Baysal, Haksız Fiil, s. 612-613; Ayşenur Şahin, Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 107.

94 Eren, s. 917, Oğuzman/Öz, C.II, s. 301; Baysal, Haksız Fiil, s. 614; Şahin, s. 108.

95 "Kanuna aykırı tebligat talebini kabul ederek ona göre işlemleri tamamlayan icra müdürünün İcra ve İflas Kanunu'nun 5. maddesi kapsamında kusuru söz konusu olup davalı ... da bundan doğan zarardan sorumludur. Şu hâlde, dosya kapsamı da gözetilip davacı zararı tespit edilerek lehine uygun miktarda maddi tazminata karar verilmesi gerekirken, maddi tazminat talebinin de reddedilmesi usul ve yasaya uygun düşmemiş ve kararın bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD., E. 2016/876 K. 2018/785 T. 12.2.2018; "Bu halde; davalı avukatın sorumluluğu da müteselsil sorumluluk ilkeleri kapsamında değerlendirilerek bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanılgılı değerlendirme ile bu davalı yönünden istemin reddine karar verilmesi doğru bulunmamış ve kararın bozulması gerekmiştir." Yargıtay 4. HD E. 2016/7234 K. 2016/10359 T. 24.10.2016 (Lexpera).

96 Yargıtay HGK., E. 2017/1436 K. 2022/267 T. 8.3.2022 (Bkz. dn. 47).

Tebliğ faaliyeti kapsamında müteselsil sorumluluğun gündeme gelmesi durumunda TBK m. 62 gereğince, kendi kusur oranından fazlasını ödeyen tarafın iç ilişki kapsamında diğer sorumlulara rücu imkânı olacaktır.

B. Birlikte (Müterafik) Kusur

Tebligat faaliyeti kapsamında hukuki sorumluluğa sebep olan hallerde zarar gören tazminat talebinde bulunması maddi hukuk kurallarının gereğidir. Bununla birlikte, söz konusu hukuka aykırılıklara karşı esas takip edilmesi gereken hukuki imkanlar, ilgili şekli hukuk alanının kapsamında yer almaktadır. Tebliğ yokluğu ile tebligat hukukuna özgü sakatlık hali olan usulsüz tebliğin öncelikle ilgili merci nezdinde ileri sürülmesi ve buna göre hukuki imkanların tüketilmesi gerekmektedir.

Tebliği çıkaran merciler (mahkeme, icra dairesi vb.) ile PTT'nin hukuki sorumluluğu yönünden, muhatabın öncelikle tebliğ yokluğu ya da usulsüz tebliğ işlemine karşı gerekli müracaatı yapmasına ilişkin özel bir şart aranmamaktadır. Örneğin İİK m. 5'te bu şekilde bir düzenleme mevcut değildir. Buna mukabil, muhatabın bu şekilde bir müracaatta bulunmaması, aynı zamanda TBK m. 52/I kapsamında birlikte yani müterafik kusurlu olarak değerlendirilmesine, ya da zarar ile hukuka aykırı tebliğ işlemin arasındaki illiyet bağının kesilmesine[97] yol açacaktır. Zira zarar görenin, zararın doğumuna ve artmasına katkıda bulunan davranışta bulunmama yönündeki yükümlülüğü,[98] burada da mevcuttur:

*"**Madde 52/I-** Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir."*

Şekli hukuk yönünden müterafik kusur meselesi, esas olarak icra memurunun sorumluluğu bahsinde ele alınmaktadır. İcra memurunun sorumluluğu açısından, zarar görenin şikâyet yoluna başvur-

---

97 Eren, s. 867 vd.; Oğuzman/Öz, C.2, s. 123.

98 Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 594.

mamış olmasının tazminat istemini mutlak olarak ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hususu tartışılmaktadır. Bu konudaki hâkim görüş, imkan dahilindeyken memur işlemine karşı şikayet yoluna başvurulmuş olmamasının icra memurunun işlemi ile zarar arasındaki illiyet bağını keseceğini, bu itibarla İİK m. 5 çerçevesinde tazminat hakkını ortadan kaldırdığını kabul etmektedir.[99] Aksi yöndeki görüş ise, zarar gören kişinin kusurunun icra memurunun sorumluluğunu mutlak suretle ortadan kaldırmayacağını, zarar görenin kusurunun ağırlığına göre tazminatta indirim yapılması ile iktifa edilebileceğini savunmaktadır.[100]

Kanaatimizce, burada öncelikle TBK m. 52/I'den yola çıkarak değerlendirme yapmak doğru olacaktır. İlke olarak tazminatın indirilmesi ya da ortadan kaldırılması hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bununla birlikte, zarar görenin fiili ya da ihmali, zarar ile hukuka aykırı eylem (usulsüz tebliğ işlemi) arasındaki illiyet bağını ortadan kaldıracak derecede olabilir.[101] Nitekim, muhatabın, şikâyet yoluyla usulsüz tebliği dermeyan ederek ilgili işlemi iptal ettirme imkanını kullanmamasının esas olarak zarara sebep olduğunu, bu durumda tazminat talebinin reddedilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.[102] Bununla birlikte, özellikle muhatabın usulsüz tebliği öğrenmesinden önce hali hazırda zarara uğramış olduğu ihtimalde, usulsüzlüğe karşı müracaatın zararı ortadan kaldırmaya elverişli olmayacağı düşünülerek, böyle bir durumda öncelikle işlemin iptali yoluna gidilmemesinin illiyet bağını etkilemeyeceğini söylemek gerekmektedir. Bu bağlamda, sorumluluğun şart-

---

99 Berkin, s. 234-235; Postacıoğlu, İcra, s. 41-42; Saim Üstündağ, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2004, s. 41; Kuru, El Kitabı, s. 100; L. Şanal Görgün/Levent Börü/Mehmet Kodakoğlu, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınlar, Ankara 2022, s. 16; Uyar, s. 377.

100 Mustafa Reşit Belgesay, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1945, s. 54; Demir Saldırım, s. 82-83; Serpil Işık, s. 1217.

101 Eren, s. 868 vd.; Oğuzman/Öz, C.2, s. 123.

102 "Şu durumda; davacı takip borçlusuna kıymet takdir raporunun ve satış ilanının tebliğine ilişkin yurtdışı tebligatın usulüne uygun olduğunun ve satış tarihinden önce icra dosyası ile satıştan haberdar olan davacı borçlunun, ihalenin feshi davası açmaması nedeniyle satışın kesinleşmesine neden olduğunun ve zararın doğmasında ağır kusurunun bulunduğunun kabulü gerekmekte olup artık icra memurunun hatalı eylemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı kurulamaz. Bu nedenlerle maddi tazminata hükmedilmesi doğru değildir" Yargıtay 4. HD E. 2018/944 K. 2020/1070 T. 04.03.2020 (Kazancı).

ları mevcudiyeti yönünden somut olay özelinde inceleme yapılması gerekmektedir.

Nitekim konuyla ilgili olarak, HMK'nın Hükümet Tasarısında bulunan ve hâkimin davranışından zarar gören kişinin ilgili hukuki yollara başvurmamış olmasının, tazminat davası açılmasına engel olacağına dair m. 51/II hükmü,[103] *"kanun yollarına başvurulmamış olmasına rağmen sorumluluk davasının koşullarının oluşmuş olması halinde davanın açılamaması hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz"* gerekçesiyle Adalet Komisyonu tarafından tasarıdan çıkarılmıştır.

Bu ihtimalin haricinde de zarar gören muhatabın birlikte kusuru söz konusu olabilir. Örneğin NHK m. 50 gereğince adresini bildirmeyen muhataba, yeterli araştırma yapılmaksızın adresi meçhul olarak belirlenip usulsüz şekilde ilanen tebligat yapılması durumunda usulsüz tebligatı gerçekleştiren mercii ile, adres bildirme yükümlülüğüne riayet etmeyen muhatabın da kusuru bulunacaktır. Böyle bir durumda kanaatimizce zarar görenin kusuru, illiyet bağını kesecek ölçüde olmayacağından kusur oranına göre tazminatta indirim yapılabilecektir. Benzer şekilde tebellüğden imtina eden muhatap açısından da bizce birlikte kusur hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

C. RÜCU İLİŞKİSİ

Tebligat işlemindeki hukuka aykırılık nedeniyle sorumlu kişinin tazminata mahkûm edilmesi durumunda, TBK'nun ilgili hükümleri (bkz. TBK m. 73) yanında, özel kanun hükümleri çerçevesinde tazminat ödeyen tarafın, sorumlu olan diğer kişilere rücu etmesi gündeme gelebilecektir.

Konuyla ilgili olarak, rücu ilişkisinin iki temel şekilde ortaya çıkabileceğini söyleyebiliriz. Birincisi, yukarıda da değindiğimiz müteselsil sorumluluk çerçevesinde iki tarafın, örneğin hem PTT'nin hem de tebliğ isteyen tarafın tazminata mahkûm edildiği ihtimalde,[104] tazminatı ödeyen tarafın diğer sorumluya karşı TBK m. 73 gereğince, kusur oranına istinaden rücu imkânı bulunacaktır.

---

[103] "Zarara uğrayan kişi, hukukî yollara başvurmak suretiyle zararın doğmasını önleme imkânı bulunmasına rağmen bu yola gitmemiş ise tazminat talep edemez."

[104] Yargıtay 4. HD., E. 2016/876 K. 2018/785 T. 12.2.2018 (Kazancı).

İkinci olarak ise, tebliğ işleminden dolayı Devletin sorumlu tutulduğu hallerde, bilhassa kazai tebligatta HMK m. 46/III; icra tebliğlerinde İİK m. 5 hükümleri çerçevesinde Devletin, kusurlu bulunan görevlilere (hâkim ve icra memuru) rücu hakkı özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Benzer şekilde, personelinin kusurundan dolayı PTT'nin ödediği tazminat nedeniyle, PTT'nin de personeline genel hükümler çerçevesinde rücu hakkı bulunmaktadır.[105]

D. Zamanaşımı

Tebliğ faaliyetinden dolayı uğranılan zararın tazminine dair taleplere ilişkin zamanaşımı açısından genel nitelikte bir hüküm yürürlükte değildir. Bununla birlikte, sorumlu olan kişiye göre zamanaşımına dair özel düzenlemelerin mevcut olduğunu ve zarardan sorumlunun niteliğine göre ilgili zamanaşımı hükmünün uygulama alanı bulacağını ifade edebiliriz.

Tebliği çıkaran mercii yönünden; icra tebliğlerinde, 818 sayılı Kanun'un haksız fiil zamanaşımına dair düzenlemesinden (m. 60/I) mülhem İİK m. 7/I hükmü gereğince tazminat talebi, zarar gören tarafın zararı öğrendiği günden bir sene ve her halde zarar ve ziyanı mucip fiilin vukuundan on sene geçmesiyle zamanaşımına uğrayacaktır. İdari tebligat yönünden, İYUK m. 13'teki tam yargı davası açılmasına ilişkin sürelere riayet edilmesi gerekmekte olup bu süreler zamanaşımı süresi niteliğinde değildir. Kazai tebligat açısından ise, hâkimin faaliyetinden kaynaklı hukuki sorumluluğa dair HMK m. 46 vd. hükümlerinde ve 93/A maddesinin ilgasıyla beraber 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nda zamanaşımına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Aynı şey, noterlerin hukuki sorumluluğu açısından da söz konusudur. Bu bağlamda kazai tebligat ile noterlerin tebliğ faaliyetinden kaynaklı zararlar açısından TBK m. 72'deki haksız fiil zamanaşımı düzenlemesi uygulanacaktır:[106]

---

105 Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketinde Çalıştırılacak İdari Hizmet Sözleşmeli Personel Hakkında Yönetmelik: Madde 17/3- Personelin kastı, kusuru veya ihmali sonucu PTT'nin mal, para ve para hükmündeki değerlerinin zarar görmesi durumunda, bu zararın ilgili personelden tahsili esastır. Zararın tazmininde genel hükümler uygulanır.

106 Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 131; Kurt, s. 108.

*"**MADDE 72-** Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve herhâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır."*

Tebliği gerçekleştiren merci olan PTT'nin hukuki sorumluluğu yönünden ise PHK m. 29/III'te özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre PTT'nin sorumluluğundan kaynaklı talepler için kural olarak bir yıllık zamanaşımı söz konusudur:

*"**Madde 29/III-** PTT hizmetleri ile ilgili olarak talepte bulunma ve dava açma hakkı faaliyet konusu işlemin tesisi tarihinden itibaren bir yılın sonunda zamanaşımına uğrar. Bu süre, PTT'ye başvuru ile kesilir ve yapılan inceleme ve araştırmaların sonucunun ilgililere bildirildiği tarihte kesildiği yerden yeniden başlar. Bu süre yeni bir başvuru ile tekrar kesilmez."*

Tebliğ isteyen ile tebliğ faaliyetinde yer alan üçüncü kişilere yöneltilecek tazmin taleplerinde, özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı talep eden ile zarar veren kişi arasındaki hukuki ilişkinin mahiyetine göre zamanaşımı süresi tayin edilecektir.

Zamanaşımı açısından dikkat edilmesi gereken bir husus, ceza zamanaşımının uygulanma ihtimalidir. TBK m. 72/I, c.2 ve İİK m. 7/II'de ifade edildiği üzere, zarara konu olan eylem için ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngörmesi halinde ceza zamanaşımı tatbik edilecektir. TebK m. 52 hükmü, kanunu tatbikle görevli kişilerin işledikleri suçlar yönünden TCK uyarınca, kamu görevlisi olarak değerlendirilecekleri açıkça ifade edilmiştir. Bunun dışında, TebK m.53-56'da düzenlenen suçlar ile örtüşen hukuka aykırı eylemlerden kaynaklı tazminat davalarında da TCK m. 66'daki dava zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Öte yandan, TBK m. 72/I, c.2'de belirtilen olağanüstü zamanaşımı yalnız TCK'da düzenlenenler değil, diğer tüm kanunlarda yer alan suçlar açısından söz konusu olmaktadır.[107] Özellikle, tebliğ isteyen ile üçüncü kişilerin hukuki sorumluluğuna sebep olan hallerin çoğunluğunun aynı zamanda TebK m. 53-56'da suç olarak düzenlenen fiillerle örtüştüğü dikkate alındığında, birçok olayda ceza zamanaşımına başvurulacağını söylemek mümkündür.

---

[107] Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 722, dn. 4b; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 77; Baysal, Haksız Fiil, s. 635.

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tebligat faaliyeti hem tebliğ işleminin konusunun hem de tebliği çıkaran mercilerin çeşitliliği sebebiyle son derece kapsamlı bir alana nüfuz etmektedir. Bundan dolayı, tebligat işlemindeki hukuka aykırılıktan dolayı uğranılan zararın tazmini konusunu tekdüze şekilde ele almak mümkün değildir. Mevcut durum itibarıyla, tebliğ işlemiyle bağlantılı hukuki sorumluluk rejiminde, haksız fiil sorumluluğuna dair kurallar genel çerçeveyi oluşturmaktadır. Bununla birlikte sorumluluk rejimi, sorumlu olan kişinin niteliğine ve zarar görenle arasındaki hukuki ilişkiye göre farklı kanuni kaynaklardan beslenmektedir.

Benzer şekilde, Tebligat Kanunu'nda cezai sorumluluğun aksine hukuki sorumluluğa dair pozitif bir düzenlemeye yer verilmemesi hatta mevcut bir kanun hükmüne atıf yoluyla dahi hukuki sorumluluktan bahsedilmemesi de konuyu toplu ve sistematik bir şekilde incelemeyi ciddi ölçüde zorlaştırmaktadır. Belki de konuya Tebligat Hukuku kitaplarında ayrı bir başlık altında yer verilmemesi yahut bugüne kadar konuyu ilmi nitelikte, sistematik bir şekilde ele alan bir monografinin ya da makalenin yazılmaması da bu zorluktan kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, bizce Tebligat Kanunu'nda hukuki sorumluluğa dair bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bir eksiklik olmadığı gibi kanaatimizce (özellikle kusura bağlı sorumluluk yönünden) bu tür bir düzenleme yapılmasını önermek de doğru değildir. Zira, yukarıda açıklamaya çalıştığımız ölçüde tebliğ işlemlerinden doğan zarardan, işlemi ifaya memur edilmiş kişiler kadar sürece dolaylı olarak dahil olan üçüncü kişilerin de sorumlu tutulması ihtimal dahilindedir. Üstelik, sorumluluğun sınırlarının kişi bakımından çizilmesi de her olayda aynı şekilde kolay olmayacaktır. Özellikle, ortaya koyduğumuz üzere yalnız Tebligat Kanunu'nu tatbike memur edilmiş kişiler, ezcümle tebliğ çıkaran merciler, PTT ve diğer kamu görevlileri değil, süreçte resmi bir rolü olmayan üçüncü kişiler de tazminat talepleri ile karşılaşabileceklerdir.

Bu noktada kanuni düzenleme vasıtasıyla, tebliğ işlemlerinden dolayı, en azından usulsüz tebligat özelinde kusursuz sorumluluk rejimi teessüs edilmesi değerlendirilebilecek bir düşüncedir.[108] Ancak bu

[108] Kurt Konca, s. 363.

şekilde bir düzenleme yapılması önünde de bazı engeller bulunmaktadır. PTT'nin tebliği çıkaran merciden bağımsızlığını bu engellerin başında saymak gerekmektedir. Ayrıca, böyle bir durumda zarar sebep olan işlemin tespitine dair de sorunlar çıkacaktır. Zira zarara yol açan, tebligatın kendisinden ziyade tebliğe konu işlem olmaktadır.

Hülasa, yukarıda belirttiğimiz hususlar doğrultusunda, tebliğ işlemlerinden kaynaklı hukuki sorumluluk rejimine dair mevzuat düzeyinde bir düzenleme yapılmasını önermek yerine, ortaya koymaya çalıştığımız bu fotoğraf üzerinden tebliğ işlemlerinden sorumluluk rejiminin ana hatlarına dair tespitlerde ve yorumda bulunmakla iktifa etmiş bulunmaktayız.

Kaynakça

Kitaplar

Akcan Recep/Albayrak Hakan, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Alangoya H. Yavuz/Yıldırım M. Kâmil/Deren-Yıldırım Nevhis, Medeni Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, Alkım Yayınevi, İstanbul, 2009.

Albayrak Hakan, Tebligat Hukuku, Ankara, 2021.

Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, S Yayınları, Ankara, 1989.

Arslan Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Turhan Kitabevi, Ankara, 1977.

Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder /Taşpınar Ayvaz Sema/Hanağası Emel, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Atalay Oğuz, Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001.

Atalı Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan Ersin, Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2024.

Atalı Murat/Ermenek, İbrahim/Üçüncü S. Hilal, Tebligat Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024.

Baysal Başak, Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019 (Haksız Fiil).

Baysal Başak, Zarar Görenin Kusuru, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Belgesay Mustafa Reşit, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1945.

Bilge Necip/Önen Ergun, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Budak Ali Cem/Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2022.

Deliduman Seyithan, Tebligat Hukuku Bilgisi, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Demir Saldırım Sibel, İcra Müdürünün Davranış ve İşlemlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2020.

Görgün L. Şanal Görgün/Börü Levent Börü/ Kodakoğlu Mehmet, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.

Gözler Kemal, İdare Hukuku Cilt I-II, 3. Baskı, Ekin Basın Yayım Dağıtım, Bursa, 2019.

Günday Metin, İdare Hukuku, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2015.

Hanağası Emel/ Özekes Muhammet, Yargı Örgütü ve Tebligat Hukuku, 2. Baskı, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2013.

Karslı Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2014.

Karslı Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2020.

Koç Evren, Medeni Usul Hukuku Kapsamında Usuli İşlemlerde İrade Bozuklukları, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2022.

Koç Evren, Tebligat Hukuku, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2023 (Tebligat).

Kren-Kostkiewicz Jolanta, Schkg Kommentar Schuldbetreibungs Und Konkursgesetz Mit Weiteren Erlassen (Schkg), 20. Edition, Zurich 2020.

Köksal Mehmet, Tebligat Hukuku Şema Kitap – Ders Kitabı, Vedat Kitapçlık, İstanbul 2018.

Kurt Konca Nesibe, Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Açısından Elektronik Tebligat, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt Iı- V, 6. Baskı, Demir Demir, İstanbul 2001 (Hukuk Muhakemeleri Usulü).

Kuru Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013 (El Kitabı)

Moroğlu Erdoğan/Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990.

Muşul Timuçin, Tebligat Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2018 (Tebligat).

Namlı Mert, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2014.

Oğuzman M. Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1-2, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

Özbay İbrahim/Okumuş Nagehan/Yalın Bedriye Tuğçe, Tebligat İhlalleri, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

Özbay İbrahim/Yardımcı Taner Emre, Tebligat Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2021.

Pekcanıtez Hakan/Erdönmez Güray, Pekcanıtez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017 (Pekcanıtez Usul).

Pekcanıtez Hakan/Simil Cemil, İcra-İflas Hukukunda Şikayet, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Postacıoğlu İlhan E., İcra Hukuku Esasları, 4. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982 (İcra)

Postacıoğlu İlhan E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul,1975 (Usul).

Şahin Ayşenur, Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Tan Turgut, İdare Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

Taş Meryem, Hâkimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2019.

Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Galip Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1993.

Umar Bilge/Yılmaz Ejder, İsbat Yükü, Kazancı Hukuk Yayınları, 2. Bası, Büyükçekmece, 1980.

Uyar Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 1, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.

Üstündağ Saim, İcra Hukukunun Esasları, 8. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 2004 (İcra).

Üstündağ Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000 (Yargılama).

Yılmaz Ejder, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

Yılmaz Ejder/Çağlar Tacar, Tebligat Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2013.

Makaleler

Aday Nejat, "Haksız Haciz Sebebiyle Kişilik Hakkı İhlalinin Hukuksal Sonucu Olarak Manevi Tazminata Hükmedilmesinin Şartları ve Konuya İlişkin Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi", *Hasan Kalyoncu Üniversitesi HFD*, 2016/1, s.61-82.

Akcan Recep, "İcra İşlerinde Tebligat", *SÜHFD*, 1999, S.1-2, s.63-95.

Akkan Mine, "Tebligat Kanunu Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Legal MİHDER*, 2018, C. 14, S. 39, s.23-90.

Alp Nihat Seyhun, Yargıtay Kararları Işığında Konut Kapıcıları ve Bunların Fazla Çalışması, *AkdHFD*, 2020, S.2, s.251-301.

Aras Aslı, "Davada veya İcra Takibinde Usulsüz Tebligatın Re'sen Dikkate Alınması Gerekliliği", *TBBD*, 2022, S. 158, s. 191-211.

Belgin Güneş Derya, "Tebliğ Yokluğu", *İÜHFM*, 2016, C. 71, S.1, s. 221 – 231

Berkin Necmeddin, "Cebri İcra Faaliyetinden Sorumluluk", *İÜHFM*, 1974, S.1-4, s.217-241.

Bohnet François/Brügger Nicolas, La Notification En Procedure Civile Suisse, *ZSR*, 2010/I, s. 291-334.

Börü Levent, "Elektronik Tebligat", *Hacettepe HFD*, 2020, C. 10, S.1, s. 183-225.

Çelik Celil, "Tebligat Hukukuna İlişkin Pratik Bilgiler", *İBD*, 2018, S. 5, s.48-102.

Işık Melih, "Tebligatın Yokluğu ve Usulsüz Tebliğ", Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Işık Serpil, "İcra İflas Dairesi Görevlilerinin Hukuki Sorumluluğu Kapsamında Zarar Görenin Kusurlu İşlemi İptal Ettirme İmkânını Kullanmamasının Etkisi", *İHM*, 2021, C. 79, S.4, s.1169-1229.

Karmış Enver, "Usulsüz Tebligat ve Memurun İşleminde İcra Müdürünün Sorumluluğu", *İBD*, 2007, S.1, s. 53-73.

Kurt Leyla Müjde, "Noterlerin Hukuki Sorumluluğu", *Gazi Üniversitesi HFD*, 2014, S.2, s. 85-118

Küçük Alper Tunga, "İcra ve İflas Hukukunda Tebligata İlişkin Düzenlemeler", *İÜHFM*, 2016, C. 71, S.1, s. 305-329.

Meriç Nedim, "Tebligat Çıkaracak Merciler", Olaylarla Tebligat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Muşul Timuçin, "Vekil ile Yürütülen Dava veya İcra Takiplerinde Tebligatın Vekil Yerine Müvekkil Adına Çıkartılmasının Hukuki Sonuçları", İcra ve İflas Hukuku ile İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar ve Bilirkişi Raporları, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.79-89.

Öztoprak Sezin, "6475 Sayılı Posta Hizmetleri Kanunu ile Yeniden Yapılandırılan Posta Hizmetleri Teşkilatı; "PTT A.Ş."", *ABD*, 2014, S.2, s. 375-394

Tahiroğlu Fatih, "Tebligat Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Tebligat Çıkarmaya Yetkili Merciler", *İÜHFM,* 2016, C. 71, S.1 s. 389-396.

Yuvalı Ertuğrul, "Türk İş Hukukunda Konut Kapıcıları", *Legal İHSGHD*, Y. 2017, S. 56, s. 1741-1771.

Mahkeme Kararları

AİHM, Platakou/Yunanistan, Başvuru No: 38460/97, T. 01.01.2001.

AYM 22.12.1994 T. 1994/70 E. 1994/65 K.

AYM BB, Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017

Danıştay İDDK., E. 2020/1240 K. 2020/2033 T. 2.11.2020.

Yargıtay CGK., E. 2001/164 K. 2001/225 T. 23.10.2001.

Yargıtay 11. CD., E. 2012/28025 K. 2013/3446 T. 04.03.2013.

Yargıtay İBBGK., E. 2019/2 K. 2020/3 T. 20.11.2020.

Yargıtay İBHGK 1937/7 E. 1940/75 K. T.10.07.1940.

Yargıtay HGK E. 2002/8860 K. 2003/344 T. 16.1.2003.

Yargıtay HGK E. 2003/442 K. 2003/445 T. 02.07.2003.

Yargıtay HGK., E. 2014/371 K. 2014/675 T. 21.5.2014.

Yargıtay HGK., E. 2017/2330 K. 2021/876 T. 29.6.2021.

Yargıtay HGK., E. 2017/1436 K. 2022/267 T. 8.3.2022.

Yargıtay HGK E. 2019/4-753 K. 2022/640 T. 17.5.2022.

Yargıtay HGK., E. 2019/809 K. 2022/708 T. 24.5.2022.

Yargıtay 1. HD, E. 2013/21354 K. 2014/9892 T. 14.05.2014.

Yargıtay 2. HD E. 2006/18513 K. 2007/13729 T. 17.10.2007.

Yargıtay 2. HD 2016/3638 E. 2016/4779 K. T. 10.03.2016.

Yargıtay 3. HD., E. 2014/4381 K. 2014/16624 T. 16.12.2014.
Yargıtay 4. HD 2588/8350 K. T. 11.10.1994
Yargıtay 4. HD 2002/8860 E. 2003/344 K. T.16.01.2003.
Yargıtay 4. HD E. 2008/4758 K. 2009/1513 T. 3.2.2009.
Yargıtay 4. HD., E. 2011/5727 K. 2011/6980 T. 15.06.2011.
Yargıtay 4. HD E. 2012/15085 K. 2013/14203 T. 12.9.2013.
Yargıtay 4. HD E. 2014/2149 K. 2014/2872 T. 21.2.2014.
Yargıtay 4. HD., E. 2013/18244 K. 2014/4183 T. 11.3.2014.
Yargıtay 4. HD 2013/8842 E. 2014/5067 K. T. 26.03.2014.
Yargıtay 4. HD E. 2015/2730 K. 2015/5549 T. 5.5.2015.
Yargıtay 4. HD., E. 2014/17445 K. 2015/14137 T. 3.12.2015.
Yargıtay 4. HD., E. 2016/7234 K. 2016/10359 T. 24.10.2016.
Yargıtay 4. HD., E. 2016/876 K. 2018/785 T. 12.2.2018.
Yargıtay 4. HD., E. 2017/4654 K. 2018/953 T. 15.2.2018.
Yargıtay 4. HD., E. 2019/1994 K. 2019/4813 T. 21.10.2019.
Yargıtay 4. HD 2018/944 E. 2020/1070 K. T. 4.3.2020
Yargıtay 4. HD., E. 2021/870 K. 2021/2500 T. 7.6.2021.
Yargıtay 9. HD., E. 2009/16979 K. 2011/18281 T. 16.06.2011.
Yargıtay 11. HD E. 1998/6141 K. 1998/7800 T. 16.11.1998.
Yargıtay 12. HD., E. 2009/16458 K. 2009/25218 T. 15.12.2009.
Yargıtay 12. HD., E. 2013/790 K. 2013/9814 T. 18.3.2013.
Yargıtay 12. HD., E. 2016/3833 K. 2016/10429 T. 7.4.2016.
Yargıtay 12. HD 2016/6374 E. 2016/12543 K. T. 28.04.2016.
Yargıtay 12. HD., E. 2017/3764 K. 2018/6132 T.18.6.2018.
Yargıtay 12. HD E. 2021/3269 K. 2021/4723 T. 29.4.2021.
Yargıtay 12. HD., E. 2021/3540 K. 2021/7663 T. 20.9.2021.
Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 1990/22 K. 1990/22 T. 22.10.1990.
Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2005/8 K. 2005/26 T. 4.4.2005.
Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2016/476 K. 2016/616 T. 26.12.2016.
Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2016/218 K. 2016/264 T. 9.5.2016.
Uyuşmazlık Mahkemesi, E. 2017/667, K. 2017/724; T. 27.11.2017.
Gaziantep BİM, 3. İDD, E. 2017/834 K. 2017/1478 T. 31.10.2017.

İnternet Kaynakları

https://kms.kaysis.gov.tr/ : Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi Tebligat İşletme Usul ve Esasları
Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
Legalbank
Lexpera İçtihat Bankası

TBB Dergisi 2025 (178) s. 165-202

GÜNCEL YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA EŞLERE VERİLEN ZİYNET EŞYASI ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİ

ENTITLEMENT TO JEWELRY GIVEN TO SPOUSES IN THE CONTEXT OF RECENT SUPREME COURT JUDGMENTS

Duygu KOÇAK DİKER*
Elvan BAĞ CANBAZ**

Özet: Eşlerin birbirine veya üçüncü kişilerin eşlere, evlilik sebebiyle verdikleri ziynet eşyasının, eşlerden biri tarafından iade talebine konu edilmesine ilişkin uyuşmazlıkların çözümünde, çeşitli tarihlerde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Yargıtay'ın görüş değiştirdiği 04.04.2024 tarihinden önceki dönemde konuya kadın ve erkek açısından farklı yaklaşılarak, aksine bir anlaşma ya da örf ve âdet kuralı yok ise ziynet eşyası ve diğer takıların kim tarafından ve hangi eşe takılırsa takılsın kadına bağışlanmış sayılacağına ve onun kişisel malı kabul edileceğine yönelik birçok kararı bulunmaktadır. Kadının korunması temelli bu yaklaşım, hukuki açıdan yoğun şekilde eleştirilmiş ve Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, *kadına özgü ziynet eşyalarının dışında, ortak bir yaşam kurma aşamasında olan eşlere maddî katkı sağlamak amacıyla, ekonomik değeri olan başka şeylerin de verildiğini göz önüne alarak eşlere takılan/verilen ve ekonomik değeri olan eşyalarla ilgili davalarda,* 2023-5704 Esas, 2024-2402 Karar sayılı 04.04.2024 tarihli kararıyla konuya ilişkin önceki görüşlerinde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiştir. Bu doğrultuda ziynet eşyalarının paylaşımı konusunda öncelikle taraflar arasında bir anlaşma bulunup bulunmadığına bakılarak anlaşma var ise buna göre, anlaşma yok ise yerel örf ve adetin ispat edilmesi halinde yerel örf ve adete göre karar verilmesi gerektiğine aksi halde erkeğe ve kadına verilen ve ekonomik değer taşıyan her şeyin kural olarak kendilerine ait olacağına, cinse özgü takıların ait olduğu cinse verilmiş sayılacağına, her iki cinse özgü olanların ise hangi eşe verildiyse ona ait olacağına hükmetmiştir. Ayrıca kararda, takı sandığına konulanlar açısından kadına ya da erkeğe özgü şeylerin o cinse verilmiş sayılacağı, şeyin her iki

* Dr. Öğr. Üyesi, Kocaeli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, duygu.kocak@kocaeli.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6915-5236

** Avukat, av.elvanbagcanbaz@gmail.com, ORCID: 0009-0000-6139-5390, Makalenin Gönderim Tarihi: 15.04.2025, Kabul Tarihi: 11.06.2025

cinse özgü olduğu belirlenmişse ortak kabul edileceği hususuna yer verilmiştir. Çalışmamızda evlilik sebebiyle eşlerin birbirlerine verdikleri veya üçüncü kişiler tarafından eşlere verilen ziynet eşyalarının ve diğer takıların hukuki niteliği, bunların eşe verildikleri zaman bakımından dahil oldukları mal grupları ve ziynet eşyasının konu olduğu hukuki işlemler, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde tartışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ziynet Eşyası, Zilyetliğin Devri, Takı, Mülkiyetin Geçişi, Bağış, Yasal Mal Rejimi

Abstract: The Court of Cassation has adopted a variety of stances on various dates, regarding the disputes concerning the returning of jewelry given by spouses to each other or by third parties to the spouses due to marriage. Until the date of 04.04.2024, when the Court of Cassation changed its stance, it approached the matter differently for women and men, and ruled that unless there is an agreement or custom to the contrary, jewelry and other ornaments given to a man or a woman in a marriage would be considered as donated to the woman and will be evaluated as her personal property regardless of who gave it to which spouse. With this decision, such assets were excluded from the liquidation of the legal property regime. This approach, based on the protection of women, was heavily criticized from a legal perspective, and the 2nd Civil Chamber of the Court of Cassation, considering that besides women's jewelry, other things in form of economic contributions were also given to spouses who were in the process of establishing a common life in order to provide financial support for themselves, stated in its decision regarding items which have economic value given to the spouses dated 04.04.2024, with the case numbers 2023/5704 and 2024/2402, that it was necessary to change previous opinions on the subject. Accordingly, in the division of jewelry between parties, if there is no customary rule or agreement, everything that has an economic value given to men and women will belong to them as a rule, and items that are specific to each gender will be considered as given to the gender to whom they were given, while items that are specific to both genders will belong to the spouse to whom they were given. In addition, the ruling states that in terms of what is placed in the jewelry chest, things specific to women or men will be regarded as given to that gender, and if it is identified that the item is specific to both genders, it would be commonly owned. In our study, the legal nature of jewelry and other ornaments given by spouses to each other or by third parties to the spouses due to marriage, the property groups they belong to in terms of when they were given to each spouse, and legal transactions involving jewelry are discussed within the framework of the views in the legal doctrine and decisions of the Court of Cassation included in our review have been discussed.

Keywords: Jewelry, Transfer of Possession, Jewelry, Transfer of Ownership, Donation, Legal Property Regime

GİRİŞ

Ailenin, Türk toplumundaki önemi, eşlerin birbirlerine verdikleri veya üçüncü kişiler tarafından eşlere verilen hediyelerde somutlaşmıştır. Çiftlere ziynet eşyasının veya bir miktar paranın ya da yatırım amaçlı kıymetli madenlerin takılması örf ve âdet haline gelmiştir. Evliliğe atfedilen önemin yanında ekonomik sebeplerle de eşlere katkı sağlama amacı güden veya evliliği simgeleyen eşyanın, hangi eşe ait olduğu konusu evlilik süresi içinde bir hukuki soruna dönüşmemektedir. Malik olan ancak zilyetliği elinde bulundurmayan eşin, mal rejiminin sona ermesi beklenmeksizin evlilik süresi içinde de kendisinden alınan ziynet eşyası ve takıların iadesini veya diğer eşte bulunanların kendisine verilmesini talep etmesine bir engel bulunmamakla birlikte[1] (TMK m. 683/II) esasen uygulamada evliliğin boşanma ile sonlanması halinde uyuşmazlıklar söz konusu olmaktadır.[2]

---

[1] Kadının kocası tarafından el konulan ziynet eşyası, çeyiz gibi kişisel malın iadesi taleplerinin, değer artış payı alacağı olarak nitelendirilemeyeceği, edinilmiş mallara katılma rejiminin ve tasfiyenin beklenmesine gerek olmaksızın her zaman evlilik birliği devam ederken veya evlilik birliği sona erdikten sonra dâhi bağımsız bir dava ile ileri sürülebileceği yönünde bkz. Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat, İstanbul, 2008, s.328. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T.15.09.2009, E. 2009/1623, K. 2009/4189 "Taraflar 2004 yılında evlenmiş olup halen evlidirler. Başka mal rejimini seçmediklerinden aralarında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerlidir. TMK'nın 223/1. maddesi hükmü uyarınca, her eş yasal sınırları içerisinde kişisel mallarıyla edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. 226/1. maddeye göre de her eş diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerin kişisel mallarını aynen ya da bedellerini istemelerine engel değildir. Eşler, kişisel mallarıyla ilgili isteklerini rejim sona ermeden, tasfiye söz konusu olmadan da ileri sürebilirler, bu istek mal rejiminin tasfiyesi halinde istenebilecek "Değer artış payı" veya "Artık değere katılma alacağı" olarak değerlendirilemez. Bu isteğin esası hakkında taraf delilleri toplanıp hakkında hüküm kurulması gerekirken yazılı gerekçeyle reddi usul ve yasaya aykırıdır" www.kazanci.com.tr. Yargıtay konuyu kişisel mallar açısından ele almışsa da edinilmiş mallar da malik olan eş tarafından malı elinde bulunduran diğer eşten her zaman isteyebilecektir. Eşlerden birinin malik olduğu bir malın iadesinin talep edilebilmesi için mal rejiminin sona ermesine gerek yoktur. Konu hakkında bkz. Zafer Zeytin, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s.287. Aynı yönde bkz. Suat Sarı, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir, İstanbul, 2007, s. 128.

[2] Ziynet eşyasının iadesi davası, ziynet eşyasına malik olan eş tarafından haksız zilyet eşe veya üçüncü kişilere karşı açılabilir. Konu hakkında bkz. Ömer Uğur

Ziynet eşyası, eşlere resmi nikah öncesi kız isteme, nişan, kına gibi merasimlerde veya resmi nikah sırasında ya da sonrasında verilebilmektedir. Her ne kadar değerlendirdiğimiz Yargıtay kararlarında, düğün sırasında verilen ziynet eşyası ve para ifadesine yer veriliyorsa da örf ve âdet gereğii anılan hediyelerin ortak yaşamın kurulmasına ilişkin her aşamada verilmesi söz konusu olmaktadır. Bu çalışma, salt düğün sırasında verilen hediyelerle sınırlı olmayıp, evlilik birliğinin kurulmasından önceki ve sonraki aşamalarda verilen ziynet eşyasını kapsar şekilde kaleme alınmıştır. Evlilik birliğinin kurulmasından önceki bir aşama olan nişanlanmanın evlenme dışındaki sebeplerle sona ermesi halinde hediyelerin iadesine ilişkin özel hüküm bulunduğu için nişanlılara verilen para ve ziynet eşyasının iadesi TMK m. 122 hükmüne tabi olup inceleme konumuz dışındadır.[3]

Çalışmanın odak noktasında, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 04.04.2024 tarihinde verdiği güncel kararı yer almaktadır.[4] Daire, kararda önceki görüşlerini değiştirdiklerini açıkça ifade ederek, ziynet eşyası ve düğünde takılan takılara yönelik talepleri içeren davalarda, öncelikle taraflar arasında bir anlaşma varsa anlaşmaya göre, anlaşma yoksa örf ve adetin varlığının iddia ve ispat edilmesi halinde örf ve adete göre karar verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bunların olmaması halinde erkeğe ve kadına takılan ve ekonomik değer taşıyan her şeyin kural olarak kime takılmışsa ona ait olacağı, takılan takıların cinse özgü olması halinde, kime takıldığına bakılmadan hangi cinse özgü ise o cinse verilmiş olarak kabul edileceği ve takı sandığına konulan karşı cinse özgü olmayan çeyrek, yarım, tam altın, para, döviz gibi he-

---

Gençcan, Ziynet ve Eşya Alacağı Davaları, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 586. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 27.01.2016, E. 2016/70, K. 2016/1365 "… Davacının kayınpederine karşı açtığı ziynet eşyasının aynen iadesi veya olmadığı takdirde bedelinin tahsili davası, aile hukukun dan kaynaklanan eşler arasındaki kişisel mal iadesi kapsamında bir talep niteliğinde olmayıp; genel hükümlere dayalı adi istihkak talebi (TMK m. 683 vd.) niteliğindedir. Bu talep yönün den görev asliye hukuk mahkemesine ait olmakla, bu talebe ilişkin davaya asliye hukuku mahkemesi olarak bakılması gerekirken; hatalı niteleme ve değerlendirme sonucu davanın aile mahkemesi sıfatıyla bakılarak karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olmuş, bozmayı gerektirmiştir…". www.kazancı.com.tr.

3 Orkun Tat, "Yargı Kararları Işığında Ziynet Eşyalarının Aidiyeti Üzerine Bir Değerlendirme" *Terazi Hukuk Dergisi,* 2023 S.204, s.103.

4 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 4.4.2024, E. 2023/5704, K. 2024/2402. www.lexpera.com.tr.

diyelerin kime geldiği tespit edilememiş ise tarafların her ikisine de ait olduğu sonucuna varılmıştır. Yargıtay kadına özgü ziynet eşyalarının dışında, ortak bir yaşam kurma aşamasında olan eşlere maddî katkı sağlamak amacıyla, ekonomik değeri olan başka şeylerin de verildiğini göz önüne alarak eşlere takılan/verilen ve ekonomik değeri olan eşyalarla ilgili davalarda, önceki görüşlerinde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğunu belirterek, görüşünü değiştirdiğini ifade etmişse de yeni eleştirilere kapı açmıştır. İncelemede karara ilişkin eleştirilere ve önerilere yer verilerek ziynet eşyasının iadesi davasında göz önünde bulundurulması gereken hususların açıklanması amaçlanmaktadır.

I. ZİYNET EŞYASI ÜZERİNDEKİ HAK SAHİPLİĞİNE İLİŞKİN DEĞİŞEN YARGITAY KARARLARI

Bu başlık altında ziynet eşyası kavramı, eşya üzerindeki hak sahipliği ve şartları ile Yargıtay'ın güncel görüşü kapsamında ziynet eşyasının kime ait olacağı konusu üzerinde durulmuştur.

A. Ziynet Eşyası Kavramı

Kıymetli madenlerden yapılan ve insanların üzerine takılarak süslenmek için kullanılan takılar, ziynet eşyası olarak isimlendirilmektedir.[5] Hukuki niteleme ile ziynet eşyası, bireyin üzerinde hakimiyet sağlayabildiği, kişi ve hayvanlar dışındaki ekonomik değer taşıyan cismani varlık olarak tanımlanan eşyadır.[6] İnsanlar tarafından süslenmek

---

5 Ziynet eşyası tanımları için bkz. Zeynep Özcan, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Katılma Rejiminin Etkisi, Arabuluculuk Çözüm Yolunun Bu Kapsamda Uygulanabilirliği, Seçkin, Ankara, 2023, s. 176; Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü (Sözlükçülükte 50. Yıl), Yenilenmiş 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s.1560; Emrah Kulaklı, "Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019 C. 25, S. 1, s. 263; Genççan, s. 106; Mehmet Akçaal, "Düğünde Takılan Ziynet Eşyasının İadesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2019 C. XIV, S.2, s. 267; Tat, s. 102; Mehmet Özyürek, Evlilik Birliğinde Ziynet Eşyasının Bağışlama ve Tüketim Ödüncüne Konu Edilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2020, s. 3.

6 Eşya kavramı için bkz. Sanem Aksoy Dursun, Eşya Kavramı, Oniki Levha, İstanbul, 2012, s. 5 vd.; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Bası, Filiz, İstanbul, 2021, N. 18 vd.; Halûk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2023, N. 25 vd.; Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023, s. 4 vd.

amacıyla kullanılabilmesi göz önüne alındığında taşınır eşya niteliğini haizdir (TMK m. 762).[7] Ziynet eşyasının, süslenme amacına yönelik olması onu yatırım amacına yönelik kıymetli madenlerden ayırır.[8] Bilezik, küpe, yüzük, halhal, kolye, iğne, gerdanlık, takı seti, saat gibi takılar kişiye özgü olup esasen süslenme amacına yöneliktir. Bunlar dışında, yatırım amacı taşıyan ve kişiye özgü olmayan gram, külçe, çeyrek veya cumhuriyet altını olarak ifade edilen altın veya bir miktar gümüş ya da diğer kıymetli madenler de ziynet eşyası olarak anılmaktadır.[9]

Yargıtay kararlarında eşlere verilen ziynet eşyası için, döviz, altın, gümüş, çeyrek, gram olarak ifade edilen ve örneklerini çoğaltabileceğimiz tüm hediyeleri kapsayacak şekilde takı ifadesi kullanılmaktadır.[10]

---

[7] Akçaal, 267, Özcan, s. 176. Taşınmaz eşyanın ve evlilik öncesinde ya da istisnaen evlilik sonrasında, eşlerin ailesi ve yakınları tarafından çeyiz kapsamında hazırlanan hediyelerin, ziynet eşyası niteliği taşımadıkları yönünde katıldığımız görüş için bkz. Tat, s. 102.

[8] Çeyrek, yarım veya tam altın gibi takıların, insanlar tarafından takılıp süs olarak kullanılmadığı için ziynet eşyası kapsamında olmadığı ve yatırım amacı taşıdığı yönünde bkz. Akçaal, s. 267, 272.

[9] Para, gram, yarım, çeyrek, tam gibi altınların veya ekonomik değer taşıyan diğer varlıkların ziynet eşyası kapsamında sayılmasının güç olduğu, ziynet eşyasının evlilik sebebiyle verilen ve eşlerin üzerine takılmaya elverişli taşınır eşya ile sınırlı tutulması gerektiği yönünde bkz. Tat, s. 102.

[10] Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 08.03.2018, E. 2016/13442, K. 2018/2229 "Somut olayda; Mahkemece, ülke genelindeki örf ve adetler, gerekse yerel örf ve adetler dikkate alındığında kolluk tarafından yapılan araştırmanın olaya uygun olduğu ve düğünde damada takılan ziynet eşyalarının ve paranın damada ait olacağının kabulünün gerektiği kanaatine varıldığı gerekçesiyle, davacı tarafın damada takılan ziynet eşyalarına yönelik talebinin reddine karar verilmiştir. Bu durumda, mahkemece; düğünde takılan tüm takılarla birlikte çeyrek altınların da kadına bağışlanmış olması nedeni ile bir kısım çeyrek altınlar yönünden de davacının talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken; yanılgılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir". www.kazancı.com.tr. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 26.01.2015. E. 2014/9491, K. 2015/1326 "Somut olayda, davacı kendisine düğünde davalı ve davalının akrabaları tarafından takılan takıların davalıda kaldığını ileri sürmüş, davalı ise bu takıların düğün borçları için bozdurarak borçların ödendiğini savunmuş ancak davacı kadının bunları iade edilmemek üzere rıza ile verdiğini kanıtlayamamıştır. Yargılama sırasında tanık sıfatı ile dinlenen davalının babası ve kardeşi de talep edilen takıların kendilerinde kaldığını ve düğün borçları için bozdurulduğunu beyan etmişlerdir. Hal böyle olunca mahkemece; davalı ve davalı yakınları tarafından davacıya düğünde takılan takılar ve miktarları tespit edilerek, tespit edilen bu takılar

Para için bazı kararlarda takı para ibaresine rastlanmaktadır.[11] Ziynet eşyası kıymetli madenlerden oluştuğu için dolaylı olarak yatırım amacına da hizmet edebilir. Ancak esas amacının süslenme olduğu göz önünde bulundurularak, sadece kadın veya erkeğin üzerinde süs eşyası olarak taşıyabileceği takılar, ziynet eşyası olarak kabul edilmelidir.[12] Kural olarak her iki grup da misli eşya niteliği taşır. Zira bunlar alışveriş hayatında sayma, tartma, ölçme ile belirlenebilen; yerini aynı cinsten bir başkasının alabildiği eşyadır.[13] Buna karşılık süslenmek amacıyla kullanılan ziynet eşyasının, bir kimsenin isteği üzerine üretilmesi ya da benzerlerinden farklı özellikler taşıması halinde yerini aynı cinsten bir başkasının alamayacağı için gayri misli eşya niteliği taşıması söz konusudur.[14] Örneğin eşlerden birinin adının baş harflerinin kazındığı bir saat, evlilik tarihinin yazılı olduğu bir yüzük ya da aile yadigarı olan ve nesilden nesile aktarılan bir gerdanlık gayri mislidir. Bir tedavül aracı olan ve misli nitelikte taşınır eşya niteliği taşıyan para[15] da uygulamada eşlerden biri tarafından açılan ziynet eşyasının iadesi davasına konu edilmektedir.[16] Her ne kadar ziynet eşyası dava-

açısından davanın kabulü cihetine gidilmesi gerekirken, yanılgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir". www.kazancı.com.tr.

11 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 22.12.2014, E. 2014/26823, K. 2014/26223 "Düğünde takılan takı paraları ve ziynet eşyaları, taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa kadına ait sayılır. İade edilmeme koşuluyla verildiği kanıtlanmadıkça; bunların koca tarafından borçları için bozdurulup harcanması; onu iade borcundan kurtarmaz. Davacı-davalı koca, kadının takı ve ziynet alacağı taleplerine verdiği cevapta "onların hepsinin nişan, düğün ve ev eşyası borçları için kullanıldığını'" beyan ve kabul etmiş; takı parasının, kadın tarafından iade edilmemek üzere kendisine verildiğini de ispatlayamamıştır. Açıklanan bu nedenlerle, takı parası talebinin kabulü gerekirken; yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" www.kazancı.com.tr.

12 Akçaal, 267. Taşınmaz eşyanın ve evlilik öncesinde ya da istisnaen evlilik sonrasında, eşlerin ailesi ve yakınları tarafından çeyiz kapsamında hazırlanan hediyelerin, ziynet eşyası niteliği taşımadıkları yönünde katıldığımız görüş için bkz. Tat, s. 102.

13 Misli eşya kavramı için bkz. Sirmen, s. 14; Aksoy Dursun, s. 38; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N. 53 vd.; Nomer/Ergüne, N. 50 vd.

14 Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aksoy Dursun, s. 40.

15 Aksoy Dursun, s. 39; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, N. 2985; Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. Bası, Filiz, İstanbul, 2006, s. 3.

16 Akçaal, s. 268.

sına konu ediliyor ise de kıymetli maden olmayan para, ziynet eşyası değildir. Ziynet eşyasının maddi değeri onun yapıldığı kıymetli maden üzerinden belirlenirken, paranın değerinin belirlenmesinde onun cisimleştiği kâğıt değil temsil ettiği nominal değeri esas alınır.[17] Ayrıca ziynet eşyasının, kişiye özgü olma özelliği, çeyrek, tam altın gibi yatırım amaçlı kıymetli madenlerde ve parada bulunmamaktadır. Çalışmamızın kapsamı, güncel Yargıtay kararı çerçevesinde, eşlere verilen ziynet eşyası ve yatırım amaçlı diğer kıymetli madenler üzerindeki hak sahibinin belirlenmesine ilişkin ilkelerin değerlendirilmesinden oluşmaktadır.

B. Ziynet Eşyalarına İlişkin Değişen ve Güncel Yargıtay Kararları

Eşlerin birbirine veya üçüncü kişilerin eşlere, evlilik sebebiyle verdikleri ziynet eşyasının, eşlerden biri tarafından iade talebine konu edilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Yargıtay çeşitli tarihlerde farklı görüşleri benimsemiştir.[18] Görüş değişikliğine gidilen 04.04.2024 tari-

---

17 Serozan, N. 3.

18 Bazı kararlarında üçüncü kişilerce düğün sırasında takılan takıların kim tarafından ve hangi eşe takılırsa takılsın aksine bir anlaşma ya da örf ve âdet kuralı olmadığı takdirde kadına bağışlandığı ve onun kişisel malı olduğu kabul edilmiştir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 29.11.2023, E. 2023/1549, K. 2023/3448 "Düğünde kadına takılan ziynet eşyaları, kim tarafından takılmış olursa olsun kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı kabul edilir." www.kazancı.com.tr. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 2017/3-1038, K. 2021/458, T. 13.4.2021 "Yargıtayın yerleşik uygulamasına, yaygın örf ve âdet ile ülke gerçeklerine göre kural olarak, düğün sırasında takılan ziynet eşyası ve paralar kim tarafından ve hangi eşe takılırsa takılsın aksine bir anlaşma ya da örf ve âdet kuralı olmadığı takdirde kadına bağışlanmış sayılır ve artık kadının kişisel malı kabul edilir. Yani erkeğe takılan ziynetler ve paraların da aksi kanıtlanmadığı müddetçe kadına ait olduğu kabulü vardır. Söz konusu ziynet eşyasının (altın vs.) evlenme sebebiyle gerek ailelerce ve gerek yakınlarca kadına geleceğinin güvencesi olarak takıldığı kabul edildiğinden emaneten (altın olarak) takıldığı konusunda kadının bir kabulü olmadığı sürece genel kural kabul edilecektir. Artık, ziynetlerin geri istenmemek üzere verildiği iddia ve ispat edilmedikçe, bunları alan iade etmekle yükümlüdür. 22. İspat külfetinin hangi tarafta olduğu hususunun, yukarıda bahsedilen hukuki düzenleme çerçevesinde çözümlenmesi gerekmektedir. Davalı genel kuralın aksine örf ve adetleri bulunduğunu iddia ettiğine göre bunu ispat külfeti kendisine düşmektedir. Davalı ispat amacıyla muhtar olan tanık Z…. Ç…ı dinletmiş; tanık iddia edilenden farklı olarak "bizim adetlerimiz düğünde takılan takılar, kıza takıldıysa kızın, oğlana takıldıysa oğlanın olur" şeklinde ifade

vermiş; mahkemece tanığın beyanı esas alınarak hüküm kurulmuştur. 23. Hemen belirtmek gerekir ki, düğünde takılan takıların erkeğe ait olduğu yönünde örf ve adetleri bulunduğunu belirten davalının, dinlettiği tanığın beyanı ve Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına yansıyan yaygın örf ve âdet karşısında daha köklü bir adetin varlığını ispatlayamadığı açıktır. Bu durumda genel kuraldan ayrılınmasını gerektirecek bir durum söz konusu değildir" www.kazancı.com.tr. Bazı kararlarında ise kadına özgü olmayan yatırım amaçlı takıların hangi eşe ait olduğunun ispat edilememesi halinde onların paylı mülkiyetinde olduğunu ve erkeğe özgü ziynet eşyasının erkeğe verilmiş sayılacağını kabul etmiştir. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 24.9.2020, E. 2020/949, K. 2020/5378 "Kadına özgü ziynet eşyaları, eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğindedir (TMK madde *1*, 6, 220/1-1, 222/1, HMK madde 190, YHGK'nin 04.03.2020 tarihli ve 2017/ 3-1040 E., 2020/240 Sayılı kararı). Aksi halde, eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır (TMK madde 222/2). Somut olayda, varlığı ispatlanan tel bilezik ve işlenmiş bilezikler kadına özgü ziynet eşyası niteliğinde olup, eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğindedir. Ancak varlığı ispatlanan gremse, reşat, tam, yarım, çeyrek, gram altınlar ise kadına özgü ziynet eşyası niteliğinde olmayıp, hangi eşe ait olduğu ispat edilememesi halinde onların eşlerin paylı mülkiyetinde olduğunun kabulü gerekir" www.kazancı.com.tr. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 22.1.2007, E. 2006/21021, K. 2007/101 "Dava konusu olan erkek künyesi haricindeki ziynet eşyaları ve paranın düğünde hediye olarak davacıya takıldığı, daha sonra otomobil alımı amacıyla davalı tarafından bozdurulup davacıya iade edilmediği, davacının dövülmüş vaziyette evden ayrıldığı; boşanma ve ceza dosyaları, doktor raporu ve tanık beyanlarıyla sabittir. Davalı kocaya ait olması gereken 1 adet erkek künyesi dışındaki dava konusu altınlar ve para yönünden davanın kabulü gerekirken dosya kapsamına uymayan yanlış gerekçeyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır". www.kazancı.com.tr. Bazı kararlarda ise takının geçici olarak takılıp takılmadığı veya erkeğe takılan takıların kadına bağışlanıp bağışlanmadığı üzerinde durarak sonuca ulaşmıştır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 14.12.2015, E. 2015/12012, K. 2015/20160 "Ancak, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına, örf ve adete, ülke gerçekleri ile yöresel geleneklere göre evlenme sebebiyle gerek ailelerce ve gerekse yakınlarınca kadına geleceğinin güvencesi olarak takılan ziynet eşyaları (altın vs.) emaneten (geçici) olarak olarak takıldığı konusunda kadının bir kabulü olmadığı sürece düğünde davacı kadına bağışlanmış sayılır. Aynı biçimde düğünde erkeğe takılan fakat daha sonra koca tarafından eşine (kadına) verilen ziynet eşyaları için de kadının herhangi biçimde kabulü söz konusu olmadıkça ve aksi de kanıtlanmadıkça kocanın bu eşyaları eşine bağışladığı kabul edilir. Somut olayda; aksi iddia ve ispat edilmediğine göre, düğünde erkeğe takılan küçük altınlar da davalı tarafından davacıya bağışlanmış sayıldığından, bu eşyalar yönünden de talebin kabulüne karar verilmesi gerekir iken, eksik inceleme, yanılgılı değerlendirme ve yasal olmayan gerekçeler ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır." www.kazancı.com.tr.

hinden önceki son dönem kararlarında, ağırlıklı olarak aksine bir anlaşma ya da örf ve âdet kuralı yok ise ziynet eşyası ve paranın kim tarafından ve hangi eşe takılırsa takılsın kadına bağışlanmış sayılacağına ve onun kişisel malı kabul edileceğine hükmedilmiştir. Bu ilkeler çerçevesinde birçok karar verilmiş ve hukuki temeli olmamasına rağmen eşlere verilen ziynet eşyası, yatırım amaçlı kıymetli madenler ve para, kadının kişisel malı kabul edilmiştir. Son olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 2023-5704 Esas, 2024-2402 Karar sayılı ve 04.04.2024 tarihli kararıyla konuya ilişkin önceki görüşlerinde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğunu belirtmesiyle, bu tür uyuşmazlıklar bakımından yeni bir dönem başlamıştır.

Yargıtay'ın görüş değişikliğine gitmeden önceki kadının korunması temelli yaklaşımı, hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle yoğun şekilde eleştirilmiştir. Doktrinde Akçaal, Yargıtay tarafından, TMK. m. 220 hükmünün hangi bendine istinaden değerlendirme yapıldığı belirtilmeksizin, takıların kim tarafından kime takılırsa takılsın kadının kişisel malı sayılmasının isabetli olmadığını, sadece erkeğin kişisel kullanımına yarayan ziynet eşyasının TMK. m. 220, b. 1 gereğince, onun kişisel malı sayılarak mülkiyetinde bulunduğunu kabul etmek gerektiğini, ayrıca çeyrek, yarım, tam altın veya para gibi yatırım amaçlı takıların kişisel kullanımına özgülendiğinden bahsedilemeyeceği için TMK. m. 220/b.1 gereğince kişisel mal niteliğini haiz olmadığını, TMK. m. 220/b.2 hükmünden hareketle düğünde takılan ziynet eşyasının tamamının kadının kişisel malı olduğu sonucuna varılamayacağını, düğünün evlilik birliğinin kurulmasından sonra yapıldığı durumlarda, erkek tarafının bağışlama kastının genellikle kadına değil, erkeğe yönelik olmasından hareketle erkeğe takılan ziynet eşyalarının erkeğe bağışlandığının ve onun kişisel malı olarak kabul edilmesi gerektiğini, belirtmiştir.[19]

Acabey ise erkeğin arkadaşları veya hısımları tarafından getirilen hediyelerin geline verilmiş sayılmasının hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığını ve olağan kabul edilemeyeceğini, nikah töreni öncesi veya sonrası evlilik nedeniyle eşlere verilen her türlü takı ve hediyelerin, çiftlere destek sağlamak üzere her ikisine birden verilmiş olmasının hayatın olağan akışına daha uygun olduğunu, bu nedenle eşlere ev-

[19] Akçaal, s. 272-273.

lilik nedeniyle verilen her türlü takı ve hediyenin sadece birine verilmediği sürece eşlerin paylı mülkiyetinde kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.[20]

Özcan'a göre düğünde kadına takılan tüm takılar onun kişisel malı, erkeğe takılan cinse özgü takılar dışındakiler ise TMK m. 222/III gereğince aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edilmelidir.[21] Kulaklı da mal rejiminin kurulmasından önceki malvarlığı değerleri üzerinde borçlar hukuku kurallarının geçerli olduğunu ve bu malvarlığı değerinin, evliliğin kurulmasından sonra ancak TMK. m. 220/b.2 kapsamında, kişisel mal olarak kabul edilebileceğini, dolayısıyla nikâh memuru önündeki olumlu cevaplardan önce gelin ve damada verilen ziynet eşyalarının, kime takılmışsa onun kişisel malı olarak mal rejimine dâhil olacağını, düğün merasiminin önce yapılması halinde damada takılan ziynet eşyalarının gelinin kişisel malı olarak nitelendirilemeyeceğini, Yargıtay'ın TMK. m. 220 hükmünü içtihatları ile aşmasının, Anayasa m. 7 hükmüne de aykırı olduğunu ileri sürmekte ve eşlere verilen ziynet eşyalarındaki kazandırma sebebini ortaya koymanın güçlüğünü dikkate alarak kim tarafından ve kime takılırsa takılsın ziynet eşyaları üzerinde eşlerin paylı mülkiyeti olduğunun kabul edilmesini teklif etmektedir.[22] Tat'a göre resmi nikah bulunmadan önce veya sonra takılar hangi eşe verilmişse onun kişisel malıdır. Hangi eşe verildiği tespit edilemeyen akıların ise tarafların paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilmelidir.[23]

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 4.4.2024 tarihinde, toplumdaki gelenek ve göreneklerin zamanla değişikliğe uğradığı, ekonomik ve hukuksal ilişkilerin dinamik yapısı, düğünde eşlerin ortak bir hayat kurmasına destek olmak amacı ile kadına özgü ziynet eşyaları dışında başkaca ekonomik değeri olan eşyaların da verildiği gerekçesiyle, görüş değişikliğine gittiğini belirterek erkeğe takılan, cinse özgü olmayan para ve ziynet eşyalarının da kadına ait olduğuna yönelik önceki kararlarından dönmüş ve "*Dairemizin ilkesel nitelikteki yeni görüşüne göre; "Ta-*

[20] Acabey, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan, Ankara, 2020, s. 111.
[21] Özcan, s. 176-177.
[22] Kulaklı, s. 265, 270.
[23] Tat, s. 103.

raflar arasında ziynet eşyalarının paylaşımı konusunda anlaşma mevcut ise paylaşım bu anlaşmaya göre gerçekleştirilir. Ziynet eşyalarının paylaşımı konusunda taraflar arasında anlaşma bulunmadığı takdirde yerel örf ve adetin varlığı iddia ve ispat edilirse bu kurala göre paylaşım gerçekleştirilir. Aksi takdirde erkeğe ve kadına takılan/verilen ve ekonomik değer taşıyan her şey kural olarak kendilerine aittir. Ne var ki takılar içinde karşı cinse özgü (kadına ya da erkeğe özgü) bir şey varsa o cinse verilmiş sayılır. Özgü olma konusunda çekişme varsa ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Bilirkişi incelemesi sonucunda o şeyin her iki cinse özgü olduğu belirlenmişse o şey takılan/verilen eşe ait olur. Takı sandığı/torbasına konulan ekonomik değer taşıyan şeyin aidiyeti konusunda; konulan şey kadına ya da erkeğe özgü bir şey ise o cinse verilmiş sayılır, o şeyin her iki cinse özgü olduğu belirlenmişse ortak kabul edilmelidir" yönündedir. Uyuşmazlık, tarafların iddia ve savunmaları da dikkate alınarak bu ilkeler doğrultusunda çözülmelidir" şeklinde karar vermiştir.

II. YARGITAY'IN GÜNCEL GÖRÜŞÜNE İLİŞKİN KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu başlık altında ziynet eşyası yönünden mülkiyetin kazanılması, kazandırmanın kime yapıldığı ve niteliği üzerinde durulmuştur. Yargıtay'ın güncel kararı, Medeni Kanun, Borçlar Kanunu ve diğer genel hükümlere kapsamında değerlendirilmiştir.

A. Genel Olarak

Türk toplumunda yaşam boyu sürecek bir kader birliği olarak benimsenen evlenme, taşıdığı anlam itibariyle her bölgeye özgü olarak çeşitli örf ve adetlerle tamamlanmaktadır. Başka ifadeyle eşlerin resmi memur önünde evlenmeye olumlu cevap vererek evlilik birliğini kurmalarından önce kız isteme, nişan, çeyiz gösterme, kına, kalın gibi örnekleri çoğaltılabilecek örf ve âdet niteliği taşıyan bir dizi merasim içinde yapılmaktadır. Henüz evlenme akdinin kurulmadığı merasimler sırasında veya evlenme akdinin kurulması sonrası, eşlere, diğer eş veya eşin ailesi, yakınları ve dostları gibi üçüncü kişiler tarafından ziynet eşyası, para veya kıymetli madenler hediye edilmektedir. Resmi memur önünde evlenmeye olumlu cevap vererek evlilik birliğini kuran eşler tarafından mal rejimi sözleşmesi ile yasada sınırlı olarak sayılan diğer mal rejimlerinden biri seçilmemiş ise yasal mal rejimi olan

edinilmiş mallara katılma rejimi uygulama alanı bulur (TMK m. 202, 206).[24]

Edinilmiş mallara katılma rejiminin başlaması, mal rejiminin yürürlüğünden önce veya mal rejimi sırasında edinilen malvarlığı değerleri üzerindeki hak sahipliğini etkilemez.[25] Mal rejimi sırasında da TMK m. 223 uyarınca, "*Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir*". Bu doğrultuda, eşlerin, mal rejiminin yürürlüğe girmesinden önce birbirinden bağımsız ve ayrı olan malvarlıkları mal rejiminin yürürlüğe girmesi ile bu özelliğini kaybetmez, her bir eş kendi malvarlığının aktifinde yer alan değerler üzerinde hak sahibi olmaya devam eder ve diğer eşin rızasını almadan hukuki işlem yapabilir.[26]

Evlilik birliğinin kurulması, bu andan itibaren uygulanan mal rejimi hükümleri, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlamaz.[27] TMK m. 193 uyarınca, "*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri*

---

[24] Gümüş, s. 218; Muzaffer Şeker, Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular, Oniki Levha, İstanbul, 2022, s. 41-42; Acabey, s. 18; Sarı, s. 5 vd.; Zeytin, N. 189-190; Şükran Şıpka, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 1. Basıdan 3. Tıpkı Basım, Oniki Levha, İstanbul, 2013, s. 87; Demet Özdamar, Ali Gümrah Toker, Ferhat Kayış, Burcu Yağcıoğlu, Aliye Akgün Toker, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi), 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024, s. 28; Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan, Ankara, 2024, s. 226; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 25. Bası, Beta, Ankara, 2024, s. 144; Mustafa Dural, Tufan Öğüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Filiz, İstanbul 2024, Sn. 1018; Ahmet Kılıçoğlu, Katkı-Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan, Ankara, 2020, 51.

[25] Şeker, s. 41, 46; Acabey, s. 102-103; Gümüş, s. 277; Zeytin, N. 205, 240; Sarı, s. 51 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2007, C. 9, Özel Sayı, s. 492, dn. 1; Faruk Acar, Aile Hukukumuzda, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, N. 475.

[26] Gümüş, s. 277; Akıntürk/Ateş, s. 162; Şıpka, s. 127; Acabey, s. 102-103; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 495; Zeytin, N. 207; Sarı, s. 52 vd.; Acar, N. 477.

[27] Gümüş, s. 277; Akıntürk/Ateş, s. 162; Şıpka, s. 127.

diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir.[28] Bu doğrultuda, mal rejiminin yürürlüğünden önce olduğu gibi mal rejimi sırasında da eşler, malvarlığını etkileyen hukuki işlemlerle hak kazanabilir veya borç altına girebilirler. Eşlerin malvarlığına ilişkin hukuki işlemlerinin hüküm ve sonuçlarına genel hükümler uygulanır.

Somutlaştırmak gerekirse, eşlerin ziynet eşyası veya diğer takılar üzerinde mülkiyet hakkını kazanmasına, taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler uygulanır. Bu noktada mal rejiminin yürürlüğe girip girmediğinin bir önemi bulunmamaktadır. Rejimin yürürlüğe girmesi üzerine, eşlerin edindikleri malvarlığı değerleri, edinme zamanındaki belirli özelliklerine göre edinilmiş ve kişisel mallar olarak ikili bir ayrıma tabi tutulur (TMK m.219-221).[29] Bu ayrım etkisini mal

---

[28] Hükümden de anlaşıldığı üzere, eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün yasadan doğan sınırlamaları bulunmaktadır. Bunları iki grupta ele almak mümkündür. Birinci grup, evliliğin genel hükümlerinde düzenlenen sınırlamalardır. Bunlar, aile konutuna özgü işlemler (TMK m.194), eşlerden birinin tasarruf yetkisinin yasadaki koşulların gerçekleşmesi ile diğerinin rızasına tutulmasıdır (TMK m.199). Paylı mülkiyet konusu malda eşlerden birinin kendi payı üzerinde diğer eşin rızasına bağlı olarak tasarruf edebilmesini düzenleyen TMK m. 223/II ise mal rejimi hükümlerinden doğmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Zeytin, N. 210 vd.; Sarı, s. 57 vd.; Acabey, s. 103 vd; Gümüş, s. 278; Şıpka, s. 128 vd.

[29] Akıntürk/Ateş, s. 157; Şıpka, s. 89 vd.; Şeker, s. 41 vd.; Acabey, s. 65; Gümüş, s. 253, 277; Zeytin, N. 241 Sarı, s. 51 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 494. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 7.6.2022, E. 2019/8-335, K. 2022/850 "Mal rejimi; eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları ve evlilik birliği devam ettiği sürece edindikleri mallar üzerindeki hakları, birbirlerine ve üçüncü kişilere karşı sorumlulukları ile evlilik birliği sona erdiğinde bu malların paylaştırılması yönündeki kurallar bütününü ifade etmektedir. Mal rejimleri, yasal ve seçimlik mal rejimleri olarak iki gruba ayrılmıştır. Eşlerin malvarlıklarının yönetimi hususunda sözleşme ile mal rejimini tayin etme imkânı bulunmakla birlikte, bu seçimin gerçekleşmemesi ihtimali gözetilerek kanun gereği eşlerin tabi olacakları yasal mal rejimi belirlenmiştir. 14. Bilindiği üzere TMK'nın 202. maddesinin 1. fıkrası uyarınca eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine yönelik düzenlemeler TMK'nın *218* ilâ *241*. maddeleri arasında yer almaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar (TMK m.*219*) ile eşlerden her birinin kişisel mallarını (TMK m.*220*-221) kapsar. 15. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi için tasfiyeye konu malın hangi grupta yer aldığının belirlenmesi zorunludur. Zira malvarlığının yer aldığı grup, bu malvarlığının tasfiyeye girip girmeyeceği veya tasfiyeye girmesi hâlinde ne şekilde tasfiye edileceği açısından büyük önem taşımaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki; edinilmiş mallara katıl-

rejiminin sona ermesi ile gösterir ve her bir eşin diğerinin edinilmiş malları üzerindeki katılma alacağı belirlenir.[30] Başka ifadeyle bu ayrıma, mal rejiminin devamı sırasında bir sonuç bağlanmamıştır.[31]

Yukarıda yer verilen açıklamalar ışığında görülmektedir ki, eşin bir malvarlığı değeri üzerinde hak sahibi olup olmadığının belirlenmesinde genel hükümler uygulanır (TMK m. 763/I). Böylece hukuki işlem özgürlüğüne sahip eşler, diğerinin rızasını almaksızın üçüncü kişilerle, edinilmiş ve kişisel malları üzerinde, serbestçe tasarruf edebileceklerdir.[32] Mal rejimine ilişkin hükümler ise hak sahibi olunan malvarlığı değerinin eşin hangi mal gurubu içinde yer aldığını belirler (TMK m. 219-221).[33] Eşlerin ziynet eşyasının maliki olduğu iddiası ile istihkak davası niteliğindeki iade davası açmaları halinde de genel hükümler uyarınca öncelikle kazandırıcı işlemin hangi eş lehine yapıldığı belirlenmeli ve ardından mal rejimi hükümleri doğrultusunda eşyanın eşin hangi mal gurubuna dahil olduğu değerlendirilmelidir.

Yargıtay konuya ilişkin güncel görüşünde, cinse özgü ziynet eşyaları bakımından mülkiyetin kazanılmasında, taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler çerçevesinde, taraf iradelerini, özel hukukun temeli olan malvarlığını etkileyen işlemler başlığı altında tasarruf işlemi ile hangi eşe kazandırma yapıldığını esas almama konusunda, önceki kararlarındaki tutumunu sürdürmektedir. Bununla birlikte ziynet eşyasının dahil olduğu malvarlığı grubunun belirlenmesinde, yasal mal rejimi hükümlerinin başlangıç anı bakımından bir ayrım yapılmamaktadır. Kararlarda, cinse özgü olma hem eşya üze-

---

ma rejiminde kural, mal gruplarının değişmezliğidir. TMK'nın 221. maddesinin 1 ve 2. fıkraları ile açıklanan istisnalar dışında, eşler; mal gruplarını değiştiremezler, aksine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olarak kabul edilir (TMK m.222/3). www.kazancı.com.tr.

30 Acabey, s. 65, Şeker, s. 41 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 492; Zeytin, N. 242; Sarı, s. 52.

31 Acabey, s. 65, Zeytin, N. 242; Sarı, s. 52; Murat Uyumaz, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 21, S. 3-4, 124.

32 Gümüş, s. 277; Şıpka, s. 127; Acabey, s. 102-103; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 495; Zeytin, N. 207; Sarı, s. 52 vd.; Acar, N. 477.

33 Zeytin, N. 240; Acar, 371.

rindeki mülkiyet hakkı sahibinin hem eşyanın dahil olduğu malvarlığı grubunun belirlenmesinde ortak bir ölçüt olarak ele alınmakta ve yeni eleştirilere kapı açılmaktadır. Konuya ilişkin değerlendirme her bir başlık altında sırasıyla ele alınacaktır.

B. Kazandırma Yapılan Eş Bakımından

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, ziynet eşyasının hak sahipliğini değerlendirdiği güncel kararında, ziynet eşyalarının paylaşımında, anlaşma veya örf ve âdet kuralı yok ise erkeğe ya da kadına verilen ve ekonomik değer taşıyan her şeyin kural olarak kendilerine ait olacağına ilişkin ifade, anlaşma yok ise örf ve âdet kuralının uygulanması gerektiğini belirten kısmı hariç yerindedir.[34] Şöyle ki kime kazandırılmak isteniyorsa, eşyanın ona verilmesi asıldır.[35] Bu davranış, mülkiyet hakkının, eşyanın verildiği kişiye kazandırılmasını amaçlayan örtülü bir irade beyanıdır.[36] Yargıtay bu sonucu cinse özgü olma niteliği bulunmadığı için yalnızca yatırım amaçlı kıymetli madenlerde ve parada kabul ediyor görünmektedir. Çünkü kararın devamında, cinse özgü takıların ait olduğu cinse verilmiş sayılacağına hükmetmiştir. Buna göre, cinse özgü takının ait olduğu cinse verilmesi halinde bir sorunla karşılaşılmayacaktır. Ancak cinse özgü takının, karşı cinse takıldığı, örneğin gerdanlığın damada ya da erkek kol saatinin geline verilmesi halinde zilyetliğin devredildiği eş değil eşyanın ait olduğu cinse sahip eş malik olacaktır. Zira gelinin veya damadın kullanabileceği, onların cinsine özgü bir takının karşı cinse verilmesi, kazandırma iradesinin yöneldiği eşin şahsı bakımından tartışma yaratmakta ve hayatın olağan akışına uygun görünmemektedir. Yargıtay da buradan hareketle

---

34 Konuya ilişkin değerlendirme için bkz. II.E.

35 Kulaklı, s. 270.

36 Yargıtay'ın evlilik sebebiyle getirilen ziynet eşyası ve diğer takıların tamamının kadına bağışlanmış sayılacağı ve onun kişisel malı olduğu sonucuna ulaşan kararları açısından yaptığı değerlendirmede, Kulaklı tarafından davetlilerin merasim sırasındaki davranışlarının, iradeyi gösteren hareket (facta concludentia) olarak örtülü bir irade beyanı teşkil ettiği ve bu iradenin muhatabının ziynet eşyasının verildiği eş olduğu ifade edilmiştir. Konu hakkında bkz. Kulaklı, s. 270. Aynı şekilde Akçaal da erkeğin arkadaşlarının düğünde taktığı ziynet eşyası bakımından, bağışlama kastının, kadına değil, damada yönelik olduğunu, Yargıtay'ın belirttiği şekilde genel bir varsayım yerine, somut olayda bağışlama sözleşmesinin hangi taraflar arasında kurulduğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Konu hakkında bkz. Akçaal, s. 274.

olsa gerek kazandırma yapan kişinin iradesinin, zilyetliği devrettiği eşe değil takıyı kullanabilecek cinsiyete sahip eşe yönelik olduğu kabulü üzerinden fiili bir karine yaratmıştır.[37] Kanımızca bu yaklaşım, kazandırma yapanın iradesini göz önüne almadığı için her zaman adil sonuçlar yaratmayacaktır.

Meseleye ilişkin olarak öncelikle kazandırma kavramına ve taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlere değinmek gerekir. Kazandırma, bir kişinin malvarlığından veya çalışma gücünden bir başka kişinin malvarlığına bir menfaatin sağlanması olarak tanımlanmaktadır.[38] Kazandırma bir hukuki işlemle yapılıyorsa lehine kazandırmada bulunulan taraf bakımından yapılan kazandırıcı işlemden bahsedilir.[39]

---

37 Fiili karine kavramı için bkz. Vildan Peksöz, "Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, C. 79, s. 1, s. 199; M. Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medenî Hukuk, 30. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, N. 1041-; Baki Kuru, Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, İstanbul 2023, s. 245; Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 2022, § 15, N. 30. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.7.2023, E. 2023/191, K. 2023/703, "Karine, belli bir vakıadan, belli olmayan diğer bir vakıa için çıkarılan sonuçtur. Karine söz konusu olduğunda karine temeli ile karine sonucunu birbirinden ayırt etmek gerekir. Karineye dayanan taraf, sadece karine sonucunu ispat yükünden kurtulmuş olur, ancak karine temelini ispat etmek yükü altındadır. Maddi hukukta karineler, kanuni ve fiili karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Karineler ispat yükü bakımından önemlidirler. Yaşam deneyi kuralları sonucu oluşan fiili karineyle, ziynet eşyaları; eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır. Nitekim Hukuk Genel Kurulu'nun 05.05.2004 tarihli ve 2004/4-249 Esas, 2004/247 Karar; 04.03.2020 tarihli ve 2017/3-1040 Esas, 2020/240 Karar; 04.11.2020 tarihli ve 2017/3-1512 Esas, 2020/835 Karar; sayılı kararlarında da aynı ilke benimsenmiştir." www.kazancı.com.tr.

38 Oğuzman/Barlas, N. 639; Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz, İstanbul, 2017, § 11, N.38; Eren, N. 498; Andreas von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, çev. Cevat Edege, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983, s. 193 vd.; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Oniki Levha, İstanbul, 2014, s. 49 vd.; Mustafa Dural, Suat Sarı, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 19. Bası, Filiz, İstanbul, 2024, N. 1140; Ege Türel, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, Oniki Levha, İstanbul 2024, s. 37-38; Esen Kabaş Tezcan, Kazandırmanın Hukuki Sebebi (Causa), Adalet, Ankara, 2022, s. 115.

39 Selahattin Sulhi Tekinay, Servet Akman, Halûk Burcuoğlu, Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı., Filiz, 1993, s. 49; Hüseyin Altaş, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, (TMK m. 1-7), 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 143;

Taşınır eşya niteliğindeki ziynet eşyası ve diğer takıların mülkiyetinin devri, devreden taraf açısından tasarruf işlemi, devralan eş açısından ise kazandırıcı işlem niteliğindedir.[40] Taşınır mülkiyetinin devrinde tasarruf işlemi, TMK m.763/I hükmünde düzenlenmiştir.[41] Hükümde yalnızca zilyetliğin devrinden söz edilmişse de tasarruf işlemi bundan ibaret değildir.[42] Aynı zamanda devrin ayni hakkın kazandırılması amacıyla yapıldığı konusunda taraf iradelerinin uyuşmasını anlatan ayni sözleşmenin varlığı şarttır[43]. Ziynet eşyasının veya diğer takıların teslimi sırasında, devreden ile devralan eşin mülkiyetin geçişi konusunda anlaşması ile hak kesin olarak devralan eşin malvarlığına geçer. Bu sonucu devre konu ziynet eşyasının cinse özgü olmaması değiştiremez.

Ziynet eşyası veya diğer takıların hangi eşe kazandırılmak istendiğinin tartışmalı olduğu durumlarda, zilyetliğin devri, ayni sözleşmenin yapıldığı sıradaki hal ve şartların değerlendirilmesi gerekir. Taraf iradelerinin yorumunda, takının cinse özgü olup olmaması da göz önünde bulundurulacak unsurlardan biri ise de bunun tek başına belirleyici olduğu sonucuna varılmamalıdır. Zira eşlere ziynet eşyası veya takı hediye edilmesinin temelinde toplumsal dinamikler yatmaktadır. Şöyle ki yaşam deneyimleri, merasimler sırasında hediyelerin, eşlere genellikle kendi sosyal çevreleri veya yakınları tarafından verildiğini göstermektedir[44]. Genellikle gelinin sosyal çevresi geline, damadınkiler ise damada hediyelerini sunmaktadırlar.[45] Nitekim doktrinde

---

Rona Serozan, Medeni Hukuk, İstanbul, 6. Bası, Vedat, 2015, III § 3, N. 11; Oğuzman/Barlas, N. 641; Dural/Sarı, N. 1139; Vardar Hamamcıoğlu, s. 49.

40 Nomer/Ergüne, N. 843; Vardar Hamamcıoğlu, s. 49; Dural/Sarı, N. 1141; Oğuzman/Barlas, N. 642-643.

41 Taşınır mülkiyetinin devren kazanılması için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemr, N. 2581 vd.; Nomer/Ergüne, N. 838, 843; Vardar Hamamcıoğlu, s. 228 vd.

42 Nomer/Ergüne, N. 838, 843; Vardar Hamamcıoğlu, s. 228. TMK m. 763/I'de ifade edilen zilyetliğin devrinin, tasarruf işleminin bir parçası olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemr, N. 2582.

43 Nomer/Ergüne, N. 838, 843; Vardar Hamamcıoğlu, s. 228; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemr, N. 2583.

44 Kulaklı, s. 264, 269, 270, 273; Tat, s. 107. Yargıtay'ın evlilik sebebiyle getirilen ziynet eşyası ve diğer takıların tamamının kadına bağışlanmış sayılacağı yönündeki kararı açısından da erkeğin arkadaşları ve hısımları tarafından verilen hediyelerin geline verilmiş sayılmasının hayatın gerçekleriyle bağdaşmadığı, kişilerin bazen daha önce hiç tanımadıkları geline hediye vermelerinin olağan olmadığı yönünde bkz. Acabey, s. 111.

45 Kulaklı, s. 264, 269, 270, 273; Tat, s. 107.

de hediyenin eşlerden birinin sosyal çevresi veya yakınları tarafından verilmesi, ilgili eşe kazandırma yapıldığının göstergesi olarak kabul edilmektedir.[46] Bir gerdanlığın aile geleneği olarak nesilden nesile aktarılması için annesi tarafından damada verilmesi örneğinde, kazandırmanın damada yapıldığı açıktır. Zira burada arzu edilen, mülkiyetin damada devredilmesi, gerdanlığın da damadın eşi kim olacaksa onun tarafından kullanılmasıdır. Başka ifade ile içinde bulunulan hal ve şartlardan kazandırma yapanın iradesinin yöneldiği eşin, damat olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla somut olayda, takının cinse özgü olması, taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümlerde ayrılmak için yeterli bir sebep değildir. Bu noktada eşya üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olmakla, o eşyanın kişisel olarak kullanılması sonucu kişisel mal gurubuna dahil olması da birbirine karıştırılmamalıdır.[47] Kişisel kullanıma özgülenmiş bir malın, kişisel mal sayılabilmesi için öncelikle o eşin malvarlığında yer alması, eşin malik olması gerekir.[48] Örneğimizde, gerdanlık damat tarafından evlilik süresince gelinin kullanımına sunulacak olsa da gelin mülkiyet hakkına sahip olmadığından gerdanlık onun kişisel malı haline gelmeyecektir.

Kural kazandırmanın muhatabı olan eşin ziynet eşyasının maliki olması ise de somut olayın özellikleri doğrultusunda farklı sonuca varılması da mümkün olabilir. Böyle durumlarda değerlendirme yapılırken hediyenin konusunun, yerleşik örf ve adetlerin ve diğer olguların da göz önüne alınması gerektiği, karşılıksız kazandırmada eşlerden birinin muhatap alınmasının her zaman kazandırmanın muhatap eşe yapıldığı sonucunu doğurmayabileceği belirtilmektedir.[49] Ülkemizde özellikle eşlerin ailesi ve yakınları tarafından evliliğin sembolü olarak diğer eşe ziynet eşyası alınması da yaygın bir örf ve adettir.

Damadın ailesinin veya yakınlarının gelin için altın set yaptırması ya da gelinin ailesinin damat için erkek bilekliği alması halinde, eşyanın kazandırma yapılmak istenen eşe verilmek üzere diğer eşe veya onun ailesine teslim edilmesi ile karşılaşılabilmektedir. Örneğin damadın akrabası olan ve fakat merasime katılma imkânı bulunmayan

---

46 Sarı, s. 178.

47 Kişisel mal hakkında yapılan değerlendirmeler için bkz. II. D.

48 Acabey, s. 11; Sarı, s. 172; Acar, s. 811; Gümüş, s. 266; Zeytin, N. 242.

49 Sarı, s. 179.

davetlinin ya da damadın kardeşlerinin gelin için yaptırdığı ve onun adının yazılı olduğu inci kolyeyi, gelin adına hareket eden damada teslim etmesi halinde, kazandırma iradesinin damada yönelik olmadığı açıktır. Bu örnekte, cinse özgü bir ziynet eşyası olan inci kolyenin mülkiyeti, kolye karşı cins damada verilmiş olsa bile TMK m. 978 doğrultusunda, zilyetliğin dolaylı devir yollarından biri olan temsilciye teslim ile gelin tarafından kazanılmış olur.[50] Temsilci sıfatıyla hareket eden damat, kendisi için zilyetlik iradesi taşımadığından gelin için zilyet durumundadır.[51] Damadın kolyeyi teslim alırken gelin adına hareket etme iradesi şart olmakla birlikte, temsilci olduğunu açıklaması beklenmeyecek ve açıklama ilkesinin istisnalarının düzenlendiği TBK m. 40/II, c. 2'nin *"…karşı taraf bir temsil ilişkisinin varlığını durumdan çıkarıyor veya çıkarması gerekiyorsa……hukuki işlemin sonuçları doğrudan doğruya temsil olunana ait olur"* ifadesi uyarınca doğrudan temsilin sonuçları doğacaktır.

Ziynet eşyasının iadesi davalarında, maddi hukuk açısından yapılan tespitler tek başına yeterli olmayıp ispat kurallarına da değinilmesi gerekir. TMK m. 6 uyarınca, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*". Bu genel kuralın daha ayrıntılı düzenlendiği HMK m. 190 ise "*İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*" şeklindedir. Özel hüküm niteliğindeki TMK m. 222/I'de de TMK m. 6 ve HMK m. 190/ (1) ile paralel şekilde, belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimsenin, iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir. Bu hükmün, yasal mal rejiminin sona ermesi ve tasfiyesine ilişkin olduğu ve bu aşamaya geçilmeden uygulama alanı bulmayacağı gözden uzak tutulmamalıdır.[52] Hükümler birlikte değerlendirildiğinde, ispat yükünün, iddia edilen vakıaya

---

50 Temsil yolu ile zilyetliğin kazanılması için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 362 vd.; Nomer/Ergüne, N. 139. Zilyetliğin teslim yolu ile devrini maddi fiil olarak kabul ettiği için TMK m. 978 hükmünde gerçek anlamda bir temsil olmadığı yönünde bkz. Sirmen, s. 58; Rona Serozan, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014, N.523 vd.

51 Temsilci sıfatı ile hareket eden kimsenin başkası için zilyet olduğu yönünde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 362 vd. Zilyet yardımcısı olduğu yönünde bkz. Serozan, Eşya Hukuku, N. 524.

52 Uyumaz, s. 138; Gümüş, s. 274.

bağlanan sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğu görülmektedir.[53]

Kural bu olmakla birlikte, inceleme konumuz kapsamında, ziynet eşyasının iadesinin talep edildiği eş bakımından, TMK m. 985 hükmünde yer alan mülkiyet karinesi, genel hükümlerde düzenlenen ispat yükünün istisnalarından birini oluşturmaktadır (HMK m. 190/ (2)).[54] Hüküm uyarınca, "*Taşınırın zilyedi onun maliki sayılır*". Buna göre, bir kimse zilyet olduğu mal üzerinde mülkiyet hakkına sahip olduğunu iddia ediyorsa, onun malik olduğu karine olarak kabul edilir.[55] Bir taşınırın zilyedi, kendisine karşı açılan her davada üstün hakka sahip olduğu karinesine dayanabilir (TMK m. 987/I).[56]

Yukarıda verilen örnekler üzerinden somutlaştırılacak olursa, kendi ailesi tarafından aile geleneği olarak gelinin kullanması için mülkiyeti damada devredilen gerdanlık örneğinde, eşler arasında bir boşanma davasının söz konusu olması ihtimalinde, gelin tarafından mülkiyet iddiasıyla gerdanlığın kendisine verilmesi talep edildiğinde, davalı TMK m. 985 uyarınca mülkiyet karinesine dayanmakla ispat yükünü yerine getirmiş olacak, davacı gelin ise karineyi çürütmek için delil göstermek ve mülkiyet hakkının kendisine ait olduğunu ispatlamak zorunda kalacaktır[57]. Bunun ise son derece güç olduğu açıktır.

---

53 Kuru, s. 232; Budak/Karaaslan, § 15, N. 16. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.7.2023, E. 2023/191, K. 2023/703 "İspat yükü hakkında genel kural; 4721 sayılı Kanun'un 6. maddesinde "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür" ve 6100 sayılı Kanun'un 190. maddesinde de "İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanun'da öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir" şeklinde iki düzenleme ile hüküm altına alınmıştır. Buna göre ispat yükü; kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir. Her iki düzenlemede birbirleri ile paralel olup, HMK madde 190/1. hükmü, TMK'nın *6*. maddesine göre daha açık ve üzerinde uzlaşma bulunan bir ifadedir". www.kazancı.com.tr.

54 Kuru, s. 244-246; Budak/Karaaslan, § 15, N. 28.

55 Nomer/Ergüne, N. 201; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 466; Sirmen, s. 83.

56 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N. 477; Sirmen, s. 87.

57 Yargıtay taşınır niteliğini haiz olduğu için evi terk eden kadının ziynet eşyasını da üzerinde taşıdığını ya da götürdüğünü ancak kadının normal olmayan yollarla evden ayrılmış olması halinde ziynet eşyalarını yanında götürdüğünü kocanın

Ziynet eşyasının gelini temsilen damada verildiği ikinci örnekte ise durum farklıdır. Şöyle ki mülkiyet karinesinden yararlanabilmek için zilyedin mülkiyet hakkı sahibi olduğunu iddia etmesi yanında içinde bulunan hal ve şartların aksini göstermemesi gerekir.[58] Davacı eş, ziynet eşyasının kendi cinsine özgü olduğunu ve yerel örf ve âdet uyarınca ya da somut olayın özellikleri doğrultusunda kazandırma iradesinin karşı cinse yönelik olmasının hayatın olağan akışına uygun olmadığını, ziynet eşyasının diğer eşe kendisini temsilen verildiğini ispatladığı durumlarda, davalı eş mülkiyet karinesinden yararlanamayacaktır.[59]

---

ispat etmesi gerektiği yönünde fiili karine kullanmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Peksöz, s. 202 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.7.2023, E. 2023/191, K. 2023/703 "Uyuşmazlık konusu ziynet eşyaları; rahatlıkla saklanabilen, taşınabilen, götürülebilen türden eşyalardan olduğu için ziynet eşyalarında olağan olan, bu eşyaların kadın eşin himayesinde bulunmasıdır. Kaldı ki; hayat deneyimlerine göre de olağan olan bu çeşit eşyanın kadının üzerinde olması ya da evde saklanarak muhafaza edilmesidir. Bunların erkeğin zilyetlik ve korunmasına terk edilmesi olağan durumla bağdaşmaz. Bunun aksini iddia eden kadın eş iddiasını ispatla mükelleftir.14. Ziynet eşyası davalarında, ispat hukuku yönünden öncelikli kural; davacı kadın eş tarafından dava konusu edilen ziynet eşyalarının, cins, sayı, nitelik ve miktar olarak varlığının kanıtlanmış olması gerekliliğine ilişkindir. Ziynetlerin varlığını bu şekilde ispatlayan kadın eşin ikinci olarak ise; bu ziynetlerin evlilik birliği içinde kendisinden alındığını ve tekrar iade edilmediğini veya bu şekilde elinden alındığına dair bir iddiası yoksa evden ayrılırken bu eşyaları yanında götürmesinin mümkün olmadığını ispat etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle ziynet alacağı hakkı olduğunu iddia eden kadın eş, varlığını kanıtladığı dava konusu ziynetlerin kendinde olmadığını şüpheye yer vermeyecek şekilde kanıtlanmakla yükümlüdür. İşte bu anda; kadın eş, fiili karineyle kişisel malı niteliğinde kabul edilen ziynet eşyalarının kendi himayesinden çıkarak, erkek eşin himayesine girdiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde ispatlamış ise artık erkek eş; kadın eşe ait olan ziynet eşyalarının iadesiyle yükümlü olmadığı hususunu ispat yükü altındadır. Borçlar hukuku genel hükümleri uyarınca; aslolan borçlunun aldığı şeyi geri vermekle yükümlü olduğu kuralıdır. İade edilmemek üzere alındığı hususunda ispat yükü ise yukarıda açıkça vurgulandığı gibi, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa ait olduğuna göre, davalı eğer ki ziynetlerin himayesine girdiğini kabul ederse bu ziynetleri iade etmemek üzere aldığını ispatlamalıdır." www.kazancı.com.tr.

58 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N.466, dn.183; Sirmen, s. 83-84.

59 Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, N.466, dn.183; Sirmen, s. 83-84. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 3.4.2014, E. 2013/20524, K. 2014/5390 "Yukarıda bahsedilen düzenlemelerden hareket edildiğinde; evlilik birliği içerisinde ortak giderler için bozdurulan ziynetlerin iade edilmemek üzere davalıya verildiği, vakıasının ispatı halinde, davalı lehine hak çıkacağından, ziynetlerin kadına iade edilmemek üzere bozdurulduğunu kanıtlama yükü de davalı tarafa aittir. Bir başka ifadeyle, ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere davalıya verildiğinin, kadının isteği ve onayı

Bu durumda, mülkiyet hakkının tespiti ile ziynet eşyasının iadesine karar verilmelidir. Zira her iki örnekte de esasen mülkiyet hakkının hangi eşe ait olduğu tartışılmaktadır.

Doktrinde evlilik birliğinin özellikleri dikkate alınarak, eşlerden birinin kullanımında olan değerli ziynet eşyaları açısından zilyetliğe dayanan hak karinesinin çürütülmesinin kolay olması gerektiği savunulmaktadır.[60] Kanımızca ziynet eşyalarında hak karinesinin çürütülmesinde, özellikle uzun süren evliliklerin ardından yaşanacak ispat güçlüklerini aşabilmek için ilişkinin niteliği, yerel örf ve âdet, eşyayı veren kişinin içinde bulunduğu hal ve şartların titizlikle incelenmesi gerekecektir. Yargıtay ise cinse özgü ziynet eşyaları bakımından taraf iradelerini aşacak şekilde sözleşme özgürlüğüne müdahale ederek cinse özgü olan takının o cinse verilmiş sayılacağı yönünde fiili karine yaratmıştır.[61] Buna göre, cinsine özgü takı kendisine verilmemiş olsa bile ilgili eş fiili karine gereği mülkiyet hakkı sahibi kabul edilecek, diğer eş ise takının kendisine mülkiyetin devri amacıyla verildiğini ispat ederek karineyi çürütmek zorunda kalacaktır.

---

ile bozdurulup ev ihtiyaçları için harcandığının davalı yanca kanıtlanması halinde koca ziynet eşyalarını iade yükünden kurtulur. (03.07.2013 tarih ve Esas no: 2012/6-1849, Karar no: 2013/1006). Bu itibarla; ilk etapta açıklığa kavuşturulması gereken olgu, düğünde erkeğe takılan ziynetlerin taraflardan hangisine ait olacağı hususudur. Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki kabul edilir. Medeni Kanun'un 1.maddesi gereğince hâkim kanunda hüküm bulunmayan hallerde örf ve âdet gereğince karar verme yetkisine sahiptir. Taraflar zilyetlik karinesinin aksini her türlü delil ile kanıtlayabilir. Bu nedenle mahkemece, tarafların oturduğu ya da geldikleri çevre itibariyle düğünde damada takılan ziynetlerin de geline ait olup olmadığı hususundaki örf ve adetler tespit edilerek, ilgi örf ve adetler gereğince erkeğe takılan takılarda kadına bağışlanmış sayılıyorsa davalının beyanları doğrultusunda bozdurulduğu ikrar olunan takıları (iade edilmemek üzere kendisine verildiğini kanıtlamadıkça) davalı iade ve tazmin ile yükümlüdür. Bu durumda; ilgi örf ve adetler gereğince erkeğe takılan takılarda kadına bağışlanmış sayılıyorsa davalının beyanları doğrultusunda bozdurulduğu, ikrar olunan takıları yönünden davanın kabulü, örf ve âdet aksi yöndeyse (iade edilmemek üzere kendisine verildiğini kanıtlamadıkça) sadece 2 adet çeyrek altın yönünden davanın kabulü gerekirken, delillerin yanılgılı değerlendirilmesi neticesi davanın reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." www.kazancı.com.tr.

60 Sarı, s. 118-119; Uyumaz, s. 142.

61 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.7.2023, E. 2023/191, K. 2023/703, "Yaşam deneyi kuralları sonucu oluşan fiili karineyle, ziynet eşyaları; eşler arasında aksine bir anlaşma veya bu konuda yerel bir adet bulunmadıkça evlilik sırasında kim tarafından hangi eşe takılmış olursa olsun kadın eşe bağışlanmış sayılır ve artık onun kişisel malı niteliğini kazanır." www.kazancı.com.tr.

Yargıtay kararında, her iki cinse özgü olan ziynet eşyasına ilişkin de bir değerlendirme yapılmış ve bu eşyanın hangi eşe verildiyse ona ait olacağına hükmedilmiştir. Kararda, konuya ilişkin olarak "*Özgü olma konusunda çekişme varsa ve gerektiğinde bilirkişi incelemesi yapılmalıdır. Bilirkişi incelemesi sonucunda o şeyin her iki cinse özgü olduğu belirlenmişse o şey takılan/verilen eşe ait olur*" ifadesine yer verilmiştir. Kanımızca bu yönde bir değerlendirmenin yapılmasına gerek yoktur, cinse özgü takıların edinilmesine yönelttiğimiz eleştirilerin tamamı, her iki cinse özgü olanların edinilmesine ilişkin kabul bakımından da geçerlidir. Tasarruf işlemi ile kendisine kazandırma yapılan eş, mülkiyetin devri konusunda iradelerin uyuşması sonucu kurulan ayni sözleşme ile teslimin tamamlandığı anda malik haline gelecektir. Bu sonuca ulaşabilmek için somut olayda ayrıca her iki cinse özgü bir ziynet eşyasının bulunmasına gerek yoktur. Uyuşmazlık halinde sorun genel ispat kurallarına göre çözümlenmelidir (TMK m. 6, HMK m. 190).

Ayrıca kararda, takı sandığına konulanlar açısından kadına ya da erkeğe özgü şeylerin o cinse verilmiş sayılacağı, şeyin her iki cinse özgü olduğu belirlenmişse ortak kabul edileceği sonucuna varılmıştır. Ülkemizde yaygın bir örf ve âdet olarak, hediyeleşen kişiler birbirlerine denk takılar getirmektedir.[62] Hatta çoğu zaman bu nedenle kırsalda düğünlerde takı merasimlerinde hangi davetlinin nasıl bir takı getirdiği, sesli olarak açıklanmakta ve gelin veya damadın aileleri tarafından kendi yakınlarının getirdiği takılar not edilmekte ya da video kaydı almaktadır.[63] Bunun sebebi götürdükleri takıların, kendi merasimlerinde getirilip getirilmediğini belirlemek ya da takı getirenlerin ilerideki muhtemel merasimlerine hangi takıları götürmeleri gerektiğini bilmek istemeleridir. Takı sandığına genellikle takının kime takıldığı değil, takan kişinin ismi yazılmaktadır. Böylece eşlerden hangisinin yakınları veya sosyal çevresi tarafından takı getirildiğinin bilinmesi sağlanmaktadır. Kaldı ki eşlerden birinin yakınları veya sosyal çevresi, genellikle diğer eşi yakından tanımamaktadır.

Hal böyle olunca takı sandığına bırakılanlar açısından da cinse özgü olma değil, kazandırma yapan kişinin örtülü iradesinin hangi eşe yöneldiği belirlenmelidir. Zira kazandırmayı yapan kişinin, takılara adı-

[62] Kulaklı, s. 264, 269, 270, 273; Tat, s. 107.
[63] Kulaklı, s. 264, 269, 270, 273; Tat, s. 107.

nı yazması, damadın veya gelinin sosyal çevresinden biri olduğunun ve kazandırmanın da ona yapıldığının bilinmesini sağlayan örtülü bir irade beyanı olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada takının hangi eşin yakınları veya sosyal çevresi tarafından takı sandığına bırakıldığının belirlenebildiği durumlarda, takı o eşe ait kabul edilmelidir. Örneğin damadın ailesinin daha önce burma bilezik taktığı bir davetlinin, takı sandığına kendi ismini yazarak burma veya ray bilezik bırakması halinde kazandırmayı damada yapmak istediği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, bileziğin cinse özgü olduğundan hareketle geline ait sayılmasının kanuni dayanağı bulunmadığı gibi bu sonuç adil de değildir. Kaldı ki burma veya ray bilezik süslenme amacına olduğu kadar yatırıma da yöneliktir. Dolayısıyla bazı durumlarda, takının niteliğini belirlemek de son derece güç bir faaliyet olacaktır. Benzer şekilde çeyrek, tam, ata veya gramsa olarak adlandırılan yatırım amaçlı kıymetli madenler için de aynı sonuca ulaşılacaktır. Takının cinse özgü olup olmadığından bağımsız olarak kazandırma yapan kimsenin iradesinin hangi eşe yöneldiğinin tespit edilemediği durumlarda ise örf ve âdet kurallarından yararlanılması mümkündür. Örneğin kim tarafından takı sandığına atıldığı belirlenemeyen bir inci kolyenin veya bir ray bileziğin hangi eş göz önüne alınarak sandığa bırakıldığının tespitinde yerel örf ve âdet kuralları değerlendirmede etkili olabilir. Bu değerlendirmeden de sonuç alınamaması halinde, kazandırma yapan kişinin iradesinin her ikisine yönelik olduğu varsayımından hareketle, takı sandığındaki takılara, eşlerin paylı malik oldukları kabul edilmelidir (TMK m. 688).[64]

C. Kazandırmanın Niteliği Bakımından

Yargıtay kararında bağışlamadan bahsedilmiyor olması, Yargıtay'ın bu konuda da görüş değişikliğine gittiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Zira kararda önce kişisel mallara ilişkin kanuni düzenlemeye yer verilmiş ardından yalnızca eşin kişisel kullanıma özgülenmiş eşya kavramı açıklanmıştır. Bunun dışında bir gerekçeye yer vermeksizin yeni ilkelerin ortaya konduğu göz önüne alındığında, Yargıtay'ın eşlere verilen ziynet eşyasının hukuken bağışlama niteliğinde veya karşılıksız kazandırma olduğu yönündeki kabulünün değişmediği anlaşılmaktadır.

---

64 Akçaal, s. 273; Tat, s. 103.

Doktrinde eşlere verilen takıların bağışlama niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışmanın temelinde Türk toplumunun sosyolojik yapısı rol oynamaktadır. Toplumumuzda, eşlerin anne, baba ve kardeşleri dışındaki kişiler, eşlere ilerdeki muhtemel merasimlerinde kendilerine getirileceğini umarak ya da daha önce kendilerine getirilenlere karşılık olarak takı takmaktadır.[65] Merasimlerde hangi davetlinin nasıl bir takı getirdiğinin not alınması, listelenmesi veya görüntü kaydı yapılması esasen bu yüzdendir.[66] Bu sosyolojik gerçeklik karşısında bazı yazarlar, eşlere ziynet eşyası verilmesinde, bağışlama sözleşmesinin unsurlarından olan bağışlama amacının (causa donandi) bulunmadığını ya da en azından bir bağışlama amacından söz etmenin güç olduğunu ileri sürmektedirler.[67] Bu görüşte olan yazarlardan Tat'a göre, eşyanın ahlaki bir ödevin yerine getirilmesi amacıyla verildiği, kazandırmanın ifa veya alacak sebebiyle yapıldığı kabul edilmelidir.[68] Kulaklı, adet gereği verilen ziynet eşyalarının nedeninin causa donandi değil, causa credendi olduğu görüşündedir. Buna göre, evlilik sebebiyle gelin ve damada, daha önce verilenlerin iadesi amacıyla ya da takılanların ileride kendilerine iade edileceği beklentisiyle ziynet eşyası verilmektedir.[69] Meseleyi olağan hediyelerin hukuki sebebi açısından ele alan Vardar Hamamcıoğlu ise Vardar Hamamcıoğlu ise olağan hediye verilmesinin ahlaki ödev ve görgü kurallarına dayandığını, bu nedenle eksik borç niteliği taşıdığını, bağışlama sayılamayacağını belirtmiştir.[70]

Bir davranışın ahlaki bir ödevin ifası niteliği taşıyıp taşımadığı, her somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmeli ise de evlenme sebebiyle eşlere ziynet eşyası ve diğer takıların verilmesinin toplumsal bir davranış olduğu göz önüne alınarak genel bir yorum yapılması mümkündür. Bu noktada ziynet eşyası veya takı veren kişinin saiki önemli değildir. Zira hem bağışlamada hem ahlaki bir ödevin ifasında, yardım etme, destek olma gibi ortak saikler söz konusu olabilir. Toplumumuzda evlenen kimselerin, ortak yaşamı kurmasında onlara

---

65 Kulaklı, s. 268-270; Tat, s. 107.
66 Kulaklı, s. 269; Tat, s. 107.
67 Tat, s. 108.
68 Tat, s. 108.
69 Kulaklı, s. 269.
70 Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama Sözleşmesi, Adalet, Ankara, 2016, s. 100-103.

yardım etme bir erdem olarak kabul edilmekle birlikte, bu davranışın temeli, ahlaki ödevler ve sosyal yükümlülüklerle şekillenen yaygın örf ve adete dayanmaktadır. Kişileri, evlenen eşlere ziynet eşyası veya takı takılması konusunda motive eden de bu toplumsal kurallardır, zira aksi yönde davranışın yadırganması söz konusu olmaktadır. Nitekim evlenen eşlerin veya ailelerinin ekonomik anlamda güçlü olmaları ve mali desteğe ihtiyaç duyulmamaları halinde bile düğün veya diğer merasimlerde onlara ziynet eşyası ve takı takılması, toplumsal kuralların kişilerin davranışlarına yön verdiğinin açık tezahürüdür.

Kişiler mali durumları elverdiğince kendilerine getirilenlere denk takılara götürmekte ya da götürdüklerine denk takılar beklemektedirler.[71] Temelinde ahlaki ödev bulunan örf ve âdet kurallarının yattığı bu beklentinin, borçlar hukuku anlamında kazandırmanın sebebi niteliğinde bir karşılık veya karşı edim şeklinde anlaşılmaması gerekir. Zira kişilerin bu davranış şeklini geliştirmesinde, sevgi, yardım etme, destek olma hissinden çok toplumsal kurallar baskındır.[72] Hediyelerin değeri, kişilerin sosyal ilişkilerine, ekonomik durumlarına göre değişmekte, her ilişkinin kendi şartlarına göre belirlenmektedir. Bu nedenle hediyelerin denkliği esasen sosyal ilişkilerdeki yakınlık seviyesinin teyidi, kişisel değer vermenin bir göstergesidir.

Açıklamalar doğrultusunda varılan sonuç, eşlere ziynet eşyasının veya diğer takıların verilmesinin hukuki sebebinin, ahlaki bir ödeve dayandığının kabul edilmesi gerektiği yönündedir. Nitekim TBK m. 78 uyarınca, ahlaki ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyeceğinin düzenlenmesi karşısında, borcun doğumu dâhil bütün kazandırmalar bakımından ahlaki görevin yerine getirilmesi amacının geçerli bir hukuki sebep olduğu kabul edilmektedir.[73]

Ahlaki ödevin yerine getirilmesi amacıyla yapılan kazandırmalar da bağışlama gibi karşılıksızdır. Ancak bu kazandırmalarda, kazan-

---

71 Kulaklı, s. 268-270; Tat, s. 107.

72 Karşılıksız kazandırmada bulunan kişinin, toplumsal değerlerle ahlaki bir kurala bağlanmamış olsaydı, serbest iradesiyle bağışlama yapmayacağı sonucuna varılan hallerde ahlaki görevin ifasının söz konusu olduğu yönünde bkz. Vardar Hamamcıoğlu, Bağışlama, s. 95.

73 Kocayusufpaşaoğlu, § 5, N. 22; Türel, s. 88-89.

dırma sebebi "causa donandi" değil, "causa solvendi"dir.[74] Nitekim, ahlaki ödevin ifası amacıyla yapılan karşılıksız kazandırmaların bağışlama kapsamında olmadığı TBK m. 285/III hükmünde açıkça ifade edilmiştir. Özellikle eşlere, dostları, uzak akrabaları gibi üçüncü kişiler tarafından verilenler ahlaki bir ödevin ifası olduğunu kabul etmek daha kolaydır. Buna karşılık eşlerin anne, babaları, kardeşleri veya birbirlerine verdikleri ziynet eşyası bakımından toplumsal kuralların değil bağışlama kastının ağır bastığı kabul edilebilir.[75]

---

74 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Olgaç, Ankara, 1985, s. 344.

75 Kazandırmanın hukuki sebebinin ahlaki ödevi yerine getirme veya bağışlama sözleşmesi olması, özellikle kazandırmanın ortadan kaldırılmak istendiği durumlar bakımından önemlidir. TBK m. 78 uyarınca, ahlaki ödevin yerine getirilmiş olmasından kaynaklanan zenginleşmelerin geri istenemeyecek ancak yasadaki şartların varlığı halinde bağışlamadan veya bağışlama sözü vermeden dönme mümkündür. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özyürek, s. 32 vd. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 19.02.1997, E. 1996/2-748, K. 1997/74 "Evlenme olurken eşlerin yakınlarının evlenenlere ülkenin çeşitli yörelerindeki isimlendirmeye göre takı, çeyiz, mihr adı altında verdikleri eşyalar BK'nın 234/1 ve 237. maddesinde belirtilen bağışlamadır. Bağışlar yeni evlilerin ev kurmalarını sağlamak için yapılır. Bu suretle bağışlayanın malvarlığında azalma, bağışlananın malvarlığında artma olur. Bunlar alelade iyilikler değildir. O halde mahkemenin direnme kararında, çeyiz olarak verilenlerin, B.K. 234. maddesindeki bağış değildir şeklindeki nitelendirme yerinde görülmemiştir. B.K. 244/2. maddesinde, bağışlanan bağışlayana veya ailesi için kanunen mükellef olduğu vazifelere karşı ehemmiyetli surette bir riayetsizlikte bulunur ise bağışlayanın yaptığı bağışlamaların iadesini isteyebileceği açıklanmıştır. Kusuru sonucu boşanan eşin kendisine bağışta bulunan kayınbabanın ailesi için kanunen yükümlü olduğu görevlerde ehemmiyetli bir surette riayetsizlikte bulunduğunun kabulü zorunludur…" www.sinerjimevzuat.com.tr. Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 12.05.2014, E. 2014/3491, K. 2014/6080 "Düğün sırasında kadına takılan ziynet eşyaları kim tarafından takılırsa takılsın kendisine bağışlanmış sayılır ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 285 ve devamı (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 234 ve devamı) maddeleri hükümlerine tabi olur. … Davadaki uyuşmazlık, düğünde davacıya bağışlanan ziynetlere ilişkin olarak bağıştan rücü koşullarının oluşup oluşmadığı noktasındadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 295/2. (mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 244/2) maddesinde bağışlananın, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranması halinde bağışlayanın bağışlama sözünü geri alabileceği ve bağışlama konusunun geri verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Bağışlamanın geri alınması talebi konusunu oluşturan ziynetlerin evlilik nedeniyle ve düğün sırasında davacıya bağışlandığı kuşkusuzdur. TMK.nun 185. maddesi hükmüne göre evlilik kurumunun taraflara yüklediği en önemli edimlerden biri eşlerin birbirlerine karşı sadakatidir. Bu yükümlülük evlilik birliğinin hukuken sona ermesine kadar devam eder. Mahkemece

D. Yasal Mal Rejimine Özgü Malvarlığı Türleri Bakımından

Edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ve kişisel mallar olarak iki temel kavram üzerine inşa edilmiştir (TMK m.219-221).[76] Bu ayrım etkisini mal rejiminin sona ermesi ile gösterir.[77] TMK m. 219/I uyarınca, edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleri olup mal rejiminin tasfiyesi aşamasında bu malvarlığı değerleri üzerinde diğer eşin alacak hakkı niteliğinde katılma alacağı söz konusu olur.[78] Kişisel mallar ise yasaya ve sözleşmeye göre olmak üzere iki grupta sınırlayıcı olarak düzenlemiştir (TMK m. 220-221).[79] Yasaya göre kişisel mallar, eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevî tazminat alacakları ve kişisel mallar yerine geçen değerlerdir.

Sözleşmeye göre kişisel mallar ise mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallar kategorisine dahil olması gereken belirli malvarlığı değerlerinin, kişisel mal olarak kararlaştırılabilmesini ifade eder. Bunlar, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan malvarlığı değerleri ile kişisel malların gelirlerinden ibarettir. Bu iki durum dışında eşler sözleşmeyle kişisel mal gruplarını değiştiremezler.[80] Bir malvarlığı değerinin kişisel mal kategorisinde yer almasının temel sonucu, onun üzerinde diğer eşin katılma alacağının bulunmamasıdır.[81]

---

kesinleşen boşanma davası dikkate alınarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 295/2. maddesinde düzenlenen bağışlamanın geri alınması koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir." www.lexpera.com.tr

76 Şıpka, s. 89 vd.; Şeker, s. 41 vd.; Acabey, s. 65; Gümüş, s. 253, 277; Zeytin, N. 241 Sarı, s. 51 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 494.

77 Acabey, s. 65, Şeker, s. 41 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 492; Zeytin, N. 242; Sarı, s. 52.

78 Acabey, s. 65, 86; Şeker, s. 41 vd.; Acabey, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", s. 492; Zeytin, N. 242; Sarı, s. 52.

79 Zeytin, N. 244; Sarı, s. 169; Acabey, s. 86.

80 Şeker, s. 44-45. Zeytin, N. 243; Gümüş, s. 253; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1070.

81 Acabey, s. 86; Sarı, s. 167.

Edinilmiş malların tamamı evlilik birliğinin kurulmasından sonra ve mal rejimi sırasında karşılık verilerek kazanılan malvarlığı değerlerinden oluşmaktadır. Kişisel mallar ise hem mal rejiminin başlangıcında hem yürürlüğünde söz konusu olur. TMK 220/b.2 uyarınca, "*Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan*…." tüm malvarlığı değerleri kişisel maldır.[82] Başka bir ifadeyle henüz mal rejimi hükümlerinin yürürlüğünden önce edinilmiş maldan söz edilemez, bu dönemde karşılıklı veya karşılıksız olup olmadığına bakılmaksızın kazanılan tüm malvarlığı değerleri kişisel maldır.[83] Mal rejiminin yürürlüğü sırasında ise belirli özellikleri haiz malvarlığı değerleri kişisel mal kategorisine dahildir.

Yargıtayın yeni ilke kararında kullanılan ifadeler, kanuni terimlerin kullanılmamış olması sebebiyle açıklayıcı olmaktan uzaktır. Kararın lafzı, eşyanın cinse özgü olmasının, hem eşya üzerindeki mülkiyet hakkı sahibinin hem eşyanın kişisel mal niteliğinin belirlenmesinde ortak bir ölçüt olarak ele alındığını göstermektedir. Bir malvarlığı değerinin eşlerden birine ait olması ile eşin malvarlığında kişisel mal kategorisinde yer alması farklı kavramlardır. Zira eş, yalnızca kişisel mallarının değil, aynı zamanda edinilmiş mallarının da malikidir. Cinse özgü olup olmamalarından bağımsız olarak eşlere mal rejiminin başlangıcında verilen ziynet eşyası ve diğer takıların tamamı, kazandırma yapılan eşin kişisel malları arasında yer alır (TMK m.220/b.2).[84] Hukuki niteliği bulunmayan "cinse özgü" ifadesi ile eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya kastediliyor ise kavramın yasal mal rejiminin başlangıcında ziynet eşyasının kişisel mal sayılmasında etkili olmadığını belirtmek gerekir.[85] Başka bir ifadeyle mal rejiminin başlangıcında, eşlere verilen ziynet eşyası ve diğer takıların tamamı, TMK m. 220/b.2, c.1 uyarınca, kişisel mal niteliğini haiz olup ziynet eşyasının cinse özgü olup olmamasının bu değerlendirmeye etkisi bulunmamaktadır.

---

82 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 279; Acabey, s. 89; Sarı, s. 174; Dural/Gümüş/Öğüz, N. 1091.

83 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 279; Acabey, s. 89; Sarı, s. 174; Dural/Gümüş/Öğüz, N. 1091.

84 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 279; Acabey, s. 89; Sarı, s. 174; Dural/Gümüş/Öğüz, N. 1091.

85 Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 279; Acabey, s. 89; Sarı, s. 174; Dural/Gümüş/Öğüz, N. 1091.

Mal rejiminin geçerli olduğu dönemde ise eşlerin birbirine veya üçüncü kişilerin eşlere verdiği ziynet eşyası ve diğer takılar ister ahlaki ödevin ifası ister bağışlama niteliğini taşısın, kazandırma karşılıksız olacağı için kişisel mal kategorisinde yer almaktadırlar. Zira TMK m. 220/b.2'de "*bir eşin sonradan…herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri*" kişisel mal olarak düzenlenmiştir.[86] Dolayısıyla eşlere karşılıksız kazandırılan ziynet eşyası ve takının, kişisel mal kategorisinde yer alması için eşlerden yalnız birinin kullanımına yarayana eşya niteliği taşımasına gerek yoktur.[87] TMK m.220/b.2 uyarınca, eşyanın eşlerden yalnız birinin kullanımına yarayıp yaramadığına, Yargıtay'ın ifadesiyle cinse özgü olup olmadığına bakılmaksızın mal rejiminin yürürlüğü sırasında eşlere karşılıksız kazandırılan her eşya, kişisel mal kategorisinde yer alacaktır. Bu doğrultuda, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin kararında yer alan cinse özgü olma ölçütünün, eşlere verilen ziynet eşyası ve diğer takıların, eşin malvarlığı içinde hangi mal grubunda bulunduğunun değil mülkiyet hakkının hangi eşe ait olduğunun belirlenmesi bakımından fonksiyon icra ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

E. Uygulanacak Hükümler Bakımından

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin güncel kararına göre, ziynet eşyalarının paylaşımına ilişkin uyuşmazlıklarda öncelikle taraflar arasında bir anlaşma olup olmadığı değerlendirilmeli; anlaşma mevcutsa, paylaşım buna göre yapılmalıdır. Anlaşma yoksa, yerel örf ve adetlerin ispat edilmesi hâlinde, bu örf ve adetlere göre karar verilmelidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal kategorilerinin değişmezliği ilkesi gereği, edinilmiş mal kategorisinde yer alan bazı malvarlığı değerlerinin kişisel mal olarak belirlenmesi dışında (TMK m. 220), mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların edinilmiş mal sayılması veya bunun tam aksinin kararlaştırılması mümkün değildir.[88] Bu doğrultuda, kişisel mal niteliğinde olan ziynet eşyaları ve diğer takılar, eşler arasında yapılan bir mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mal olarak kabul edilemez. Ancak eşler her zaman aralarında ziynet eşyasının mülkiyetinin devri-

---

86 Dural/Gümüş/Öğüz, N. 1093; Acabey, s. 92; Sarı, s. 175 vd.

87 Sarı, s. 172.

88 Şeker, s. 44-45. Zeytin, N. 243; Gümüş, s. 253; Dural/Öğüz/Gümüş, N. 1070.

ni amaçlayan borçlandırıcı işlemleri ve bunların ifasını içeren tasarruf işlemlerini, karşılıklı veya karşılıksız olarak gerçekleştirebilirler. Mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejimi dışındaki bir mal rejiminin seçilmesi hâlinde, ziynet eşyası ve takıların iadesine ilişkin uyuşmazlıklara ilgili mal rejimi hükümleri uygulanacaktır.

Dolayısıyla eşlerin aralarında, ziynet eşyasının mülkiyetinin devrini amaçlayan borçlandırıcı işlemler ve bunların ifasını içeren tasarruf işlemleri yapmamaları veya mal rejimi sözleşmesi ile seçimlik mal rejimlerinden birini seçmemeleri halinde, ziynet eşyasının paylaşımına ilişkin örf ve âdet kuralları esas alınacaktır. Örf ve âdet, tekrarlanan belirli sosyal davranışların zamanla topluma yerleşerek genel kabul görmesi olarak tanımlanmaktadır.[89] Toplumun bizatihi kendisi tarafından yaratıldıkları için örf ve âdet kuralları, hukuk kuralları ile yakın ilişki içindedir. Medeni Hukuk alanına özgü uyuşmazlıkların çözümünde örf ve âdet kuralları, hüküm içi boşlukların doldurulmasında, irade beyanlarının yorumunda ve bir hukuk kuralı haline geldiğinde kanun boşluklarının doldurulmasında işleve sahiptir.[90]

Kanunda, hüküm içi boşluğun doldurulması amacıyla örf ve âdet kurallarına yollama yapılan durumlarda, bu örf ve âdet kuralının dolaylı olarak yasa hükmü niteliği kazandığı kabul edilmektedir (TMK m.650,653, TBK m. 177/II, 314).[91] Tarafların iradelerinin anlamının tespit edilmesi gereken durumlarda ise beyanın yapıldığı zamandaki hal ve şartların dikkate alınması gerekebilir. Bu hallerde, tarafların dahil olduğu çevredeki örf ve adete bakılması önem arz eder. Bir örf ve âdet kuralının, toplumda sürekli tekrarlanarak ona uyulması konusunda genel bir kanaatin oluşması ve devletin yaptırımın gücüne bağlanması halinde örf ve âdet hukuku kuralından bahsedilir.[92] TMK m. 1/II uyarınca, örf ve âdet hukuku kuralları, somut olaya uygulanabilecek yazılı bir kural bulunmadığında, ikincil ve tamamlayıcı bir hukuk kaynağı-

---

89 Altaş, s. 55.

90 Demet Özdamar, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 19, Özel Sayı, 130; Dural/Sarı, N. 703.

91 Oğuzman/Barlas, N.150

92 Özdamar, s. 124-125; Dural/Sarı, N. 690 vd. Devletin yaptırım gücünü bir unsur olarak aramayan görüş için bkz. Oğuzman/Barlas, N. 346.

dır.[93] Bu durumlar, yazılı hukuk kurallarında bir çözüm bulunmaması sebebiyle kanun boşluğu olarak adlandırılmaktadır.[94] Örf ve âdetten yararlanılarak hüküm içi boşluğun doldurulması ile kanun boşluğunun doldurulması birbirine karıştırılmamalıdır. Zira hüküm içi boşluğun doldurulması için, yasanın atıf yaptığı durumlarda, alelade bir örf ve âdet kuralının varlığı yeterlidir.[95] Ancak kanun boşluğunun doldurulmasında, örf ve âdet kuralının bir hukuk kuralı niteliği kazanmış olması gerekir.[96] Bu nedenle, ancak bu özellikleri taşıyan bir örf ve âdet kuralı, hukuk kuralı hâline gelerek Medeni Hukukun yazılı olmayan kaynakları arasında yer alabilir (TMK m. 1/II). Bununla birlikte, örf ve âdet hukuku kuralı, hüküm içi boşluğun doldurulmasında da kullanılabilir; ancak bu zorunlu değildir ve alelade örf ve âdet kuralı da aynı işlevi görebilir. Ancak alelade örf ve âdet kuralları, kanun boşluğunun doldurulmasında kullanılamaz.

Eşlerden birinin, malik olduğu iddiası ile ziynet eşyası ve diğer takıların, iadesini veya kendisine verilmesini talep ettiği uyuşmazlıklarda, hak sahibinin belirlenmesi açısından taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler (TMK m. 763/I), hangi mal kategorisinde olduğunun değerlendirilmesinde yasal mal rejimine ilişkin hükümler uygulanmalı (TMK m. 219-221), ziynet eşyasının malikinin tespit edilmesi için ise ispata ilişkin genel hükümler ve kanuni karineler göz önünde bulundurulmalıdır (TMK m. 6, HMK m. 190, TMMK m. 222/I ve TMK m. 985, 987). Dolayısıyla bu konuda, örf ve âdet hukukunun uygulama alanı bulacağı bir kanun boşluğu ya da alelade örf ve adete yapılan yollama yapılan hüküm içi boşluk söz konusu değildir.[97] Örf ve âdet kuralı, mülkiyet hakkının sahibinin belirlenmesinde, ziynet eşyası ve takı hediye edenlerin kazandırma iradesinin eşlerden hangisine yönelik olduğu hususunda önem taşır ve tarafların ispat faaliyetleri bakımından işlev görür.[98]

---

93 Dural/Sarı, N. 689. Örf ve âdet hukukunun; özellikle Medenî Hukuk açısından, kanun boşluklarının doldurulmasında, tamamlayıcı, belirtici, yorumlayıcı ve zorlayıcı nitelik taşıyabileceği yönünde bkz. Özdamar, s. 125.

94 Dural/Sarı, N. 861.

95 Özdamar, s. 174-175.

96 Özdamar, s. 174-175.

97 Akçaal, s. 279. Kulaklı, s. 273.

98 Konu hakkındaki açıklamalarımız için bkz. II. B. Nitekim Yargıtay da eski tarihli bir kararında, zilyetlik karinesinin her türlü delil ile çürütülebileceğini, bu husus-

SONUÇ

Eşlerin birbirine veya üçüncü kişilerin eşlere, evlilik sebebiyle verdikleri ziynet eşyasının, eşlerden biri tarafından iade talebine konu edilmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, Yargıtay çeşitli tarihlerde farklı görüşleri benimsemiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin, 2023-5704 Esas, 2024-2402 Karar sayılı ve 04.04.2024 tarihli kararıyla konuya ilişkin önceki görüşlerinde değişikliğe gidilmesinin zorunlu olduğunu belirtmiş ve ziynet eşyasının cinse özgü olması hem eşya üzerindeki mülkiyet hakkı sahibinin hem eşyanın dahil olduğu malvarlığı grubunun belirlenmesinde ortak bir ölçüt olarak ele alınmıştır. Kanımızca ziynet eşyası veya diğer takıların hangi eşe kazandırılmak istendiğinin tartışmalı olduğu durumlarda, zilyetliğin devri başka bir deyişle ayni sözleşmenin yapıldığı sıradaki hal ve şartların değerlendirilmesi gerekir. Taraf iradelerinin yorumunda, takının cinse özgü olup olmaması

---

ta örf ve âdet kurallarından faydalanılabileceğine hükmetmiştir. Kararda TMK m. 1 hükmünde yer alan örf ve âdet hukukuna atıf yapılmışsa da alelade örf ve adetin yeterli olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 3.4.2014, E. 2013/20524, K. 2014/5390 "Yukarıda bahsedilen düzenlemelerden hareket edildiğinde; evlilik birliği içerisinde ortak giderler için bozdurulan ziynetlerin iade edilmemek üzere davalıya verildiği, vakıasının ispatı halinde, davalı lehine hak çıkacağından, ziynetlerin kadına iade edilmemek üzere bozdurulduğunu kanıtlama yükü de davalı tarafa aittir. Bir başka ifadeyle, ziynet eşyalarının iade edilmemek üzere davalıya verildiğinin, kadının isteği ve onayı ile bozdurulup ev ihtiyaçları için harcandığının davalı yanca kanıtlanması halinde koca ziynet eşyalarını iade yükünden kurtulur. (03.07.2013 tarih ve Esas no: 2012/6-1849, Karar no: 2013/1006). Bu itibarla; ilk etapta açıklığa kavuşturulması gereken olgu, düğünde erkeğe takılan ziynetlerin taraflardan hangisine ait olacağı hususudur. Menkul bir şeyin zilyedi onun maliki kabul edilir. Medeni Kanun'un 1.maddesi gereğince hâkim kanunda hüküm bulunmayan hallerde örf ve âdet gereğince karar verme yetkisine sahiptir. Taraflar zilyetlik karinesinin aksini her türlü delil ile kanıtlayabilir. Bu nedenle mahkemece, tarafların oturduğu ya da geldikleri çevre itibariyle düğünde damada takılan ziynetlerin de geline ait olup olmadığı hususundaki örf ve adetler tespit edilerek, ilgi örf ve adetler gereğince erkeğe takılan takılarda kadına bağışlanmış sayılıyorsa davalının beyanları doğrultusunda bozdurulduğu ikrar olunan takıları (iade edilmemek üzere kendisine verildiğini kanıtlamadıkça) davalı iade ve tazmin ile yükümlüdür. Bu durumda; ilgi örf ve adetler gereğince erkeğe takılan takılarda kadına bağışlanmış sayılıyorsa davalının beyanları doğrultusunda bozdurulduğu, ikrar olunan takıları yönünden davanın kabulü, örf ve âdet aksi yöndeyse (iade edilmemek üzere kendisine verildiğini kanıtlamadıkça) sadece 2 adet çeyrek altın yönünden davanın kabulü gerekirken, delillerin yanılgılı değerlendirilmesi neticesi davanın reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir." www.kazancı.com.tr.

da göz önünde bulundurulacak unsurlardan biri ise de bunun tek başına belirleyici olduğu sonucuna varılmamalıdır.

Kararda, takı sandığına konulanlar açısından kadına ya da erkeğe özgü şeylerin o cinse verilmiş sayılacağı, şeyin her iki cinse özgü olduğu belirlenmişse ortak kabul edileceği sonucuna varılmıştır. Ülkemizde yaygın bir örf ve âdet olarak, hediyeleşen kişiler birbirlerine denk takılar getirmektedir. Hatta çoğu zaman bu nedenle kırsalda düğünlerde takı merasimlerinde hangi davetlinin nasıl bir takı getirdiği, sesli olarak açıklanmakta ve gelin veya damadın aileleri tarafından kendi yakınlarının getirdiği takılar not edilmekte ya da video kaydı almaktadır. Bunun sebebi götürdükleri takıların, kendi merasimlerinde getirilip getirilmediğini belirlemek ya da takı getirenlerin ilerideki muhtemel merasimlerine hangi takıları götürmeleri gerektiğini bilmek istemeleridir. Takı sandığına genellikle takının kime takıldığı değil, takan kişinin ismi yazılmaktadır. Böylece eşlerden hangisinin yakınları veya sosyal çevresi tarafından takı getirildiğinin bilinmesi sağlanmaktadır. Kaldı ki eşlerden birinin yakınları veya sosyal çevresi, genellikle diğer eşi çoğunlukla yakından tanımamaktadır. Hal böyle olunca takı sandığına bırakılanlar açısından da cinse özgü olma değil, kazandırma yapan kişinin örtülü iradesinin hangi eşe yöneldiği belirlenmelidir. Takının cinse özgü olup olmadığından bağımsız olarak kazandırma yapan kimsenin iradesinin hangi eşe yöneldiğinin tespit edilemediği durumlarda ise örf ve âdet kurallarından yararlanılması mümkündür. Bu değerlendirmeden de sonuç alınamaması halinde, kazandırma yapan kişinin iradesinin her ikisine yönelik olduğu varsayımından hareketle, takı sandığındaki takılara, eşlerin paylı malik oldukları kabul edilmelidir (TMK m. 688). Eşlerden birinin, malik olduğu iddiası ile ziynet eşyası ve diğer takıların, iadesini veya kendisine verilmesini talep ettiği uyuşmazlıklarda, hak sahibinin belirlenmesi açısından taşınır mülkiyetinin kazanılmasına ilişkin hükümler (TMK m. 763/I), hangi mal kategorisinde olduğunun değerlendirilmesinde yasal mal rejimine ilişkin hükümler uygulanmalı (TMK m. 219-221), ziynet eşyasının malikinin tespit edilmesi için ise ispata ilişkin genel hükümler ve kanuni karineler göz önünde bulundurulmalıdır (TMK m. 6, HMK m. 190, TMMK m. 222/I ve TMK m. 985, 987).

Kaynakça

Kitaplar

Acabey Beşir, Teorik ve Pratik Yönleriyle Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Turhan, Ankara, 2020.

Acar Faruk, Aile Hukukumuzda, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

Akıntürk Turgut, Ateş Derya, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. II, Yenilenmiş 25. Bası, Beta, Ankara, 2024.

Aksoy Dursun Sanem, Eşya Kavramı, Oniki Levha, İstanbul, 2012.

Altaş Hüseyin, Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri, (TMK m. 1-7), 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

Budak Ali Cem, Karaaslan Varol, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Filiz, İstanbul, 2022.

Dural Mustafa, Öğüz Tufan, Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, Gözden Geçirilmiş 19. Baskı, Filiz, İstanbul 2024.

Dural Mustafa, Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 19. Bası, Filiz, İstanbul, 2024.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.

Gençcan Ömer Uğur, Ziynet ve Eşya Alacağı Davaları, Genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.

Gümüş Mustafa Alper Gümüş, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m. 185-281), Vedat, İstanbul, 2008.

Kabaş Tezcan Esen, Kazandırmanın Hukuki Sebebi (Causa), Adalet, Ankara, 2022.

Kılıçoğlu Ahmet, Katkı-Katılma Alacağı, 7. Bası, Turhan, Ankara, 2020,

Kılıçoğlu Ahmet M, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş Güncelleştirilmiş 7. Bası, Turhan, Ankara, 2024.

Kocayusufpaşaoğlu Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, C. 1, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz, İstanbul, 2017.

Kuru Baki, Aydın Burak, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin, İstanbul 2023.

Nomer Haluk Nami, Ergüne Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 10. Bası, Oniki Levha, İstanbul, 2023.

Oğuzman M.Kemal, Seliçi Özer, Oktay-Özdemir Saibe, Eşya Hukuku, Genişletilmiş ve Eklemeler Yapılmış 23. Bası, Filiz, İstanbul, 2021.

Oğuzman M Kemal, Barlas Nami, Medenî Hukuk, 30. Baskı, Onikilevha, 2024.

Özcan Zeynep, Sağ Kalan Eşin Mirasçılığına Katılma Rejiminin Etkisi, Arabuluculuk Çözüm Yolunun Bu Kapsamda Uygulanabilirliği, Seçkin, Ankara, 2023.

Özdamar Demet, Toker Ali Gümrah, Kayış Ferhat, Yağcıoğlu, Burcu, Toker Aliye Akgün, Yasal Mal Rejimi ve Tasfiyesi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi), 9. Baskı, Seçkin, Ankara, 2024.

Sarı Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir, İstanbul, 2007.

Serozan Rona, Eşya Hukuku I, Genişletilmiş 3. Bası, Filiz, İstanbul, 2014.

Serozan Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Gözden geçirilip genişletilmiş 4. Bası, Filiz, İstanbul, 2006.

Serozan Rona, Medeni Hukuk, İstanbul, 6. Bası, Vedat, 2015.

Sirmen Lale, Eşya Hukuku, 10. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.

Şeker Muzaffer, Bilimsel Çalışmalar ve Güncel Yargıtay Kararlarıyla Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Bağlantılı Konular, Oniki Levha, İstanbul, 2022.

Şıpka Şükran, Türk Hukukunda Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, 1. Basıdan 3. Tıpkı Basım, Oniki Levha, İstanbul, 2013.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Olgaç, Ankara, 1985.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman Servet, Burcuoğlu Halil, Altop Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Filiz, 1993.

Türel Ege, Kazandırmanın Hukuki Sebebi, Oniki Levha, İstanbul 2024.

Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, Bağışlama Sözleşmesi, Adalet, Ankara, 2016. Vardar Hamamcıoğlu Gülşah, Medeni Hukukta Tasarruf İşlemi Kavramı, İstanbul, Oniki Levha, İstanbul, 2014.

von Tuhr Andreas (çev. Cevat Edege), Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. 1-2, Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Olgaç Matbaası, Ankara, 1983.

Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü (Sözlükçülükte 50. Yıl), Yenilenmiş 11. Baskı, Yetkin, Ankara, 2023.

Zeytin Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.

Makaleler

Acabey, Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2007, 9, Özel Sayı, ss. 491-543.

Akçaal Mehmet, "Düğünde Takılan Ziynet Eşyasının İadesi", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2019, C. XIV, S.2, ss. 265-302.

Kulaklı Emrah, "Ziynet Eşyasına İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 2019, C. 25, S. 1, ss. 262-276.

Özdamar Demet, "Avrupa Sözleşmeler Hukuku'nda ve Türk Borçlar Hukuku'nda Örf ve Âdetler ile Teamül ve Uygulamaların Yeri", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2017, C. 19, Özel Sayı, 130, 109-188.

Peksöz Vildan, "Ziynet Eşyalarının İadesi Davasında İspat Yükü", *İstanbul Hukuk Mecmuası*, 2021, C. 79, ss. 193 - 209.

Tat Orkun, "Yargı Kararları Işığında Ziynet Eşyalarının Aidiyeti Üzerine Bir Değerlendirme" *Terazi Hukuk Dergisi,* 2023, S. 204, ss. 101-110.

Uyumaz Murat, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2017, C. 21, S. 3-4, ss. 793- 831.

Tezler

Özyürek Mehmet, Evlilik Birliğinde Ziynet Eşyasının Bağışlama ve Tüketim Ödüncüne Konu Edilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2020.

Yargıtay Kararları

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 22.12.2014, E. 2014/26823, K. 2014/26223.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 22.1.2007, E. 2006/21021, K. 2007/101.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, T. 4.4.2024, E. 2023/5704, K. 2024/2402.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 08.03.2018, E. 2016/13442, K. 2018/2229.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 26.01.2015. E. 2014/9491, K. 2015/1326.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 14.12.2015, E. 2015/12012, K. 2015/20160.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 29.11.2023, E. 2023/1549, K. 2023/3448.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi, T. 3.4.2014, E. 2013/20524, K. 2014/5390.

Yargıtay 6. Hukuk Dairesi, T. 12.05.2014, E. 2014/3491, K. 2014/6080.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T.15.09.2009, E. 2009/1623, K. 2009/4189.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 27.01.2016, E. 2016/70, K. 2016/1365.

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, T. 24.9.2020, E. 2020/949, K. 2020/5378.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 13.4.2021, E. 2017/3-1038, K. 2021/458.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 7.6.2022, E. 2019/8-335, K. 2022/850.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 5.7.2023, E. 2023/191, K. 2023/703.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 19.02.1997, E. 1996/2-748, K. 1997/74.

İnternet Kaynakları

www.kazancı.com.tr

www.lexpera.com.tr

www.sinerjimevzuat.com.tr

TBB Dergisi 2025 (178) s. 203-255

AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN FESHİNDE ÜCRETİN KANUNA VE HAKKANİYETE GÖRE BELİRLENMESİ*

DETERMINATION OF FEES ACCORDING TO LAW AND EQUITY IN THE TERMINATION OF THE ATTORNEYSHIP AGREEMENT

Emre CUMALIOĞLU**
Yasemin KALKANCI***
Sena ÖBEK****

Özet: Avukatlık sözleşmesinin ifa dışında sona ermesi durumunda avukatın ücret alacağı Avukatlık Kanunu'na veya hakkaniyete göre belirlenmektedir. Ancak özellikle feshin ücrete ilişkin sonuçları bakımından istikrarlı bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir. Çalışmamızda Avukatlık Kanunu'na göre haklı ve haksız fesih kavramları açıklandıktan sonra bu konudaki uyuşmazlıklarda uygulanabilecek genel kurallar ortaya konulacaktır. Söz konusu kurallar Avukatlık Kanunu, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine ve Yargıtay içtihadında da göndermede bulunulan hakkaniyet ilkesine göre tespit edilecektir. Ayrıca sadece fesih ile sona erme değil, imkânsızlık, işlem temelinin çökmesi, fesih ihbarı, sözleşme süresinin dolması ve kanun hükmü gereği sona erme gibi haller de ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Avukat, Müvekkil, Avukatlık Sözleşmesi, Azil, İstifa, Fesih, Ücret, Hakkaniyet, İmkânsızlık, İşlem Temelinin Çökmesi

Abstract: In the event that an attorneyship agreement is terminated other than through performance, the attorney's entitlement to fees is determined according to the Attorneyship Code or equity. However, it is not possible to speak of a consistent practice regarding the consequences of termination in terms of fees. In our study,

---

* Bu makale araştırma ve yayın etiğine uygun olarak hazırlanmıştır.

** Doç. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, emre.cumalioglu@yasar.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3676-4419

*** Arş. Gör. Dr., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, yasemin.kalkanci@yasar.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0225-4632

**** Arş. Gör., Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, sena.obek@yasar.edu.tr ORCID: 0000-0002-8850-227X, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.02.2025, Kabul Tarihi: 12.06.2025

after explaining the concepts of justified and unjustified termination according to the Attorneyship Code, the general rules applicable to disputes in this area will be put forward. These rules will be determined in accordance with the Attorneyship Code, the provisions of the Turkish Code of Obligations, and the principle of equity, which is also referenced in Supreme Court's jurisprudence. Additionally, other cases such as termination not only due to notice but also impossibility, frustration, expiration of the contract term, and termination due to an article of a code will be addressed.

Keywords: Attorney at Law, Client, Attorneyship Agreement, Dismissal, Resignation, Termination, Fee, Equity, Impossibility, Frustration

GİRİŞ

Avukatlık sözleşmesinin feshinde avukatın ücret alacağının olup olmayacağı, olacaksa miktarının hangi esaslara göre belirleneceği sorunsalı yargı organlarını oldukça meşgul eden bir konudur. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nda[1] (Av. K.) sözleşmenin feshinde avukatın ücret alacağına ilişkin bazı kurallar kabul edilmiştir (Av. K. m.174). Ancak bu kurallar feshin taraflardan yalnızca birinin sorumlu tutulabileceği bir nedenden kaynaklanacağı düşüncesi ile kaleme alınmış, tarafların birlikte sorumlu olabileceği ya da her ikisinin de sorumlu tutulamayacağı nedenlerle sözleşmenin feshinde ücretin ne şekilde tespit edileceği meselesine değinilmemiştir. Ayrıca andığımız yasal düzenleme; sözleşmenin kanunda öngörülen nedenlerle sona ermesi, sonraki ifa imkânsızlığı, işlem temelinin çökmesi ve fesih ihbarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda yetersiz kalabilmektedir. Bu nedenlerle uygulamada hakkaniyete göre ücret kavramı kabul edilmiş ancak bu hususta tutarlı bir yöntem izlenememiştir. Nitekim geçmişe etkili olarak uygulanmaması gereken bu kavram bazı kararlarda tamamlanmış işler bakımından da uygulanmıştır.

Belirtmek gerekir ki Av. K. m.174'ün çözüm tarzı oldukça katıdır. Bu maddenin birinci ve ikinci fıkralarına göre feshin sonucunda avukat tamamlanmamış işler için ya tam ücret alacak ya da hiç ücret alamayacaktır. Yukarıda değindiğimiz gibi bu çözüm şekli feshe neden olan güven ilişkisini zedeleyici ve sözleşme ilişkisine devam etmeyi çekilmez hale getiren olgulardan taraflardan yalnız birinin sorumlu olması halinde makul görülebilir. Ancak başka ihtimallerde adaleti

[1] Resmî Gazete (RG.) 07.04.1969 Sayı (S.) 13168.

sağlayacak çözümün geliştirilmesi gerekir. Yargıtay kararlarındaki hakkaniyete göre ücret bu çözüm için geliştirilmiş önemli bir araçtır fakat yine de herkes tarafından anlaşılabilir şekilde açıklanmaya ve tutarlı şekilde uygulanmaya ihtiyacı bulunmaktadır. Bilindiği gibi avukatlık sözleşmesi, iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında avukatın hukuki iş ve işlemleri yapmayı üstlendiği tam iki tarafa borç yükleyen, geçerlilik bakımından şekle tabi olmayan[2] bir sözleşme olarak tanımlanır.[3] Kanımızca ücretin zorunlu öğe olması (Av. K. m.163), avukatlığın kamu hizmeti niteliği (Av. K. m.1) ve özel bir kanunda düzenlenmesi sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.[4] Bu nedenle sözleşmenin ifa[5] dışında özellikle fesihle sona ermesi konusunda Av. K.'da hüküm yoksa 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun[6] (TBK) vekalet akdine ilişkin hükümlerine başvurmak gerekir.[7] Bize

---

2 Tarafları arasındaki yazılı olmayan anlaşmalar genel hükümlere göre kanıtlanır (Av. K. m.163/I).

3 24398 sayılı ve 10.05.2001 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 4667 sayılı Avukatlık Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 76. maddesiyle; 1336 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 11. kısmının başlığı "Avukatlık Sözleşmesi" olarak değişmiş ve 163. maddesi kenar başlığı ile değiştirilerek, avukatlık sözleşmesinin kapsamı düzenlenmiştir. Bununla birlikte; kanunda, avukatlık sözleşmesine ilişkin özel bir tanımlama yapılmamıştır. Sözleşmenin tanımına ilişkin, doktrindeki görüşler için bkz. Raziye Aksu, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, S. 27, s. 862, 863.

4 Zarife Şenocak, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998, S. 2, s. 6-8. Av. K. m.172/III'deki "vekalet akdi" ifadesi de sözleşmenin bu niteliğini göstermektedir. Ancak avukatlık sözleşmesi, tam iki tarafa borç yüklemesi gibi nedenlerle vekalet sözleşmesinden farklılık arz etmesinden (Bkz. Veysel Başpınar, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004, s. 98, dn. 186.) ötürü bazı yazarlar tarafından *sui generis* bir sözleşme olarak kabul edilir (Haluk Burcuoğlu, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, s. 49). Konuyla ilgili bkz. Aksu, s. 880-885.

5 Yargıtay'a göre sözleşmenin borcun ifası ile sona erebilmesi için, sözleşme kapsamındaki tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve sonucunda da vekil edenin, vekili açık ya da örtülü olarak ibra etmesi gerekir. YHGK, T. 04.05.2011, E. 2011/161, K. 2011/276, Lexpera, Erişim: 29.06.2024. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Emre Cumalıoğlu/Yasemin Kalkancı/Sena Öbek, "Avukatın Hapis Hakkına İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, S. 175, s. 325-333, s. 345 vd.

6 RG. 04.02.2011 S. 27836.

7 Vekalet sözleşmesi niteliğinde gördüğümüz için, sözleşmenin feshine ilişkin sonuçları incelerken Av. K.'da boşluk olması durumunda TBK'nın vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerine ve sonrasında genel hükümlere başvuracağız. Bilindiği gibi vekâlet sözleşmesine ilişkin kurallar, kanunda düzenlenmemiş diğer iş

göre TBK m.514, 126 ve TMK m.4'ten hareketle adil bir çözüme ulaşılabilir. Aslında Yargıtay'ın kabul ettiği "hakkaniyete göre ücret" uygulaması da bu maddelerle uyumludur.

Yargıtay kararlarındaki haklı ve haksız fesih kavramları soru işaretlerine neden olmaktadır. Av. K.'da kullanılmayan bu terimler kararlarda yer alsa da hukukumuzdaki diğer sürekli edimli sözleşmeler için kabul edilen anlamdan farklı bir şekilde kullanılmaktadır. Bunun en önemli nedeni diğer sürekli edimli sözleşmelerde haksız feshin sözleşme ilişkisini sona erdirmemesi, vekalet ve avukatlık sözleşmelerinde ise ister haklı ister haksız olsun fesih ile sözleşmenin son bulmasıdır.[8] İkinci neden ise diğer sürekli edimli sözleşmelerde haklı fesheden sözleşmeyi çekilmez hale getiren olgunun meydana gelmesinde sorumluluğu varsa tazminat ile sorumlu tutulabilirken, avukatlık sözleşmesini haklı feshedenin ücrete ilişkin olumsuz sonuçlardan etkilenmemesidir. Bu durum Av. K. m.174'de tercih edilen ücret odaklı çözüm tarzından kaynaklanmaktadır. Makalemizde bu farklılıklara dikkat çekilerek avukatlık sözleşmesinin feshinin kendine özgü kuralları açıklanacaktır. Bu amaçla yargı kararlarını eleştirirken, haklı-haksız fesih kavramlarını Yargıtay'ın kabul ettiği anlamlarıyla kullanacağımızı belirtmek isteriz.

İncelememize başlamadan önce belirtmek isteriz ki avukatlık sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından Av. K.'da "işi takipten vazgeçme" ve "azil"; TBK m.512'de ise "sona erdirme" terimleri kullanılmış olsa da[9] biz Yargıtay tarafından da kullanılan "fesih", "azil" ve "istifa"

---

görme sözleşmelerine de doğrudan doğruya değil fakat, niteliği uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır (TBK m.502/II). Uygulanacak hüküm bulunamazsa, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, diğer iş görme sözleşmelerine ilişkin hükümler ile genel hükümlerin örnekseme yolu ile uygulanması gerekir. Tabii ki 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (RG. 08.12.2001 S. 24607) (TMK) m.1 uyarınca örf-adet hukukuna başvurulması ve hâkimin hukuk yaratması söz konusu olabilecektir.

8 Vekalet sözleşmesinde haklı sebebe dayanmayan azil veya istifa ile hukuki ilişkinin sona erdirebileceğine ilişkin bkz. Özer Seliçi, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s. 142 vd.

9 TBK m.512'de yer alan vekalet sözleşmesini sona erdirme hakkının hukuki niteliği ile ilgili görüşler için bkz. Öz Seçer, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2015, C. 2, Özel Sayı: Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun 5. Yılına Armağan, s. 878-882 (Anılış: Makale); Şaban Kayıhan/Mustafa Ünlütepe, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona

terimlerini[10] tercih edeceğiz. Ayrıca feshin (istifa ya da azil) haklı nedene dayandığını ifade etmek için "haklı", haklı nedene dayanmadığını ifade etmek için "haksız" ifadelerine başvuracağız. Hukuki danışmanlık sözleşmesi dahil olmak üzere avukatlık sözleşmesinin taraflarını ise avukat (vekil- iş gören), müvekkil (vekil eden- iş sahibi) olarak anacağız. Çalışmamızda özel olarak belirtilmediği sürece açıklamalarımız bir dava veya icra takibini konu alan avukatlık sözleşmesine ilişkin olacaktır. Yalnızca hukuki danışmanlığa hasrettiğimiz açıklamalarımızda bu husus ayrıca belirtilecektir.

Çalışmamızda; avukatlık sözleşmesi özelinde haklı-haksız fesih kavramlarını genel haklı-haksız fesih kavramları ile karşılaştırarak (II-A-1) ve örneklerle (II-A-2) açıkladıktan sonra avukatlık sözleşmesinin feshinde usul, ispat (II-B-1) konularına ve feshin tamamlanmış işler bakımından ücret alacağına etkisine (II-B-2) değineceğiz. Temeli oluşturan bu bilgi ve değerlendirmelerin ardından; fesih halinde kanuna göre avukatın tam ücret alacağı (II-C-1) ve hiç ücret alamayacağı (II-C-2) durumları inceleyeceğiz. Son kısımda ise hakkaniyete göre ücret ödenmesini gerektiren ihtimalleri (II-D-1, 2) ve hakkaniyete göre ücretin belirlenme esaslarını (II-D-3) açıklayacağız.

I. İNCELEME

A. AVUKATLIK SÖZLEŞMESİ ÖZELİNDE HAKLI- HAKSIZ FESİH KAVRAMLARI VE AVUKATLIK SÖZLEŞMESİNİN HAKLI-HAKSIZ FESHİNE İLİŞKİN ÖRNEKLER

1. Avukatlık Sözleşmesi Özelinde Haklı-Haksız Fesih Kavramları

Hukukumuzda haklı fesih; dürüstlük kuralına (TMK m.2) göre sözleşme ile bağlı kalması beklenemeyen tarafın tek taraflı olarak sözleşme-

Erme Sebepleri", *FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2014, S. 3, s. 179-182; Vedat Buz, "Vekâlet Sözleşmesini Uygun Olmayan Zamanda Sona Erdiren Tarafın Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2022, C. 38, S. 3, s. 378-382.

10 Avukatlık sözleşmesinin avukat tarafından feshi istifa, müvekkil tarafından feshi azil olarak adlandırılır.

yi sona erdirmesidir.[11] Sözleşme ilişkisinin devamını dürüstlük kuralına göre çekilmez hale getiren olgular ise haklı neden olarak adlandırılır.[12] Bu tanımlardan anlaşılacağı gibi feshin haklılığı dürüstlük kuralına ve "çekilmezlik" ölçütüne göre belirlenmektedir.[13] Feshin salt kanun veya sözleşmedeki bir hakka dayanması haklı sayılması için yeterli olmadığı gibi; fesih kanunda veya sözleşmede tanınan bir hakka dayanmasa da haklı olabilir. Haklı fesih bir fikre göre dürüstlük kuralına,[14] diğer fikre göre kişiliğin korunmasına dayanır (TMK m.23).[15] Fesih hakkı meşru bir menfaate erişmek için amacına uygun kullanılmalı, kötüye kullanılmamalıdır.[16] Haklı feshe temel olan çekilmezlik nedeni objektif olmalıdır ama somut ilişki de dikkate alınır. Bu sebeple fesheden tarafın sözleşmeden kurtulma menfaati ile diğer tarafın ilişkinin devamındaki menfaati arasında bir değerlendirme yapılmalı,[17] somut olayda sözleşmenin devam ettiği süre, tarafların ortak amaçları gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Sözleşmeyi çekilmez hale getiren neden; sonraki kusurlu imkânsızlık, kötü ifa, temerrüt veya işlem temelinin çökmesi

---

11 Pınar Altınok-Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 133; Öz Seçer, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 2. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: Kitap), s. 70; Emre Cumalıoğlu, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 41.

12 Haklı- haksız ayrımı dışında fesih, hangi anda hüküm ifade edeceği bakımından süreli- süresiz-bkz. TBK m.316/II, olağan-olağanüstü (süresiz) fesih, önemli nedenle fesih ve uygun olmayan zamanda fesih (TBK m.512/I/c.2) gibi türlere ayrılır (olağan fesih ve sürekli borç ilişkilerinin fesih dışında sona erme nedenleri için bkz. Altınok-Ormancı, s. 84 vd.; Seliçi, s. 170 vd. Kira sözleşmesi bakımından önemli nedenle fesih -TBK m.331- için bkz. M. Murat İnceoğlu, Kira Hukuku Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 233 vd.; ayrıca bkz. Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012, s. 333 vd.). Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024, s. 1424.

13 Seliçi, s. 192; Barış Demirsatan, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 272; Suat Sarı, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 170; Eren, Genel, s. 1425.

14 Bkz. Seliçi, s. 186 vd.; Sarı, s. 167.

15 Seliçi, s. 203.

16 Altınok-Ormancı, s. 116.

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 21.

18 Demirsatan, s. 272; Eren, Genel, s. 1426.

olabilir.[18] Haksız fesih ise dürüstlük kuralına uygun olmayan fesihtir. Fesih hakkı kanun veya sözleşmede tanınsa dahi kötüye kullanılmışsa veya dürüstlük kuralına göre sözleşme çekilmez hale gelmemişse fesih haksızdır. Kural olarak haksız fesih hiçbir sonuç doğurmaz,[19] sözleşme devam eder. Ancak haksız fesih beyanı ile güven ilişkisi zedelenmişse diğer taraf haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilir.

Avukatlık (ve vekalet) sözleşmesi ise diğer sürekli edimli sözleşmelerden farklı olarak haklı ya da haksız olmasına bakılmaksızın fesih beyanı ile sona erer (TBK m.512/I/c.1). Bunun nedeni vekalet ilişkisinin sıkı bir güvene dayanmasıdır. Avukat ve müvekkile tanınan bu hakka "yasal fesih hakkı" (Av. K. m.174/I-II ve TBK m.512/I/c.1) denir. Bunun sonucunda sözleşmede düzenlenmese de salt bir tarafın ilişkiyi devam ettirmek istememesi halinde süre sınırı olmadan[20] fesih beyanı ile sözleşme sona erer.[21] Avukatlık sözleşmesinde düzenlenen bir hüküm ile yasal fesih hakkının sınırlandırılması kesin hükümsüzdür.[22] Örneğin, işin avukatın beklediği kadar kolay ya da müvekkilin

---

18 Seliçi, s. 194, 195.

19 Şeref Ertaş, "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, s. 392.

20 "…BK 396/1 maddesine göre vekillikten istifa her zaman mümkün olup bu istifa vekalet ilişkisini ileriye doğru sona erdiren bozucu ve yenilik doğuran bir işlemdir. Vekilin istifa hakkını her zaman kullanması mümkündür." Y. 13. HD, T. 05.07.2005, E. 2005/2956, K. 2005/11493; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 29.04.1993, E. 1993/3419, K. 1993/3651, Legalbank, Erişim: 29.06.2024. Sürekli borç doğuran avukatlık sözleşmesi belirlenen sürenin dolması dışında, tarafların anlaşmasıyla (fesih sözleşmesi) ya da taraflardan birinin bozucu yenilik doğuran bir işlem niteliğindeki fesih beyanıyla sona erer (fesholunur).

21 Vekalet sözleşmesi bakımından ileri sürülen bir fikre göre; roman yazma, reklam kampanyası düzenleme, taşınmazların idaresi gibi, bazı vekâlet ilişkileri TBK m.512'ye göre değil ancak önemli bir nedenin varlığı durumunda feshedilebilecektir. Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı, (Haz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen), Beta Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 1279.

22 "…Nitekim Borçlar Kanunu'nun 396. maddesinde "vekaletten azil ve ondan istifa, her zaman caizdir." hükmü bulunmakta olup, emredici nitelikteki bu hüküm gereğince müvekkil, vekilini her zaman azletmek hakkından, vekil de her zaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemez. Bunun aksini öngören sözleşmeler geçersiz olduğu gibi, istifa ve azil hakkını zorlaştıran kararlaştırmalar da geçersizdir." Y. 13. HD, T. 16.05.2013, E. 2013/8249, K. 2013/12850; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 01.06.2009, E. 2008/14644, K. 2009/7541; Y. 13. HD, T. 24.01.2012, E. 2012/5455, K. 2012/88; Y. 13. HD, T. 16.09.2015, E. 2014/36673, K. 2015/27125, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

umduğu gibi kazançlı olmaması haklı bir neden olmasa da[23] bu hususa dayanılarak fesih beyanında bulunulmasıyla sözleşme sona erer ve fesheden feshin ücrete ilişkin olumsuz sonuçlarını üstlenir.

Bu önemli farklılık dışında, genel olarak haklı fesihte feshedenin tazminat ödemesi ve/veya sözleşme devam etseydi hak edeceği ücreti/bedeli hak edememesi söz konusu olabilir. Nitekim fesih sözleşme ilişkisi çekilmez hale geldiği için haklı olsa da çekilmezlik feshedenin sorumlu tutulabileceği bir nedenle ortaya çıkmış olabilir. Avukatlık sözleşmesinde ise durum farklıdır çünkü Yargıtay bu sözleşmede feshin haklılığını genel haklı fesihten ayrışan ölçütlere göre tespit etmektedir. Bu nedenle haklı-haksız fesih terimleri farklı kullanılmakta, ücrete ilişkin sonuçlar haklı fesihte fesheden, haksız fesihte ise diğer taraf lehine olmaktadır. Örneğin, haklı azilde avukat hiç ücret alamazken haklı istifada ise müvekkil henüz işler tamamlanmamış olsa bile tam bir ücret ödemek zorunda kalmaktadır.

Avukatlık sözleşmesinin feshindeki bu özelliği şu şekilde açıklayabiliriz. Bilindiği gibi Av. K.'da haklı nedene ilişkin bir düzenleme yoktur.[24] Yalnızca Kanunun 174. maddesindeki haklı sebep, işi takipten vazgeçme, azil, kusur terimleri ile vekalete ilişkin kurallar ve genel hükümlerden hareketle Yargıtay içtihadı oluşmuştur. Bu içtihatta feshin haklılığı tespit edilirken öncelikle, diğer sürekli edimli sözleşmelerde olduğu gibi çekilmezliğin mevcudiyeti aranır, çekilmezlik yoksa fesih haksızdır. Ancak genel haklı- haksız fesih kavramlarından farklı olarak, çekilmezlik feshi tek başına haklı kılmaz. Haklı-haksız azil ve istifa, feshe neden olan (güven ilişkisini zedeleyici) çekilmezlik olgusundaki sorumluluğa, kararlardaki ifadelerle "tarafların kusur ve ihmallerine" göre tespit edilmiştir. Bu tespit sonucunda Av. K. m.174 dikkate alınarak haklı istifa ve haksız azilde avukata tam ücret ödeneceği, haksız istifa ve haklı azilde ise hiç ücret ödenmeyeceği kabul edilmiştir. Öyleyse sözleşme ilişkisini dürüstlük kuralına göre çekilmez hale getiren olgunun ortaya çıkmasında sorumluluğu bulunan taraf feshin ücrete ilişkin olumsuz sonuçlarına katlanacaktır.[25]

---

23 Seliçi, s. 196, 197.

24 Konuyla ilgili bkz. Sarı, s. 191, dn. 154; Ezgi Turan Fühner, Avukatın Azli ve Haksız Azlin Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 96.

25 Haklı feshe sebep teşkil eden olgunun ortaya çıkmasında beyan sahibinin de kusuru olsa dahi olgunun haklı sebep niteliği ortadan kalkmaz. Bkz. Seliçi, s. 198.

Diğer yandan Yargıtay kararlarında net şekilde esasları belirlenmemiş olan hakkaniyete göre ücret kavramı da kullanılmaktadır. Çalışmamızda açıklayacağımız gibi, çekilmezlik olgusunun belirmesinde tarafların sorumlu olmaması ya da her ikisinin de sorumluluğunun bulunması hallerinde haklı-haksız fesihten farklı olarak ücret hakkaniyete göre ödenmelidir.

Görüldüğü gibi avukatlık sözleşmesi bakımından Yargıtay kararlarında geçen haklı-haksız fesih kavramları, genel haklı-haksız fesih kavramları ile tam olarak örtüşmemektedir. Bu farklılığın büyük teorik önemi olsa da amacı feshin ücrete ilişkin sonuçlarını açıklamak olan çalışmamızda kararları eleştirirken haklı-haksız fesih kavramlarını Yargıtay'ın kabul ettiği şekilde kullanacağız.

2. Avukatlık Sözleşmesinin Haklı- Haksız Feshine İlişkin Örnekler

Yargıtay kararlarını ve öğretideki görüşleri[26] göz önünde bulundurduğumuzda; müvekkilin, avukata hukuka veya ahlâka aykırı talimat vermesi, ona kötü davranması, hakaret etme biçimde suç teşkil eden bir eylemde bulunması, avukata yanıltıcı bilgi veya belge sunması, mali yükümlülüklerini (ücret,[27] avans, masraf[28]) tam ve zamanında yerine getirmemesi, işin yapılmasını engellemesi,[29] başka bir avukata

---

[26] Ayrıca bkz. K. Emre Gökyayla, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 77 vd.; Aydın Zevkliler/ Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, İstanbul 2020, s. 675; Songül Karateke, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan Yayınevi, Ankara 2006, s. 132; Murat Aydın, Avukatlık Ücreti, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 132.

[27] "…Davalı tarafından davacıya yollanan mail ile davalının davacıya ödeme yapamayacaklarını ve bu nedenle şahsı ya da şirket adına açılmış ya da açılacak davaların tümüne ilişkin olarak hukuki bir girişimde bulunmamalarını açıkça belirttiği, davacı avukatın yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirdiği bu haliyle davacı avukatın istifasının haklı olduğu anlaşılmaktadır." Y. 13. HD, T. 16.11.2015, E. 2014/15124, K. 2015/33136, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

[28] Yavuz, s. 1331; Aydın, s. 153. Avukata yargılama masraflarının ödenmemesinin haklı istifa sebebi olduğu yönünde bkz. Y. 13. HD, 28.04.2016, E. 2015/5276, K. 2016/11823, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

[29] "…dava konusu alacağın, üçüncü kişiye temlik edilmesi nedeniyle, davacı yanın vekalet görevi de temlik tarihi itibariyle fiilen sona ermiş bulunduğundan, başka bir ifade ile vekilin artık işe devam etme olanağı mevcut olmadığından davacı yanın istifası haklıdır." Y. 13. HD, T. 31.05.2016, E. 2015/9461, K. 2016/13998; "…

sözleşmeye aykırı olarak vekalet verilmesi[30] avukat bakımından *haklı istifa* nedenlerine örnek olarak gösterilebilir.

Diğer yandan avukatın; avansın ve yaptığı masrafların ödenmesini istemesi,[31] davadan feragat için iş sahibinden talimat istemesi,[32]

Oysa ki davalı tarafından davacıya gönderilen yazılarda herhangi bir açıklamaya yer verilmeden dosyalar istenmiş ve davacının dosyalardaki vekalet ücreti alacağının tahsili engellenmiştir. Nitekim aynı doğrultuda olan bilirkişi raporlarında dava dilekçesinde belirtilen tüm dosyalar yönünden vekalet ücreti hesabı yapılmış, davacı vekilin görevini gereği gibi yerine getirdiği, istifasının haklı olduğu açıklanmıştır. Bu durumda mahkemece, davacının istifa tarihi itibariyle vekalet ücreti alacağının taraflar arasında düzenlenen sözleşme hükümlerine göre tespiti için bilirkişiden ek rapor yada yeni bir bilirkişi heyetinden rapor aldırılarak davacıya yapılan ödemelerle karşılaştırılmak suretiyle sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken…" Y. 13. HD, T. 12.05.2016, E. 2016/5061, K. 2016/13010; "… Davacı avukatın ilamın icrası ile yetkisinin elinden alınması aynı zamanda ahzukabz yetkisinden azil niteliğindedir. Aksi düşünülse bile bu davranış davacı yönünden güven ilişkisini sarsıcı ve haklı istifa nedenidir." Y. 13. HD, T. 23.03.2012, E. 2011/14314, K. 2012/7824, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

30 "…Davalı, Avukatlık Kanunu'nun 172.maddesi gereğince davacının yazılı muvafakatini almadan, davacının takip ettiği davaya bakma görevini başka bir avukata vermiş, davacının iddiasına göre de 02.11.2004 tarihli duruşma öncesinde kendisini durumdan telefon ile haberdar etmiştir. Bu durum davacının işi bırakması için haklı bir neden oluşturmaktadır…" YHGK, T. 30.01.2013, E. 2012/13-691, K. 2013/173, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.
Ancak bu durumda Yargıtay istifa eden avukatın makul sürede davadan çekilmesi gerektiğini belirtmektedir. "…davacı dava dilekçesinde, bilgisi ve rızası dışında başka bir avukatın görevlendirildiği gerekçesiyle haklı olarak istifa ettiğini ileri sürmüş ise de mahkemece bu konuda yeterli bir araştırma ve inceleme yapılmamıştır. Öncelikle davacının istifasının haklı olup olmadığı üzerinde durulmalı, başka avukata vekalet verildiğini öğrendikten sonra makul sürede Avukatlık Kanunu'nun 172. maddesi uyarınca çekilip çekilmediği hususu_araştırılmalı, makul sürede çekilmediği tespit edildiği takdirde ücret isteyemeyeceği göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Yapılacak inceleme sonunda istifanın haklı olduğu kanaatine varılırsa, bu defa taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin geçersiz olduğu ve davacı avukatın ancak takip ettiği işlere dava veya icra takip tarihlerinde yürürlükte bulunan Avukatlık Kanunu hükümleri gereğince ücreti belirlenmelidir." Y. 13. HD, T. 12.05.2009, E. 2009/5197, K. 2009/6457, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

31 "…Avukatların masraflarının müvekkilden karşılanacağının Avukatlık Kanunu'nun 173/3. maddesinde yer aldığı avukatın masraf istemesinin tabi olduğu ve masraf istediğinden ötürü azlin haklı sayılamayacağı istediği masrafların ödendiğine ilişkin makbuz ve belge sunulmadığı bu konudaki soyut tanık beyanlarına itibar olunamayacağı anlaşıldığından azilnamenin haksız olduğu sonucuna varılmıştır." Y. 13. HD, T. 16.10.2008, E. 2008/5679, K. 2008/11903, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

32 "…müvekkili adına bir haktan feragat edecek olan avukatın yazılı talimat istemesi sonuçta hesap vermekle yükümlü olan vekilin bu sorumluluğunun ispatı için gerekli olduğundan bu sebeple yapılan azil haksızdır." Y. 13. HD, T. 29.12.2008, E. 2008/8383, K. 2008/15824, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

ücretini talep etmesi üzerine gerçekleştirilen[33] azil haksız görüldüğü gibi icrada satış işlemleri bittikten sonra avukatın ücretini ödememek için azledilmesinin,[34] feshi ihbar süresine uyulmamasının[35] da yapılan azli haksız kılacağı belirtilmiştir.

Haklı istifa ve haksız azle ilişkin bu örneklerden de görüleceği üzere, sözleşmenin çekilmez hale gelmesinde yalnızca müvekkilin sorumlu olduğu ya da çekilmezlik olmamasına rağmen müvekkilin sözleşmeyi feshettiği durumlarda avukat tamamlanmamış işler bakımından tam ücrete hak kazanabilmektedir.

Haklı azle ise avukatın; davayı zamanında açmaması, takip etmemesi, birbirini takip eden duruşmaların birçoğuna girmemesi, takibe konulması için verilen senetleri kaybetmesi, verilen delilleri sunmaması,[36] müvekkilin yazılı talimatı olmadığı hâlde onun aleyhine olan karara karşı istinafa veya temyize başvurmaması[37] gibi özen

---

33 Y. 13 HD, T. 13.05.2010, E. 2010/15493, K. 2010/6763, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

34 YHGK, T. 03.11.2010, E. 2010/13-571, K. 2010/550, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

35 "...Ne var ki, vekalet sözleşmeleri karşılıklı güvene dayanan bir sözleşme olup, güven sözleşmenin en önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu nedenle taraflardan her biri sözleşmeyi her zaman için fesih edebilir. Yani vekaletten istifa ve azil BK'nın 396/1. maddesi gereği her zaman için mümkündür. Ne var ki, azil haksız ise, davacı kalan süre sonuna kadarki ücretin tamamına hak kazanır. Davalı kooperatifin feshi ihbar süresine uymadan sözleşmeyi fesih etmesi, haksız fesih ve azil niteliğindedir. Bu nedenle davacı, 2004 yılı ücretinin tamamını bir önceki yıl ücretine göre istemeye hak kazanmıştır. Ancak BK'nın 390 ve 325. maddeleri uyarınca davacının işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat ettiği şeylerin ücretinden indirilmesi gerekir." Y. 13. HD, T. 14.01.2008, E. 2007/8188, K. 2008/253, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

36 "...Davacı avukatın müvekkilinin dosyaya sunulması için davanın başında verdiği delilleri dosyaya sunmadığı, müvekkili ile tartışma sonrası birlikte girdikleri celsede mahkemeye verdiği sabit olduğuna göre müvekkilinin talimatını yerine getirmemesi nedeniyle davalının güveninin sarsıldığı, duruşma çıkışı tartışma sonrası da davacıyı azlettiği anlaşılmaktadır. Davacı avukat takip ettiği dava ile ilgili olarak özen ve ihtimamla takip etmek ve müvekkiline düzenli ve doğru bilgi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen davacının azli haklı sebebe dayanmaktadır. Azilin haklı olması halinde kural olarak davacı ücreti vekâlet isteyemez." Y. 13. HD, T. 28.01.2010, E. 2009/10309, K. 2010/751, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

37 "...Vekil genellikle üzerine aldığı işi doğruluk kurallarına uygun biçimde özenle yapmalıdır. Mesleğin gerektirdiği uzmanlığın bütün gereklerini kullanmalıdır… temyiz süresini geçirdikten sonra temyiz yoluna başvurması veya hiç başvurmamış olması, olayların akışına ve gerçekleşme biçimine göre kusurlu davranış-

borcu ihlalleri,[38] müvekkil adına tahsil edilmesi gereken parayı zimmetine geçirmesi,[39] çekmiş olduğu teminatı müvekkile iade etmemesi[40] şeklinde somutlaştırılabilecek sadakat borcunu yerine getirmediği durumlar,[41] dava-takip devam ederken fahiş miktarda ücret istemesi şeklinde ortaya çıkabilecek güven sarsıcı davranışları,[42] müvekkili

tır." YHGK, T. 11.04.2007, E. 2007/13-198, K. 2007/199; Ayrıca bkz. Y. 13. HD, T. 06.06.2016, E. 2015/33065, K. 2016/14295, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

38 Fazlaya ilişkin hakkı saklı tutmadan dava açmak (Y. 13. HD, T. 12.03.2012, E. 2011/19209, K. 2012/10028, Nak. Haşim Mısır, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret Soru-Cevap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 380, Ankara 2020, s. 7), üstlenilen davayı takip etmemek (Y. 13. HD, T. 19.12.1995, E. 1995/11369, K.1995/11467, Kazancı, Erişim: 29.06.2024.), davaya sadece cevap dilekçesi sunup üst üste iki duruşmaya katılmamak (Y. 13. HD, T. 12.03.2013, E. 2012/23911, K. 2013/6083, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.), duruşmalara mazeretsiz olarak katılmayarak dosyanın iki kez işlemden kaldırılmasına neden olmak (Y. 13. HD, T. 22.04.2014, E. 2013/31516, K. 2014/12805, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.), arka arkaya geçerli bir neden göstermeden mazeret dilekçeleri göndermek (Y. 13. HD, T. 29.01.2009, E. 2008/8891, K. 2009/787, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.), yaptığı işin hesabını tam ve eksiksiz vermemek (Y. 3. HD, T. 11.03.2013, E. 2013/2995, K. 2013/3972, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.), idari yargıda açılması gereken davayı adli yargıda açmak (Y. 13. HD, T. 16.11.2017, E. 2017/7677, K. 2017/11211, Lexpera, Erişim: 30.12.2024) bu hususta ifade edilebilecek diğer örneklerdir.

39 Y. 4. HD, T. 09.11.1973, E. 10609, K. 9207 (Nak. Turgut Uygur, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 8, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 9033-9034).

40 Y. 13. HD, T. 29.05.2012, E. 2012/9334, K. 2012/13861, Kazancı, Erişim: 30.12.2024.

41 "...davacı avukatın, vekil olarak borçları BK'nın 389 ve devamı maddelerinde gösterilmiş olup, öncelikle vekil BK'nın 390. maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özen ile ifa etmekte yükümlüdür. Vekil sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Şayet vekili görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş sadakatle vekaleti ifa etmemiş ise, vekil edenin vekilini azli haklıdır. Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi hükmüne göre azil haklı ise avukatlık ücretinin ödenmesi gerekmez, haksız azil halinde ise ücretin tamamına avukat hak kazanır." Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

42 "...Vekil-vekil eden arasında bulunan vekalet sözleşmesinin temel dayanağı güven ve saygı ilişkisidir. Güven sarsıcı harekette bulunulması sonucu ilişkinin sarsılması, buna da davacı tarafın tutum ve davranışının yol açması halinde azil haklıdır. Davacı avukat, vekalet akdi devam ederken, takip ettiği icra dosyasının akıbetini ve sonuçlanmasını beklemeden gönderdiği ihtar ile aralarındaki yazılı sözleşme ile kararlaştırılan ücretten çok daha fahiş vekalet ücreti talep ederek, davalılar aleyhine bu ücretlerin tahsili için azilden önce eldeki davayı açarak, arasındaki vekalet akdinin esaslı unsurlarını ihlal etmiştir. Bu nedenle davalıların savunmasında belirttiği gibi davacıyı azletmesi, haklıdır." Y. 13. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/6471, K. 2010/422, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemesi,[43] yanlış yönlendirmek suretiyle müvekkili aleyhine sonuçlanan gereksiz davalar açması,[44] muaccel olmamış ücretini ilk tahsilattan tahsil etmesi[45], hapis hakkını usulüne uygun kullanmaması,[46] hakkında rüşvet alma ve

---

43 Müvekkili lehine verilen kararı en kısa sürede müvekkile bildirip yatırılması gereken masraflar konusunda bilgilendirme yükümlülüklerini yerine getirmemek (Y. 13. HD, T. 12.02.2008, E. 2007/11708, K. 2008/1869, Kazancı, Erişim: 30.12.2024), vekaleten tahsil edilen miktarı müvekkile bildirmeyip uhdede tutmak (Y. 13. HD, T. 30.05.2018, E. 2016/23496, K. 2018/6396, Legalbank, Erişim: 30.12.2024) halleri bu hususta örnek verilebilir.

44 "…Öncelikle belirtmek gerekir ki, davacı avukatın davalı müvekkilini yanlış şekilde yönlendirmek ve yanıltmak suretiyle gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne iç hukuk yollarını tüketmeden ve gerekse Yasama Meclisine karşı yasa çıkartmadığından bahisle müvekkili aleyhine sonuçlanan gereksiz davalar açtığı anlaşıldığı gibi az yukarıda açıklanan ve 16.05.2005 tarihli sözleşme ile de kuru taahhütlerden öteye geçmeyecek ve avukatlık görevi ile bağdaşmayacak aynı anda birçok taahhüdü içerisinde barındıran vaatlerde bulunmak suretiyle müvekkilini oyalama ve yanıltmaya yönelik tavrını sürdürmüş, bununla da kalmayıp, bizzat kendisinin de katıldığı davalı kooperatifin 08.01.2006 tarihli genel kurul toplantısında yaşanan mevcut maddi sıkıntılar nedeniyle açılan eldeki kısmi davaların ıslah ya da ek dava yoluyla harçlandırılamayacağı hüküm altına alınmış olmasına rağmen, henüz ıslah ya da ek dava açılması aşamasına dahi gelmemiş az yukarıda zikredilen dava dosyaları yönünden de davalıya 26.08.2006 tarihli ihtarnamesini göndererek verilen süre içerisinde harç ve masrafların ikmal edilmemesi ve ek dava ve ıslah imkanı sağlanmaması durumunda açılmış ve açılacak davalar yönünden vekalet ücreti alacaklının dava yolu ile tahsil edileceğini bildirmiştir. Oysa ki BK. 390 ve devamı maddeleri hükümlerine göre vekalet ilişkisi karşılıklı güvene dayalı bir ilişki olup, vekilin üstlendiği görevini ve yapacağı işi doğruluk ve özenle yerine getirmesi zorunludur. Davacı avukat, bu kuralı da ihlal etmek suretiyle davalı müvekkiline az yukarıda zikredilen ihtarnamesini göndererek henüz hak etmediği vekalet ücretleri yönünden verilen süre içerisinde harç ve masrafların ikmal edilmemesi halinde dava açacağını bildirmekle müvekkilinin kendisine olan güvenini de sarsmıştır. Açıklanan tüm bu durumlar birlikte değerlendirildiğinde davalının davacıyı haklı nedenlerle vekillik görevinden azletmiş bulunduğunun kabulü zorunludur." YHGK, T. 25.11.2009, E. 2009/13-482, K. 2009/556; Ayrıca bkz. YHGK, T. 15.07.2009, E. 2009/13-290, K. 2009/350, Kazancı, Erişim: 30.12.2024, Kazancı, Erişim: 30.12.2024.

45 "...somut olayda; davalının, icra takibinin devamı esnasında alacağın tamamen tahsili sağlanmadan, henüz muaccel hale gelmemiş olan karşı yan vekâlet ücreti alacağını icra dosyasına yatırılan ilk kısım paradan tahsil etmesi usul ve yasaya aykırı olup, azil işleminin haklı olduğu anlaşılmaktadır." Y. 13. HD, T. 28.11.2013, E. 2013/1604, K. 2013/29439, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

46 "...somut olay değerlendirildiğinde, davalı avukatlar tarafından takip edilen dava dosyası henüz derdest iken ve vekalet ücreti alacağı henüz muaccel hale gelmediği halde, makul ölçüyü aşar şekilde davacı talebi gözetilerek 6.653 Tl. Gibi bir meblağın hapis hakkı olarak elde tutulması ve hesap verilmemesi davacının güvenini sarsıcı nitelikte sayılmaladır. Dolayısıyla davacı tarafından da-

verme suçundan soruşturma açılıp iddianame düzenlenmiş olması[47]

valıların 20.6.2006 tarihinde azledilmesi haklı nedene dayanmaktadır. Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesi hükmüne göre avukat kusur veya ihmali nedeniyle azil edilmiş yani azil haklı ise ücretinin ödenmesi gerekmez." Y. 13. HD, T. 23.09.2010, E. 2009/16245, K. 2010/11921; "...Avukatlık Kanunu'nun 166. maddesinde tanımlanan hapis hakkı, sadece vekalet ücreti alacakları ve yapılan giderler oranında kullanılabilir. Avukatın, müvekkili nam ve hesabına tahsil etmiş olduğu alacak ve değerlerden, ücret ve masraf alacağından fazla bir miktarını "hapis hakkı" adı altında elinde tutması, bu hakkın yasaya konuluş amacına aykırı olduğu gibi, avukatlık meslek kurallarına da aykırıdır. Aynı şekilde hapis hakkını kullanan avukatın, müvekkilin nam ve hesabına tahsil ettiği alacakları geciktirmeksizin ... sahibine bildirmesi, hangi işten dolayı ve ne miktarda ücret ve masraf alacağı olduğunu açıklaması ve konu ile ilgili karşı tarafı bilgilendirdikten ve gerektiği durumlarda yapılacak hesaplaşmadan sonra, alacağı oranında hapis hakkını kullanması gereklidir. Esasen bu durum, avukatın müvekkiline hesap verme yükümlülüğünün de tabii bir sonucudur. Nitekim, Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesinde, "Avukatlar, yüklendikleri görevleri, bu görevin kutsallığına yakışır bir şekilde özen, doğruluk ve onur içinde yerine getirmek ve avukatlık unvanının gerektirdiği saygı ve güvene uygun biçimde davranmak ve Türkiye Barolar Birliğince belirlenen meslek kurallarına uymakla yükümlüdürler." hükmü, Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları'nın 43. maddesinde de, "Müvekkil adına alınan paralar ve başkaca değerler geciktirilmeksizin müvekkile duyurulur ve verilir." Hükmü bulunmaktadır. Öte yandan avukat, ancak muaccel olan vekalet ücreti alacakları yönünden hapis hakkını kullanabilir. Yasada avukatlık ücretinin ne zaman muaccel olacağı konusunda açık bir hüküm bulunmamakla beraber, Avukatlık Kanunu'nun 171/1 maddesinde düzenlenen "Avukat üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip eder." ve "Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi"nin 2. maddesinde düzenlenen "...avukatlık ücreti, kesin hüküm elde edilinceye kadar olan dava, ... ve işlemler ücreti karşılığıdır." Hükümleri gereğince vekalet ücreti alacağının, üstlenilen işin bitmesi ile muaccel hale geldiğinin kabulü gerekir. Bu kabule göre avukat, aksine sözleşme yoksa, işi sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini isteyemeyeceği gibi bu noktada hapis hakkını da kullanamaz." Y. 13. HD, T. 05.10.2010, E. 2010/2876, K. 2010/12681, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır);

˝…Özen yükümlülüğü bulunan avukatın hapis hakkını kullanırken karşı tarafı bilgilendirmesi gerekirken davalı-karşı davacı avukat bu konuda davacı-karşı davalı tarafı bilgilendirmemiştir. Hal böyle olunca davalı karşı davacı avukatın haklı nedenlerle azlediğinin kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 01.03.2018, E. 2016/18841, K. 2018/2673, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

47 "…Davacının sözleşmesi 01.10.2010 tarihli yazı ile feshedilmiş olup, ilgili yazıda ... Cumhuriyet Başsavcılığınca rüşvet alma ve verme suçundan soruşturma açılarak iddianame düzenlenmiş olması fesih nedeni olarak gösterilmiştir. ... Cumhuriyet Başsavcılığının davacı hakkında düzenlemiş olduğu iddianamede, diğer şüphelinin yapmaması gereken bir iş için bilgisayar talep ederek rüşvet istediği, davacının da bunun karşılığında rüşvet verdiği belirtilerek cezalandırılmaları istenmiştir. Davalının fesih sebebi olarak gösterdiği söz konusu iddianame güven

durumlarında olduğu gibi müvekkilin güveninin sarsılmasına neden olacak tutum ve davranışlardan kaçınmaması[48] örnek verilebilir.[49] Görüldüğü gibi, haklı fesih örnekleri; avukatın kanundan doğan yükümlülüklerine, meslek etiğine aykırı ve güven ilişkisini zedeleyen davranışlardır.

Avukatın üzerine aldığı işi kanun hükümlerine göre ve yazılı sözleşme olmasa bile sonuna kadar takip etmesi gerektiğinden (Av. K. m.171/I); bir gerekçe olmadan yalnızca öyle istediği için,[50] işler tamamlanmadan önce ücret ödenmediği gerekçesiyle istifası[51] aksine

---

sarsıcı nitelikte olup, fesih ve azil işleminin haklı olduğunun kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 15.03.2018, E. 2016/19132, K. 2018/3123, Kazancı, Erişim: 30.12.2024.

48 "…avukat, üzerine aldığı işi özenle ve müvekkili yararına yürütüp sonuçlandırmakla görevli olduğu gibi, müvekkilinin kendisi hakkındaki güveninin sarsılmasına neden olacak tutum ve davranışlardan da titizlikle kaçınmak zorundadır. Aksi halde avukatına güveni kalmayan müvekkilin avukatını azletmesi halinde azlin haklı olduğunun kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 30.04.2020, E. 2018/1838, K. 2020/3638, Kazancı, Erişim: 30.12.2024.

49 Ayrıca bkz. Mehmet Akif Tutumlu/Murat Usta, Vekalet Ücreti Davası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017, s. 140 vd.

50 Bkz. Özcan Günergök, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 148; Yasemin Bağlı Tahiroğlu, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 146; Karateke, s. 132; "...Olayımızda davacı avukatın kendi kişisel arzusu ve serbest iradesiyle sözü edilen 174. maddedeki anlamda azilden önce vekaletten istifa ettiği (çekildiği) dosyadaki delil ve belgelerle kanıtlanmıştır. Bu durumda 174. madde uyarınca davacı avukat müvekkili davalıdan hiçbir ücret isteyemez." Y. 13. HD, T. 29.04.1993, E. 1993/3419, K. 1993/3651, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

51 "...vekalet ilişkisinin 25.04.2012 tarihli istifa ile sona erdiği, davacı avukatın istifa ettiği tarih itibariyle davalının vekili olarak takip ettiği davaların hiç birisinin sonuçlanmadığı halen derdest olduğu anlaşılmaktadır. Avukatlık Kanunu ve Avukatlık Asgari Ücret Tarifesine göre, iş sonuçlandırılmadan avukatlık ücreti talep edilemeyeceğinden davacının vekalet ücreti ödenmediği iddiasıyla istifa etmesi haksızdır." Y. 13. HD, T. 03.12.2014, E. 2014/8012, K. 2014/38228; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 19.02.2014, E. 2014/899, K. 2014/4369; "...Davacılar ile davalı arasında vekalet ücretine ilişkin yapılmış bir sözleşme olmadığı gibi davacı tarafından takip edilen dava ve icra takipleri yönünden tahakkuk edecek vekalet ücretlerinin bu dava ve icra takipleri sonuçlanmadan önce ödeneceğinin kararlaştırıldığını davacı taraflarca ispat edilememiştir. Bu durumda davacı avukatlar yukarıda açıklanan yasal düzenlemeler kapsamında sonuçlanmayan işler yönünden vekalet ücretinin ödenmesini talep edemeyecektir. Nitekim istifa tarihi itibariyle davacı tarafından takip edilerek sonuçlandırılan bir dava ve icra takibi bulunmadığından davacının vekalet ücreti ödenmemesi nedeniyle istifa etmesi haklı nedene dayanmamaktadır." Y. 13. HD, T. 01.04.2013, E. 2012/13331, K. 2013/8159, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

sözleşme olmadıkça haksız istifadır. Nitekim; ücret ödenmemesi nedeniyle istifanın haklı olabilmesi için, ücret alacağının muaccel olması gerekir.[52] Avukat, hesap verme borcu altında olduğu için; müvekkilin yapılan masraf ile tahsilat veya vekalet ücreti hakkında bilgi-belge istemesi güven sarsan davranış olarak kabul edilemez ve bu nedenle istifa haklı olmaz.[53] Anlaşılacağı üzere haklı azil ve haksız istifa örneklerinde sözleşmeyi çekilmez hale getiren durumlar avukatın sorumlu olduğu hususlardan kaynaklanmıştır veya çekilmezlik olmamasına rağmen avukat sözleşmeyi feshetmiştir.

Tekrar etmek gerekirse, diğer sürekli edimli sözleşmeler bakımından büyük öneme sahip haklı-haksız fesih ayrımının avukatlık sözleşmesi bakımından aynı önemi haiz olduğunu söylemek güçtür. Bunun birinci nedeni fesih haksız olsa dahi sözleşmenin sona ermesi, ikincisi bu sözleşme özelinde haklı-haksız fesih ayrımının çekilmezlik olgusundaki sorumluluğa göre yapılması ve feshin ücrete ilişkin sonuçlarını da doğrudan içermesidir. Ayrıca sözleşmenin çekilmezlik olmamasına rağmen feshedilmesi halinde fesheden ücrete ilişkin olumsuz sonuçlara katlanacaktır. Aşağıda avukatlık sözleşmesinin feshinde usul, ispat ve feshin taraflar arasındaki diğer ilişkilere etkisine değindikten sonra bu açıklamalarımızı detaylandıracağız.

B. FESİHTE USUL, İSPAT ve FESHİN TAMAMLANMIŞ İŞLER BAKIMINDAN ÜCRET ALACAĞINA ETKİSİ

1. Usul ve İspat

Avukatlık sözleşmesi, açık veya örtülü (zımni) irade beyanıyla,[54] şekle tabi olmadan[55] feshedilebilir. Ancak davada ve icra takibinde ve-

---

52 "…Bu kapsamda, davacı avukatın alacağı talep etmesi için alacağın muaccel olması ve muaccel alacağın ödenememesi halinde istifanın haklı, henüz muaccel olmamış bir alacağın istenmesi halinde de istifanın haksız olacağının kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 11.04.2018, E. 2015/40736, K. 2018/4394, Lexpera, Erişim: 29.06.2024.

53 Y. 13. HD, T. 18.02.2013, E. 2012/24438, K. 2013/3762, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

54 Örneğin, dava dosyasının müvekkile teslimi örtülü istifadır. Y. 13. HD, T. 29.05.2007, E. 2007/2716, K. 2007/7518, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

55 Yargıtay'a göre, fesih bildirimi herhangi bir şekle tabi değildir. YHGK, T. 10.11.1982, E. 1981/4-68, K. 1982/878, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

killik görevinden istifa 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre belli usule tabidir. İstifa beyanının dilekçeyle bildirilmesi veya tutanağa geçirilmesi ve gerektiğinde ilgilisine yapılacak tebligat giderinin de peşin olarak ödenmesi gerekir (HMK m.81). Ayrıca avukatlık görevi istifa bildiriminin müvekkile tebliğinden itibaren iki hafta daha devam eder (HMK m.82). Av. K. m.41/I'e göre ise; belli bir işi takipten veya savunmadan isteği ile çekilen avukatın o işe ait vekâlet görevi, durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile devam eder. Bu on beş günlük süre için ücret talep edilemez.[56] Bu kurallara uyulmaması ve davanın takipsiz bırakılarak müvekkilin zarara uğramasına neden olunması halinde; avukatın hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğu doğar.[57]

Genel ispat kuralı gereği; feshin haklılığını yani çekilmezlik olgusunu ve avukatlık ücret alacağına ilişkin davada gerekiyorsa bu olgunun ortaya çıkmasından kendisinin sorumlu tutulamayacağını fesheden tarafın kanıtlaması gerekir.[58] Davacının feshin haklı olduğuna

---

Müderrisoğlu; 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan (HUMK) da yararlanarak fesih beyanının yazılı olması gerektiğini, aksi durumda önemli sakıncaların ortaya çıkacağını ifade etmiştir. (Feridun Müderrisoğlu, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974, s. 137).

56 Y. 13. HD, T. 29.04.1993, E. 1993/3419, K. 1993/3651, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

57 "…Duruşmalara katılmayan avukatın o işe ait vekalet görevini 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 41. maddesine göre durumu müvekkiline tebliğinden itibaren on beş gün süre ile sürdürmesi ve aynı Yasa'nın 34. maddesi uyarınca bu sürede görevini "özen, doğruluk ve onur" içerisinde yerine getirmesinin zorunlu bulunduğu gözetildiğinde, avukat olan sanığın, katılanla hakkında açılan tenkis davasını, adına takip etme hususunda anlaşıp vekalet almasından sonra, katılanın masraflarını vermemesi nedeniyle duruşmalara katılamaması karşısında anılan Yasa'nın 41. maddesi uyarınca davayı takip etmeyeceğini müvekkili katılana bildirmesi gerektiği gözetilmeden, davayı takipsiz bırakarak katılanın mağduriyetine neden olması biçimindeki eyleminin 5237 sayılı TCK'nın 257/2. maddesine uyan görevi savsama suçunu oluşturduğu gözetilmeden yasal temelden yoksun gerekçelerle beraat kararı verilmesi, …bozulmasına…" Y. 4. CD, T. 07.07.2008, E. 2008/2254, K. 2008/15675; Aynı yönde bkz. Y. 5. CD, T. 29.05.2014, E. 2013/2547, K. 2014/5932, Legalbank, Erişim: 29.06.2024; TBB Disiplin Kurulu Kararı, T. 27.10.2001, E. 2001/87, K. 2001/164 (Nak. Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016, s. 384, 385).

58 "…Az yukarda açıklandığı üzere istifanın haksız olması halinde avukat ücrete hak kazanamayacağından, davada öncelikle davalının vekaletten istifasının haklı olup olmadığının incelenmesi gereklidir. Hemen belirtmek gerekir ki bu konuda-

ilişkin iddiası kabul edilirse feshe değil, mali sonuçlara ilişkin karar verilir, nitekim avukatlık sözleşmesi, fesih beyanının muhataba varmasıyla önceden sona ermiştir.[59] Dolayısıyla dava yenilik doğurucu (inşai) değil tazminat talebini haiz eda davasıdır.

Fesih beyanında fesih nedenlerinin eksiksiz ve net olarak belirtilmesi doğru olur.[60] Bazı kararlarda[61] fesih beyanında belirtilen neden-

---

ki ispat yükü, davalı avukata aittir. Başka bir ifade ile, davalı avukat, vekaletten haklı olarak istifa ettiğini yasal delillerle ispat etmekle yükümlüdür." Y. 13. HD, T. 09.03.2010, E. 2009/9343, K. 2010/2815, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.
Bu ispat faaliyetinde tanık dâhil her türlü delille başvurulabilir. Y. 13. HD, T. 05.05.2014, E. 2014/841, K. 2014/14408, Legalbank, Erişim: 29.06.2024; Ayrıca bkz. Müderrisoğlu, s. 139.
Yargılamada, delillerin feshin haklılığını açıkça göstermesi gerekir ("… mahkemece, AK 171 ve 173. maddeleri ile dairemiz kökleşmiş içtihatları da dikkate alınarak istifanın haklı olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, somut nedenler belirtilmeksizin istifanın haklı olduğu kabul edilerek davanın kabulüne dair yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD., T. 20.06.2018, E. 2016/16661, K. 2018/6898; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 02.10.2012, E. 2012/3983, K. 2012/21778; Y. 13. HD, T. 14.05.2014, E. 2013/32324, K. 2014/15494, Legalbank, Erişim: 30.12.2024).
Fesih nedeninde tarafın kusurunun (sorumluluğunun) olup olmadığı hususunda bilirkişiye başvurulmalıdır. (Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398 (Nak. Eraslan Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 886-888); Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 28.01.1993, E. 9846, K. 530-Nak. Özkaya s. 922-). Hâkim ileri sürülen gerekçeleri ve delilleri takdir yetkisi (TMK m.4) uyarınca değerlendirir.

59 Krş. Seliçi, s. 187.

60 "…Azil için gönderilen belgede azlin nedeni gösterilmiş değildir. O halde vekalet ilişkisini bozar ise de ulaştırılırken açıklanmayan neden, sonradan o irade aşılarak gösterilmeyen neden delillenemez. Çünkü bu yön ulaşan iradenin dışında kalmaktadır." Y. 4. HD, T. 22.12.1976, E. 1976/2850, K. 1976/11209, Legalbank, Erişim: 30.12.2024;
"…davalı davacıyı neden göstermeksizin azletmiştir. Azlin haksız olduğunda uyuşmazlık yoktur.." Y. 13. HD, T. 25.05.1974, E. 1974/1288, K. 1974/1290, Lexpera, Erişim: 30.12.2024.
Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nca verilen kararda fesih beyanında fesih nedenlerinin açıklanmasına gerek olmadığı belirtilmiştir;
"…Azil iradesinin haklı bir nedene dayanılarak kullanıldığını ileri süren iş sahibi azilnamede sebep göstermek zorunda değilse de haklı olduğunu savunduğu azil sebeplerini dava sırasında ileri sürebilir ve bu konudaki ispat yükü iş sahibinin üzerindedir." YHGK, T. 21.10.2021, E. 2017/2140, K. 2021/1288, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

61 "...Azil için gönderilen belgede azlin nedeni gösterilmiş değildir. O halde vekalet ilişkisini bozar ise de ulaştırılırken açıklanmayan neden, sonradan o irade aşı-

lerin değiştirilemeyeceği kabul edilirken, bazı kararlarda ise[62] fesih beyanında bildirilmeyip davada ileri sürülen ve dosyadan anlaşılan hususların feshin haklılığında dikkate alınabileceği kabul edilmiştir ancak bu kabulde dahi nedenin sonradan ileri sürülmesi iddia ve sa-

larak gösterilmeyen neden delillenemez." Y. 4. HD, T. 22.12.1976, E. 1976/2850, K. 1976/11209; "...Oysa ki, davacı avukat mahkemece de kabul edilen mazeret dilekçesinde mazeretini gerekçelendirdiği gibi davalı da gerek azilnamesinde ve gerekse savunmasında doktora sevk edilmemesini, azil nedeni olarak göstermemiştir. Hâkim tarafların iddia ve savunmalarıyla bağlı olduğundan tarafların ileri sürmedikleri bir hususu (resen nazara alınacak hususlar hariç) resen dikkate alamaz." Y. 13. HD, T. 03.07.2014, E. 2013/22039, K. 2014/22716, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

62 "…Tüm bu nedenlerle somut olayda, davalı tarafın, azil iradesinin bildirimine ilişkin ihtarnamesinde açıkladığı azil sebebiyle bağlı bulunmadığı, görülmekte olan davada yeni ve başkaca azil sebeplerini bildirebileceği, azlin haklı olduğu yönündeki savunmasını da bu sebeplere dayandırabileceği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü, Anayasa'da düzenlenip güvence altına alınmış olan savunma hakkının kısıtlanması sonucunu doğuracaktır. Esasen, bu yorum tarzı, vekâlet sözleşmesinin hukuksal niteliğine, özellikle de vekâlet ilişkisinin kurulmasının adeta ön koşulunu oluşturan 'karşılıklı güven' unsuruna, dahası, bu unsurla yakın bir ilgisi bulunan, kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte öğretide ve yargısal uygulamalarda vekilin borçlarından biri olarak kabul edilen ve vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra dahi varlığını devam ettireceği benimsenen 'sır saklama yükümlülüğüne de uygun bir sonucu ortaya koymaktadır.(Bkz. HGK'nın T. 11.10.2006, E.2006/13-610, K.2006/639 sayılı kararı) O halde mahkemece, taraflar arasındaki öncelikli uyuşmazlık konusu olan, "azlin haklı olup olmadığı" hususu ile ilgili, davalıların iş bu davada ileri sürmüş oldukları azil nedenleri incelenip değerlendirilerek, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 16.09.2014, E. 2013/26540, K. 2014/27109; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 20.09.2017, E. 2016/22966, K. 2017/8369; "…davacı tarafından davalılara gönderilen 15.05.2006 tarihli ihtarnamede istifa sebebi olarak görülen lüzum üzerine denmiş ve davada da takip ve dava masrafları, yol giderleri ile vekâlet ücretinin ödenmemesi hususları ileri sürülmüş olup, istifanın haklı olup olmadığının bu kapsamda değerlendirilmesinin uyuşmazlığın çözümünde önemli olduğunun kabulü gerekir. Mahkemece, asıl davada davalının azletmediği ve vekâletin istifa ile sona erdiğinden davanın kabulüne ve davacı avukatın görevi kötüye kullanmaktan açılan davada beraat ettiğinden de birleşen davanın ispat edilememesi nedeni ile reddine karar verilmiştir. Hukuk hâkimi B.K. 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesinde verilen beraat kararı ile bağlı olmadığı gibi, ceza dosyasında 11 adet dosyanın incelendiği anlaşılmaktadır. O halde, mahkemece davalının bildirdiği dosyalarda, davacının bir ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığı, dolayısıyla istifanın haklı olup olmadığı konusunda gerekli inceleme ve araştırma yapılarak sonucuna uygun bir karar verilmelidir." Y. 13. HD, T. 09.03.2017, E. 2015/14690, K. 2017/2967, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

vunmanın genişletilmesi yasağına aykırı olmamalıdır.[63] Hâkim, özellikle taraflar arasındaki ihbarnameler çerçevesinde değerlendirme yaparken[64] ihbarnameleri; yalnızca objektif esasa (dürüst, makul üçüncü kişinin bakış açısına) göre değil, tarafların tüm bildiklerini ve ilişkilerini dikkate alarak güven teorisi uyarınca yorumlar. Örneğin "dosyalardan elinizi çekin" ifadesi dürüst makul üçüncü kişi tarafından azil olarak değerlendirilebilirse de somut olayda aynı sonuca varılmayabilir.

---

63 "...Hemen belirtilmelidir ki; müvekkil, azilnamede bildirmiş olduğu azil sebepleri ile bağlı olmayıp, açılan bir davada yeni ve başkaca azil sebepleri bildirebilir. Nitekim davalı da azilnamede sebep bildirmediği halde, cevap dilekçesinde haczedilen malların satışının istenmemesi nedeni ile zarar gördüğünden davalıyı haklı nedenle azlettiğini savunmuştur. HMK'nın 141. maddesinde, tarafların, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebileceği yahut değiştirebileceği, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra ise iddia veya savunmanın genişletilemeyeceği yahut değiştirilemeyeceği, ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümlerinin saklı olduğu öngörülmüştür. Davalının, cevap dilekçesi ile haczedilen mallarının satışının istenilmemesi nedeni ile zarara uğradığını savunup, ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonraki bir aşamada ise davacının icra takip dosyasında işlemleri ağırdan aldığını ve makul sürede yapmadığını ileri sürmesi HMK'nın 141. maddesi uyarınca savunmanın genişletilmesi kapsamındadır. Buna göre davalı cevap dilekçesinde bildirmiş olduğu azil sebebi ile bağlı olup, davalının savunmanın genişletilmesi niteliği taşıyan azil gerekçelerinin dinlenilmesi mümkün değildir." Y. 13. HD, T. 16.11.2017, E. 2015/24136, K. 2017/11228, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

64 Bkz. Y. 13. HD, T. 23.11.2011, E. 2011/8606, K. 2011/17140, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

İrade beyanlarının yorumlanmasında Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan teori yeni güven teorisidir. Eren'in ifadeleriyle yeni güven teorisinin amacı: "bir yandan tarafların menfaatlerini eşit bir şekilde korumak, diğer yandan da iş hayatında ve işlemlerde hukuki güven ve istikrarı sağlamaktır. Yeni güven teorisi irade beyanlarının yorumunda doğrudan doğruya, sözleşmelerin yorumunda ise dolaylı olarak uygulanır (…) Güven teorisi, hâkimi bir beyan veya davranışın önce mümkünse gerçek ve sübjektif anlamını ve ancak bu mümkün olmadığı takdirde objektif anlamını bulmaya davet eden bir yorum teorisidir. Buna göre hâkim, kendisini, muhatabın yerine koyacak ve muhatabın, makul ve dürüst bir muhatabın yapacağı gibi iradenin açıklanıp beyan edildiği yer ve zamanda bildiği veya bilmesi gereken bütün şartları da dikkate alarak söz konusu irade beyanını, dürüstlük kurallarına göre, ne şekilde anlamaya mezun ve mecbur olduğuna göre karar verecektir." (vurgu yapılmıştır). Eren, Genel, s. 158, 159.

2. Feshin Tamamlanmış İşler Bakımından Ücret Alacağına Etkisi

Av. K.'da feshin avukatın ücreti bakımından sonuçları avukatın üstlendiği *tamamlanmamış* iş esas alınarak düzenlenmiştir. Avukatın birden fazla işi üstlenmiş olması durumunda tamamlanmış işler için ödenecek ücret konusunda sessiz kalınmıştır. Yargıtay'ın da kabul ettiği gibi avukata verilen işlerin "tek bir iş" sayılması tarafların bu hususu açıkça kararlaştırmalarıyla mümkündür. Bu nedenle bir iş nedeniyle sözleşmenin feshi diğer işlere etkili olsa da feshin ücrete ilişkin sonuçları her bir iş için ayrı değerlendirilir.[65]

Avukatın takip ettiği davalardan birinden azledilmesinin, kural olarak takip ettiği diğer iş ile dava ve takipler bakımından da sonuç doğurması önemli bir husustur.[66] Azledilen avukat azil beyanının kendisine ulaşmasından sonra dava ve icra dosyalarında hiçbir işlem yapamaz.[67] İstifadan sonra da avukatın dosyada işlem yapabilmesi için,

---

65 "...İş deyimi, Ücret Sözleşmesiyle avukata verilen işlerin bir iş sayılması tarafların sözleşmeye bu konuda açık bir hüküm koymalariyle mümkündür. Aksi halde avukat haklı nedene dayanan azilden önce sonuçlandırıldığı işlerin ücretini istemek hakkını haizdir." YHGK, T. 28.02.1968, E. 966/4-1015, K. 117 (Nak. Özkaya, s. 869); YHGK, T. 23.09.1987, E. 1987/3-186, K. 1987/657 (Nak. Gökyayla, s. 93).

66 "…Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder. Zira, azil ve istifa ile birlikte vekalet akdinin en önemli unsurlarından olan "güven ilişkisi" de sona ermektedir." Y. 13. HD, T. 11.04.2018, E. 2015/40736, K. 2018/4394; YHGK, T. 23.09.1987, E. 1987/186 K. 1987/657, Lexpera, Erişim: 29.06.2024; Şahin Akıncı, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya 2004, s. 109.

67 Azledilen avukatın, azilnamenin tebliğinden itibaren müvekkilin lehine olsa dahi herhangi bir işlem yapamayacağına dair bkz. Mısır, Ücret, s. 243; Y. 4. CD, T. 29.01.2007, 11095/721; TBB Disiplin Kurulu Kararı, T. 26.05.2006, E. 2006/188, K. 2006/204 (Nak. Mısır, Ücret, s. 243, 244); "…Sanığın, vekâlet ilişkisinin bulunduğu dönemlerde müvekkili tarafından verilen veya onun namına tahsil ettiği ve bu nedenle uhdesinde tuttuğu para, mal ve diğer kıymetleri, alacağı nispetinde elinde tutabilmesi ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 166/1. maddesinde düzenlenen "hapis hakkını" bu suretle kullanması mümkün ise de, vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra müvekkili nam ve hesabına para kabul ve tahsil etmeye yetkili bulunmaması karşısında, bu para üzerinde hapis hakkını kullanması mümkün değildir. Bu itibarla olayda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmediği ve TCK'nın 26. maddesinin uygulanma koşullarının olmadığı anlaşılmaktadır." Y. 4. CD, T. 24.11.2014, E. 2014/37188, K. 2014/34037, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

yeni bir vekaletname sunması gerekir.[68] Kanımızca bu sonuca ulaşılırken fesih gerekçesi göz önünde bulundurulmalıdır. Buna göre, istisnai olarak güven ilişkisi zedelenmemişse, örneğin seyahate engel uzun süreli hastalık veya dosyanın özel uzmanlık gerektirmesi gibi nedenlerle müvekkile ait bir dosyadan çekilen avukat diğer dosyalardaki görevine devam edebilmelidir.

Fesih hakkı; ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeyi ileriye etkili[69] olarak sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak[70] olduğu için, fesih anına kadar doğmuş olan alacak ve borçlar geçerliklerini korur.[71] Avukatlık ücreti, aksine anlaşma yoksa dava sonucunda kesin hükmün alınmasıyla veya icra takibinde takibin tahsilat ya da kesin aciz vesikası alınarak sonlandırılmasıyla muaccel olacağı için fesih anında tamamlanmış işlerin ücreti talep edilebilir (bkz. Av. K. m.164/I ve m.171/I, Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi -AAÜT-[72] m.2). Aksine sözleşme olmadıkça avukatın üstlendiği bazı işlerin tamamlanmamış olması, tamamlanmış işten ötürü ücret alacağının muacceliyetine engel olmaz, işin tamamlanmasından sonra yapılan fesih muaccel alacakları

---

68 Y. 13. HD, T. 11.06.2012, E. 2011/15607, K. 2012/15014, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

69 Borcun konusunu oluşturan edimin tek davranışla ifa edilmesi halinde ani edimli sözleşmeden; bir süre boyunca fiili ve hukuki bütünlük oluşturacak şekilde ifa edilmesi halinde sürekli edimli sözleşmeden söz edilir. Bilindiği gibi sürekli borç ilişkilerinde borç ilişkisinin sona ermesi ileriye etkilidir ve fesih olarak adlandırılır. Ani edimli borç ilişkilerinde ise sona erme geçmişe dönük etki yapar ve dönme olarak anılır. Sözleşmenin feshi, sürekli bir borç ilişkisini, ileriye etkili biçimde sona erdiren bozucu yenilik doğuran bir hak olarak tanımlanır. Bkz. Vedat Buz, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara 1998 (1998 Baskıdan Tıpkı Basım), s. 81; Rona Serozan, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 121; Pierre Tercier/Pascal Pichonnaz/H. Murat Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 503.

70 Bkz. Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 81; Serozan, s. 121.

71 Buz, Sözleşmeden Dönme, s. 82. Diğer vekalet sözleşmeleri gibi avukatlık sözleşmesi de istisnai bazı durumlar hariç sürekli edimlidir. Avukatlık sözleşmesi çok kısa süreli danışmanlık hariç genellikle sürekli borç doğurur. Başpınar, s. 68 vd. Vekalet sözleşmesinde vekilin üstlendiği işgörme borcuna göre ani edimli bir sözleşme olarak nitelendirilebileceğine yönelik bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023, s. 722; Şebnem Akipek, Alt Vekâlet, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 44; Seliçi, s. 27.

72 RG. 3.10.2024 S. 32681.

etkilemez.[73] Yargıtay kararlarında haklı azil ya da haksız istifa olsa dahi avukatın fesihten önce tamamladığı işler için ücrete hak kazanacağı belirtilmektedir.[74] Tamamlanmış işler bakımından hak edilen ücret tam ücrettir ancak bir Yargıtay kararında tamamlanmış iş bakımından

---

[73] Sarı, s. 189.

[74] "...Haksız istifa halinde davacı avukat, sadece istifa tarihi itibariyle tamamlanmış işlerden dolayı vekalet ücretine hak kazanır." Y. 13. HD, T. 24.10.2013, E. 2013/12078, K. 2013/25995, Legalbank, Erişim: 29.06.2024;
"...Avukatlık Kanunu'nun 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat ücret talebinde bulunamaz." hükmü mevcut olup, bu hükümle, vekaletten haklı bir neden olmadan istifa eden avukatın, Borçlar Kanunu'ndaki vekalet akdine ilişkin genel düzenlemelerden farklı olarak, herhangi bir zarar şartı olmadan da müvekkile karşı sorumlu tutulduğu görülmektedir. Anılan düzenlemeye göre, haksız olarak işi bırakan, vekaletten istifa eden avukat, ücrete hak kazanamadığı gibi, aksine bir hüküm mevcut değilse aldığı peşin ücretleri, kullanmadığı masraf avanslarını da iş sahibine iade etmek zorundadır. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarının gereği avukat istifadan önce kesinleşen işler yönünden ücrete hak kazanacaktır...Öte yandan, vekalet ilişkisi bir bütün olup, vekaletten azil gibi, istifa da taraflar arasındaki tüm dava ve takiplere sirayet eder." Y. 13. HD, T. 23.11.2017, E. 2017/7003, K. 2017/11544; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 09.03.2017, E. 2015/14690, K. 2017/2967, Legalbank, Erişim: 29.06.2024;
"...Her ne kadar 1136 sayılı Avukatlık Yasası'nın 174/1 maddesinde "üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukatın hiçbir ücret isteyemeyeceği belirtilmiş ise de bu yön yalnızca çekilme tarihi itibariyle takip edilen dava ve işler açısından hüküm ifade eder. Hal böyle olunca mahkemenin de kabulünde olduğu çekilme tarihi olan 2.5.2005 itibariyle kesinleşmiş dava dosyaları yönünden Davacı talepte bulunabilir." Y. 13. HD, T. 29.05.2007, E. 2007/2716, K. 2007/7518;
"...Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibariyle sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı ücrete hak kazanır. Azil işlemi bir bütün olup bir dosyada azlin haklı, diğerinde haksız olduğu da kabul edilemez. Mahkemece, azlin haklı olduğuna ilişkin gerekçe yerindedir. Öyle olunca, davacı avukat tarafından azil tarihi itibariyle tamamlanmış iş olmadığına göre davacı vekâlet ücreti isteyemez." Y. 13. HD, T. 09.02.2017, E. 2015/34132, K. 2017/1559; Ayrıca aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 28.03.1989, E. 1989/1687, K. 1989/2109;
"...davalı, davacıya 03.06.1999 tarihinde vekâletname vermiş, 27.04.2005 tarihinde haklı olarak vekaletten azletmiş ancak 17.05.2006 tarihinde davacı ile ücret sözleşmesi yapmıştır. Bu durumda azil tarihinde derdest olan dosyalar için, 17.05.2006 tarihli sözleşme ile avukata yetki verilmiş ise, artık bu dosyalar için, davacı avukatın sözleşmeye göre ücret isteyebileceğinin kabulü gerekir. Keza azil tarihine kadar bitirdiği davalar dava konusu yapılmış ise, davacı avukat bunların ücretlerini de isteyebilir." Y. 13. HD, T. 07.03.2011, E. 2010/13172, K. 2011/3397; Y. 13. HD, T. 14.03.2013, E. 2012/11526, K. 2013/6308; Y. 13. HD, T. 13.03.2014, E. 2013/26241, K. 2014/7226, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

hakkaniyete göre ücret ödenmesine karar vermiştir.[75] Tamamlanmış iş, avukatın kusuru nedeniyle müvekkil aleyhine sonuçlanmışsa müvekkil, avukatın özen borcuna (TBK m.506/II) ve Av. K. m. 34'e aykırı davranışı nedeniyle tazminat talebinde bulunabilir.[76]

C. KANUNA GÖRE ÜCRET

1. Avukatın Tam Ücrete Hak Kazanacağı Durumlar

Sözleşmenin anlaşma ile sona erdirilmesi halinde ücret alacağı[77] taraflarca kararlaştırılabilir. Böyle bir anlaşma yoksa öncelikle Av. K.'daki özel hükümlere bakılır. Tamamlanmamış işler bakımından ücretin kanuna göre belirlendiği hallerden ilki olan Av. K. m.172/III'e

---

75 "...Davalı avukat haklı olarak azil edildiğine göre, tam ücret talep etme hakkına sahip olmayıp, ancak bitirdiği işlerden dolayı hak ve nesafete göre ücret isteyebileceği gözetilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 16.01.2014, E. 2013/17664, K. 2014/796, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

76 "17. Davacılar, davalı avukatın özen borcuna aykırılığı nedeniyle ret ile sonuçlanmış dava sonucunda elde etmek istedikleri tazminattan mahrum kaldıklarından o davada talep ettikleri tazminat istemlerini bu kez zarar olarak davalı avukata yönlendirmişlerdir.
18. Avukatın sözleşmeye aykırılık nedeniyle ... zararı tazmin borcu, borçlar hukukunun borçlunun temerrüdüne ilişkin genel hükümlerinde karşılık bulur ve BK'nın genel borç ilişkilerinde borcun ifa edilmemesi hâlinde borçlunun sorumluluğunu düzenleyen 98'inci maddesi gereği (TBK, m. 114) borçlu, genel itibarıyla her kusurdan sorumludur. Yine, bu sorumlulukta aynı maddenin ikinci fıkrası gereği haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler (BK m. 41 vd., TBK m. 49 vd.) göz önünde tutulacağından haksız/hukuka aykırı fiilin, bu fiil ile illiyet bağı içerisinde bir zarar doğması aranır ve şayet bu şartlar mevcut olup avukatın özen borcuna aykırılığı müvekkil davacı tarafından ispat edilmiş ise hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirlemelidir (BK m. 42, TBK m. 50).
19. Bu sorumluluğun tespitinde; şayet vekâlet görevi gereği gibi ifa edilseydi dava yahut takip edilen iş, konuyla ilgili mevzuat ve emsal içtihatlar ile dosya kapsamında sunulan delillere göre hangi netice ile sonuçlanacak idiyse o durumun esas alınması gerekir. Zira avukatın kusurlu eylemi olmasaydı dahi takip edilen iş aynı şekilde sonuçlanacak nitelikteyse avukatın eylemine bağlı olarak doğmuş bir zararın varlığından bahsedilemeyecektir."
Y.HGK, 27.09.2023, E. 2022/699, K. 2023/852, Lexpera, Erişim: 30.12.2024.

77 Avukatın ücret alacağının belirlenmesi konusunda bkz. Cumalıoğlu/Kalkancı/Öbek.

göre; müvekkilin başka bir avukatı işe dahil etmek istemesi halinde ilk avukat buna muvafakat vermezse sözleşme sona erer ve ilk avukat ücretin tamamını talep edebilir. Görüldüğü üzere, Kanun bu durumda ücreti haklı istifada olduğu gibi düzenlemiş, bir Yargıtay kararında da bu durum haklı istifa sayılmıştır.[78] Kanımızca kural olarak avukatın tam ücrete hak kazanması doğru olmakla birlikte sonradan özel uzmanlık gerektirdiği ortaya çıkan işlerde müvekkilin başka bir avukatla daha anlaşmak istemesi ve ilk avukatın bunu kabul etmemesi taraflara kusur olarak yüklenemeyeceğinden böyle istisnai hallerde ücret hakkaniyete göre belirlenebilir.

Konuyla ilgili asıl önemli hükümler olan Av. K. m.174/I'de istifa, m.174/II'de ise azil halinde avukatın tamamlanmamış işlere ilişkin ücret alacağı düzenlenmektedir.[79] Av. K. m.174/II/c.1'e göre, avukatın azlinde ücretin tamamı ödenir.[80] Buradaki azlin haksız azil olduğuna şüphe yoktur, Av. K. m.174/II/c.2'de ise haklı azle yer verilmiştir. Çekilmezlik nedeni avukatın sorumlu olduğu bir sebebe dayanıyorsa azil haklı, istifa haksız olacaktır. Av. K., Türkiye Barolar Birliği (TBB) Meslek Kuralları,[81] TBK m.506/III, TBK m.115/III dikkate alındığında, avukatın işini en yüksek özenle ve hatasız yapması gerektiği söylenebilir. Ancak avukatın kusurlu bir davranışı azli tek başına haklı hale getirmez, diğer bir deyişle avukatın kusurlu da olsa sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirmeyen davranışına dayanılarak yapılan azil haksız

---

78 YHGK, T. 30.01.2013, E. 2012/13-691, K. 2013/173, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

79 Av. K. m.174/I ve II'ye göre; Üzerine aldığı işi haklı bir sebep olmaksızın takipten vazgeçen avukat hiçbir ücret istiyemez ve peşin aldığı ücreti geri vermek zorundadır (f.I). Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir. Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalinden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez (f.II).

80 "…Davacı avukatın davalı tarafından haksız olarak azledildiği konusunda yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık bulunmadığından, taraflar arasında vekalet ücretine dair bir sözleşme bulunmadığı hususu da gözetilerek davacı avukatın 1136 sayılı Kanun'un 174. maddesi uyarınca vekalet ücretinin tamamına hak kazandığı açıktır." YHGK, T. 03.11.2010, E. 2010/13-571, K. 2010/550, Kazancı, Erişim: 29.06.2024;
"… Davacı avukatın azli için somut bir azil sebebi gösterilip ispatlanamadığı, haksız azil nedeniyle davacı avukatın ücrete hak kazandığı anlaşılmaktadır." Y. 13. HD, T. 19.02.2015, E. 2014/13331, K. 2015/4858, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

81 https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf (Erişim: 30.12.2024). Av. K. m.34 uyarınca avukatlar bu kurallara uymakla yükümlüdürler.

olur.[82] Aksi durumda bir duruşma kaçıran avukatın azlini dahi haklı görmek gerekir.[83] Yargıtay; avukatın bir duruşmaya mazeretsiz katılmaması ve davanın bir kez takipsiz bırakılması sebebiyle azledilmesi hallerinde, müvekkilin hak kaybının ve bu sebeple doğmuş zararının olup olmadığını incelemekte, avukatın kusurlu davranışıyla uygun illiyet bağı içinde olan bir zararın bulunmaması halinde avukatın davranışını güven sarsıcı kabul etmeyerek azlin haksız olduğu yönünde karar vermektedir.[84] Zarar haksız feshin bir koşulu olmasa da güven

---

82 Fesih beyanının muhatabının kusurlu olmasının haklı sebebin varlığını kabul etmek için tek başına yeterli olmadığı yönünde bkz. Altınok-Ormancı, s. 158.

83 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da azil nedeni olarak avukatın temyiz duruşmasına katılmamasının gösterildiği olayda bu olgunun tek başına haklı azil nedeni olarak görülemeyeceği yönünde karar vermiştir;
"...Gerçekten de özen borcu gereği, temyiz duruşması gibi önemli bir aşamada vekilinin yer alması beklentisi müvekkil için gayet tabidir. Ne var ki bu beklentinin karşılanmamış olması tek başına vekilin kusurlu davrandığı ve azlin bu nedenle haklı olduğu sonucunu doğuramaz. Temyiz duruşmasına katılmama hali, tüm koşul ve sonuçlarıyla göz önünde bulundurulmalıdır." YHGK, T. 21.10.2021, E. 2017/2140, K. 2021/1288, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

84 "Her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesince; davacı avukatın 23/05/2012, 06/06/2013, 05/09/2013 tarihli duruşma celselerine mazeretsiz olarak 15.02.2013, 07.11.2013 tarihli duruşma celselerine mazeret dilekçesi vererek katılmadığı tespitine yer verilerek mazeretsiz olarak duruşmaları takip etmediğinden özen borcu ihlali nedeniyle azlin haklı olduğu ve azil tarihi itibariyle de kesinleşen dosya bulunmadığından davacı avukatın hakettiği bir vekalet ücreti olmadığından davanın reddine karar verilmişse de, tüm dosya kapsamındaki belgelerden davacı avukatın sadece 23/05/2012 tarihli duruşmaya mazeret bildirmeksizin katılmadığı, diğer celselere ise mazeret dilekçesi verdiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır.
Bu durumda mahkemece öncelikle, davacı avukatın vekil sıfatıyla takip ettiği dosyalarda gönderilen mazeretlerin müvekkilinin zararına yol açacak şekilde davanın uzamasına neden olup olmadığı araştırılmalı, özen borcu tekrar tartışılarak azlin haklı olup olmadığı hususu bu çerçevede değerlendirilmek suretiyle sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekir." Y. 3. HD, T. 09.09.2021, E. 2020/5878, K. 2021/8152, Kazancı, Erişim: 29.06.2024.
"…Davacı avukatın Antalya 1. Aile Mahkemesi'nin 2008/1404 Esas sayılı dava dosyasında davalının vekili olarak dava dilekçesini hazırladığı, delil listesi verdiği, 27.02.2009 ve 12.05.2009 tarihli duruşmalara katıldığı, ara kararı ile verilen nafaka için icra takibi başlattığı ancak 17.09.2009 tarihli celseye katılmadığından davanın işlemden kaldırılmasına karar verildiği, 23.09.2009 tarihinde davacı tarafından verilen dilekçe ile yenilendiği, duruşmasının 23.12.2009 tarihine bırakıldığı anlaşılmaktadır. Davanın bir aylık harç ödemeden yenileme müddetinde yenilenmesi nedeniyle davalının herhangi bir hak kaybının ve bu nedenle bir zararının doğmadığı dikkate alındığında davanın bir kez takipsiz bırakılmasının davacı

ilişkisinin zedelenip zedelenmediğinin (çekilmezlik) anlaşılması bakımından önemlidir, netice olarak güvenin zedelenmediği, çekilmezliğin ortaya çıkmadığı durumlarda feshin haksız olarak nitelenmesi doğrudur.

Avukatın istifasında (işi takipten vazgeçmesi) uygulanabilecek tek hüküm olan Av. K. m.174/I haksız istifayı düzenlemekte olup, düz ya da zıt anlamıyla haklı istifa eden avukatın ücret alacağına ilişkin bir yanıt vermemektedir.[85] Dolayısıyla bu konuda Av. K.'da boşluk olduğu söylenebilir. Ancak Yargıtay kararlarında *haksız azle* ilişkin Av. K. m.174/II/c.1'in *haklı istifada* da uygulanması kabul edildiği için; *haksız azilde* ve kural olarak *haklı istifada* avukat ücretin tamamına hak kazanmaktadır.[86]

Öyleyse fesih anında tamamlanmamış işler bakımından tam ücret talep edilebilmesi için; sözleşme ilişkisi çekilmez hale gelmemiş olmasına rağmen avukatın azledilmesi veya çekilmezlik nedeninden yalnızca müvekkilin sorumlu olduğu (haksız) azil ya da çekilmezlik nedeninden yalnızca müvekkilin sorumlu olduğu (haklı) istifa olmalıdır. İstifa genel hükümlere göre "haklı" görülse de sözleşme ilişkisini çekilmez hale getiren olgunun meydana gelmesinde müvekkilin sorum-

---

avukat hakkındaki güvenin sarsılmasına neden olacak bir tutum ve davranış olarak kabulü mümkün değildir. Hal böyle olunca davacının haksız olarak azledildiğinin kabulü gerekir." Y. 13. HD, T. 19.06.2014, E. 2014/4237, K. 2014/19658; Aynı yönde bkz. Y 13. HD, T. 08.07.2014, E. 2013/22276, K. 2014/23092, Lexpera, Erişim: 29.06.2024.

85 Farklı görüş için bkz. Sarı, s. 191.

86 "...istifanın haklılığından bahisle davacının vekalet ücretine hak kazandığı kanaatine varılmış olmasına rağmen, haklı istifa durumunda vekilin kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazandığı gözetilmeksizin, olayda Borçlar Kanunu 325. maddesinin uygulanarak davacının alacağından emek ve mesai tasarrufu nedeniyle indirim yapılması doğru değildir." Y. 13. HD, T. 13.06.2012, E. 2012/12304, K. 2012/15510, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır). Bkz. aynı yönde Y. 13. HD, T. 18.04.2012, E. 2012/4499, K. 2012/10566 Legalbank, Erişim: 29.06.2024; "…haksız azil halinde olduğu gibi, avukatın haklı olarak vekillikten istifa etmesi halinde de işe devam etme olanağı mevcut olmadığından, avukat haklı istifa tarihi itibariyle takip ettiği dosyalar açısından vekalet ücreti alacağının ödetilmesini talep edebilir." Y. 13. HD, 02.11.2017, E. 2016/20394, K. 2017/10592; Y. 13. HD, 20.06.2018, E. 2016/16661, K. 2018/6898; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, 16.11.2015, E. 2014/15124, K. 2015/33136; Y. 3. HD, 20.01.2021, E. 2020/4983, K. 2021/284, Legalbank, Erişim: 30.12.2024; Y. 13. HD, T. 28.04.2016, E. 2015/5276, K. 2016/11823 Kazancı, Erişim: 30.12.2024.

luluğu bulunmuyorsa veya iki tarafın da sorumluluğu varsa veyahut ikisinin de sorumluluğu yoksa ücret hakkaniyete göre belirlenmelidir. Nitekim söz konusu durumlarda feshin ücrete ilişkin olumsuz sonuçlarını tek başına müvekkile yüklemek için bir neden bulunmamaktadır.

Avukat tam ücret talep edebileceği hallerde; fesih tarihine kadar hak ettiği alacaklarını, sözleşmenin son bulacağı tarihe kadar ödenmesi gereken ücreti[87] ve masrafları talep edebilir.[88] Nitekim avukatın fesih tarihi itibariyle müeccel alacakları fesih ile muaccel hale gelir.[89] Avukatın ücret alacağı, muacceliyet anından itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir (TBK m.147/I/b.5, 149/I).

---

87 Bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 676; Meral Sungurtekin Özkan, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değişiklikleri ile Güncellenmiş 4. Baskı, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013, s. 297; Aydın, s. 133, 134; Karateke, s. 131, 132; "...Haksız olarak azledilen avukat, avukatlık ücretinin tamamına hak kazanır. (Avukatlık Kanunu 174/2. maddesi) Avukatın bu ücret alacağı kapsamında, müvekkili ile arasında geçerli bir ücret sözleşmesi yoksa, Avukatlık Kanunu'nun 163/son maddesi hükmünce avukatlık asgari ücret tarifesine göre hesap edilecek ücret ile, aynı yasanın 164/son maddesi gereğince aksine sözleşme yapılmadığı takdirde avukata ait olacağı açıklanan ve hasma tahmil edilmesi gereken ücretin bulunduğunda duraksama olmamalıdır." Y. 13. HD, T. 24.11.1992, E. 1992/5978, K. 1992/9106, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

88 Azil ve istifanın Av. K.'ya göre sonuçlarını özel olarak ele alan Tandoğan; avukatlık sözleşmesinin ileriye etkili olarak son bulacağını belirttikten sonra, bu aşamadaki ücret talebinin müspet zararı yani ifaya olan menfaati karşıladığını ancak haklı istifaya kadar geçen süre için actio contraria'ya konu teşkil eden masraf ve tazminatın da ayrıca istenebileceğini belirtmiştir. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 631, 633. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Bkz. Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398, Legalbank, Erişim: 30.12.2024

89 "…O halde, ücret sözleşmesi geçerli olduğuna ve davacı avukat haksız olarak azledildiğine göre, taraflar arasındaki 30.9.2013 tarihli ücret sözleşmesinin tarafları bağlayacağı kabul edilerek ve haksız azil ile ücretin muaccel hale geldiği gözetilerek..." Y. 13. HD, T. 05.11.2015, E. 2014/31549, K. 2015/32037; "...Bu durumda azlin haksız olduğunun kabul edilmesi halinde davacının talep edebileceği ücretin dosyadaki avukatlık ücret sözleşmesine göre belirlenmesi gerekirken…" Y. 13. HD, T. 14.10.2015, E. 2015/23304, K. 2015/29993; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 28.09.2015, E 2014/33666, K. 2015/27495; Y. 13. HD, T. 09.02.2016, E. 2015/36549, K. 2016/3687; Y. 13. HD, T. 12.10.2016, E. 2016/8066, K. 2016/18370; Y. 13. HD, T. 22.12.2016, E. 2015/33509, K. 2016/24125; Y. 13. HD, T. 20.02.2017, E. 2015/15037, K. 2017/2053; Y. 13. HD, T. 30.11.2017, E. 2016/13549, K. 2017/11789, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

Ödenecek ücret, sözleşmeye göre belirlenir.[90] Sözleşmede ücretin kararlaştırılmaması veya kararlaştırılan ücretin geçersiz olması halinde; alt sınırını AAÜT'nin oluşturduğu ve Av. K.'ya göre hesaplanacak ücret ödenir (Av. K. m.164/IV, AAÜT m.1). Önemle belirtmek gerekir ki geçersiz avukatlık sözleşmelerinde belirlenen ücretin talep edilmesi mümkün değildir. Özellikle avukatın sonuç taahhüt etmesi kanuna ve meslek kurallarına aykırıdır,[91] örneğin kararın Yargıtay'ca bozulacağının taahhüt edilmesi geçersizdir.[92]

Burada açık olmayan husus, müvekkilin ödeyeceği ücretten, avukatın fesih tarihinden sonra görevini ifa etmemesi nedeniyle tasarruf ettiği ya da diğer bir işte kazandığı ve kazanmaktan kasten imtina ettiği ücretlerin indirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Yargıtay; bazı kararlarında[93] özellikle hukuk danışmanlığı bakımından indirim ya-

---

90 Y. 13. HD, T. 27.11.2017, E. 2017/7992, K. 2017/11634, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

91 Kararın bozulması koşuluna ilişkin sözleşme maddesi, kanuna aykırı bir koşuldur ve sonuç doğurmaz. Bu hüküm sözleşmenin tamamının geçersizliğine neden olabilir bkz. Av. K. m.163/I/c.4.

92 "… Avukatlık sözleşmesinin konusunun, ancak bir hukuki yardım olabileceği, Avukatlık Kanunu'nun 2 nci maddesinde belirtilmiştir. Taraflar arasındaki sözleşmenin az yukarda açıklanan hükmünde, avukatlık sözleşmesinin konusu, "'İş sahibinin Ankara … Mahkemesinin … sayılı dosyasında verilen kararın temyiz edilerek bu süreçlerin takip edilmesi ve anılan kararın Yargıtay tarafından esastan bozulması için temsil, hukuki yardım ve danışmanlık hizmetinin verilmesi" olarak açıklanmış olup, 4.000.000 USD'nin ise kararın bozulması halinde ödeneceği belirtilmiştir. Temyiz incelemesi sırasında davacı avukat tarafından sağlanacak hukuki yardımın kapsamı sözleşmede belirtilmediğinden, bu hali ile taraflar arasındaki sözleşmenin, Yargıtay (kapatılan) 13. Hukuk Dairesinin kökleşmiş içtihatları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıda yer verilen kararı gereği Türk Borçlar Kanunu'nun 26 ve 27'nci maddeleri gereğince hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunun kabulü gerekir. … Tüm bu açıklamalar ışığında … davaya konu 12.11.2013 tarihli avukatlık sözleşmesinden dolayı davacı avukatın vekâlet ücreti alacağı söz konusu olmayacaktır. Davacı avukatın davanın başından beri verdiği emeğin göz önünde bulundurulması ve uygun bir vekâlet ücreti tayininin gerekliliği akla gelebilirse de taleple bağlılık ilkesi karşısında, başkaca vekâlet ücretine hükmedilmesi de doğru olmayacaktır..." Y. 3 HD., T. 26.03.2024, E. 2023/4603, K. 2024/1220, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

93 "...Taraflar arasındaki bu sözleşme, hizmet hukuk müşavirliği niteliğinde olup, sözleşmenin 4. maddesi gereğince sözleşme bitiminden 30 gün önce feshedilmemiş olması nedeniyle aynı hükümlerle sözleşme uzayarak devam etmiştir. Davacı bu durumda, azil tarihine kadar ödenmeyen aylık ücret alacaklarının yanında, sözleşmenin yenilenmiş olması nedeniyle, dönem sonuna kadarki aylık ücretlere

pılması gerektiğini belirtirken, bazı kararlarında[94] indirim yapılmasını doğru bulmamıştır. Oysaki hizmet ve kira gibi diğer sürekli edimli sözleşmelerin feshinde ödenecek bedelden indirim yapılması kabul edilmektedir. Kanımızca, hizmet sözleşmesinde olduğu gibi;[95] haklı istifa eden veya haksız azledilen avukata ödenecek ücretten, avukatın yapmaktan kurtulduğu iş nedeniyle tasarruf ettiği ya da söz konusu işin yerine aldığı başka işten kazandığı ve kazanmaktan kasten imtina ettiği miktarın da indirilmesi gerekir.

---

de hak kazanmıştır. Ne var ki 02.08.2010 tarihli azille birlikte taraflar arasındaki hizmet hukuk müşavirliği sözleşmesi sona ermiş olduğundan, Türk Borçlar Kanunu'nun 408. (mülga Borçlar Kanunu'nun 325.) maddesi gereğince davacının azil tarihinden sonra vekalet görevini ifa etmemiş olması nedeniyle tasarruf ettiği ya da diğer bir işte kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat ettiği şeylerin de ücretten indirilmesi gereklidir." Y. 13. HD, T. 15.09.2015, E. 2014/23864, K. 2015/26961; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 11.06.2015, E. 2014/43250, K. 2015/19352; "…Davalı kooperatifin feshi ihbar süresine uymadan sözleşmeyi fesih etmesi, haksız fesih ve azil niteliğindedir. Bu nedenle davacı, 2004 yılı ücretinin tamamını bir önceki yıl ücretine göre istemeye hak kazanmıştır. Ancak BK'nın 390 ve 325. maddeleri uyarınca davacının işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir iş ile kazandığı ve kazanmaktan kasten feragat ettiği şeylerin ücretinden indirilmesi gerekir." Y. 13. HD, T. 14.01.2008, E. 2007/8188, K. 2008/253, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır). Ayrıca bkz. Bağlı Tahiroğlu, s. 151.

94 "...istifanın haklılığından bahisle davacının vekalet ücretine hak kazandığı kanaatine varılmış olmasına rağmen, haklı istifa durumunda vekilin kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazandığı gözetilmeksizin, olayda Borçlar Kanunu 325. maddesinin uygulanarak davacının alacağından emek ve mesai tasarrufu nedeniyle indirim yapılması doğru değildir." Y. 13. HD, T. 13.06.2012, E. 2012/12304, K. 2012/15510, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

95 TBK m.438 uyarınca; "İşveren, haklı sebep olmaksızın hizmet sözleşmesini derhâl feshederse işçi, belirsiz süreli sözleşmelerde, fesih bildirim süresine; belirli süreli sözleşmelerde ise, sözleşme süresine uyulmaması durumunda, bu sürelere uyulmuş olsaydı kazanabileceği miktarı, tazminat olarak isteyebilir. Belirli süreli hizmet sözleşmesinde işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi yüzünden tasarruf ettiği miktar ile başka bir işten elde ettiği veya bilerek elde etmekten kaçındığı gelir, tazminattan indirilir. Hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak, ayrıca miktarını serbestçe belirleyeceği bir tazminatın işçiye ödenmesine karar verebilir; ancak belirlenecek tazminat miktarı, işçinin altı aylık ücretinden fazla olamaz." Ayıca TBK m.408 uyarınca da; "İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir."

Ücrete hak kazanan avukat akdi ücretin yanında dava sonunda müvekkil lehine hükmedilecek olan *karşı yan vekalet ücretini* ve/veya icra vekalet ücretini de isteyebilir. Karşı yan vekalet ücreti yargılama giderlerinden olup mahkeme kararı ile doğar. Mahkeme karar verdikten sonra karşı yan avukata değil müvekkile ödeme yaparsa müvekkilin avukata ödemesi gereken miktar yapılan tahsilâta göre belirlenir ve ödeme borcu tahsilat anında muaccel olur, dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı durumlarda tahsilatın yapılmış sayılması kabul edilebilir.[96] Yargıtay'ın karşı yan vekalet ücretinin harca esas değere göre

[96] Müvekkilin dürüstlük kuralına aykırı şekilde karşı yan vekalet ücretini tahsilden kaçınması halinde tahsilat yapılmış sayılabilir.
"...Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibariyle sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekâlet ücreti talep edilebilir. Buna karşılık haksız azil halinde ise avukat, hangi aşamada olursa olsun, üstlendiği işin tüm vekâlet ücretini talep etme hakkına sahiptir..." Y. 13. HD, T. 24.05.2017, E. 2015/18846, K. 2017/6276; "…Dava, haksız azil nedeniyle vekalet sözleşmesinden doğan ücret ve masrafların tahsili istemine ilişkin olup, azlin haksız olduğu mahkemenin de kabulünde iken vekalete konu işçi alacağı yargılamasında davacı vekilin temyiz incelemesinde mürafaya katıldığı, bu yönden de vekalet ücretine hak kazanacağı gözetilmeksizin…" Y. 13. HD, T. 14.05.2015, E. 2015/695, K. 2015/15510, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır). "...Avukatlık Yasasının 164/son maddesinde açıklanan ve aksine sözleşme olmadığında avukata ait olacağı kabul edilen ücret alacağı yargılama ve icra gideri niteliğinde olduğundan ancak dava ve takip sonuçlandığında miktarı belli olur ve bundan sonra müvekkil tarafından hasımdan tahsili mümkün hale gelir. Müvekkilin vekiline ödeme borcu da hasım taraftan tahsil edilmeden doğmaz. Diğer bir anlatımla hasım taraftan henüz vekalet ücreti alacağını tahsil etmemiş veya edememiş olan müvekkilden avukat bu alacağını isteyemez. Tahsil edilmiş olmasını beklemek durumundadır. Kural böyle olmakla birlikte hakim bu kurala sıkı sıkıya bağlı kalmamalı, Avukatlık Yasasının 164/son maddesine işlerlik kazandıracak şekilde her olayın özelliğine, durum ve şartlarına göre değerlendirme yapmalı, özellikle MK'nın 2. maddesinde ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılmasına ve dürüstlük kurallarının ihlaline izin vermemeli, gerektiğinde müvekkilin dava veya takip sonucunda belirlenen bu ücret alacağını tahsil etmiş kabul etmeli, aksi halde bu nitelikteki ücret alacağına ilişkin istemi henüz muaccel olmadığından reddetmelidir." Y. 13. HD, T. 16.03.2006, E. 2005/17679, K. 2006/3713; Y. 13. HD, T. 28.11.2013, E. 2013/1604, K. 2013/29439, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır); Y. 13. HD, T. 15.10.1992, E. 1992/6246, K. 1992/7883 (Nak. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011, s. 356, dn. 184); Yargılama gideri niteliğindeki karşı vekalet alacağı, ancak tahsil edildiği vakit muaccel olur. Gökyayla, s. 95; Ayrıca bkz. Güner, s. 356, 357; Candaş İlgün, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 58.

belirleneceğini söyleyen kararları her durumda uygulanamaz.[97] Ayrıca avukatın çekilmezlik nedeninde bir sorumluluğu olmamasına rağmen (haksız) azledildiği durumda karşı yan vekalet ücretinin avukatın tahsilat aşamasına gelen alacak için yapmış olduğu mesai ve verdiği emeğe göre takdir edileceğini söyleyen Yargıtay kararlarına katılmak da mümkün değildir.[98] Fesih nedeniyle ücrete hak kazanan avukattan sonra başka bir avukat davayı yürütmüşse karşı yan vekalet ücreti avukatlar arasında vermiş oldukları emek oranında paylaşılmalıdır.

Karşı yan vekalet ücretine temerrüt faizi karar tarihinden itibaren işlese de Yargıtay, avukatın karşı yan vekalet ücretini (eski) müvekkilinden talep etmesi halinde temerrüt faizinin avukatın yapacağı temerrüt ihtarından veya açacağı dava ya da başlatacağı takipten itibaren istenebileceğini kabul etmiştir.[99] Kanımızca, müvekkilin karşı yandan tahsil

---

97 "...Davacı avukat haklı olarak istifa ettiğine göre 1136 sayılı Kanun'un 174/2 maddesi uyarınca karşı yan vekalet ücretinin de tamamını isteyebilir. Mahkemece … Mahkemesi'nin 2007/259 esas sayılı dosyasında harca esas değer üzerinden hesaplanacak Avukatlık Ücret Tarifesi uyarınca belirlenecek rakamın davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken…" Y. 13. HD, T. 18.04.2012, E. 2012/4499, K. 2012/10566 Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

98 "… Mahkemece davacının bildirdiği dosyalarda, davacının bir ihmal ve kusurunun bulunup bulunmadığı, gerektiğinde bilirkişi aracılığı ile araştırılarak, tek taraflı feshin haklı olup olmadığı belirlenmeli, şayet fesih haksız ise davacının takip ettiği dosyalarda verdiği hizmet nedeniyle tahsil aşamasına gelen ve fesih nedeniyle almaktan mahrum kaldığı karşı vekalet ücreti, dosyalarda sarfettiği emek ve mesaisi göz önüne alınarak hüküm altına alınmalıdır." Y. 13. HD, T. 17.02.2007, E. 2006/14029, K. 2007/1900, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

99 "...Yine her ne kadar hükme esas alınan bilirkişi raporunda Ankara 9. İş Mahkemesi'nin 2008/42 Esas sayılı dosyası ile hükmedilen 3.118,00 TL karşı yan vekalet ücretinin tahsil tarihine kadar işlemiş yasal faiz tutarı 731,95 TL olarak belirlenmiş ve davacının hak ettiği avukatlık ücret miktarına söz konusu tutar da dahil edilmiş ise de Borçlar Kanunu'nun 101/1 (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 117.) maddesi uyarınca muaccel bir borcun borçlusu ancak alacaklının ihtarı ile mütemerrit olur. Muaccel hale gelmiş bir borçtan dolayı alacaklının herhangi bir ihtarı yok ise anılan yasa maddesi uyarınca faize ancak dava tarihinden itibaren hükmedilmesi gerekir. Dava konusu olayda ise, davacı, Ankara 7. İcra Müdürlüğü'nün 2011/505 Esas sayılı dosyasında tahsil tarihi olarak belirtilen 19.01.2012 tarihine kadar ihtarname çekerek davalıyı temerrüde düşürdüğünü iddia ve ispat etmemiştir. Bu itibarla davacının karşı yan vekalet ücreti yönünden 731,95 TL işlemiş faizi talep etmesine olanak yoktur. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilmek suretiyle; davacının talep edebileceği alacak tutarına 731,95 TL karşı yan vekalet ücreti işlemiş faizinin de dahil edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 26.04.2016, E. 2015/6376, K. 2016/11422, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

ettiği vekalet ücreti ve temerrüt faizi sebepsiz zenginleşme teşkil edecektir. Bu yüzden dava konusu para ise anaparayla birlikte karar tarihinden işlemiş faiz müvekkilin zenginleştiği avukatın fakirleştiği miktar olarak tamamıyla ödenmeli ve bu miktara TBK m.117'ye göre zenginleşmenin gerçekleştiği tarihten itibaren temerrüt faizi işlemelidir, söz konusu hallerde müvekkil iyiniyetli sebepsiz zenginleşen sayılamaz.

Burada son olarak özellikle hukuki danışmanlık sözleşmeleri bakımından önem arz eden bir konuya değinmek istiyoruz. Bilindiği gibi süreli sözleşmelerde kural olarak sözleşmenin geçerli olacağı süre veya sona ereceği tarih belirlenir[100] ve sözleşme sürenin dolmasıyla ya da o tarihin gelmesiyle son bulur.[101] Bu sözleşmelerde, sürenin dolmasına rağmen vekalet ilişkisi devam etmişse kural olarak önceki sözleşmenin süresinin uzadığı kabul edilmelidir, özellikle taraflar edimlerini önceki sözleşmedeki esaslara göre yerine getirmesi halinde durum böyledir.[102] Ancak tarafların örtülü iradelerinden yeni

---

100 Örneğin "Bu sözleşme süresi imza tarihinden itibaren bir yıldır." veya "Bu sözleşme 01.10.2024 tarihinde sona erer."

101 Diğer yandan vekalet(name) sözleşme değil, müvekkilin vermiş olduğu bir yetkileri gösteren belgedir. Vekâlet belli bir süre için verilmişse (sözleşme süresi değil, vekile yetki veren vekalet), kural olarak sürenin dolmasıyla sona erer ancak bir süre belirtilmediyse belgenin geçerliliğini hukuki bir neden bulunmamasına rağmen on yıl ile sınırlandırmak müvekkilin savunma hakkını engeller. Bkz. "…Bu açıklamalar karşısında davalılar ... ile ... adına dosyaya vekaletnameler sunulduğuna, vekaletnameler gereği Av. ... duruşmaya kabul edilerek beyanı da alındığına, sunulan vekaletnameler genel vekaletname mahiyetinde olup içeriklerinde herhangi bir süre sınırlaması bulunmadığına, vekaletin sona erme sebepleri kanunda belirlenmiş olup bu hususların gerçekleştiği iddia edilmediği gibi vekaletname tarihlerinin eski olması nedeniyle vekalet ilişkisi de son bulmayacağına göre mahkeme tarafından davalılar Mustafa ve ...'ın vekille temsil edildiği dikkate alınarak reddedilen bölüm yönünden isimleri yazılı davalılar lehine vekalet ücreti takdiri gerekirken, vekaletnameler yönünden on yıllık sürenin geçtiği ve geçerli bir vekaletname de ibraz edilmediği gerekçesiyle vekalet ücreti takdir edilmemesi doğru olmamıştır. Kaldı ki yukarıda yazılı nedenlerle vekaletnamelerin sona ermesi durumunda da davalı tarafa geçerli vekaletname ibraz edilebilmesi için süre ve imkân tanınması gerekirken, herhangi bir süre verilmeden geçerli bir vekaletname ibraz edilmediğinin kabulü de doğru değildir." Y. 8. HD, T. 24.12.2019, E. 2018/8121, K. 2019/11694, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

102 Kural olarak vekâlet belli bir süre için verilmişse, sürenin dolmasıyla sona erer. Eren, Özel, s. 758; Yine kural olarak, süreli sözleşmeler de sürenin dolmasıyla sona erer. Eren, Genel, s. 1422. Bir iş görme sözleşmesi olan ve sürekli borç doğuran avukatlık sözleşmesinin, süresinin dolmasına rağmen tarafların hukuki ilişkiye devam etmeleri durumunda uygulanacak bir hüküm ne Avukatlık Kanunu'nda ne de vekâlet

esaslara tâbi bir avukatlık sözleşmesinin kurulduğu da söylenebilir.[103]

sözleşmesine ilişkin TBK hükümlerinde bulunmamaktadır. Öyleyse hizmet sözleşmesine ilişkin TBK m.430'un kıyasen uygulanmasıyla sözleşmenin belirli olmayan bir süre ile uzamış olduğu düşünülebilir. Hizmet sözleşmesinin TBK m.430'a göre belirsiz süreli hale gelmesinde ise taraflara fesih sürelerine uymak kaydıyla sözleşmeyi sona erdirme imkânı tanınmıştır (TBK m.432). Ancak vekâlet ilişkisinin fesih ihbar sürelerine bağlanmamasının nedeni, taraflarının arasındaki sıkı güven ilişkisi ve bu nedenle sözleşmeyi diledikleri zaman feshedebilecek olmalarıdır, bu noktada vekâlet sözleşmesi hizmet sözleşmesinden ayrılmaktadır, hizmet ya da kira sözleşmesinin kıyasen de olsa uygulanması değil genel hükümlerin uygulanması ile sonuca ulaşmak daha doğru olacaktır. Ayrıca belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiraları bakımından sözleşmenin bir yıl uzayacağını (TBK m.347/I), olağan kiralarda ise sözleşmenin belirsiz hale geleceğini söyleyen (TBK m.327/II) hükümler bulunmaktadır. Ancak, kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olan kira sözleşmesinin vekâlet sözleşmesine uygulanması doğru olmayacaktır.

103 Bilindiği gibi vekâlet sözleşmesi örtülü kabul ile kurulabilir (Yavuz, s. 1282, 1285) hatta avukatlar ve resmi sıfata sahip diğer kişiler bakımından örtülü kabul karinesi bulunmaktadır (bkz. TBK m.503).

Eğer önceki sözleşme devam ediyorsa ücret bu sözleşmeye, ikinci ihtimalde, hâkim tarafından yukarıda açıkladığımız esaslara göre belirlenir. Ancak sözleşmede açık düzenleme varsa buna uyulması gerekir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre; "...Somut olayda taraflar arasındaki 12.09.2005 tarihli Avukatlık Ücret Sözleşmesinde, vekalet ücreti 125.000,00 Dolar üzerinden maktu olarak tespit edilmiş olup, ücretin 500,00 Dolarlık kısmının peşin alındığı konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ne var ki ücretin bakiye kısmının ne zaman ödeneceği konusunda açık bir tarih ya da zaman öngörülmemiş, bununla beraber, az yukarda değinilen Avukatlık Kanunu hükümlerine paralel olarak, "avukatın üstlendiği işi sonuna kadar takip etmekle yükümlü olduğu" belirtilmiştir. O halde somut olayda, davacı avukatın sözleşme konusu işleri sonuna kadar takip edip sonuçlandırmadan ücretini talep edemeyeceğinin kabulü gerekir. Her ne kadar mahkemece sözleşme süresinin (1) yıl olduğu ve sözleşmenin imzalandığı tarihten itibaren bu sürenin geçtiğinden bahisle ücretin muaccel olduğu kabul edilmişse de olayda söz konusu (1) yıllık sürenin sonunda vekalet ilişkisinin sona erdirilmeyip devam ettiği sabittir. Kaldı ki sözleşmede, sözleşme süresinin (1) yıl olduğu belirtildikten sonra, mevcut dava ve takiplerin sonuna kadar takip edileceği de açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre ücretin, (1) yıllık sürenin dolması ile değil, sözleşmenin "Konu" başlıklı bölümünde belirtilen işlerin sonuçlanması ile muaccel hale geleceği kabul edilmelidir. Dosya kapsamından ve alınan bilirkişi raporundan, sözleşme konusu işlerin sonuçlanıp sonuçlanmadığı ise anlaşılamamaktadır. O halde mahkemece bu yönde bir inceleme ve değerlendirme yapılarak, sözleşme konusu işlerin davacı avukat tarafından sonuçlandırılıp sonuçlandırılmadığı konusunda bilirkişiden ek rapor alınıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 23.09.2014, E. 2013/30781, K. 2014/28360, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

Sürenin dolmasına rağmen ilişkinin devam ettiği ve edeceği yönünde güven oluşturulduktan sonra sürenin dolmasını gerekçe göstermek dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.[104] Böyle bir durumda sözleşmeyi sonlandıran müvekkil ise tamamlanmamış işler bakımından tam ücret ödemesi gerekir. Ayrıca müvekkilin hazırladığı genel işlem koşulları niteliğindeki bir sözleşmede yalnızca müvekkil lehine tanınan fesih hakkına dayanılarak yapılan fesih doğası itibariyle dürüstlük kuralına aykırı olacağı[105] için haksız azil olarak kabul edilecektir. Bu durumda da avukata tam ücret ödenmesi gerekecek ayrıca avukat; yardımcı avukat, sekreter, icra takip elemanı istihdam etmesi, daha büyük büro kiralaması gibi harcamalarını tazminat talebine konu edebileceği gibi uygun olmayan zamanda fesih (TBK m.512/I/c. 2) nedeniyle tazminat ödenmesini de isteyebilecektir.

2. Avukatın Hiçbir Ücrete Hak Kazanamayacağı Durumlar

Av. K. m.174/I'de; haklı neden olmadan (*haksız*) işi takipten vazgeçen avukatın ücret talep edemeyeceği, peşin aldığı ücreti iade etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Öyleyse çekilmezliğin olmadığı ve çekilmezlik nedeninden avukatın sorumlu olduğu hallerde istifa eden avukat ücret talep edemeyecek, almış olduğu ücret ile avansı iade edecektir.[106] Örneğin müvekkilin kusurlu hareketi avukat bakımından sözleşme ilişkisini çekilmez hale getirmemişse istifa eden avukat tamamlanmamış işler için ücret isteyemeyecek; yalnızca fesih anı itibariyle *tamamlanmış* işlerin ücretini ve bu işlere bağlı karşı yan vekalet ücretini[107] isteyebilecektir.

---

104 Bkz. Şener Akyol, "Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem İle Çelişkili Davranış Yasağı)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006.

105 Nitekim böyle bir durumda dayanılan sözleşme hükmü dürüstlük kuralına aykırı olduğu için yazılmamış sayılacaktır (TBK m.25).

106 Öğretide de Av. K.'nın açık ifadesi ve bütünü göz önünde bulundurulduğunda, kusuru ile azle sebep olan ve haklı neden olmadan istifa eden avukatın hiçbir ücret talep edemeyeceği belirtilmiştir. Bkz. Necip Bilge, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara 1971, s. 301, 302; Zevkliler/Gökyayla, s. 676; Akipek, s. 77; Günergök, s. 148; Bağlı Tahiroğlu, 149; Gökyayla, s. 93, 95, 96.

107 Bir Yargıtay kararına göre böyle bir durumda karşı yan vekalet ücretinin talep edilebilmesi için azil anında işin tamamlanmış olması yeterlidir, tahsilatın yapılmış olması şart değildir. "...Mahkemece, isabetli olarak azlin haklı olduğu kabul edilmiş ve haklı azil halinde avukatın ancak azil tarihi itibari ile kesinleşen işlerden dolayı vekâlet ücreti talep edebileceği belirtilmiş ise de karşı yan vekâlet ücretinin

Haklı azil bakımından da aynı sonuca varılmaktadır.[108] Nitekim Av. K. m.174/II/c.2'ye göre avukatın "kusuruna"[109] dayanan azilde ücret ödenmesi gerekmez. Buradaki sorun çekilmezlik nedeninde iki tarafın da sorumlu tutulabilecekleri bir neden yoksa ücret ödenip ödenmeyeceği, ödenecekse hangi esasa göre hesaplanacağıdır. Kanımızca Kanunun zıt anlamından hareketle azilde avukatın kusuru yoksa tam ücret ödenir sonucuna her durumda varılamaz. Çekilmezliğin ortaya çıkmasında sorumluluğun iki tarafa da yüklenemediği durumlarda bu sonuca varmak Kanunun özüyle uyuşmaz. Ayrıca ücrete ilişkin olumsuz sonucun tümünü çekilmezlik nedeninde sorumluluğu bulunmayan müvekkilin omuzlarına yüklemeyi haklı gösterecek bir neden de yoktur. Dolayısıyla aşağıda inceleyeceğimiz gibi çekilmezlik nedeninde her iki tarafın da sorumlu olduğu ve her iki tarafın da sorumluluğunun bulunmadığı azilde hakkaniyete göre ücret ödenmesi gerekir.

---

ancak tahsil edildikten sonra muaccel hale geleceğinin kabulü mümkün değildir. Davacının, icra takibine konu ettiği ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/129 Esas sayılı dosyasının azil tarihi olan 29.12.2014 tarihi itibari ile kesinleştiğinin anlaşılması karşısında, davacının tahsil koşulana bağlı olmaksızın karşı yan vekâlet ücretine hak kazandığının kabulü gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 28.09.2017, E. 2016/7665, K. 2017/8727, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

[108] "...Davacı avukatın...1994/85 esas sayılı dava dosyasını mazeretsiz olarak takip etmemesi nedeniyle müvekkili tarafından 8.7.1994 tarihinde her iki dosyasındaki vekâlet görevinden azledildiği ve 1994/85 esas sayılı davadan azli nedeniyle açtığı vekâlet ücreti davasının azlin haklı olduğu kabul edilerek reddedildiği ve bu kararın Yargıtay'dan geçmek suretiyle kesinleştiği toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Vekâlet, güvene dayalı bir sözleşmedir. Üstlendiği davalardan birini takip etmemek suretiyle azledilen avukata karşı müvekkilinin güveninin kalmaması hayatın olağan akışıyla BK. nun amaçladığı güven ilkesine daha uygun düşer. Bu nedenle vekili davacıya karşı güveni kalmayan davalının avukatını azletmesi haklı bir nedene dayandığından, davacı avukat ücret isteyemez." Y. 13. HD, T. 19.12.1995, E. 1995/11369, K. 1995/11467, Legalbank, Erişim: 29.06.2024. "...Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi hükmüne göre azil haklı ise avukatlık ücretinin ödenmesi gerekmez, haksız azil halinde ise ücretin tamamına avukat hak kazanır." Y. 13. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/6286, K. 2010/420; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398; Y. 13. HD, T. 22.05.2008, E. 2008/5193, K. 2008/7032; Y. 3. HD, T. 24.10.2011, E. 2011/10297, K. 2011/16097; Y. 13. HD, T. 15.05.2012, E. 2012/6715, K. 2012/12438, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

[109] Her ne kadar, Av. K. m.174/II'de kusur veya ihmalden söz edilmişse de bu ifadeyi "kusur" şeklinde anlamak gerekir.

D. HAKKANİYETE GÖRE ÜCRET

1. Genel Olarak

Av. K. katı bir şekilde "ya tam ücret ya hiç ücret" çözümünü kabul etmiştir. Öğretide de Kanunun bu çözüm dışındaki ihtimalleri dışladığı, hakkaniyete göre ücreti kabul etmediğini belirten görüşler bulunmaktadır.[110] Kanımızca bu katı yaklaşımın temelinde fesih nedeni olan çekilmezlik olgusunun ortaya çıkmasında avukatın ya da müvekkilin tek başına sorumlu olacağı düşüncesi yatmaktadır. Oysa her iki tarafın da sorumlu olduğu veya her ikisinin de sorumlu olmadığı durumlar olabilir. Sözleşme kendisi için çekilmez hale geldiğinde avukat istifa, müvekkil azil beyanında bulunabilir fakat çekilmezlik nedeninin ortaya çıkmasında her iki tarafın da sorumluluğu yoksa veya her iki tarafın sorumlulukları varsa Av. K. m.174'den bir çözüm çıkarmak mümkün olmamaktadır. Sözleşmenin konusuz kalması, işlem temelinin çökmesi, imkânsızlık ve sözleşme süresinin dolması gibi nedenlerle sözleşmenin feshinde de aynı ihtimaller gündeme gelebilir.

Özel olarak düzenlenmeyen bu haller bakımından Av. K.'da gerçek ve bilinçsiz boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğun genel hükümlere göre doldurulması gerekir. Uygulanabilecek maddeler vekalet sözleşmesine ilişkin TBK m.514, 126 ve TMK m.4'tür. Kanımızca ücrete ilişkin sonuçları kanunlarda, sözleşmede ve AAÜT'de düzenlenmeyen; tarafların sorumluluklarının bulunmadığı veya her iki tarafın da sorumluluğunun bulunduğu sona erme hallerinde ücret hakkaniyete göre belirlenmelidir.

Ancak Yargıtay bazen hakkaniyete göre ücret uygulamasını genişletmekte; Av. K. m.174 uyarınca hiç ücret ödenmemesi gereken durumlarda maddeyi avukat lehine "yumuşatarak" hakkaniyete göre ücrete karar vermektedir. Örneğin Yüksek Mahkeme; avukatın güven sarsıcı davranışları nedeniyle (haklı) azli söz konusu olsa dahi hakkaniyete göre ücret ödenmesi gerektiğini belirtmiş,[111] yine haklı azle iliş-

---

110 Gökyayla, s. 93, 95, 96.

111 "...Güven sarsıcı harekette bulunulması sonucu ilişkinin sarsılması, buna da davacı tarafın tutum ve davranışının yol açması halinde azil haklıdır...Avukatlık Kanunu'nun 174/2. maddesi hükmüne göre avukat kusur veya ihmali nedeniyle azil edilmiş yani azil haklı ise ücretinin ödenmesi gerekmez. Somut olayda, davacı

kin başka kararında müvekkilin avukatın borca aykırı davranışından zarara uğramamış olması durumunda hakkaniyete göre ücret ödeneceğine karar vermiştir.[112] Bu kararların Av. K.'ya ve konuyla ilgili çoğunluk kararlara ters düştüğü görülmektedir.

2. Hakkaniyet Göre Ücret Belirlenmesini Gerektiren Durumlara Bazı Örnekler

a. Yasa Gereği Sona Erme, İmkânsızlık ve İşlem Temelinin Çökmesi

Sözleşmeden, işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça ya da ilişkinin devamında müvekkilin menfaati bulunmadıkça avukatlık sözleşmesi de vekalet akdi gibi; ölüm, tüzel kişiliğin sona ermesi, ehliyet kaybı ve iflas ile yasa gereği sona erer (TBK m.513). TBK m.514 uyarınca avukatın sona ermeyi öğrenene kadar yaptığı işlerin ücreti işler tamamlanmamış olsa dahi, emek ve mesaisi göz önünde bulundurularak hakkaniyete göre ödenmelidir.

---

avukat haklı olarak azil edildiğine göre, tam ücret talep etme hakkına sahip olmayıp, ancak yaptığı işlerden dolayı emek ve mesaisi gözetilerek, hak ve nesafete göre ücret isteyebileceği kabul edilip, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir." Y. 13. HD, T. 21.01.2010, E. 2009/6471, K. 2010/422, Lexpera, Erişim: 29.06.2024. Ayrıca bkz. YHGK, T. 28.02.1968, E. 966/4-1015, K. 117 (Nak. Özkaya, s. 869); YHGK, T. 23.09.1987, E. 987/3-186, K. 957 (Nak. Gökyayla, s. 93).

112 "…HGK'nın 23.09.1987 gün 87/3-188 Esas 87/657 Karar sayılı ilamda da açıklandığı gibi, haklı olarak azledildiği halde, azle yol açan davranışının davalı aleyhine herhangi bir sonuç doğurmayan, kötü niyetli olmayan ve azle neden olan davranışı iş sahibine zarar vermeyen avukatın, azil tarihine kadar sarf ettiği mesaisine karşılık adalete uygun bir avukatlık ücretinin ödenmesi hakkaniyet gereği olarak kabul edilmelidir." Y. 3. HD, T. 11.03.2013, E. 2013/2995, K. 2013/3972, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

"...Azil her ne kadar haklı ise de, davacının üstlendiği işi azil tarihine kadar davalı vekil eden lehine takip edip getirdiği, davalının, davacının azil tarihine kadarki emek ve mesleki bilgisinden yararlandığı, davacının davranışı nedeniyle davalının herhangi bir zarara uğramadığı da anlaşıldığından, davacı sözleşmeye göre ücret isteyemez ise de, HGK'nın 1987/3-186 E, 957 K sayılı ilamında belirtildiği gibi, davacının sarfettiği emeği, mesaisi, üstlendiği işi getirdiği durumu nazara alınarak uygun bir ücretin takdir ve tayin edilmesi hakkaniyete uygun olacaktır." Y. 13. HD, T. 14.01.2008, E. 2007/8188, K. 2008/253, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

Avukatlık sözleşmesinin sonraki imkânsızlık ve tasarımın boşa çıkması şeklinde işlem temelinin çökmesi[113] (amacın ortadan kalkması, sonradan gerçekleşmesi, bozulması) nedenlerine dayanılarak feshedilebileceği kabul edilmektedir.[114] Bu durumlarda ücret alacağı, feshe gerekçe olan ifa engelinden hangi tarafın sorumlu olduğuna göre belirlenmelidir. Örneğin, borcun ifasını kendi davranışıyla imkânsız hale getiren avukata haklı azil- haksız istifada olduğu gibi hiçbir ücret ödenmemesi, imkânsızlıktan yalnızca müvekkil sorumlu ise haklı istifa- haksız azildeki gibi tam ücretin ödenmesi gerekir. Benzer şekilde, müvekkilin avukatın haberi olmadan karşı tarafla irtibata geçip alacağını haricen tahsil etmesi, dava/takipten feragat etmesi, davayı kabulü veya sulh olması hallerinde müvekkil amacın gerçekleşmesine ya da ortadan kalkmasına dayanarak azlederse avukat tam ücret talep edebilmelidir. Ancak fesih nedeninin gerçekleşmesinde sorumluluğun taraflara yüklenemediği veya her iki tarafa da yüklenebildiği durumlarda ücret hakkaniyete göre belirlenecektir. Örneğin avukatın işi takip etmemesi, aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle zor durumda kalan müvekkilin avukatın haberi olmadan karşı tarafla sulh olması, alacağını daha düşük miktarda karşı taraftan tahsil etmesi hallerinde ücretin hakkaniyete göre belirlenmesi doğru olur. Yargıtay müvekkilin avukata temsil belgesi vermediği için adi vekalet hükümlerini uyguladığı bir kararında açıklamalarımızla uyumlu ifadelere yer

---

113 İşlem temelinin çökmesi, sözleşme kurulurken tarafların öngördükleri dengenin ya da tasarımlarının, yine sözleşme kurulurken öngöremedikleri bir nedenle sonradan bozulmasıyla ortaya çıkan bir ifa engelidir. Bu ifa engeli; tasarımın boşa çıkması (sözleşme amacının sonradan gerçekleşmesi, ortadan kalkması ve bozulması) ya da aşırı ifa güçlüğü şeklinde gerçekleşebilir (Bkz. Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 49 vd., 151 vd.). Tasarımın boşa çıkması hallerinde sonraki imkânsızlığa ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bkz. Cumalıoğlu, s. 120-123.

114 Avukatlık sözleşmesinin işlem temelinin çökmesine sebep olabilecek olguların, aynı zamanda sözleşmenin feshi açısından haklı neden teşkil etmesi mümkündür. Bkz. Gökyayla, s. 84, 85; Sarı, s. 177; Sürekli borç ilişkileri çerçevesinde bkz. Seliçi s. 195, 196. Aslında sürekli edimli sözleşmelerde sonraki imkânsızlık halinde imkânsızlık hükümlerinin mi, temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı tartışmalıdır (bkz. Cumalıoğlu, s. 150). Sonraki imkansızlığın feshe neden olacağına ilişkin düzenleme Fransız ve eski İtalyan Medeni Kanunlarında bulunmaktaydı bkz. Andreas B. Schwarz, "Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih," Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1943, s. 764, 765.

vermiştir.[115] Hatırlatalım ki davanın konusuz kalması, feragat, kabul ve sulh veya herhangi bir nedenle dava konusu anlaşmazlığın hâkimin karar vermesine gerek kalmadan giderilmesi gibi bazı özel sona erme hallerinde avukatın karşı yan vekalet ücreti alacağı özel olarak düzenlenmiştir (AAÜT- m.6/I/c.1).[116] Ancak bu düzenleme akdi vekalet ücretinin tespitinde uygulanmaz (AAÜT- m.6/I/son c.).

---

115 Adi vekalet hükümlerinin uygulandığı bir olayda Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: "...Davalı müvekkilin (vekil edenin) davacı avukatı (vekile) yetkilendirme (temsil) belgesi vermediği durumlarda, taraflar arasında alelade bir vekalet bulunduğunun kabulü ve sorunun buna göre çözümlenmesi gerekir. Bu itibarla, haksız azilde ücretin tamamının ödeneceği konusundaki yasa kuralı (Avukatlık Kanunu, m. 174/11) uyuşmazlık konusu olaya uygulanmaz. Kural olarak her türlü vekalette, müvekkil (vekil eden) vekilini her zaman azletmek hakkından, vekil de herzaman istifa edebilmek hakkından önceden vazgeçemezler (BK. m. 396/1). Azil veya istifa hakkının, bu hakkın kullanılması halinde, peşin alınmış ücretin geri alınamayacağı veya bir cezai şart ödeneceği şeklinde bir anlaşma ile dolaylı yoldan sınırlandırılması da geçerli olamaz. O halde, taraflar arasındaki sözleşmede geçen madde'deki "Müvekkilin bu sözleşmenin akdinden sonra vekalet vermemesi ... (...) itibar olunamaz. Azil haklı bir nedene dayanmasa veya istifa haklı olsa bile, vekil, kural olarak, ücretin tamamını isteyemez, ancak o zamana kadar işi gereği gibi görmüşse, harcadığı zamanla orantılı olarak kısmi bir ücret isteminde bulunabilir. O halde, azil ve istifa ancak ileriye yürürlü olduğundan dolayı azlolunan veya istifa eden vekil, o zamana kadarki masrafları ve zararı için fiilen gördüğü işin karşılığı olan kısmi bir ücret isteyebileceğinin kabulü gerekecektir. Bu istemleri aşan ücretin alıkonulmasına veya cezai şarta ilişkin anlaşmalar ise geçerli olamayacaktır. Yukarıdaki fiili ve hukuki olgular dikkate alınmaksızın eksik araştırma sonucu bir hüküm kurulması doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş; MK.nun 4. maddesi gereğince somut olayda hakkaniyete göre halin icabı takdir edilerek taraflar arasındaki adalet dengesinin korunması yönünde (bilirkişi incelemesi yapılmaksızın) bir karar vermekten ibarettir. Zira, başlanmış işin görülmesinin tamamlanması vekilin kusuru olmaksızın imkânsız hale gelirse ücretin hakkaniyete uygun bir kısmının ödenmesi gerekir." Y. 3. HD, T. 29.12.1997, E. 1997/11339, K. 1997/12497, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

116 Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı'na göre; "…Avukatlık Kanunu'nun 165. maddesinde düzenlenen "ücret dolayısıyla müteselsil sorumluluk" hâllerinden olan "sulh veya her ne suretle olursa olsun taraflar arasında anlaşma ile sonuçlanan ve takipsiz bırakılan işlerde" karşı tarafın avukatı lehine her iki tarafın müteselsil olarak ödenmesinden sorumlu olacağı avukatlık ücreti kapsamına avukat ile iş sahibi arasında yapılan ücret sözleşmesine göre avukata ödenmesi gereken "akdi vekâlet ücretinin" dâhil olmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır." YİBBGK, T. 05.10.2018, E. 2017/6, K. 2018/9, Lexpera, Erişim: 29.06.2024.

Sözleşme amacının ortadan kalktığı bazı olaylarda Yargıtay'ın avukatlık sözleşmesinin feshinin her durumda haklı ya da haksız fesih olarak nitelendiremeyeceğini, bu hallerde ücret alacağına ilişkin Av. K. m.174'ün uygulanmasının mümkün olmayacağını belirterek hakkaniyete göre ücrete hükmettiği görülmektedir. Ancak Yüksek Mahkemenin bu yöndeki bazı kararları Av. K.'ya ve yerleşik içtihada uygun değildir. Örneğin hasılat paylaşımlı alacak satış vaadi sözleşmesi uyarınca müvekkilin takip konusu alacağını üçüncü kişiye temlik etmesi halinde avukatın vekalet görevi temlik tarihi itibariyle fiilen ve hukuken sona ermesine rağmen haklı-haksız fesih ayrımının yapılamayacağı, müvekkilin karşı tarafla sulh olmasından da söz edilemeyeceği belirtilmiş ve avukatın harcadığı emek ve mesaisine karşılık hakkaniyete uygun akdi ve karşı yan vekalet ücretini talep edebileceği kabul edilmiştir.[117] Bu olayda avukatın iş görme borcu ifa edilebilir olsa da işin

[117] "...Taraflar arasındaki sözleşme, davacı veya davalı tarafından feshedilmediği gibi, davacının vekaletten azledilmediği de sabittir. Bu nedenle sözleşmenin feshi halinde uygulanacak olan hükümlerin, dava konusu olayda uygulanması mümkün olmadığı gibi, davacı avukatın azli de söz konusu olmadığından, azil halinde Avukatlık Kanununda öngörülen hükümlerin de uygulanması mümkün değildir...dosya alacaklarının temlik edilmiş olması, haksız azil olarak değerlendirilemeyeceğinden, temlikin, haksız azille aynı hukuki sonuçları doğurması da kabul edilemez...Sonuç olarak, dava konusu olayda, sözleşmenin feshi, avukatın azli, ya da sulh bulunmadığından, sözleşme ve Avukatlık Kanununda ayrıca düzenlenmiş olan bu durumlarda ödenmesi öngörülen vekalet ücretlerinin talep edilmesi mümkün değilse de, dava konusu dosya alacağının,..'ne temlik edilmiş olması nedeniyle, temlik tarihi itibariyle vekalet görevi fiilen sona eren, ancak bu tarihe kadar görevini yerine getiren davacı avukatın, belli bir miktar vekalet ücretine hak kazandığı da tartışmasızdır. Ne var ki davacının üzerine aldığı işleri sonuçlandırmasına engel olan ve gerek taraflar arasındaki sözleşmede, gerekse Avukatlık Kanunu'nda ayrıca düzenlenmeyen ve az yukarda da değinildiği gibi, davalının, ..'den, fona devredilen Bankalarla ilgili yapılan yasal düzenleme gereğince devir ve temlik aldığı alacakları, kendisinin de "hasılat paylaşımlı alacak satış vaadi sözleşmesi" çerçevesinde..'ne devir ve temlik etmiş olduğu bu özel durum nedeniyle, sözleşme ve yasadan kaynaklanan tüm vekalet ücretlerinin talep edilebileceği de kabul edilemez. O halde, açılanan tüm bu nedenlerle, davacı avukatın, ücret talep ettiği dosya ile ilgili vekaletin başladığı tarihten, temlikle vekaletin sona erdiği tarihe kadar, davalıya sağladığı hukuki yardım nedeniyle sarf etmiş olduğu emek ve mesaisine karşılık hak ve nesafete göre alması gereken gerek akdi gerekse karşı taraf vekalet ücreti tespit edilip, tespit edilecek bu miktarın ödetilmesine karar verilmesi gerekirken..." Y. 13. HD, T. 26.05.2015, E. 2014/1, K. 2015/1729 (Nak. Mısır, Ücret, s. 118-120, vurgu yapılmıştır); Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 03.02.2015, E. 2014/10700, K. 2015/2263, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

görülmesi için varlığı gerekli olan alacak başkasına devredildiği için tarafların öngördüğü amaç yalnızca alacaklının (müvekkilin) sorumlu tutulabileceği bir neden ile ortadan kalkmıştır ve yukarıda belirttiğimiz gibi sözleşmeden doğan asıl borç sona ermiştir, bu durumda avukata hakkaniyete göre değil tam ücret ödenmesi gerekirdi.

Sözleşmenin avukatın müvekkilden kaynaklanmayan tehditler nedeniyle istifasında olduğu gibi tarafların sorumlu tutulamayacağı bir manevi imkânsızlık nedeniyle feshinde de hakkaniyete göre ücret ödenmesi gerekir.[118] Yargıtay ise bazı kararlarında avukatın hiçbir ücret talep edemeyeceğine karar vermiştir.[119] Kanımızca avukatın kusuru olmadan hastalanması nedeniyle görevini ifası imkânsız hale geldiğinde de ücretin hakkaniyete göre belirlenmesi gerekir.

Av. K. m.38'deki işin reddi zorunluluğu doğuran hallerin sonradan ortaya çıkması, sözleşmedeki asıl borcun kişiye bağlı bir borç olması nedeniyle imkânsızlık olarak değerlendirilebilir.[120] Örneğin işin yolsuz veya haksız olmasının sözleşme kurulduktan sonra anlaşılması mümkündür (Av. K. m.38/I/a). İşin reddi zorunluluğu birlikte çalışılan avukatları da kapsadığı için özellikle b, c, d bentlerindeki ret gerekçesi herhangi bir kusur olmamasına rağmen daha sonra öğrenilebilir (aynı husus Av. K. m.12 bakımından da söz konusu olabilir-bkz. m.12/IV-). Mesela karşı tarafın vekili veya daha önce aynı davada hâkim olduğunu bilmeyen avukat ile sonradan birlikte çalışmaya başlayan avukatın, sebebin ortaya çıkmasında sorumluluğu olmasa da işi bırakması gerekir (Av. K. m.38/I/b ve 38/II). Benzer şekilde avukat ile hâkimin sonradan evlenmesi halinde avukatın istifası veya hâkimin çekilmesi gerekir (Av. K. m.13, HMK m.36).[121] Bu hallerde ücretin hakkaniyete göre tespiti yerinde olacaktır.

Bu açıklamalarımız işin reddi zorunluluğunun sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olması halinde geçerlidir. Ancak

---

118 Konuyla ilgili bkz. Sarı, s. 192; Seçer, Makale, s. 909.

119 "...davacı, davalıdan sadır olmayan ve dışarıdan geldiğini iddia ettiği tehditler nedeniyle vekillikten istifa ettiğini ileri sürerek müvekkilinden talepte bulunamaz." Y.13. HD, T. 05.07.2005, E. 2005/2956, K. 2005/11493, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

120 Konuyla ilgili bkz. Sarı, s. 54-56.

121 Evlenme nedeniyle sona ermede tarafların sorumluluğunu doğuracak bir aykırılıktan söz edilemez.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, avukatın Av. K. m.38'e aykırılık sebebiyle azledildiği bir kararda;[122] işin reddi zorunluluğu doğuran hallere aykırılığın haklı azil nedeni teşkil edip etmeyeceğini değerlendirirken yalnızca kanunun lafzına bağlı kalınmasının her zaman adil sonuçlar vermeyeceğini belirtmiş, somut olay bakımından tarafların yasağa aykırılığı bilmelerine rağmen sözleşmeyi devam ettirmelerini ve zarar doğmamış olmasını dikkate alarak azlin haksız olduğuna karar vermiştir. Karşı oy yazısında ise avukatın daha önce diğer taraf vekili olarak görev yapmış olduğu davalılarca bilinmesine rağmen bu sebeple azledilmiş olmasının hakkın kötüye kullanılması olarak görülemeyeceği; azlin haklı olduğu ancak vekalet ücreti tespit edilirken, vekaletin üstlenilmesinde her iki tarafın da kusurlu olup olmadığının ve işin yürütüldüğü sırada harcanan emek ve mesainin gözetilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kanımızca somut olayda taraflar arasındaki sözleşme emredici hükümlere aykırılık nedeniyle baştan hükümsüzdür (TBK m.27/I), bu nedenle çekilmezlik ve haklı-haksız fesih tartışmasına gerek olmaksızın ücret istenemeyecek, yalnızca olumsuz zararın tazmini talep edilebilecektir.

Diğer yandan avukatın meslekten ihraç edilmesi nedeniyle görevini ifa edememesi avukatın sorumlu olduğu imkânsızlıktır. Bu durumda avukatın haklı azilde olduğu gibi ücret talep edememesi gerekir. Aynı şekilde avukat tedbiren işten yasaklanmışsa (Av. K. m.153/I) ve müvekkil baronun (Av. K. m.42) ya da kendisinin belirleyeceği avukat ile devam etmek istemişse avukat ücrete hak kazanamayacaktır.

b. Sözleşmenin Fesih İhbarı ile Sona Erdirilmesi

Süreli fesih kararlaştırılmış sözleşmeler sürenin dolmasıyla kendiliğinden değil, taraflardan birinin zamanında yapacağı fesih ihbarı üzerine sürenin dolmasıyla sona erer[123] ve ilke olarak bu durumda haklı ya da haksız fesihten söz edilemez. Nitekim haklı istifa sayıldığında avukat tamamlamadıkları ve sözleşmede öngörülmesine rağmen hiç

[122] YHGK, T. 21.10.2021, E. 2017/2140, K. 2021/1288, Legalbank, Erişim: 30.12.2024.

[123] Örneğin, "Sözleşmenin süresi bir yıldır. Taraflardan her biri bu sözleşmeyi bitimine bir hafta kala yazılı olarak feshini ihbar etmezse, Sözleşme sona erme tarihinden itibaren bir yıl daha uzamış sayılır" gibi bir ifade kullanılmışsa durum böyledir.

başlamadığı işler dahil ücretin tamamına hak kazanırken, haklı azil halinde yalnızca tamamladığı işler için ücret talep edebilecektir. Fakat vekil sonuç taahhüt etmediği gibi hukuki işlerin tamamlanması yalnızca onun iradesine bağlı değildir. Aylarca, yıllarca emek verilen işlerin sözleşme süresinin dolmasına kadar tamamlanmaması nedeniyle avukatın o işten hiç ücret alamaması sözleşmenin niteliğine aykırı olacaktır. Bu konuda açık kanun hükmü olmadığından işin niteliğine ve hakkaniyete göre karar verilmesi gerekir. Yargıtay ise bazı kararlarında feshin haksız sayılamayacağını, tamamlanmış işler için ücret ödenmesi gerektiğini,[124] bazı kararlarında ise feshin haklı olup olmadığının araştırılması gerektiğini,[125] bazılarındaysa hakkaniyete göre

[124] "...Taraflar arasında imzalanmış olan 01.12.2008 tarihli Avukatlık ücret sözleşmesinin 9. maddesine göre sözleşme 01.12.2008 ve 31.12.2010 tarihleri arasını kapsamakta olup 31.12.2010 tarihinde taraflardan birisince fesih yazılı olarak bildirilmedikçe bu sözleşme aynı koşullarda uzar hükmü yer almaktadır. Davalı taraf 13.12.2010 tarihinde yolladığı ihtarla sözleşme bitim tarihi olan 31.12.2010 tarihinden sonra davacı ile çalışmayacaklarını davacı avukata fesih iradesini bilirmiştir. Sözleşmenin bu hükmü karşısında davalının davacı ile arasındaki sözleşmeyi haksız olarak feshettiğinden bahsedilemez. Taraflar arasındaki sözleşme hukuken geçerli olup tarafları bağlar ve somut uyuşmazlığın çözümünde sözleşme hükümlerinin uygulanması gerekir…o halde davacı avukat, fesih tarihinden önce, dava dosyalarında mahkeme tarafından karara geçirilen ve icra takip dosyalarında da tahsilat gerçekleşen dosyalardan doğan karşı vekalet ücretlerini isteyebilir." Y. 13. HD, T. 19.04.2017, E. 2015/41814, K. 2017/4717; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 08.04.2014, E. 2013/10794, K. 2014/10736; Y. 13. HD, T. 21.04.2015, E. 2014/18996, K. 2015/12834; Y. 13. HD, T. 26.05.2015, E. 2015/9142, K. 2015/16932; Y. 13. HD, T. 06.10.2015, E. 2014/35061, K. 2015/2857, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).
"…Taraflar arasında düzenlenen sözleşme, hizmet hukuk müşavirliği niteliğinde bir sözleşme olup geçerlidir. Sözleşme ile belirlenen ücretin, Avukatlık Kanunu'na aykırı olduğu da kabul edilemez. O halde dava konusu ihtilafın, tarafların serbest iradeleri ile yaptıkları ve geçerli olan bu sözleşmenin hükümlerine göre çözümlenmesi gerekir. Sözleşmenin az yukarıda değinilen hükümlerine göre, Kurumun 15 gün önceden ihbar etmek koşuluyla, sözleşmeyi her zaman feshedebileceği kararlaştırıldığına göre, davalının 05.12.2008 tarihinde gönderdiği ihtarla sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmesi, haksız fesih sayılamayacağı gibi, Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi anlamında haksız azlin sonuçlarını doğuran bir fesih de değildir. Olayda bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesi hükmünün uygulanması düşünülemez." Y. 13. HD, T. 22.10.2013, E. 2012/29349, K. 2013/25388; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 24.09.2012, E. 2012/14722, K. 2012/20842 Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

[125] Yargıtay'ın bir kararına göre; taraflar (banka ve avukat) yapmış oldukları sözleşmede, bir ay önceden yazılı bildirim ile sözleşmeyi feshedebileceklerini kararlaştırmış, müvekkil banka da söz konusu hükme dayanarak sözleşmeyi feshetmiştir.

ücret ödenmesi gerektiğini kabul etmektedir.[126] Ancak sözleşmede bir düzenleme varsa ona göre ücret ödeneceği unutulmamalıdır.[127]

Fesih ihbarının sözleşmeye uygun yapılmaması halinde fesih haksız olacak, fesheden müvekkil ise kalan süre sonuna kadarki tam ücreti ödeyecek;[128] avukat ise tamamlanmamış işler için ücret alamayacaktır.

Kararda Yargıtay; sözleşmedeki hükme dayanılarak gerçekleştirilen feshin haklı olup olmadığının araştırılması gerektiğini, avukatın ihmal ya da kusuru olup olmadığı konusunda bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Y. 13. HD, T. 24.04.2006, E. 2005/16998, K. 2006/6398, Legalbank, Erişim: 29.06.2024; Aynı yönde bkz. Y. 13. HD, T. 28.01.1993, E. 9846, K. 530 (Nak. Özkaya, s. 908).

126 "...Sözleşmede sözleşme süresinin bitiminden bir ay önce veya her zaman bir ay sonra hüküm ifade etmek üzere, tarafların yazılı ihbarla sözleşmeye son verebilecekleri kararlaştırıldığına göre, davalının sözleşme bitim tarihinden önce gönderdiği ihtarla sözleşmeyi yenilemeyeceğini bildirmesi haksız fesih sayılamayacağı gibi, haksız azil de değildir. Buna göre, sözleşmenin sona erdiği tarih itibariyle, davacı tahsilatla sonuçlandırdığı veya henüz tahsilatla sonuçlanmayan, ancak tahsilatı mümkün hale gelen veya tahsilatı mümkün hale geldiği ve tahsilat yapılabileceği kabul edilebilecek dosyaları ile tahsilat yapılması mümkün olmayacağı anlaşılan dosyalardan dolayı sözleşmede kararlaştırılan ücreti isteyebilir. Sözleşmenin sona erdirildiği tarih itibariyle sonuçlanmayan ve devam edip ne olacağı belli olmayan dosyalardan dolayı da davacının sarfettiği emek ve mesaisi dikkate alınarak sözleşmeye göre, isteyebileceği ücret baz alınarak ve bu miktarın altında olmak üzere hak ve nesafet kuralları çerçevesinde uygun bir miktarı ücret olarak isteyebilir." Y. 13. HD, T. 13.03.2006, E. 2005/10612, K. 2006/3518, Kazancı, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

127 "…Somut olayda davacı ile davalı arasında imzalanmış olan 05.01.2012 tarihli avukatlık sözleşmesinde davacı avukatın alacağı ücretin toplam 18.200,00 TL olduğu bunun 9.100,00 TL'sinin 10 Nisan'da kalanın ise 10 Mayıs'ta ödeneceği anlaşılmaktadır. Mahkemece takip tarihi itibariyle 10 Mayıs'ta ödenmesi gereken kısmın henüz muaccel olmadığından bahisle davanın muaccel olan kısmı yönünden kabulüne karar verilmiştir. Oysa ki sözleşmenin 7. maddesinde de belirtildiği gibi ve ayrıca istifa tarihi itibariyle davacı avukat dosyadan elini çektiğinden tüm vekalet ücreti alacağı muaccel hale gelmiştir." Y. 13. HD, T. 16.11.2015, E. 2014/15124, K. 2015/33136, Legalbank, Erişim: 29.06.2024.

128 "…Davalı vekil eden 31.12.2003 tarihli yazı ile aralarındaki "hukuki danışmanlık sözleşmesini" fesih ettiğini bildirmiş ise de, bu fesih sözleşmede belirtilen feshi ihbar süresine uygun olarak yapılmamıştır. Dolayısı ile taraflar arasındaki hukuki danışmanlık sözleşmesi 2004 yılı içinde yenilenmiştir. Ne var ki, vekâlet sözleşmeleri karşılıklı güvene dayanan bir sözleşme olup, güven sözleşmenin en önemli bir özelliğini teşkil eder. Bu nedenle taraflardan her biri sözleşmeyi her zaman için fesih edebilir. Yani vekâletten istifa ve azil BK'nın 396/1. maddesi gereği her zaman için mümkündür. Ne var ki, azil haksız ise, davacı kalan süre sonuna kadarki ücretin tamamına hak kazanır." Y. 13. HD, T. 14.01.2008, E. 2007/8188, K. 2008/253, Legalbank, Erişim: 29.06.2024 (vurgu yapılmıştır).

Somut olayda fesih ihbarının usulsüzlüğündeki kusura bakarak hakkaniyete uygun değerlendirme yapılabilir.

3. Hakkaniyete Göre Ücret Miktarının Belirlenmesi

Yargıtay'ın hakkaniyete göre ücret ödenmesi sonucuna vardığı kararlarında; avukatın sözleşme ve yasadan kaynaklanan tüm vekalet ücretlerini talep edemeyeceği belirtildikten sonra tamamlanmış işlere ilişkin olarak; avukatın sözleşmenin sona erdiği tarih itibariyle tahsilatla sonuçlandırdığı veya henüz tahsilatla sonuçlanmayan ancak tahsilatı mümkün hale gelen dosyalar ile tahsilat yapılması mümkün olmayacağı anlaşılan dosyalardan dolayı sözleşmede kararlaştırılan ücreti isteyebileceği kabul edilmektedir. Tamamlanmamış işler bakımından ise avukatın sözleşmenin sona erdirildiği tarih itibariyle sonuçlanmayan ve devam edip ne olacağı belli olmayan dosyalardan dolayı da sarf ettiği emek ve mesaisi dikkate alınarak sözleşmeye göre isteyebileceği ücretin altında olmak üzere hak ve nesafet kuralları çerçevesinde uygun bir miktarı ücret olarak isteyebileceği ve ayrıca aynı kurallara uygun olarak karşı taraf vekalet ücretini de isteyebileceği belirtilmektedir.[129]

Kanımızca tamamlanmamış işler konusunda TMK m.4 ve TBK m.126'dan yararlanılması düşünülebilir ancak bunlardan önce TBK m.514 yeterli çözümü sunmaktadır. Bu hükme göre; vekalet sözleşmesinin sona ermesi halinde vekil, prensip olarak ücretin tamamını talep edememekle birlikte, sözleşmenin sona erdiğini öğrenmeden önce gerçekleştirdiği işle orantılı olarak talepte bulunabilir.[130] Talep edilecek miktar TMK m.4 uyarınca hâkim tarafından hakkaniyete göre belirlenecektir. Yargıtay kararlarında da TBK m.514'e göre avukatın sözleşmenin sona erdiği ana kadar sarf ettiği emeğin karşılığı ücretin

---

129 Y. 13. HD, T. 13.03.2006, E. 2005/10612, K. 2006/3518, Kazancı, Erişim: 29.06.2024.

130 Ücretli vekalet sözleşmesi bulunmaktaysa, ücretin orantılı olarak ödenmesi talep edilebilir. Fellmann Walter, Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 6. Band: Das Obligationenrecht (OR), 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1992, Art. 404, N. 30, s. 816; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku: Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 432, 433; Şahin, s. 110; Kayıhan/Ünlütepe, s. 184; Seçer, Makale, s. 894.

ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir.[131] Ödenecek miktar[132] hâkim tarafından takdir edileceğinden hakkaniyete göre karar verilmesi zaten TMK m.4'ün gereğidir.

SONUÇ

Avukatlık Kanunu'nun 174. maddesinde avukatlık sözleşmesinin feshinin ücret alacağına etkisi oldukça katı şekilde düzenlenmiş, avukatın ya tam ücret alacağı ya da hiç ücret alamayacağı bir çözüm tarzı kabul edilmiştir. Kanımızca kanun koyucu fesih nedeninden taraflardan birinin tek başına sorumlu olacağını düşünmüş, diğer ihtimalleri dikkate almamıştır. Bu sebeple fesih nedeninden her iki tarafın da sorumlu olduğu ve her ikisinin de sorumlu tutulamayacağı haller bakı-

---

131 … miras bırakan ücretin tamamına hak kazanmadığı bir dönemde öldüğüne ve ölümle vekâlet sona erdiğine göre, mahkemenin avukatın ölüm gününe kadar sarf ettiği emek ve hüküm kesinleşinceye kadar normal olarak sarf etmesi gereken emeği gözeterek, ölünceye kadar sarf edilen emeğin, kesinleşme gününe kadar sarf edilmesi gereken emeğin yüzde kaçı olduğunu bilirkişiye tespit ettirmesi ve tespit edilecek bu yüzde tutarına hükmetmesi gerekir Y. 4. HD., 21.12.1971 T., E. 9679, K. 10771 (Nak. Uygur, s. 9070).
Davacı Güdüşlü Köyü Tüzel Kişiliği, davalıya verdiği vekâletname uyarınca dava dilekçesinde yazılı davayı takip etmesi gerekirken, savcı olarak meslekten ayrılması nedeniyle bu davaları takip etmediğini bildirerek, davalıya verdikleri 8.000 liranın ödetilmesini istemiştir. Davalı, davacı köye ait birçok davaları takip edip sonuçlandırdığını ve bu yönden davacıda 2.000 lira daha alacağı gerçekleştiğini savunup, karşılık dava olarak 2.000 liranın ödetilmesini istemiştir. Taraflar arasında ücret sözleşmesi bulunmadığı anlaşılmaktadır. Vekilin bu durumda davaların açıldığı günde yürürlükte bulunan avukatlık ücret tarifesi gereğince hak kazandığı tutarın tespiti gerekmektedir. Tarifeye göre vekilin tam ücret alabilmesi için davaların sonuçlanması şarttır. Davalı savcı olarak meslekten ayrıldığına göre, artık görülmekte bulunan davalara giremeyeceğinden ayrıldığı tarihe kadar katlandığı emek göz önünde tutularak, bu davalar için de bu emeği karşılığının kendisine verilmesi gerekir. O hâlde, mahkemece, davalının sonuçlandırdığı ve meslekten ayrılması nedeniyle bitiremediği davaların taraflardan sorularak tespiti ve birleştirilmesi suretiyle' görülmekte olan davaların birleştirme nedeniyle henüz bitirilmemiş ve görülmekte bulunduğu kabul ve bu esaslar uyarınca yapılacak bilirkişi incelemesi sonunda gerçekleşecek sonuca göre karar verilmesi gerekirken, hâlen görülmekte bulunan ve birleştirilmiş davaların sonuçlanmış olarak kabulü ve uyuşmazlığın çözümlenmesine yeterli bulunmayan bilirkişi raporu esas alınarak hüküm verilmesi bozmayı gerektirir. Y. 4. HD., 22.10.1971 T., E. 6999, K. 8783 (Nak. Uygur, s. 9070).

132 Hatırlatalım ki; taraflar arasında sözleşme yoksa ya da sözleşme geçersizse, AAÜT'ye *göre belirlenecek ücret ödenir (Av. K. m.164/IV, AAÜT m.1).*

mından Av. K.'da gerçek ve bilinçsiz bir boşluk olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle fesih nedeninin sonraki ifa imkânsızlığı, işlem temelinin çökmesi (amacın bozulması, sonradan gerçekleşmesi ve ortadan kalkması) olduğu durumlarda Kanun yetersiz kalmaktadır. Bu yetersizlik Yargıtay tarafından giderilmeye çalışılmış fakat tutarlı bir yöntem takip edilmemiştir.

Her şeyden önce Yargıtay kararlarında avukatlık sözleşmesinin feshi için kullanılan haklı ve haksız fesih (azil ve istifa) terimleri kavramsal olarak diğer sürekli edimli sözleşmeler için kullanılan haklı- haksız fesih ile örtüşmemektedir. Bunun ilk nedeni avukatlık sözleşmesinin taraflarına diledikleri zaman ve herhangi bir neden belirtmeksizin sözleşmeyi feshetme olanağı sağlayan yasal fesih hakkıdır (TBK m.512/I/c.1). Bu hak sayesinde sözleşme fesih haksız olsa dahi sona erer, diğer sürekli edimli sözleşmelerde ise haksız fesih sözleşmeyi sona erdirmez. İkinci olarak, diğer sürekli edimli sözleşmeler feshedildiğinde feshe neden olan çekilmezlik olgusundan sorumlu olan taraf olumsuz mali sonuçları üstlenir. Böylelikle sözleşmeyi haklı nedenle fesheden taraf dahi tazminat ödeyebilir ve sözleşme devam etseydi elde edeceği kazançtan mahrum kalabilir. Avukatlık sözleşmesinin feshinde ise haklı fesheden taraf ücrete ilişkin olumsuz sonuçlardan etkilenmez. Bunun nedeni Av. K. m.174/I ve II'de feshin haklılığının çekilmezlik olgusunun yanı sıra, güven ilişkisinin zedelenmesinden kimin sorumlu (kararlarda kullanılan terim ile "kusurlu") olduğuna göre belirlenmesidir. Çekilmezlik nedeninden müvekkil sorumlu ise istifası haklı, azil haksız; avukat sorumlu ise azil haklı, istifa haksızdır. Ücret alacağının belirlenmesi bakımından Yargıtayca kabul edilen bu pratik yaklaşıma göre fesih anında tamamlanmamış işler için; haklı istifa ve haksız azilde avukat tam ücrete hak kazanmakta, haklı azil ve haksız istifada ise hiçbir ücret talep edememekte ve önceden aldığı ücreti iade etmek zorunda kalmaktadır. Fesih anında tamamlanmış işler ise genel kurala uygun olarak fesihten etkilenmemektedir.

Belirttiğimiz gibi bu yaklaşım; feshe neden olan çekilmezlik olgusundan her iki tarafın da sorumlu olduğu ve her iki tarafın da sorumlu olmadığı ihtimalleri dışlamaktadır. Bu ihtimallerde ve Yargıtay kararlarında bazen haklı ya da haksız fesih olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilen; sözleşmenin yasa gereği sona ermesi, sonraki imkânsızlık, işlem temelinin çökmesi ve fesih ihbarı ile sona ermesi gibi hallerde

tarafların sorumluluğu dikkate alınarak ücretin hakkaniyete göre belirlenmesi gerekebilir. Ayrıca, Av K. m.174/II/c.2'de avukatın kusurunun olduğu azilde hiç ücret ödenmeyeceği yazsa da fesih nedeninde her iki tarafın da kusurlu olduğu durumlarda hiç ücret ödenmemesi normun amacına ve sorumluluk hukukunun genel ilkelerine uygun olmayacaktır. Fikrimize göre Yargıtay kararlarında geçen "hakkaniyete göre ücret" ifadesini TBK m.514 ve 126 gerekçelendirmek mümkündür, söz konusu durumlarda ücret hâkim tarafından belirleneceği için takdir hakkının TMK m.4'de düzenlenen hakkaniyet ilkesine göre kullanılması doğal ve zorunludur.

Bu açıklamalarımızı özetleyecek olursak, fesih anında tamamlanmamış işler bakımından:

A. Avukatın tam ücrete hak kazanacağı haller;
   1. Sözleşme ilişkisi çekilmez duruma gelmemiş olmasına rağmen yapılan azil,
   2. Sözleşme ilişkisini çekilmez kılan nedenden yalnızca müvekkilin sorumlu olduğu azil,
   3. Sözleşme ilişkisini çekilmez kılan nedenden yalnızca müvekkilin sorumlu olduğu istifadır.

B. Avukatın hiçbir ücrete hak kazanamayacağı haller;
   1. Sözleşme ilişkisi çekilmez duruma gelmemiş olmasına rağmen yapılan istifa,
   2. Çekilmezlik nedeninden yalnızca avukatın sorumlu olduğu istifa,
   3. Çekilmezlik nedeninden yalnızca avukatın sorumlu olduğu azildir.

C. Avukatın hakkaniyete göre ücrete hak kazanacağı haller:
   1. Sözleşme ilişkisini çekilmez kılan nedenden iki tarafın da sorumlu olduğu azil ve istifa,
   2. Sözleşme ilişkisini çekilmez kılan nedenden iki tarafın da sorumlu olmadığı azil ve istifadır.

Tam ücrete hak kazanan avukat fesih tarihine kadar hak ettiği alacakları, sözleşmenin son bulacağı tarihe kadar ödenmesi gereken ücreti ve masrafları talep edebilir. Ücretin sözleşmede kararlaştırılma-

ması veya ücretin kararlaştırıldığı hükmün geçersiz olması halinde AAÜT'nin alt sınırını oluşturduğu ve Av. K.'ya göre hesaplanacak ücret ödenir. Müvekkilin ödeyeceği ücretten avukatın yapmaktan kurtulduğu iş nedeniyle tasarruf ettiği veya söz konusu iş yerine aldığı başka bir işten kazandığı ve kazanmaktan kasten imtina ettiği ücretin indirilmesi gerekir. Ücrete hak kazandığı durumda avukat akdi ücretin yanında müvekkil lehine hükmedilecek karşı yan vekalet ücretini de isteyebilir. Haksız azilde ve haklı istifada karşı taraf vekalet ücreti avukata ait olmakla birlikte müvekkilin ödemesi gereken miktar yapılan tahsilâta göre belirlenmelidir. Bununla birlikte, dürüstlük kuralının gerektirdiği bazı durumlarda tahsilatın yapılmış sayılması kabul edilebilir. Karşı yan vekalet ücreti ve fer'ilerine müvekkilin bunları diğer taraftan tahsil ettiği günden itibaren temerrüt faizi istenebilmelidir. Zira müvekkil tahsil ettiği bu para bakımından iyiniyetli sebepsiz zenginleşen (TBK m.117) sayılamaz.

Kaynakça

Kitaplar

Akıncı Şahin, Vekalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınları, Konya 2004.

Akipek Şebnem, Alt Vekâlet, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.

Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

Altınok-Ormancı Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.

Aydın Murat, Avukatlık Ücreti, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

Başpınar Veysel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınevi, Ankara 2004.

Baysal Başak, Sözleşmenin Uyarlanması, 3. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Bilge Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sevinç Matbaası, Ankara 1971.

Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014 (1998 Baskıdan Tıpkı Basım). (Anılış: Sözleşmeden Dönme)

Cumalıoğlu Emre, TBK, CISG ve Karşılaştırmalı Hukukta Öngörülebilen İhlal, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.

Demirsatan Barış, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 29. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2024. (Anılış: Genel)

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara 2023. (Anılış: Özel)

Fellmann Walter, Berner Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 6. Band: Das Obligationenrecht (OR), 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, Stämpfli Verlag AG, Bern 1992.

Gökyayla K. Emre, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Güner Semih, Avukatlık Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2011.

Günergök Özcan, Avukatlık Sözleşmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

Hatemi Hüseyin/Serozan Rona/Arpacı Abdülkadir, Borçlar Hukuku: Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

İlgün Candaş, Avukatlık Ücret Sözleşmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

İnceoğlu M. Murat, Kira Hukuku Cilt 1, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.

Karateke Songül, Avukatlık Sözleşmesinde Ücret, Turhan Yayınevi, Ankara 2006.

Mısır Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, 3. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2016. (Anılış: Disiplin)

Mısır Haşim, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücret Soru-Cevap, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 380, Ankara 2020. (Anılış: Ücret)

Müderrisoğlu Feridun, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974.

Özkaya Eraslan, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Güncellenmiş 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.

Tercier Pierre/Pichonnaz Pascal/Develioğlu H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Turan Fühner Ezgi, Avukatın Azli ve Haksız Azlin Hukuki Sonuçları, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.

Sarı Suat, Vekalet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Beşir Yayınevi, İstanbul 2004.

Seçer Öz, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, 2.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020 (Anılış: Kitap).

Seliçi Özer, Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2247, Hukuk Fakültesi No: 505, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976.

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007.

Sungurtekin Özkan Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6102 ve 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değişiklikleri ile Güncellenmiş 4. Baskı, Fakülteler Kitabevi, İzmir 2013.

Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt 2, 5. Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.

Tutumlu Mehmet Akif/Usta Murat, Vekalet Ücreti Davası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.

Uygur Turgut, Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 8, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Yavuz Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 11. Baskı (Haz. Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak), Beta Yayıncılık, İstanbul 2022.

Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 20. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.

Tezler

Bağlı Tahiroğlu Yasemin, Hukuk Yargılamasında Vekâlet Ücreti, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

Makaleler

Aksu Raziye, "Avukatlık Sözleşmesinin Unsurları ve Hukuki Niteliği", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2016, S. 27, ss. 861-891.

Akyol Şener, "Venire Contra Factum Proprium (Önceki Eylem İle Çelişkili Davranış Yasağı)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, ss. 77-96.

Burcuoğlu Haluk, "Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2003, S. 49, ss. 49-82.

Buz Vedat, "Vekâlet Sözleşmesini Uygun Olmayan Zamanda Sona Erdiren Tarafın Sorumluluğu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 2022, C. 38, S. 3, ss. 373-404. (Anılış: Vekâlet Sözleşmesi)

Cumalıoğlu Emre/Kalkancı Yasemin/Öbek Sena, "Avukatın Hapis Hakkına İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2024, S. 175, ss. 303-358.

Ertaş Şeref, "Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Sonuçları", Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara 2008, ss. 391-399.

Kayıhan Şaban/Ünlütepe Mustafa, "Vekâlet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Sebepleri", *FSM İlmi Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, 2014, S. 3, ss. 171-212.

Schwarz Andreas B., "Türk Borçlar Hukukuna Göre Akdin İhlali Sebebiyle Fesih," Ebül'ula Mardin'e Armağan, İstanbul 1943, ss. 759-794.

Seçer Öz, "Vekâlet Sözleşmesinin Vekâlete Özgü Sebeplerle Sona Ermesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, C. 2, Özel Sayı: Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun 5. Yılına Armağan, ss. 877-944 (Anılış: Makale).

Şenocak Zarife, "Avukatın Akdi Sorumluluğunun Şartları", *Ankara Barosu Dergisi*, 1998, S. 2, ss. 5-33.

İnternet Kaynakları

Kazancı, İçtihat Bilgi Bankası, https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/yargitayindex.htm, Erişim: 29.06.2024.

Legalbank, Elektronik Hukuk Bankası, https://legalbank.net/arama/mahkeme-kararlari, Erişim: 29.06.2024.

Lexpera, İçtihat Arama, https://www.lexpera.com.tr/ictihat/arama, Erişim: 29.06.2024.

Sinerji, İçtihat, https://mevzuat.sinerjias.com.tr, Erişim: 29.06.2024.

Türkiye Barolar Birliği Meslek Kuralları, https://d.barobirlik.org.tr/mevzuat/avukata_ozel/meslek_kurallari/tbb_meslek_kurallari-2022.pdf, Erişim: 30.12.2024.

TBB Dergisi 2025 (178) s. 257-289

AYIPLI ESER NEDENİYLE SÖZLEŞMEDEN DÖNME HAKKININ İŞ SAHİBİNİN ARSASI ÜZERİNDE YAPILAN ESERLER BAKIMINDAN SINIRLANDIRILMASINA İLİŞKİN ELEŞTİRİLER

CRITICISMS REGARDING THE RESTRICTION OF THE RIGHT TO WITHDRAW FROM A CONTRACT DUE TO DEFECTIVE WORK IN THE CONTEXT OF WORKS CONSTRUCTED ON THE CLIENT'S LAND

Betül TİRYAKİ ÖZLÜK*

Özet: Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı ifası nedeniyle iş sahibi, TBK m. 475/I gereği eserin hakkaniyet gereği kabulünün beklenemediği, ciddi ayıplar taşıdığı veya bu ölçüde sözleşmeye aykırı olduğu durumlarda dönme hakkına sahiptir. Eserin bu derece ayıplı olmasına rağmen, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olması ve sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak olması halinde ise TBK m. 475/III uyarınca iş sahibi dönme hakkını kaybetmiş sayılır. Söz konusu düzenlemelerle, iş sahibi sadece bedelden indirim veya onarım haklarını kullanmak zorunda kalmakta, bu haklar ise iş sahibinin menfaatinin yeterince korunamaması sonucunu doğurmaktadır. TBK m. 475/I düzenlemesi ile kanun koyucu, eserin ciddi ayıplar taşıması halinde "hakkaniyet ilkesine" dayanarak menfaat dengesinde tercihini iş sahibi lehine kullanmış, ancak bu ilkeden iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserler bakımından vazgeçilmiştir. Oysa bu ihtimalde dahi, hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir. Aynı ilkenin TBK m. 475/III'te iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserler bakımından da dikkate alınması, hükmün son fıkrasının ilk fıkranın amacına uygun şekilde yorumlanması mümkün görülmeli, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserler bakımından da hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmelidir. Çalışmada, benzer yorumun yapılarak, iş sahibinin hiçbir şekilde kullanamayacağı, hakkaniyet ilkesi dikkate alındığında iş sahibi tarafından kabul edilmesi beklenemez şekilde ayıplı olan eserler bakımından "aşırı zarar"dan bahsedilemeyeceğini peşinen

* Doç. Dr., TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, btiryaki@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8241-4535, Makalenin Gönderim Tarihi: 28.04.2025 Kabul Tarihi: 23.05.2025

kabul eden İsviçre Hukuku uygulaması ele alınmış; ayrıca iş sahibinin haklarını TBK m. 475/III'deki gibi hükümle sınırlamayan sadece somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri tartılmak suretiyle hakkın kullanılıp kullanılmayacağı konusunda karar verilmesini öngören Alman Hukuku düzenlemeleri inceleme konusu yapılmış, çözüm önerileri getirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Hakkaniyet Gereği Kabulün Beklenemezliği, Sözleşmeden Dönme Hakkı, Ayıplı İfa

Abstract: According to Article 475/I of the Turkish Code of Obligations (TBK), the party ordering the work has the right to withdraw from a contract if the contractor's performance is defective to the extent that acceptance of the work cannot reasonably be expected, if it has serious defects, or if it deviates from the contract to this extent. However, if the work, despite being so defective, has been performed on the immovable property of the party ordering the work and its removal would cause excessive damage, Article 475/III of the TBK stipulates that the party ordering the work loses the right to withdraw. These provisions compel the party ordering the work to exercise only the rights of price reduction or repair, which often fail to adequately protect the interests of the party ordering the work. With Article 475/I, the legislator, based on the "principle of equity," favored the party ordering the work in the balancing of interests when the work has serious defects. However, this principle is abandoned when the work is performed on the immovable property of the party ordering the work. Even in this case, the party ordering the work should be able to withdraw from the contract if equity requires it. The same principle of equity should be considered in Article 475/III of the TBK regarding works performed on the immovable property of the party ordering the work. The last paragraph of this provision should be interpreted in accordance with the purpose of the first paragraph, and it should be accepted that the party ordering the work can withdraw from the contract if equity so requires, even when the work is performed on their immovable property. This study examines Swiss legal practice, which, through a similar interpretation, accepts a priori that "excessive damage" cannot be invoked regarding works that are so defective that the party ordering the work cannot use them in any way and whose acceptance cannot be expected by the party ordering the work considering the principle of equity. Furthermore, the study examines German legal regulations, which do not limit the rights of the party ordering the work with a provision like Article 475/III of the TBK, but rather stipulate that the exercise of the right should be decided based on a concrete assessment of the mutual interests of the parties in each individual case, and offers solutions based on these comparisons.

Keywords: Contract of Construction, Unacceptability Based on Equity, Right of Withdrawal, Defective Performance

GİRİŞ

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu olması için gereken koşullar gerçekleştiğinde iş sahibi, TBK m. 475'te kendisine tanınan üç seçimlik haktan birisini kullanabilir. Hukuki niteliği itibariyle yenilik doğurucu olan bu haklar, "sözleşmeden dönme", "bedelin indirilmesi" ve "ücretsiz onarım" dır. İş sahibi, seçimlik haklardan biriyle birlikte, zararı tazmin talebinde de bulunabilir.[1]

İş sahibinin yükleniciye karşı sahip olduğu haklardan şüphesiz en ağırı "sözleşmeden dönme"dir. Sözleşmeden dönme (*Rücktritt*) ile, eser sözleşmesi geriye etkili (*ex tunc*) olarak sona ermekte; tarafların yerine getirilmemiş talepleri sona ererken, yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi yükümlülüğü doğmaktadır (TBK m. 229, Art. 208 OR)[2].

Geçmişe etkili sonuç doğurması nedeniyle dönme, yüklenicinin tüm emek ve harcamalarının boşa gitmesine, yaptığı işlerin karşılığı olan ücreti talep edememesine neden olmaktadır. Yine, eserin iadesi bakımından da dönme hakkının kullanılmasına bağlı problemler doğmakta; özellikle iş sahibinin taşınmazı üzerinde doğrudan veya dolaylı olarak taşınmaza sabitlenmiş şekilde (örneğin yerleşik yakıt tankları, asansör, ısıtma sistemi) inşa edilen eserler bakımından, eserin kaldırılmasının, sökülmesinin, yıkılmasının ve yıkılma sonrası kalanların götürülmesinin ciddi masraflara neden olması ve bu masrafların yüklenici tarafından karşılanacağının kabul edilmesi[3] yüklenicinin altından

---

1 Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019, N. 1554; Fikret Eren/Ünsal Dönmez, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. V, m. 393-646, Yetkin, Ankara 2023, s. 1425; Theodor Bühler, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zum Obligationrecht Art. 363-379 Zürich 1998 (Bühler-ZK OR Art. 368), N. 7; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 21. Bası, Vedat, İstanbul 2021, s. 559.

2 Gauch, N. 1533; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 56; Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016, N 7, Art. 368 OR; Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel hükümler, 29. Baskı, Legem, Ankara 2024, N. 3501, s. 1266; Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007; M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 21. Bası, Vedat, İstanbul 2023, s. 545; Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha, İstanbul 2024, s. 674 vd.

3 Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen 2015, Nr. 645; Halûk Tandoğan, Türk Mesûliyet Hukuku, Vedat, İstanbul 2010 (Tandoğan, Mesûliyet), N. 659; Benzer şekilde, yüklenici tarafından iş sahibinin taşınır bir malına eklenmiş ve böylece taşınır malın bütünleyici parçası haline getirilmiş eserler bakımından da aynı çözümün geçerli olduğu kabul edilmektedir. Gauch, N. 1543.

kalkamayacağı maliyetlerle karşılaşması sonucunu doğurmaktadır.[4] Bu nedenle, TBK m. 475/I, b. 1'de, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bir takım sıkı koşullara bağlanmış, iş sahibinin somut olaya göre tespit edilecek bu koşulların bir arada gerçekleşmesi halinde sözleşmeden dönebileceği kabul edilmiştir. [5]

TBK m. 475/I, b. 1 uyarınca, "*eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı*" olduğu takdirde sözleşmeden dönmek mümkün bulunmaktadır. Bununla birlikte aynı hükmün son fıkrasında eserin, "*iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa"* iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı da belirtilmektedir. Kanun koyucu TBK m. 475/III düzenlemesiyle, iş sahibi tarafından kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı olsa dahi (!) eserin, iş sahibine ait olan taşınmaz üzerinde yapılması nedeniyle, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğurması ek şartıyla dönme hakkının kullanılmasını engellemiştir. Hüküm bu düzenlemesiyle doktrinde yetersiz ve hatalı olarak değerlendirilmektedir.[6] Buna göre, iş sahibi çoğu zaman bir anlam ifade etmeyecek "bedel indirimi" veya neredeyse imkânsız olan "onarım" hakkını kullanmak zorunda kalacak, en fazla bu haklarla birlikte tazminat talep edebilecek ve nihayetinde kullanamayacağı kadar ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir eserle baş başa bırakılacaktır.

Çalışmamızda, öncelikle söz konusu sınırlamanın kapsamı ve şartları üzerinde durulacak, daha sonra sınırlamanın uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçları ve uygulama alanı bulamayacağı hallere ilişkin değerlendirme yapılarak çözüm önerileri sunulacaktır.

---

4 Yüklenicinin karşılamak zorunda kaldığı bu masraflar, iş sahibinin eserdeki ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermek üzere yükleniciden talep edebileceği tazminattan farklı olarak yüklenicinin kusurlu olmasını da gerektirmemektedir. Gauch, N. 1443a.

5 M. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Turhan, Ankara, 2023, s. 481.

6 Abdülkadir Arpacı, "İş Sahibinin Arsası Üzerinde yapılmış Binalarda Ayıp Sorunu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2005, Sa. 2, s. 251-256, s. 252.

I. DÖNME HAKKI VE HAKKIN KULLANIMI İÇİN ÖNGÖRÜLEN ÖZEL KOŞUL: İŞ SAHİBİ TARAFINDAN KABULÜN BEKLENEMEMESİ

A. Genel Olarak Dönme Hakkı

Dönme Hakkı, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan yenilik doğuran bir haktır. Dönme ile, yüklenici, ücreti faizi ile iade etmelidir.[7] İş sahibinin ayıplı olması nedeniyle eseri teslim almadan kaçındığı haller bir yana bırakılırsa,[8] iş sahibi de teslim aldığı eseri elde ettiği faydalarla geri vermekle yükümlüdür.[9] Bununla birlikte, iş sahibi, eserin bakım ve onarım masraflarını veya sigorta primlerini ödemişse, bu giderlerin yüklenici tarafından karşılanmasını isteyebilir (TBK m. 229/I, 2. bent, Art. 208 Abs. 2 OR).[10]

Eserin iş sahibinin taşınmazı üzerine monte edilmiş olması durumunda (asansör, ısıtma tesisatı), iş sahibi ayıplı eseri yükleniciye en az zarar verecek şekilde masrafı da yükleniciye ait olmak üzere kaldırılmalı, taşınmazından çıkarmalı, hatta bu işlemlerin yüklenici tarafından yerine getirilmesi için yükleniciye bir süre de vermelidir.[11] Eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde bulunması[12] ve bu mülkiyet dolayısıyla iş sahibinin eseri bizzat kaldırma yetkisi bulunması nedeniyle bu tür bir ek sürenin verilmesini gerekli görmeyen Federal Mahkeme kararı[13] bir kenara bırakılırsa, en azından masraflara tarafların hangisinin katlanması gerektiğine ilişkin problemin çözümü için yükleniciye ek

---

7 Gauch, N. 1533; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 56; Hürlimann/ Siegenthaler, N 7, Art. 368 OR.

8 Halûk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı Basım, Vedat, İstanbul 2010, s. 178.

9 Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 55; Gauch, N. 1533; Malzemenin iş sahibi tarafından sağlanmış olması dahi iade yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İş sahibi, eseri iade etmeyip zenginleşme tutarını talep edemez, ancak malzemenin değerini isteyebilir. Bkz. Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan, Ankara 1992, s. 54; Tandoğan, s. 179.

10 Gauch, N. 1533-1536.

11 Görüşler için bkz. Claire Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019, Rn. 3165; BGE 93 II 317, 326; Hürlimann/ Siegenthaler, N 7, Art. 368 OR.

12 TMK m. 718/II gereğince yapılar arazinin mülkiyetine tabi olacaktır.

13 BGE 98 II 118.

süre verilmesi (TBK m. 124, Art. 108) uygun görülmektedir.[14] Bu arada, yüklenicinin de sözü edilen eserleri götürme hakkının bulunduğuna işaret etmek gerekir.[15]

İş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan ayıplı eser bir yapıysa, işin niteliği gereği eserin aynen iadesi mümkün olmayacağından, yıkım sonucu ortaya çıkan hurda malzemeleri iade edilecektir. Yapının yıkılmadığı hallerde ise, değerinin hesaplanarak yükleniciye iadesi gerekmektedir. Bir görüşe göre,[16] bu değer işçilik ve malzeme masraflarından ibaret sebepsiz zenginleşme değeridir. Başka bir görüş ise, ayıplı olsa dahi yapının taşınmaza değer kazandırdığını bu nedenle yüklenicinin kâr payını da içeren yapının objektif değerine tekabül eden bedelin verilmesi gerektiğini savunmaktadır.[17]

Alman hukukunda, iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi ayıp nedeniyle eserin kısmen veya tamamen iadesinin imkansız hale geldiği hallerde istisnaen kabul edilmekte,[18] diğer hallerde eserin niteliği gereği yapılamayan ayni iade, eserin ayıplı değerinin yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedel alacağından[19] mahsup edilmesi suretiyle gerçekleştirilmektedir (§ 346 Abs. 2, Nr. 2/1).[20] Bu çözüm, neredeyse bedelden indirim hakkının kullanılması ile aynı sonuçları doğurmaktadır.[21]

Tarafların karşılıklı olarak ifa ettikleri edimlerinin iadesi, bir görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir.[22] Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde iade yükümlülüğüne ilişkin Yargıtay

---

14 Gauch, N. 1545; Koller, N. 659.

15 Tandoğan, s. 180.

16 M. Turgut Öz, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, Vedat, İstanbul 2021, s. 246; Kantonsgericht St. Gallen, III Zivilkammer, BZ_2006_93 (06.05.2008); Alman hukukunda Jan Busche, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, §§ 631-650 BGB, 9. Aufl., München 2023 (BuscheMüKo § 634 BGB), Rn. 29.

17 Serkan Ayan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin temerrüdü, Ankara 2008, s. 259-260.

18 BuscheMüKo § 634 BGB, Rn. 29.

19 Sözleşmede kararlaştırılan bedel alacağından ziyade ayıpsız objektif değerin dikkate alınması gerektiğini savunan görüş için bkz. Jürgen Kohler, Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung, JZ 2002, s. 682-696, 689.

20 BGH NJW 2011, 3085 Rn. 7; BuscheMüKo § 634 BGB, Rn. 30.

21 OLG Düsseldorf NJW 2011, 1081 (1082); BuscheMüKo § 634 BGB, Rn. 30.

22 Koller, s. 405.

kararlarında da, yüklenicinin dönme tarihine kadar yaptığı inşaat masraflarını, hakkın kullanılmasıyla sözleşme geriye etkili sona ermiş sayılacağından,[23] inşaatta yaptığı kısımla orantılı arsa payı olarak değil, sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince imalini tamamladığı inşaat kısmına ilişkin bedel olarak alacağı kabul edilmektedir.[24]

İş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, ayıp sonucu uğranılan zarar kalemlerinden (TBK m. 475/II, Art. 368/II) sadece menfi zararların tazmini talep edebilir. Bu zararların kapsamına, sözleşmenin kurulması nedeniyle yapılan giderler, işin denetlenmesi, eserin incelenmesi için yapılan masraflar ve dönme hakkının kullanımı nedeniyle faydasız hale gelen diğer masraflar girer. Buna karşılık, ifa menfaatinin tazmini, diğer bir ifadeyle müsbet zarar tazmini istenemez.[25]

Eser sözleşmesinden dönme hakkının kullanılması ile birlikte, iş sahibinin olası bir bedelden indirim ve onarım hakları da sona ermektedir. İş sahibi, artık borçlu olmadığı ve ödenmişse geri alacağı bedelin indirilmesini talep edemeyeceği gibi, hak sahibi olmadığı eserin onarılmasını da isteyemez.[26]

B. Dönme Hakkının Kullanılması İçin Öngörülen Özel Koşul: İş Sahibi Tarafından Kabulün Beklenememesi

Dönme hakkının kullanımı sonrasında ortaya çıkan sonuçların çoğu yükleniciyi çeşitli güçlüklerle baş başa bırakır, bu sonuçlar özel-

---

23 Y. 15. HD., 23.02.1992, E. 91, K. 3767-843; bkz. Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, 11. Bası, Beta, İstanbul 2022, s. 1137, dpn. 237; Gauch, N. 1531; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Yetkin, Ankara 2022, s. 495-496.

24 Oysa, sözleşmeye ileriye etkili olarak son verilmiş, diğer bir ifadeyle sözleşme feshedilmiş olsa, yüklenici inşaatı getirdiği fiziki seviyeye orantılı arsa payı devrini talep edebilecektir. Bkz. Y. 15. HD., E. 2004/4582, K. 2005/1338; Yavuz/Acar/Özen, s. 1137, dpn. 237; Y. 14. HD., 01.04.2009, E. 1031, K. 415, YKD, C. 36, S. 7, Temmuz 2010, s. 1258-1262; Karara konu olayda inşaatın fesih tarihindeki seviyesi %92 oranında olduğu kesinleşen mahkeme kararı ile sabit bulunduğundan, yüklenicinin yaptığı inşaata %92 oranında pay sahibi olduğu, inşaattaki bağımsız bölümlerin %92 oranında yükleniciye, %8 oranında arsa sahibine bırakılacağı kabul edilmiştir. Kılıçoğlu, s. 483, dpn. 104.

25 Hürlimann/ Siegenthaler, N 7, Art. 368 OR; Gauch, N. 1875.

26 Gauch, N. 1588.

likle eserin bir taşınmaz üzerinde meydana getirilmesi halinde çözümü son derece zor problemlerin ortaya çıkmasına neden olur.[27] Bu nedenle, iş sahibi, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun bulunduğu her durumda dönme hakkına sahip görülmemiş, sözü edilen hak "eserin kabulünün beklenememesi" özel şartına bağlanmıştır. TBK m. 475/I'de bu şart "*Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa*" şeklinde ifade edilmektedir.[28]

Eserin kullanılamazlığı, TBK m. 475'te belirtilen, ayıplı eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemeyeceği hallerin başında gelir. Ancak "kullanılamazlık" eserin kabulünün beklenemediği durumlara verilen bir örnekten ibarettir.[29] Eserin kabulünün beklenememesi hükümde belirtildiği gibi hakkaniyetin gerektirdiği pek çok halde, örneğin eserin kullanılabilir olmasına rağmen sözleşmeye aykırı şekilde meydana getirilmesi durumunda söz konusu olabilir.[30] Buna göre, iş sahibinin taşınmazı üzerinde inşa edilen binada banyoların ayıpsız ve kullanılabilir durumda olmasına rağmen, sadece sözleşmede banyoların kullanım alanının 5 metre kare'den düşük olmayacağına ilişkin hüküm bulunması,[31] bir buhar kazanının garanti edilen su ihtiyacının üstünde su harcaması, kalorifer tesisatının istenilen saçaklığı sağlama-

---

27 Gauch, N. 1555.

28 "Yüklenici tarafından çatıda su izolasyonu, yağmur oluğu ve asansör boşluğu kapatılmasına ilişkin yapılan işlerin sorunu çözebilecek mahiyette olmadığı,…bilirkişiler tarafından sözleşme kapsamında yapılan işlerin tam_ayıplı olduğunun ve mevcut hali ile kullanılmasının mümkün olmadığının tespit edilmesi karşısında tam ayıplı olduğu tespit edilen işe ilişkin olarak davacının sözleşmeden dönme ve sözleşme kapsamında ödenen bedeli talep etme hakkının bulunduğu"; Ankara 14. Asliye Ticaret Mahkemesi, 1.03.2022, E. 2020/279 K. 2022/121 (Lexpera Veri Tabanı).

29 Gauch, N. 1555; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 43; Yavuz/Acar/Özen, s. 1137; Aral/Ayrancı, s. 495; M. Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 61; Mustafa Reşit Karahasan, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. III, İstanbul Matbaası, 1979, s. 144.

30 Gauch, N. 1558; Şenocak, s. 51; Tandoğan, s. 181; Gümüş, s. 61; Zevkliler/Gökyayla, s. 559; Berk Kenan Koyuncu, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlandırmaya Dair Bir Değerlendirme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 11, Sa. 145-146, s. 1069-1093, s. 1080.

31 Kılıçoğlu, s. 482.

ya elverişli olmaması[32] sözleşmeden dönme hakkının kullanabilmesini sağlayacaktır.

İş sahibi tarafından eserin kabulünün beklenemeyecek derecede ayıplı olması veya sözleşme hükümlerine aykırılığı, somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri hakkaniyet ilkesine (TMK m. 4, Art. 4 ZGB) göre tartılmak suretiyle belirlenir.[33] Özellikle, bedelden indirimin veya onarımın iş sahibi bakımından faydası olup olmayacağı,[34] dönme hakkının kullanımının yüklenicinin uğrayacağı zarar ile iş sahibinin elde edeceği yarar arasında aşırı dengesizlik bulunup bulunmadığı ve ayıbın giderilmesi için gereken zaman ve masraf araştırılır.[35] Değerlendirmede temel ölçüt, ayıbın niteliği ve kapsamı olduğundan,[36] somut olayda bedelden indirim veya onarım imkanının bulunması, sözleşmeden dönme hakkını doğrudan doğruya ortadan kaldırmayacaktır.[37] Bununla birlikte, İsviçre doktrininde ağır sonuçları itibariyle "kullanılamazlık" durumunun dar yorumlanması, eserin iş sahibi bakımından kullanılmasının neredeyse imkânsız olduğu, ayıbın giderilmesinin mümkün bulunmadığı hallerde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiği de savunulmaktadır.[38] Buna karşılık, örneğin, basit bir arıza nedeniyle elektriksiz kalan bir yapı, temin edilebilir bir parçası eksik olduğu için çalışmayan asansör bakımından, o an için eser kullanılamayacak durumda olsa bile bu durum kolaylıkla ortadan kaldırılabileceğinden iş sahibi dönme hakkına sahip görülmemelidir.[39]

---

32 Karahasan, s. 144.

33 Gauch, N. 1558; Huguenin, N. 3164; Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, Ankara 1977, s. 1032-1033; Y. 15. HD., 07.01.2020, E. 2019/3081, K. 2020/2; Y. 23. HD., 23.09.2019, E. 2016/6717, K. 2019/3793 (Eren/Dönmez, s. 1428); Tandoğan, s 181; Yavuz/Acar/Özen, s. 1138; Zevkliler/Gökyayla, s. 560; Alman hukukunda aynı yönde; Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit (Bearbeiter) Privates Baurecht, 4. Auflage 2022, Rn. 32.

34 Y. 15. HD., 07.01.2020, E. 2019/3081, K. 2020/2; 23.12.2015, E. 2015/1080, K. 2015/6602; 11.11.2013, E. 2012/6652, K. 2013/5819 (Kazancı Veri Tabanı).

35 Hasan İlker Duman, İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 850; Aral/Ayrancı, s. 495.

36 BGE 124 III 461; Gauch, N. 1559.

37 Huguenin, N. 3164; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 49; Tunçomağ, s. 1032; Ayıbın onarım yoluyla ortadan kaldırılmasının mümkün olsa bile, bu onarıma razı olmak iş sahibinden beklenemez ise dönme hakkı yine de kullanabilecektir. Bkz. Y. 15. HD., 06.02.2007 T., E. 2006/61, K. 2007/653 (Kazancı Veri Bankası).

38 Gauch, N. 1568.

39 Öz, s. 243.

Ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın dönme hakkının kullanımı için yeterli bir gerekçe sunup sunmadığına ilişkin değerlendirmede,[40] çeşitli hususlar da göz önünde bulundurulur.[41]

Bu hususlardan biri yüklenicinin ve iş sahibinin kusur oranlarıdır; ayıpta yüklenicinin kusurunun ağırlığı, kabulün beklenemediği bir durum olarak değerlendirilir.[42]

Dolayısıyla, kabul edilemezlik değerlendirmesinde sadece eserin ayıbına ilişkin koşullar değerlendirme konusu yapılmamakta, eserin kabulünün beklenebilir veya beklenemez olduğunu iddia eden tarafların bu ayıba ne oranda neden olduğu da incelenmektedir. Bu düşünce, "Hak arayanın elleri temiz olmalıdır" ilkesini yansıtır. Yüklenici ayıbın önemli olmadığı hallerde bile ağır kusurlu ise, kabulün beklenebilirliğini ileri sürememelidir. [43]

İş sahibinin eserin ayıplı meydana getirilmesinde rol oynayan kusuru da, kabulünün beklenmesi sonucu doğurabilmektedir. [44] İş sahibinin kusuru bulunmasa bile, dönme hakkını kullanmada yeterli bir gerekçe sunmaksızın geç kaldığı hallerde eseri kabul etmesi beklenir. Yine, eserin yapımında kullanılan malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı ve malzemenin değerinin yapılan işe göre orantısız bir şekilde yüksek olması da böyledir. Yüklenicinin bu değeri karşılaması zor olacağından iş sahibi eseri kabul etmelidir.

---

40 Ayıbın dönme hakkının kullanımını haklı çıkaracak derecede önemli olup olmadığı konusunda inceleme yapılmamış olması bozma nedeni olarak görülmektedir; "Mahkemece yapılan araştırma ve inceleme hüküm vermeye elverişli değildir…. Mahkemece, raporu hükme esas alınan bilirkişi kurulundan, TBK'nın 475. maddesinde belirtilen seçimlik haklara göre ayıbın niteliği, başka deyişle eserin reddini gerektirip gerektirmediği, bedelden indirim yapılıp yapılmayacağı ve onarımın aşırı masraf gerektirip gerektirmediği konularında; indirim gereken miktar ve onarım masrafları konusunda gerekçeli ve denetime uygun rapor alınarak davanın sonuçlandırılması gerekir. Açıklanan sebeplerle eksik inceleme ve hatalı değerlendirmeyle verilen kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir." Y. 6. HD., 6.11.2023, E. 4164, K. 3686 (Kazancı Veri Tabanı).

41 Tandoğan, s. 182.

42 Zurich Obergericht, II Zivilkammer, ZR 79/1980, 278 (12.09.1980); Gauch, N. 1559-1560; Y. 15. HD., 3.4.2017, E. 6137, K. 1490; 8.10.2001, E. 2001/1996, K. 2001/4384 (Kazancı Veri Tabanı).

43 Pascal Pichonnaz/Thomas Siegenthaler, Werkvertrag, Urteilsbesprechung, BR 2017, s.172-176, s. 174.

44 Tandoğan, s. 181; Gauch, N. 1563.

Buna karşılık, ücret indiriminin mümkün bulunmaması, bir diğer ifadeyle ayıbın, eseri tamamen değersiz hale getirmesi suretiyle neredeyse ücrete denk bir indirimi gerektirmesi kabulün beklenemeyeceği durumlar olarak görülmektedir.[45] Ayıplı eserin onarımının olanaklı olmadığı veya iş sahibi için faydasız olması ya da ayıbın giderilmesinin güç olması kabulün beklenemeyeceği durumlar olarak görülmektedir.[46] Sözleşme ile indirim hakkının kullanılamayacağının kararlaştırılmış olması ve yüklenicinin onarım talebini reddettiği haller de bu durumlara eklenebilir.[47]

Eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenip beklenmeyeceği konusunda yapılan değerlendirmede dikkate alınan başka bir kriter, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, yıkılması ve kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak olmasıdır. Kanun koyucunun iş sahibini eseri kabul etmek zorunda bıraktığı bu durum, aynı zamanda aşağıdaki başlıkta ele alacağımız dönme hakkına getirilen önemli bir sınırlama niteliğindedir.

II. DÖNME HAKKINA GETİRİLEN SINIRLAMA

A. Sınırlamanın Kapsamı

Ayıplı eser teslimi halinde iş sahibinin dönme hakkını özel koşullara bağlayan kanun koyucu bununla yetinmemiş ayrıca TBK m. 475/III'te eserin, "*iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa*" iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağını da belirterek hakkın kullanımını önemli ölçüde sınırlamıştır.[48]

Türk-İsviçre Hukukunda yer alan bu sınırlama hükmüne, Alman hukukunda rastlanmamaktadır. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması halinde iş sahibine § 634 Abs. 4 BGB'de tanınmış olan dönme

---

45 Gauch, N. 1575; Hürlimann/Siegenthaler, N 5, Art. 368 OR.

46 Y. 15. HD., 28.01.2004, E. 3442, K. 446 (Duman, s. 851).

47 Gauch, N. 1561; Hürlimann, Siegenthaler, N 5, Art. 368 OR.

48 Dönme hakkının ayrıca iş sahibinin sorumlu olduğu bir nedenle eserin yok olması, iş sahibinin eseri devretmesi veya değiştirmesi, ayıbı bilerek eseri kullanması gibi kendine özgü ortadan kalma nedenleri bulunduğunu da belirtmek gerekir. Bkz. Tandoğan, s. 184; Gauch, N. 1576a.

hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin problem, somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri tartılmak suretiyle çözülmektedir.[49] Değerlendirmede, ayıbın önemi, eserin kullanılabilirliği ve ayıp nedeniyle eserdeki değer kaybı gibi hususlar dikkate alınmaktadır.[50] Hükümde sadece işin doğası gereği dönme hakkının kullanılamayacağı; ayıptan tamamen veya kısmen iş sahibinin sorumlu olduğu, eserin teslim alınmasında iş sahibinin geciktiği veya kısmi ifa halinde bu kısımdan iş sahibinin faydalanabildiği hallerin (§ 323 BGB) belirtilmesiyle yetinilmiş, bunlar dışında herhangi bir kısıtlamaya yer verilmemiştir.[51] Alman doktrininde, inşaat sektöründe olduğu gibi, doğası gereği bir iadenin gerçekleştirilmesinin son derece zor veya imkansız olduğu hallerde bile dönme hakkı varlığını sürdürdüğü, bu halde tarafların örtülü bir anlaşma ile dönme hakkından feragat ettileri sonucuna varılamayacağı kabul edilmektedir.[52]

Hukukumuzda sınırlamanın iki önemli koşulu bulunmaktadır. Bunlardan ilki, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olması, diğeri ise sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğuracak bulunmasıdır.

1. Eserin İş Sahibinin Taşınmazı Üzerine Meydana Getirilmesi

Buraya taşınmaz üzerinde yapılmış bina, inşaat, karayolu, köprü, baraj, stadyum, alışveriş merkezi gibi eserler girmektedir.

2. Eserin Sökülüp Kaldırılmasının Aşırı Zarar Doğuracak Olması

Kanun koyucu, TBK m. 475/III hükmü ile iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olan eserin sökülüp kaldırılmasının "aşırı zarar"[53]

---

49 Messerschmidt/Voit, Rn. 32.

50 Messerschmidt/Voit, Rn. 32.

51 BuscheMüKo BGB, § 634, Rn. 22.

52 BuscheMüKo BGB, § 634, Rn. 33; Karşı yönde verilen karar için bkz. OLG Koblenz NJW 1962, 741.

53 İsviçre Borçlar Kanunu'nda "aşırı zarar" yerine "orantısız dezavantajlar veya güçlükler" olarak Türkçeye çevirebileceğimiz "unverhältnismäßigen Nachteilen" kavramı kullanılmaktadır. Bu kavram "zarar" kavramına göre daha geniş olup, malvarlığında her hangi bir azalma olmasa bile en azından yüklenicinin uğradığı zararı ispat etmesine gerek kalmadan yüklenicinin doğrudan bir zarara uğramadan karşılaşabileceği, inşaat takviminin değişmesi gibi diğer olumsuzlukları da kapsayacak niteliktedir.

doğuracağı hallerde,[54] harcanan büyük emek ve masrafın boşa gitmesini engelleme düşüncesiyle,[55] sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına imkân tanımamıştır.[56]

İsviçre Borçlar Kanunu'nda "aşırı zarar" yerine "orantısız dezavantajlar veya güçlükler" olarak Türkçeye çevirebileceğimiz "unverhältnismäßigen Nachteilen" kavramı kullanılmaktadır. Öncelikle bu kavram "zarar" kavramına göre daha geniş olup, malvarlığında her hangi bir azalma olmasa, doğrudan doğruya bir zarar mevcut bulunmasa bile, inşaat takviminin değişmesi gibi, diğer olumsuzlukları da kapsayacak niteliktedir. Ayrıca, "orantısız güçlük" kavramının kabul edilmesi ile, somut olay bakımından, sözleşme taraflarından hangisinin menfaatine üstünlük tanınacağına ilişkin değerlendirmenin daha kolay yapılması mümkün olabilecek; eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemezliği ile yüklenicinin karşılacabileceği olumsuzluklar kıyaslanabilecektir. Böylece, olayda salt bir "aşırı zarar"ın varlığından ziyade gerçek anlamda menfaatlerin tartılmasından bahsedilebilecektir.

Hükmün, sadece iş sahibinin değil, üçüncü bir kişinin taşınmazı üzerine inşa edilen eserler için de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir.[57] Gerçekten de, özellikle eserin düzeyi ve yapılma seviyesi yüksek olduğunda iş sahibinin sözleşmeden dönmesi yüklenici için ekonomik yıkım oluşturacağı gibi millî servetin de yok edilmesi sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, bu kabul sadece taşınmaz üzerine yapılmış binalar için değil, aynı zamanda kolayca sökülemeyen asansör gibi yapı elemanları için de geçerlidir.[58]

Taşınmaz üzerinde ayıplı olarak meydana getirilen eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı bir zararı gerektirip gerektirmediği hâkimin

---

54 Aşırı zararın varlığını yüklenicinin ispat etmesi beklenir. Yüklenici bunu ispat edemezse, iş sahibi yapının kendisinden kabulü beklenemez derecede ayıplı olduğunu ispat ederek sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Özer Seliçi, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi, İstanbul 1978, s. 164; Öz, s. 216; BGE 20 II 645 (Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 210).

55 Öz'e göre, hükmün amacı, iş sahibinin dönme halinde yapının sadece sebepsiz zenginleşme değerini (yıkımı mümkün olmayan yapıların karşılığı olarak) ödemek suretiyle yapıya sahip olmasının önüne geçmektir. Öz, s. 246.

56 Huguenin, N. 3166; Y. 15. HD., 30.6.1994, E. 5728, K. 4463 (Duman, s. 852); Tandoğan, s. 183; Eren/Dönmez, s. 1429.

57 Gauch, N. 1574.

58 Huguenin, N. 3166.

takdirine bağlıdır (TMK m. 4). Takdir hakkı kullanılırken somut olayın koşulları göz önünde tutulmalıdır. Doktrinde, TMK m. 776/I'da (Art. 727 Abs.1 ZGB) belirtilen "önemli bir zarara uğratılmadan veya aşırı bir emek ve para harcanmadan ayrılmayacak şekilde birbiriyle birleşmiş veya karışmış" olma kriterinden de faydalanılabileceği belirtilmektedir.[59]

Uygulamada, eserin taşınmaza bağlı olarak veya ayrı şekilde değeri incelenmekte, eserin taşınmazdan ayrıldığı zaman uğrayacağı değer kaybına göre "aşırı zarar"ın ortaya çıkıp çıkmadığı konusunda karara varılmaktadır. Göz önünde bulundurulması gereken zararlar arasında, yükleniciye düşen yıkma veya kaldırma masrafları bulunur. [60]

Yargıtay'ın ayıplı dolap montajına ilişkin bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, dolapların sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara sebep olacağı yönündeki bilirkişi raporuna dahi itibar etmeyip, kısmen montajı yapılan dolapların iş sahibi tarafından sökülerek başka bir firmaya yeniden yaptırılması dolayısıyla "aşırı zarar"ın mevcut olmadığı kabul edilmiştir.[61]

Yargıtay, inşaatın belli bir seviyeye gelmiş olduğu hallerde, sözleşmeden dönmenin aşırı zarar doğuracağı bu nedenle sözleşmeden dönme yerine TBK m. 475'te yer alan bedel indirimi veya onarım haklarının kullanılması yönünde karar vermektedir; "*İnşaat, davacı iş sahibinin arsası üzerine yapılmıştır ve bilirkişi raporundan anlaşıldığına göre, davacının sözleşmeyi feshettiği tarihte, yüklenici inşaatın bütünü itibariyle %75'ini tamamlamıştır….Böyle bir durumda, …uyuşmazlığa aynı yasanın 360. maddesinin 2. ve 3. fıkralarını kıyasen uygulamak ve noksan kalan işin değeri nispetinde eser karşılığı olan arsa payını indirmek, hem yasal hem de hakkaniyetli olur.*"[62]

Aşırı zararın varlığının kabulü konusunda da İsviçre Federal Mahkemesi'nin, bir binaya yerleştirilen, ancak ayıbı nedeniyle kullanılamaz durumda olan ve bu haliyle herhangi bir değer ifade etmeyen

---

59 Fabian Mörtl, Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers, 2015, s. 308.

60 BGE 98 II 123 (8.9.2014); Gauch, N. 1575; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 211; Tunçomağ, s. 1033.

61 Y. 6. HD., 19.1.2023, E. 542, K. 158 (Kazancı Veri Bankası).

62 Y. HGK., 06.10.1982, E. 1982/356, K. 1982/817 (Eren/Dönmez, s. 1429).

mazot tanklarının binadan ayrıldıktan sonra en azından hurda demir değerlerinin olması nedeniyle aşırı zararın bulunmadığına ilişkin kararı[63] örnek verilebilir; "*Yüklenicinin orantısız güçlüklerle karşı karşıya kalıp kalmayacağı, özellikle işin araziyle bağlantılı olarak sahip olduğu değer ve ayrılması durumunda uğrayacağı değer kaybı gibi her bir vakıanın koşullarına göre değerlendirilir. Davalının teslim ettiği tanklar amaçlanan kullanım için kesinlikle uygun değildir ve önemli ayıpların başka bir yüklenici tarafından giderilmesini davacıdan beklemek mümkün bulunmamaktadır. Bu koşullar altında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun (OR) 368. maddesinin 3. fıkrası anlamında orantısız güçlüklerden söz edilemez. Kuşkusuz, araziyle bağlantılı kalmaya devam etmeleri halinde değer taşımayan tankların sökülmelerinden sonra sadece hurda değeri bulunmaktadır.*"

B. Sınıra İlişkin Eleştiriler, Doktrin ve Uygulamada Başvurulan Çözümler

1. Sınırlama Nedeniyle İş Sahibi Aleyhine Doğan Sonuçlar

İş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılması ve yıkılması ya da kaldırılmasının aşırı zarar doğuracağı hallerde eserin iş sahibi tarafından kabulünü gerektiren TBK m. 475/III hükmü uyarınca, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı ortadan kalkacak, maddenin ilk fıkrasında belirtildiği şekilde eserin iş sahibi tarafından kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde aykırı olması dahi bu durumu değiştiremeyecektir.

Nihayetinde iş sahibi "bedel indirimi" veya "onarım" istemek ve bu haklarla birlikte tazminat talep etmek zorunda kalacak,[64] eser karşılığı ödediği bedeli geri alamayacağı gibi kullanamayacağı kadar ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir eseri iade etme imkanından da yoksun bırakılacaktır.

Eserin kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde aykırı olması halinde, TBK m. 475/III ile dönme hakkı elinden alınan iş

63 BGE 98 II 118 ; Tandoğan, s. 183, dpn. 286.
64 Tandoğan, s. 183.

sahibinin bedel indirimi veya onarım haklarını nasıl kullanacağı şüphelidir.

Zira, bedel indirimine ilişkin hak, genellikle eserdeki ayıbın kabulden kaçınmayı haklı gösterecek derecede önemli olmaması halinde kullanılabilen bir seçimlik haktır. Ayıplı veya sözleşmeye aykırı eserden kurtulma amacına hizmet eden dönme hakkından farklı olarak, indirimde amaç tarafların edimleri arasındaki değer eşitsizliğini dengelemektir.[65] Bedel indiriminin, ön koşulu eserin ayıplı olması nedeniyle değer kaybetmesi, teslim edilen eser ile ayıpsız bir eser arasında değer farkı olmasıdır. Ancak, eser ayıp nedeniyle sadece değer kaybetmemiş, tamamen değersiz bir hale gelmişse sözleşmeden dönülmesi gerekir. Dolayısıyla, indirim hakkına önemli ayıpların bulunduğu hallerde de başvurulabilmesine bir engel bulunmamakla beraber, indirilecek bedelin neredeyse ücret miktarı kadar hesaplandığı önemli ayıp hallerinde iş sahibinin bu hakkı kullanmasının bir anlam ifade etmeyeceği, satış sözleşmesine kıyasen artık bu halde dönme hakkının kullanılabileceği kabul edilmelidir.[66] Kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde aykırı olan eser bakımından, sadece taşınmaz üzerinde yapılması gerekçe gösterilerek dönme hakkının kullanılamayacağı kabul edildiğinde iş sahibinin nasıl korunacağı belirsizdir.

Yine, onarım hakkı bakımından da benzer bir engelle karşılaşılacaktır. Sözleşmeyi ayakta tutmaya yönelik bir çözüm olan eserin ücretsiz onarımını talep hakkı ancak, eserdeki ayıpların veya sözleşmeye aykırılıkların giderilmesinin objektif olarak mümkün olması ve aşırı masraf gerektirmemesi[67] halinde kullanılabilir.[68] Ayrıca, hakkın kullanılmasına rağmen yüklenicinin ayıbı gideremediği hallerde iş sahibinin duruma

---

65 Gauch, N. 1542; Hürlimann/Siegenthaler, N 8, Art. 368 OR.

66 Tandoğan, s. 186; Gauch, N. 1639; Hürlimann/Siegenthaler, N 8, Art. 368 OR; Yavuz/Acar/Özen, s. 1141; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 116; Aral/Ayrancı, s. 497; Alman hukukunda bu halde dönme hakkının kullanılmasına bağlı sonuçların ortaya çıkacağı yönünde bkz. BGHZ 42, 232 (234) = NJW 1965, 152.

67 Hürlimann/Siegenthaler, N 11, Art. 368 OR; Gauch, N. 1746; Ayıbın giderilmesi için yapılacak masraflar, ayıbın giderilmesinin iş sahibi için taşıdığı yarar ile orantısız ise aşırı sayılmaktadır. Tandoğan, s. 197; Şenocak, s. 148 vd.; Ömer Arbek, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005; Aral, Ayrancı, s. 498.

68 Tandoğan, s. 196-197; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 116; Seliçi, s. 173 vd.; Aral/Ayrancı, s. 498; Y. 15. HD., 27.03.2018, E. 6089, K. 1188 (Kazancı Veri Tabanı).

göre dönme veya bedel indirimi haklarını kullanma imkanı olduğu kabul edilmektedir.[69] Kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aykırı olan bir eser bakımından onarım hakkına ilişkin şartların gerçekleşme olasılığı oldukça zayıftır. Bu hallerde ayıbın giderilmesi çoğunlukla objektif olarak mümkün olmayacak veya mümkün olsa dahi aşırı masraf gerektirecektir. Bu gibi hallerde belki de eserin yeniden yapılması gerekecektir. Doktrinde iş sahibinin eserin yeniden yapılmasını talep hakkı olup olmadığı tartışmalıdır. İş sahibine bu tür bir hak tanınması onarım için öngörülen "aşırı masraf gerektirmeme" şartına tabi olacağından, taşınmaz üzerinde yapılan kaldırılması aşırı masraf gerektiren eserler bakımından uygulama alanı bulması mümkün olamayacaktır.[70] Bununla beraber, İsviçre Federal Mahkemesi'nin aksi yönde kararları bulunduğuna işaret etmek gerekir. Karara konu olan olayda, yapının iç sıvasının ayıplı yapılması nedeniyle, boyanın yenilenmesi talebiyle dava açılmış, yüklenici kendisinden onarım yerine yeni bir eser talep edildiğini, bunun da ayıplı malın geri verilmesi (Wandelung) anlamına geldiğini, ancak bunun Art. 368, Abs. 3 OR uyarınca mümkün olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, talebin kısmi yenilemeyi kapsamakla beraber, bunun dönme hakkının kullanımı anlamına gelmediğini, ayrıca, somut olayda işlevini yeterince yerine getirmeyen sıvanın bir değer ifade etmediğini, bu nedenle sıvanın kısmen veya tamamen sökülmesi ve iyileştirilmesi veya yeniden yapılmasının yüklenici bakımından orantısız herhangi bir olumsuzluğa sebep olmayacağını, netice itibariyle davacı iş sahibinin yenileme talebinin kabulü için Art. 368 abs. 3 hükmünün engel teşkil etmeyeceği yönünde karar vermiştir.[71]

Şartların gerçekleştiği, iş sahibinin yükleniciye karşı onarım hakkını kullanmış olduğu sınırlı hallerde dahi, ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilemediğinde yeniden doğacağı kabul edilen haklardan dönme hakkının ve çoğunlukla dönme hakkına evrilen indirim hakkının da kullanımı mümkün bulunmamaktadır.

---

69 Tandoğan, s. 193; Gauch, N. 1559; Hürlimann/ Siegenthaler, N 5,14, Art. 368 OR; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 45.

70 Hürlimann/Siegenthaler, N 12, Art. 368 OR; Gauch, N. 1779; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 120; Tandoğan, s. 194; BGE 98 II 120 (Hans Rudolf Schalcher/C. Tillman, Immobilienmanagement, Teil D Realisierung / 7 – 11, 2017, s. 414); Arpacı, s. 254.

71 Zurich Obergericht, II Zivilkammer, ZR 79/1980, 278 (12.09.1980).

TBK m. 475/III hükmü, dönme hakkının kullanılması halinde yüklenicinin altından kalkamayacağı yükler altına girmesini engellediği için yerinde bir düzenleme olarak görülebilir. Ancak, hükümde herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olması, iş sahibinin aleyhine sonuçların doğmasına neden olmaktadır. Görünürde iş sahibi sadece dönme hakkından yoksun bırakılmış olsa da aslında olayların çoğunda diğer hakların kullanımı da mümkün olmadığından tüm seçimlik haklarını kaybetmekte ve korumasız kalmaktadır.

İş sahibinin elinde sadece kalan tek hak, tazminat talebidir. Tazminat talep edilebilmesi için öncelikle yüklenicinin kusurlu olması gerekir.[72]

Ayrıca, tazmini talep edilebilecek zarar sadece ayıp sonucu ortaya çıkan, diğer bir ifadeyle uygun nedenini ayıbın oluşturduğu zarardır.[73] Ayıplı asansörün kullanımı sırasında mağaza müşterilerinin yaralanması gibi fiili ya da söz konusu asansör nedeniyle mağazanın müşterilerinin azalması, yapının ayıbı giderilinceye kadar kira getirememesi gibi kârdan yoksun kalma şeklinde uğranılan zarar örnek verilebilir.[74] Yine, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme halinde uğranılan menfi zarar da bu kapsamda değerlendirilmektedir.[75] Bununla birlikte, iş sahibinin TBK m. 125'te olduğu gibi yüklenicinin borcun ifasını gereği gibi yerine getirmede temerrüde düşmesi halinde ifadan vazgeçip müsbet zararının tazmini de isteyebileceği savunulmaktadır.[76]

---

72 Tandoğan, s. 205; Aral/Ayrancı, s. 494; Yavuz/Acar/Özen, s. 1142; Hürlimann/Siegenthaler, N 3,15, Art. 368 OR; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 190; Y. HGK., 31.5.2022, 2019/6, K. 2022/775; Yüklenicinin ayıbın doğrudan doğruya neden olduğu zararlardan kusuru aranmaksızın TBK m. 229/II, 3. bendinin kıyasen uygulanması suretiyle, sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin tartışmalarla ilgili olarak bkz. Tandoğan, s. 207; Aral/Ayrancı, s. 500; Sözü edilen hükmün kıyasen dahi uygulanamayacağı konusunda bkz. Eren/Dönmez, s. 1437.

73 Eserin kendisinin ayıplı olması nedeniyle uğranılan zarar, bedelin indirilmesi veya onarımı ile giderildiği için, tazminat kapsamında değerlendirilmez. Hürlimann/Siegenthaler, N 15, Art. 368 OR; Gauch, N. 1852; Aral/Ayrancı, s. 494.

74 Başka örnekler için bkz. Tandoğan, s. 205; Aral/Ayrancı, s. 500; Bühler-ZK OR, Art. 368, N. 172; Seliçi, s. 181 vd.; Hürlimann/Siegenthaler, N 15, Art. 368 OR; Yavuz/Acar/Özen, s. 1041; Y. 15. HD., 4.10.2017, E. 2016/1822, K. 2017/3278 (Kazancı Veri Tabanı).

75 Tandoğan, s. 205.

76 Hürlimann/Siegenthaler, N 13-14, Art. 368 OR; Bu görüşte olan yazarlar, ayıplı ifanın nihayetinde kötü ifa niteliği taşıdığını, bu nedenle satıcının ayıp sorumluluğunda olduğu gibi eser sözleşmesi bakımından da temerrüt hükümlerinin uygu-

2. Doktrin ve Yargı Uygulamasında Başvurulan Çözümler

a. Doktrinde Kabul Edilen İleriye Etkili Sözleşmeye Son Verme Çözümü

Doktrinde, iş sahibinin menfaatine hizmet edecek çözüm yolları önerilmektedir.[77] Bunlardan biri, hükmün iş sahibinin arsasına yapılan inşaatlarda ayıp nedeniyle sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açtığı hallerde, inşaatın geldiği seviye ölçüsünü kabul eden Yargıtay kararları dikkate alınarak[78] sözleşmenin geçmişe değil, geleceğe etkili sona erdirilebileceğinin kabul edilmesidir. Bu halde, iş sahibi ücretin indirilmesi veya onarım seçeneklerine mahkum edilmemiş olacak, sözleşme taşınmaz üzerinde eser yapımına ilişkin ise geçmişe değil, geleceğe etkili sona erdirilebilecektir.[79]

Sözleşmenin ileriye etkili şekilde sonlandırılabileceğine ilişkin görüş, esasında TBK m. 475/III'nin sözleşmenin dönme yoluyla sona erdirilmesini engelleyen lafzı ile uyumludur. Hüküm sadece sözleşmeden dönülemeyeceğini belirtmiş, fesih konusunda sessiz kalmıştır. Görüş ayrıca, TBK m. 486'nın, "işsahibi, eserin tamamlanan kısmından

---

lanabileceğine dayanmaktadır. Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s. 1142; Zekeriya Kürşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz, İstanbul 2017, s. 352.

77 Heinrich Honsell, Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003, s. 271; Yavuz/Acar/Özen, s. 1139 vd.; Thomas Siegenthaler/Hubert Stöckli, Grenzen des Rücktrittsrechts beim Herstellungsverzug, Urteilsbescrechung, BGE 141 III 106, 4A_232/2014, 4A_610/2014, Baurecht 2015, s. 328-330.

78 Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Onikilevha, İstanbul 2019, s. 94; İşin niteliğinin, feshin ancak ileriye etkili olarak uygulanabilmesinde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi ölçü olarak inşaatın seviyesini esas almakta, inşaat %70-80 seviyesinde tamamlanmış ise geriye etkili feshin yani dönmenin mümkün olamayacağı, ancak ileriye etkili olabileceğini kabul etmektedir. (Y. 15. HD., 7.05.2001, E. 548, K. 2453; Y. 15. HD., 4.07.1988, E. 886, K. 2520), Kılıçoğlu, s. 483). Buna karşılık Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bir kararında, "yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesinin %86 olması, sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı sonucunu ortaya koymakta ve bu haliyle borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapmayı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili fesih sonuçlarından yararlanma olanağı bulunmamaktadır, denmektedir. (Y. 15. HD., 10.03.2003, E. 4328, K. 1320; *Legal Hukuk Dergisi*, Nisan 2004, Yıl: 2, Sayı: 16, Sayfa: 185-186); Öz'e göre TBK m. 475/III'ün uygulaması bakımından sözü edilen kararlar ilgisiz olup, sadece yüklenicinin temerrüdü halinde dikkate alınabilir. Bkz. Öz, s. 248.

79 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, 25.01.1984, E. 3, K. 1 (Kılıçoğlu, s. 483).

yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür." düzenlemesi ile de desteklenmekte, sözleşmenin geriye etkili şekilde sonlandırılması halinde yüklenicinin karşı karşıya kalacağı orantısız güçlüklerin bu halde ortaya çıkmayacağını savunmaktadır.[80]

Ancak, bu çözümün kabul edilmesi iş sahibini yeterince korumamaktadır. İş sahibi sözleşmenin geleceğe etkili şekilde sonlandırılması halinde bir yandan fesih tarihine kadar gerçekleştirilen işler için yükleniciye bedel ödemek zorunda kalmakta,[81] diğer yandan ayıplı veya sözleşmeye aykırı ve hiçbir şekilde fayda sağlayamayacağı bir eserle baş başa bırakılmaktadır.

b. Yargı Uygulamasında Başvurulan Çözümler

İsviçre Borçlar Kanunu'nda bizde olduğu gibi "aşırı zarar" değil de "orantısız dezavantajlar veya güçlükler" kavramının kullanılmış olması değerlendirmede büyük fark yaratmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi, her ne kadar Borçlar Kanunu'nda iş sahibinin taşınmazı üzerine inşa edilen ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak eserler bakımından sadece bedel indirimi veya onarım haklarının kullanılması gerektiği belirtilmiş olsa da (Art. 368 Abs.3 OR), ayıplı veya sözleşmeye aykırı eserin, iş sahibi için Art. 368 Abs. 1 OR anlamında kullanılamaz, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilemez özetle kabulü beklenemez nitelikte olması halinde, sözleşmeden dönülmesi halinde yüklenici bakımından ortaya çıkabilecek güçlüklerin, orantısız sayılamayacağını kabul etmektedir.[82]

Diğer bir ifadeyle, olaylarda eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması, ekonomik olarak yıkım veya milli servetin yok olması gibi düşünceler bir tarafa bırakılarak, iş sahibinin hiçbir şekilde kullanamayacağı, hakkaniyet ilkesi dikkate alındığında iş sahibi tarafından kabul edilmesi beklenemez şekilde ayıplı olan eserler bakımından iş sahibinin menfaatine üstünlük tanımakta, yüklenici hangi oranda olumsuzlukla karşılaşırsa karşılaşsın "orantısız güçlük"ten bahsedilemeyeceği peşinen kabul edilmektedir.[83]

---

80 Görüşe ilişkin ayrıntılar için bkz. Siegenthaler/Stöckli, s. 328-330; Gauch, N. 685.

81 BGE 116 II 450.

82 BGE 4C_347/2005 (12.02.2006); BGE 4A_290/2010 (10.12.2010); BGE 4A_177/2014 (8.9.2014).

83 Gauch, N. 1575; BGE 98 II 118, 122;

Gallen Kanton Mahkemesi tarafından verilen bir karar[84] bu hususta dikkat çekicidir. Karara konu olan olayda, iş sahibinin dağ evinin tadilatı kapsamında teras ve bodrum katının tabanının cam elyaf takviyeli plastik malzeme ile kaplanması taahhüt edilmiş, ancak yüklenici kaplamayı ayıplı şekilde gerçekleştirmiştir. Onarım hakkının kullanılmasına rağmen ayıplar düzeltilememiş; bilirkişi raporuyla, tekrarlanan plastik kaplamada büyük çatlaklar olduğu, boşluklar bulunduğu ve bu durumun yağmur suyunun bodrum katına girmesine neden olduğu tespit edilmiştir. İş sahibi tarafından dönme istemi ile açılan davada, davalının temel savunmasını eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, kaldırılmasının orantısız güçlükler doğuracağı ve Art. 368 Abs. 3 OR gereği sözleşmeden dönmenin mümkün bulunmaması oluşturmuştur. Yüksek Mahkeme, "*İsviçre Borçlar Kanunu›nun 368. maddesinin 3. fıkrasına göre, bu gibi durumlarda, işin doğası gereği eserin kaldırılmasının orantısız güçlüklere neden olması halinde sözleşmeden dönülemez. Ancak, ilk derece mahkemesinin ilgili açıklamalarına atıfta bulunularak, yapılması taahhüt edilen eser öngörülen kullanım amacına hiçbir şekilde uygun değilse, eserin kaldırılmasıyla ortaya çıkabilecek olumsuz durumlar orantısız olarak nitelendirilemez. Belirtildiği gibi, davalı tarafından yapılan eser öngörülen amacı karşılayamadığı gibi, kaplama, tekrarlanan onarım çalışmalarına rağmen çatlamış, kaplamada kabarcıklar oluşmuş, yer yer tamamen kalkmış ve bodrum katları için nem korumasını sağlamamıştır.*" gerekçesiyle davacının dönme hakkını kullanmada haklı olduğu yönünde karar vermiştir.

Yargıtay kararlarında ise, açıkça bu tür bir yorum yapılmamakla beraber, bazen sadece "adalet"[85] veya "hakkaniyet"[86] ilkesine atıf yaparak, çeşitli gerekçelerle TBK m. 475/III'ün uygulanmamakta, eserin iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması şartıyla sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir.

---

84 Kantonsgericht St. Gallen, III Zivilkammer, BZ_2006_93 (06.05.2008).

85 Tandoğan, s. 183; "TBK m. 475/1'e göre yapılan şey işsahibinin kullanamayacağı ve adalet ilkelerine göre kabule zorlanamayacağı derecede kusurlu ve sözleşme ilkelerine aykırıysa işsahibi o şeyi kabulden kaçınabilir"; Y. 15. HD., 9.06.2006, E. 2006/1309, K. 2006/3450 (Kazancı Veri Tabanı); Karahasan, s. 144.

86 İstanbul 7. Asliye Ticaret Mahkemesi, 16.06.2021, E. 2020/395 K. 2021/531, 16.6.2021 (Lexpera Veri Tabanı).

aa. Eserin Mevzuta Aykırı Olarak Meydana Getirilmesi

Yargıtay çoğu kararında yasaya veya ilgili yönetmeliklere ya da belediye mevzuatına aykırı şekilde meydana getirilen eserler bakımından TBK m. 475/III'ü uygulamamakta, sözleşmeden dönülebileceğini kabul etmektedir.[87]

Yüksek Mahkeme bir kararında,[88] yapılan binada mühendislik hizmetlerinin gerçekleştirilmemiş ve ilgili yönetmeliklere uyulmamış olması dolayısıyla oturmanın sakıncalı olacağı gerekçesine dayanarak yükleniciden aldığı ücretin iadesi ile birlikte tazminat talep edilebileceğini; başka bir kararında[89] binada kullanılan betonun incelenmesi sonrasında Türkiye Bina Deprem Yönetmeliği'ne[90] aykırı olması[91] halinde dönme hakkının kullanılabileceğini kabul etmiştir.

Yargıtay, ruhsat alınmadan yapılan inşaatlar bakımından da, istikrarlı şekilde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceğini kabul etmektedir; "*Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshine ilişkindir. 3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca, her türlü inşaat yerel idarelerce verilecek izne bağlıdır. İzinsiz (kaçak) veya izne aykırı her türlü inşaat, aynı yasa uyarınca yıktırılır. Bu husus, kamu düzeni ile ilgili olup; mahkemelerce kendiliğinden gözönünde bulundurulur. Somut olayda, dava konusu inşaatın ruhsatsız yapıldığı, üzerindeki vakıf şerhi nedeniyle de ruhsata bağlanmasının mümkün bulunmadığı ve ruhsat alımının da yükleniciye ait ait olduğu anlaşılmaktadır. Yüklenicinin kaçak olarak inşaata başlaması ve ruhsat almamakta direnmesi başlı başına onun kusurunu oluşturur. Bu durumda, davacı arsa sahiplerinin fesih istemlerinin kabulü ile dönme (geriye etkili fesih) kararının verilmesi gerekirken, yasa nazarında ekonomik değeri olmayan ve bu nedenle kal'i gereken binayla ilgili olarak ileriye etkili biçimde fesih kararı verilmesi doğru olmamaış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.*"[92]

---

87 Zevkliler/Gökyayla, s. 560; Y. 15. HD., 24.11.2004, E. 1320, K. 5987; Duman, s. 871.

88 Y. 15. HD., 12.03.1980, E. 268, K. 613. Bkz. Tandoğan, s. 183, dpn. 287.

89 Y. 15. HD., 19. 01.2012, E.2010/6304, K. 2012/166; Y. 23. HD., 23.02.2015, E. 22014/10262, K. 2015/1119 (Kazancı Veri Tabanı).

90 RG. 18.03.2018, Sa. 30364 Mükerrer.

91 Deprem bölgesinde Deprem Yönetmeliği'ne aykırı bir yapının bu haliyle tehlike arz ettiği için dönme hakkının kullanılabileceği yönündeki görüş için bkz. Öz, s. 246.

92 Y. 15. HD., , 8.10.2001, E. 2001/1996, K. 2001/4384 (Kazancı Veri Tabanı); Y. 15. HD., 21.10.2020, E. 2020/2607, K. 2020/2841,(Hukuk Türk Veri Tabanı).

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benzer şekilde, mevzuata uygun hareket edilmeksizin yapılan yapılar bakımından sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği yönünde kararları bulunmaktadır.[93]

bb. Eserin Tehlike Arz Etmesi

Yargıtay, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırılığının yanında mevcut haliyle kullanımının "tehlikeli" olmasını gerekçe göstererek[94] iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedir; "*Bilirkişi raporunda, eserdeki ayıplar sayıldıktan sonra mevcut asansörlü vitrin kasasının çalışmasında anormallik ve tehlikeler olduğu, çalışabilir hale getirilmesinin dizayn durumuna göre olanaklı bulunmadığı saptanmıştır. …İş sahibi olan davacı sözleşmenin feshini ve eser bedeli olarak ödediğinin geri verilmesini isteyebilir. Dava, davacının iş yerindeki mevcut sistem söküldüğünde hurdasının veya hurda bedelinin davalıya geri verilmesi koşulu ve birlikte ifa yoluyla kabul edilmelidir.*"[95]

Yine, deprem bölgesinde deprem yönetmeliğine aykırı yapılmış olan yapı, sadece mevzuata aykırı olduğu için değil aynı zamanda olası bir depremde yıkılması muhtemel olduğu için de tehlike yaratmakta ve sadece bu nedenle bile sözleşmeden dönmek mümkün görülmektedir.[96] Benzer şekilde, Binaların Yangından Korunması Hakkında Yönetmelik[97] hükümlerine aykırı olarak yapılmış olan yapılar bakımından da, TBK m. 475/I kapsamında iş sahibi tarafından kabulü beklenemeyecek derecede ayıbın varlığı ve ayrıca kişilerin can ve mal güvenliği için tehlike yaratması nedeniyle sözleşmeden dönmek mümkündür.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de benzer şekilde, özellikle yapılan inşaatın tehlike arz ettiği hallerde sözleşmeden dönme hakkının kullanılabileceği yönünde kararları bulunmaktadır.[98] Mahkeme bir kararın-

---

93 BGE 98 II 122; BGE 98 II 118; BGer 4A.229 / 2012, E. 6; Schalcher, Tillman, s. 414.

94 "Davalının yaptığı şeyi davacı iş sahibinin kullanamayacağı ve nisfet…kusurlu ve hayati tehlike arzettiği …" Y. 15. HD., 16.04.1974, E. 274, K. 360 (Tandoğan, s. 181).

95 Y. 15. HD., 28.01.2004, E. 3442, K. 446 (Duman, s. 851); Benzer şekilde eserin yaşam sürdürülemeyecek nitelik taşıması halinde de dönme hakkı tanınmasına ilişkin karar için bkz. Y. 6. HD., 10.03.2022, E. 2021/3983, K. 2022/1336 (Hukuk Türk Veri Tabanı).

96 Duman, s. 870; Öz, s. 186.

97 RG, 19.12.2007, Sa. 26735.

98 Tandoğan, s. 184; Gauch, N. 1576-1576a; BGE 98 II 122; BGer 4A.229 / 2012, E. 6; Schalcher/Tillman, s. 414.

da[99] asansörün güvenlik açısından tehlikeli olması, diğer bir kararında[100] mazot deposunun yapı kurallarına uyulmadan yapılmış olması nedenlerine dayanmıştır.

Eserin kişilerin sağlığı, can ve mal güvenliği için tehlike yarattığı ve tehlikenin uygun ve orantılı koruyucu önlemler ile kaldırılamadığı hallerde, yüklenici aleyhine doğabilecek sonuçlar dikkate alınmaksızın iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir.[101] Önlem alınmasının mümkün olduğu hallerde, iş sahibi, yüklenici tarafından yerine getirilmesini veya bir mahkeme kararı ile yetkilendirilmeyi beklemeksizin gereken önlemleri tek başına ya da bir üçüncü kişi aracılığıyla alabilir.[102] Bu kabul, TMK m. 722/I (Art. 671 Abs. 1 ZGB) uyarınca, iş sahibinin arazisindeki yapıda kullanılan malzemelerin arazinin bütünleyici parçası olması nedenine dayanmakta, TBK m.113/I (Art. 98 OR) hükmünü devre dışı bırakmaktadır. [103]

3. Çözüm Önerilerimiz

Kanun koyucu, TBK m. 475 hükmü ile, ayıplı eser teslimi halinde sözleşmeden dönme hakkını, bu hakkın kullanımının yüklenici aleyhine doğurduğu ağır hukuki sonuçları dikkate alarak kısıtlamış, üstelik bu kısıtlamayı aynı hüküm içinde iki ayrı fıkrayı kaleme alarak gerçekleştirmiştir. Her ne kadar söz konusu düzenleme taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlama amacına hizmet ediyor görünse de, kısıtlama nihayetinde iş sahibi tarafından kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı bir eserin iade edilememesine ve iş sahibinin menfaatinin zedelenmesine neden olmaktadır. Bu halde, iş sahibi indirim veya onarım haklarını kullanmak zorunda kalacaktır.

İndirim hakkının kullanılması sonucu, kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı olan eser bakımından bedelin

---

99 BGE 20, 645.

100 BGE 98 II 118.

101 BGE 4A-177/2014, E. 4.1; 98 II 118 E. 3b.; Huguenin, N. 3166; Bühler-ZK OR Art. 368, N. 212; Schalcher/Tillman, s. 414.

102 Bühler-ZK OR Art. 368, N. 211.

103 BGE 98 II 118 E. 4; Huguenin, N. 3166.

tamamına tekabül edecek bir indirimin yapılması gerekecektir. Ayıplı veya sözleşmeye aykırı eserden kurtulma amacına hizmet eden dönme hakkından farklı olarak, amacı tarafların edimleri arasındaki değer eşitsizliğini dengelemek ve sözleşmeyi ayakta tutmakt[104] olan indirim hakkının kullanımı bu halde bir anlam ifade etmeyecektir. Yine, onarım hakkının kullanabilmesi için aranan ayıbın giderilmesi için "aşırı masraf gerekmemesi" şartının, kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı olan eser bakımından gerçekleşmeyeceği açıktır.

Oysa, TBK m. 475/I'in amacı, kabul edilmesi beklenemez derecede ayıplı veya sözleşmeye aykırı olan eserin teslimi halinde iş sahibini eserden biran evvel kurtarmak, sözleşme tasfiyesini sağlamak. Bu kadar önemli ve vahim ayıplarda iş sahibini bedel indirimi ve onarım gibi diğer hakları seçerek sözleşmenin ayakta tutulmasının önüne geçmektir. Kanun koyucu, böylece eserin ciddi ayıplar taşıması halinde tercihini iş sahibi yönünden yapmış bunu yaparken "hakkaniyet ilkesine" dayanmıştır.

Aynı ilkenin, TBK m. 475/III'te iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserler bakımından da dikkate alınması, hükmün son fıkrasının ilk fıkranın amacına uygun şekilde yorumlanması mümkün görülmelidir. Nitekim, doktrinde de hükümde "gerçek olmayan boşluk" bulunduğu, bu boşluğun TBK m. 475/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceği savunulmakta, eserin kabul edilmesi beklenemez derecede ayıplı olması halinde iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanınması gerektiği ifade edilmektedir.[105] Böylece, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserler bakımından da hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilebilir. Nitekim yargı kararlarından da çeşitli gerekçelerle aslında bu tür bir yorum yapıldığı anlaşılmaktadır.

Üstelik hakkaniyet ilkesi sadece dönme hakkının kullanılabilmesine münhasır bir kavram olmayıp, diğer seçimlik hakların kullanımı bakımından da önemli bir kriter teşkil etmektedir. Örneğin, onarım hakkının kullanılması, eserdeki ayıbın giderilmesinin "aşırı masraf" gerektirme-

---

104 Gauch, N. 1542; Hürlimann/Siegenthaler, N 8, Art. 368 OR.

105 Arpacı, s. 255.

mesine bağlanmış olup, yüklenici aşırı masrafın varlığını ispatlamak suretiyle ayıbı gidermeyi reddedebilmektedir. Ancak, yüklenicinin masrafların aşırı olduğunu ileri sürmesi, dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde dinlenmemektedir. Yüklenicinin ayıba kasten neden olduğu, bilerek kalitesiz malzeme kullandığı haller örnek verilebilir.[106] Yüklenicinin aşırı zarar iddiasının dinlenmemesi dürüstlük kuralının ihlali temelinde hakkaniyet, diğer bir deyişle somut olay adaletinin sağlanması gereğidir. Somut olay adeleti, benzer şekilde, TBK m. 475/III'ün uygulama alanına giren durumlarda da dikkate alınabilir. yapının kaldırılmasının "aşırı zarar" doğurup doğurmayacağına ilişkin incelemelerde hakimin, iş sahibine dönme hakkının tanınması suretiyle hakkaniyet gereği özellikle dürüstlük kuralına aykırı davranmış olan yüklenici aleyhine hüküm vermesi mümkün görülmelidir. Doktrinde,

Bu doğrultuda, hakimin her somut olayda, yüklenicinin ve iş sahibinin dönme halinde içine düşeceği durumu inceleme konusu yapması, TBK m. 475/III'ün eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapıldığı ve dönme sonucu aşırı zararın bulunduğu tüm durumlarda uygulanmasından ziyade, hükmün ilk fıkrasındaki amaca uygun şekilde uygulama alanının sınırlanması ve bu yapılırken hakkaniyet ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir.

Nitekim, İsviçre Hukukunda benzer bir yorum yapılmakta; somut olayda eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması, ekonomik olarak yıkım veya milli servetin yok olması gibi düşünceler bir tarafa bırakılarak, iş sahibinin hiçbir şekilde kullanamayacağı, hakkaniyet ilkesi dikkate alındığında iş sahibi tarafından kabul edilmesi beklenemez şekilde ayıplı olan eserler bakımından iş sahibinin menfaatine üstünlük tanımakta, yüklenici hangi oranda olumsuzlukla karşılaşırsa karşılaşsın "aşırı zarar"dan bahsedilemeyeceği peşinen kabul edilmektedir.[107] İsviçre Borçlar Kanunu'nda bizde olduğu gibi "aşırı zarar" değil de "orantısız dezavantajlar veya güçlükler" kavramının kullanılmış olması bu tip bir yorumun yapılmasını kolaylaştırmakta, her iki tarafın dönme hakkının kullanılması veya kullanılamaması halinde karşılaşabileceği güçlükler arasındaki "oran"ın tespiti ile sonuca varılabilmektedir. İsviçre Federal Mahkemesi, her ne kadar Borçlar Kanunu'nda iş

106 Tandoğan, s. 198.

107 Gauch, N. 1575; Hürlimann/Siegenthaler, N 5, Art. 368 OR.

sahibinin taşınmazı üzerine inşa edilen ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak eserler bakımından sadece bedel indirimi veya onarım haklarının kullanılması gerektiği belirtilmiş olsa da (Art. 368 Abs.3 OR), ayıplı veya sözleşmeye aykırı eserin, iş sahibi için Art. 368 Abs. 1 OR anlamında kullanılamaz, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilemez özetle kabulü beklenemez nitelikte olması halinde, sözleşmeden dönülmesi halinde yüklenici bakımından ortaya çıkabilecek güçlüklerin, orantısız sayılamayacağını kabul etmektedir.[108] Ayrıca, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı nedeniyle kullanılamazlık dışında, İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere iş sahibinin bedel indirim hakkını kullanması halinde yüklenicinin uğrayacağı zarar neredeyse sözleşmeden dönülmesi halinde uğrayacağı zarar miktarı kadar ise, diğer bir ifadeyle eserin tamamen değersiz hale gelmesi, ücrete denk bir indirim gerektirmiş ise yüklenicinin karşılaştığı güçlük orantısız sayılamaz.[109] Esasen bu durum zaten eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemez olduğunu göstermektedir. Benzer bir yorumun hukukumuzda da yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Alman Hukukunda ise, Türk-İsviçre Hukukunda yer alan TBK m. 475/III'deki gibi bir sınırlama hükmüne rastlanmamaktadır. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması halinde iş sahibine § 634 Abs. 4 BGB'de tanınmış olan dönme hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin problem, somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri tartılmak suretiyle çözülmekte,[110] ayıbın önemi, eserin kullanılabilirliği ve ayıp nedeniyle eserdeki değer kaybı gibi hususlar dikkate alınmaktadır.[111]

Hukukumuzda da Alman hukukunda olduğu gibi TBK m. 475/III hükmü ile getirilen sınırlamanın kaldırılması, bunun yerine somut olayda tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılmak suretiyle dönme hakkının tanınıp tanınmayacağı konusunda karar verilmesi önerilebilir.[112] Zira, söz konusu hüküm, eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde

---

108 BGE 4C_347/2005 (12.02.2006); BGE 4A_290/2010 (10.12.2010); BGE 4A_177/2014 (8.9.2014).

109 Gauch, N. 1575; Hürlimann/Siegenthaler, N 5, Art. 368 OR.

110 Messerschmidt/Voit, Rn. 32.

111 Messerschmidt7Voit, Rn. 32.

112 Nitekim doktrinde de hükmün değiştirilmesi gerektiği ifade edilmiş, yeni hükümde son fıkraya "somut olayda haksız sonuçlar doğurmayacaksa" ifadesine yer verilmesi önerilmiştir. Arpacı, s. 255-256.

yapıldığı ve kaldırıldığı takdirde aşırı zarar doğurduğu hallerde dönme hakkını sınırlayarak yükleniciyi koruma amacına hizmet etse de, çoğu zaman somut olay adaletinin sağlanması için aksinin kabulünü gerektirmektedir. Yargı kararlarında da kabul edildiği gibi hakkaniyetin gerektirdiği hallerde sınır görmezden gelinmekte, yüklenici bakımından ağır sonuçlar doğursa da, dönme hakkının kullanılabileceği kabul edilmektedir. Kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı olan eserin teslim edildiği iş sahibine dönme hakkı bahşeden kanun koyucunun, benzer şekilde menfaati zedelenen ancak TBK m. 475/III kapsamına giren iş sahibi için kabul etmeyeceği sonucuna varmak adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Durumlar arasındaki benzerlik, aslında çıkar çatışmasında kimin menfaatinin tercih edilmesi gerektiği konusunda yol gösterir.

Nihayetinde hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak iş sahibi lehine çözüm benimsenebilmelidir. Bu halde, yüklenici bakımından doğabilecek ağır sonuçların önüne geçebilmek için Alman hukukunda dönme halinde iade yükümlülükleri bakımından kabul edilen hükümlerin ve hükümlerin uygulanmasına ilişkin görüşlerin hukukumuzda da benimsenmesi önerilebilir. Alman hukukunda, eserin niteliği gereği ayni iadenin yapılamadığı hallerde, eserin ayıplı değerinin yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedel alacağından[113] mahsup edilmesi suretiyle iade gerçekleştirilmekte (§ 346 Abs. 2, Nr. 2/1),[114] böylece yüklenici kısmen de olsa korunabilmektedir. Buna karşılık, ayıp nedeniyle eserin kısmen veya tamamen iadesinin imkansız hale geldiği istisnai hallerde iade işçilik ve malzeme masraflarından ibaret sebepsiz zenginleşme değeri üzerinden gerçekleştirilmektedir. Oysa, dönme halinde iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleştirilmesi bizde kuraldır.

SONUÇ

Eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıplı ifası nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu haklardan "sözleşmeden dönme hakkı"nın kullanımı,

---

113 Sözleşmede kararlaştırılan bedel alacağından ziyade ayıpsız objektif değerin dikkate alınması gerektiğini savunan görüş için bkz. Kohler, s. 689.

114 BGH NJW 2011, 3085 Rn. 7; BuscheMüKo § 634 BGB, Rn. 30.

doğurduğu ağır hukuki sonuçlar nedeniyle TBK m. 475/I ile sınırlanmış, eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olması halinde mümkün kılınmıştır. Sınırlama sadece hükmün ilk fıkrası ile yapılmamış, TBK m. 475/III'te iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olan ve sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracak hallerde de sözleşmeden dönülemeyeceği belirtilmiştir. Kanun koyucu bu son düzenleme ile taraflar arasındaki menfaat dengesini sağlamayı hedeflemiş olsa da, kısıtlama iş sahibinin hakkaniyet gereği kabulü kendisinden beklenemeyecek bir eserle başbaşa kalması sonucunu doğurmaktadır.

Dönme hakkını kullanamayan iş sahibi, bedelden indirim veya onarım haklarını kullanmak zorunda kalmakta, eserdeki ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın eserin hakkaniyet gereği kabulünün beklenemediği durumda bu haklar da iş sahibi bakımından bir anlam ifade etmemektedir. Bedelden indirim hakkı kullanıldığında bedelin tamamına tekabül edecek bir indirimin yapılması gerekli olacak; onarım hakkı kullanıldığında ise hakkın kullanılabilmesi için aranan onarımın aşırı masraf gerektirmemesi şartı olayların çoğunda gerçekleşmeyecektir. Söz konusu haklar tarafların edimleri arasındaki değer eşitsizliğini dengelemek ve sözleşmeyi ayakta tutma amacına hizmet etmektedir. Sözleşmeden dönme ile hedeflenen ise, ayıplı veya sözleşmeye aykırı eserden bir an evvel kurtulmak, kabul edilmesi beklenemez derecede ayıplı veya sözleşmeye aykırı olan eserin teslimi halinde sözleşmenin tasfiyesini sağlamaktır. TBK m. 475/I düzenlemesi ile kanun koyucu, eserin ciddi ayıplar taşıması halinde "hakkaniyet ilkesine" dayanarak menfaat dengesinde tercihini iş sahibi lehine kullanmış, ancak bu ilkeden iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserler bakımından vazgeçilmiştir. Oysa bu ihtimalde dahi, hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibi sözleşmeden dönebilmelidir. Aynı ilkenin TBK m. 475/III'te iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılan eserler bakımından da dikkate alınması, hükmün son fıkrasının ilk fıkranın amacına uygun şekilde yorumlanması mümkün görülmeli, iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserler bakımından da hakkaniyet gerektiriyorsa iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmelidir. Nitekim yargı kararlarından da çeşitli gerekçelerle aslında bu tür bir yorum yapıldığı anlaşılmaktadır. Özellikle, eserin mevzuata aykırı yapıldığı veya tehlike arz

ettiği hallerde dönme hakkının kullanılabileceğine karar verilmekte, bu kapsamda görülemeyecek durumlarda da inşaatın geldiği seviye ölçüsünü kabul eden Yargıtay kararları dikkate alınarak en azından sözleşmenin geleceğe etkili sona erdirilebileceği kabul edilmektedir.

Bu doğrultuda, hakimin her somut olayda, yüklenicinin ve iş sahibinin dönme halinde içine düşeceği durumu inceleme konusu yapması, TBK m. 475/III'ün eserin iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapıldığı ve dönme sonucu aşırı zararın bulunduğu tüm durumlarda uygulanmasından ziyade, hükmün ilk fıkrasındaki amaca uygun şekilde uygulama alanının sınırlanması ve bu yapılırken hakkaniyet ilkesinin dikkate alınması gerekmektedir. Nitekim, İsviçre Hukukunda benzer bir yorum yapılmakta; somut olayda eserin sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar doğurması, ekonomik olarak yıkım veya milli servetin yok olması gibi düşünceler bir tarafa bırakılarak, iş sahibinin hiçbir şekilde kullanamayacağı, hakkaniyet ilkesi dikkate alındığında iş sahibi tarafından kabul edilmesi beklenemez şekilde ayıplı olan eserler bakımından iş sahibinin menfaatine üstünlük tanımakta, yüklenici bakımından "aşırı zarar"dan bahsedilemeyeceği peşinen kabul edilmektedir. Ayrıca, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı nedeniyle kullanılamazlık dışında, İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere iş sahibinin bedel indirim hakkını kullanması halinde yüklenicinin uğrayacağı zarar neredeyse sözleşmeden dönülmesi halinde uğrayacağı zarar miktarı kadar ise, diğer bir ifadeyle eserin tamamen değersiz hale gelmesi, ücrete denk bir indirim gerektirmiş ise yüklenici bakımından "aşırı zarar" şartı gerçekleşmiş sayılmaz. Aslında bu durum zaten eserin iş sahibi tarafından kabulünün beklenemez olduğunu göstermektedir. Benzer bir yorumun hukukumuzda da yapılmasına bir engel bulunmamaktadır.

Alman Hukukunda ise, Türk-İsviçre Hukukunda yer alan TBK m. 475/III'deki gibi bir sınırlama hükmü bulunmamakta, dönme hakkının kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin problem, somut olayda tarafların karşılıklı menfaatleri tartılmak suretiyle çözülmekte, ayıbın önemi, eserin kullanılabilirliği ve ayıp nedeniyle eserdeki değer kaybı gibi hususlar dikkate alınmaktadır. Hukukumuzda da Alman hukukunda olduğu gibi TBK m. 475/III hükmü ile getirilen sınırlamanın kaldırılması, bunun yerine somut olayda tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılmak suretiyle dönme hakkının tanınıp tanınmayacağı konusunda karar verilmesi önerilebilir. Zira, söz konusu hüküm, eserin iş sahi-

binin taşınmazı üzerinde yapıldığı ve kaldırıldığı takdirde aşırı zarar doğurduğu hallerde dönme hakkını sınırlayarak yükleniciyi koruma amacına hizmet etse de, çoğu zaman somut olay adaletinin sağlanması için aksinin kabulünü gerektirmektedir. Yargı kararlarında da kabul edildiği gibi hakkaniyetin gerektirdiği hallerde sınır görmezden gelinmekte, yüklenici bakımından ağır sonuçlar doğursa da, dönme hakkının kullanılabileceği kabul edilmektedir. Kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak ölçüde ayıplı veya sözleşme hükümlerine göre bu ölçüde ayıplı olan eserin teslim edildiği iş sahibine dönme hakkı bahşeden kanun koyucunun, benzer şekilde menfaati zedelenen ancak TBK m. 475/III kapsamına giren iş sahibi için kabul etmeyeceği sonucuna varmak adalet ve hakkaniyet ilkeleriyle bağdaşmayacaktır. Bu halde, dönme hakkının kullanımı sonucu yüklenici mağduriyetini azaltabilmek için Alman hukukunda dönme halinde iade yükümlülükleri bakımından kabul edilen hükümlerin ve hükümlerin uygulanmasına ilişkin görüşlerin hukukumuzda da benimsenmesi, eserin niteliği gereği ayni iadenin yapılamadığı hallerde, eserin ayıplı değerinin yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan bedel alacağından mahsup edilmesi, ayıp nedeniyle eserin kısmen veya tamamen iadesinin imkânsız hale geldiği istisnai hallerde ise iadenin işçilik ve malzeme masraflarından ibaret sebepsiz zenginleşme değeri üzerinden gerçekleştirilmesi önerilebilir.

Kaynakça

Kitaplar

Aral Fahrettin/Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2022.

Arbek Ömer, Satım Konusu Ayıplı Malın Tamir Edilmesi, Ankara 2005.

Ayan Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin temerrüdü, Ankara 2008.

Bühler Theodor, Der Werkvertrag, Zürcher Kommentar zum Obligationrecht Art. 363-379 Zürich 1998 (Bühler-ZK OR Art. 368).

Busche Jan, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, §§ 631-650 BGB, 9. Aufl., München 2023 (*Busche*MüKo § 634 BGB).

Buz Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Çetiner Bilgehan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Onikilevha, İstanbul 2024.

Duman İlker Hasan, İnşaat Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel hükümler, 29. Baskı, Legem, Ankara 2024

Eren Fikret/Dönmez Ünsal, Eren Borçlar Hukuku Şerhi, C. V, m. 393-646, Ankara 2023.

Gauch Peter, Der Werkvertrag, 6. Aufl., 2019.

Gümüş M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.

Honsell, Heinrich: Schweizerische Obligationenrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., Bern 2003.

Huguenin Claire, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Aufl., 2019.

Hürlimann Roland/Siegenthaler Thomas, Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016, Art. 368 OR.

Karahasan Mustafa Reşit, İnşaat İmar İhale Hukuku, C. III, İstnabul Matbaası, 1979.

Kılıçoğlu M. Ahmet, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara, 2023.

Kohler Jürgen, Rücktrittsrechtliche Bereicherungshaftung, JZ 2002, s. 682-696.

Koller Alfred, Schweizerisches Werkvertragsrecht, St. Gallen 2015.

Kürşat Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz, İstanbul 2017.

Messerschmidt Burkhard/Voit Wolfgang (Bearbeiter), Privates Baurecht, 4. Auflage 2022.

Mörtl Fabian, Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers, 2015.

Oğuzman M. Kemal/ Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 21. Bası, Vedat, İstanbul 2023.

Öz M. Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, 4. Bası, İstanbul 2021.

Schalcher Hans Rudolf/Tillman C., Immobilienmanagement, Teil D Realisierung / 7 – 11, 2017.

Seliçi Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul Hukuk Fakültesi, İstanbul 1978.

Serozan Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Onikilevha, İstanbul 2019.

Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, Vedat, İstanbul 2007 (Serozan Dönme).

Şenocak Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan, Ankara 1992.

Tandoğan Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

Tandoğan Halûk, Türk Mesûliyet Hukuku, İstanbul 2010 (Tandoğan, Mesûliyet).

Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, C. II, Özel Borç İlişkileri, Sermet Matbaası, Ankara 1977.

Yavuz Cevdet/Acar Faruk/Özen Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Beta, İstanbul 2022.

Zevkliler Aydın/Gökyayla K. E., Borçlar Hukuku özel Borç İlişkileri, 21. Bası, İstanbul 2021.

Dergiler

Arpacı Abdülkadir, "İş Sahibinin Arsası Üzerine Yapılmış Binalarda Ayıp Sorunu", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2005, Sa. 2, s. 251-256.

Koyuncu Berk Kenan, "Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m. 475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlandırmaya Dair Bir Değerlendirme", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* Y. 2016, C. 11, Sa. 145-146, s. 1069-1093.

Siegenthaler Thomas/Stöckli Hubert, "Grenzen des Rücktrittsrechts beim Herstellungsverzug,

Urteilsbescrechung, BGE 141 III 106, 4A_232/2014, 4A_610/2014", Baurecht 2015, s. 328-330.

Pichonnaz Pascal/Siegenthaler Thomas, "Werkvertrag, Urteilsbesprechung", BR 2017.

TBB Dergisi 2025 (178) s. 291-314

6502 SAYILI TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN'DA YER ALAN TÜKETİCİ TANIMININ ÇOCUKLAR BAKIMINDAN UYGULANABİLİRLİĞİ: ÇOCUK TÜKETİCİ KAVRAMI

APPLICABILITY OF THE CONSUMER DEFINITION OF THE LAW NO. 6502 ON CONSUMER PROTECTION WITH RESPECT TO CHILDREN: THE CONCEPT OF CHILD CONSUMER

Selin SERT SÜTÇÜ*

Özet: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/l hükmünde tüketici tanımına yer verilmiştir. Kanun koyucu bu hükümde tüketici olabilmek için, ayırt etme gücü, erginlik veya kısıtlı olmama gibi fiil ehliyetinin varlığı bakımından Türk Medeni Kanunu tarafından aranan şartları aramamıştır. Söz konusu hükümde tüketici olabilmek için, ticari veya mesleki amaçla hareket etmeyen gerçek veya tüzel kişi olma şartlarını aramıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 83 hükmünde bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır düzenlemesine yer verilmiştir. Bu hükümden yola çıkarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin çocuklar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ve çocuk tüketici kavramının söz konusu olup olamayacağı çalışmamızda incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Tüketici Kavramı, Çocuk, Genel Hükümlerin Uygulanabilirliği, Fiil Ehliyeti, Çocuk Tüketici

Abstract: The definition of consumer is included in the article 3/l of the Law on Consumer Protection No. 6502. In this provision, the legislator did not seek the conditions sought by the Turkish Civil Code for the existence of capacity to act, such as the ability to distinguish, adulthood or not being restricted, in order to be a consumer. In the said provision, it sought the condition of not acting for commercial or professional purposes in order to be a consumer. Article 83 of the Law on Consumer Protection includes the regulation that

* Doç. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, selinsert@akdeniz.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7483-6394, Makalenin Gönderim Tarihi: 19.03.2025, Kabul Tarihi: 22.05.2025

general provisions apply in cases not covered by this law. Based on this provision, whether the provisions of the Law on Consumer Protection will be applied to children and whether the concept of child consumer can be considered will be examined in our study.

Keywords: Concept of Consumer, Child, Applicability of General Provisions, Capacity to Act, Child Consumer

GİRİŞ

6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanun, seksen sekiz maddeden oluşmakta olup, bu hükümlerin hiçbirisinde çocuk kavramına yer verilmemiştir. Kanun'un m.3 hükmü, tanımlara yer vermiştir. Bu tanımlar içerisinde m.3/1 hükmünde tüketicinin tanımlandığı görülmektedir. Kanun koyucu tüketiciyi "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlamıştır. Kanun'un m.83 hükmünde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağının düzenlenmiş olması, çocuklar bakımından kanunun uygulanmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu (TMK) erginlik yaşının on sekiz olduğunu m.11 hükmünde düzenlemiştir. TMK kapsamında daha erken yaşta ergin sayılabilecek düzenlemelere örneğin, TMK m. 11 hükmünde evlenmenin kişiyi ergin kılacağı, TMK m. 12 hükmünde on beş yaşını dolduran çocuğun kendi isteği ve mahkeme kararıyla ergin kılınabileceğine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 1 hükmündeki "bu sözleşme uyarınca çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insanın çocuk" sayılacağı, Çocuk Koruma Kanunu m.3/1-a hükmünde "daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişiyi" ifade edeceği belirtilerek, istisnalar hariç olmak üzere on sekiz yaşından küçüklerin çocuk olduğu kabul edilmiştir. TKHK m.83 hükmü ile TMK m.11 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çocuk tüketici kavramının söz konusu olabileceği düşünülmektedir.

I. ÇOCUK KAVRAMI VE TÜKETİCİ HUKUKUYLA İLİŞKİSİ

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/1 hükmünde tüketici tanımı yapılmış, bu tanım kapsamında fiil ehliyetine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.[1]

Türk Dil Kurumu çocuğu "*Bebeklik ile erginlik arasındaki gelişme döneminde bulunan oğlan veya kız; yavru, bala, uşak, velet*" olarak tanımlamaktadır. Çocuk kavramı genel olarak gündelik hayatta yetişkinden küçüğü ayırmak için kullanılmakta ve yetişkinden çocuğu ayıran sınır dinsel, kişisel, sosyal çevre gibi hususlara göre değişiklik göstermektedir.[2] Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme[3] on sekiz yaşından küçük herkesin çocuk olduğunu kabul etmektedir. Çocuk, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında tanımlanmamıştır. Kanun koyucu TMK kapsamında çocuğun erginlik yaşını on sekiz yaşın tamamlanması olarak kabul ettiğinden, çocuk olarak on sekiz yaşından küçük olanlar kabul edildiği kabul edilmektedir. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu tanımlar başlıklı m.3 hükmünün a fıkrasında çocuğu "*Daha erken yaşta ergin olsa bile, on sekiz yaşını doldurmamış kişi*" şeklinde tanımlamıştır.[4]

---

1 Şebnem Akipek/İlhan Kara, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2023, s. 25; Sera Reyhani Yüksel/Gökçe Canaraslan/Semih Yünlü, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2025, s.11; Mehmet Akif Tutumlu/Özge Tutumlu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2024, s. 26; Sezer Çabri, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2021, s.140.

2 Emine Akyüz, Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2024, s.101-102; Aydın İpek, "Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S.1, 2012, s. 153; Mehmet Sağlam/Neriman Aral, "Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları", *Çocuk ve Medeniyet Dergisi,* C.1, S.2, 2016, s. 44; Yeliz Yücel, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul 2018, s. 5; Cemil Çelik, "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi", *E- Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi,* C.36, 2005, p. 3; Ali Naim İnan, Çocuk Hukuku, Ankara 1968, s. 11.

3 Resmî Gazete Tarihi: 27.01.1995, Sayısı: 22138.

4 Hayrunnisa Özdemir/Ahmet Cemal Ruhi, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2024, s. 43; Akyüz, s. 52; Azim Öncü, "Çocuğun Kişiliği ve Ehliyeti", Çocuk Hukuku Genel Esaslar ve Güncel Meseleler, (Ed. Ömer Korkut & Seda Baş), Ankara 2024, s. 141; Rona Serozan, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2017, s. 3.

Alman Medeni Kanunu'nda (Bürgerliches Gesetzbuch- BGB), çocuk kavramı hem yaşa hem de hukuki duruma bağlı olarak düzenlenmiştir. Almanya'da çocuklar, hukuken korunması gereken özel bir grup olarak kabul edilmektedir ve hakları ile yükümlülükleri, BGB'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. BGB §2 hükmüne göre, bir birey on sekiz yaşını doldurduğunda ergin sayılmaktadır. BGB §104 hükmü, yedi yaşını doldurmamış çocuklar hukuki işlem yapamayacağını, BGB §106 hükmü yedi ile on yedi yaş arasındaki çocukların sınırlı ehliyetli olduğunu kabul etmektedir. Böylece yedi ile on yedi yaş arasındaki çocukların, yasal temsilcilerinin rızasıyla borç altına giren hukuki işlemler yapabileceği sonucuna ulaşılacaktır.[5]

İsviçre Medeni Kanunu (Zivilgesetzbuch- ZGB) çocuklarla ilgili düzenlemeleri ayrıntılı bir şekilde ele almaktadır. İsviçre'de çocuk kavramı hem yaş hem de hukuki durum temelinde değerlendirilmektedir. ZGB §14 hükmüne göre, bir birey on sekiz yaşını doldurduğunda ergin kabul edilmektedir. ZGB § 16 ile §19 arasındaki hükümlerle göre, çocuklar, ergin olana kadar sınırlı hukuki işlem yapma kapasitesine sahip olacaktır. Dolayısıyla on sekiz yaşına kadar çocukların gerçekleştireceği hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi yasal temsilcilerinin rızasına bağlanmıştır.[6]

1982 Anayasası çocukların korunmasına ilişkin olarak m. 10/3 hükmünde çocuklar için alınacak tedbirlerin Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı olmayacağını düzenleyerek, çocukların korunmasının önemine işaret etmiştir. Ayrıca Anayasa m.2 hükmündeki "sosyal haklar", "anne ve çocukların özel olarak korunmasını" öngören Anayasa m. 41 hükmü, Devletin korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü önlemi almasına ilişkin Anayasa m.61, küçüklerin iş hayatında özel olarak korunmasını düzenleyen m.50, yabancı ülkelerde çalışan yurttaşların çocuklarının özel olarak korunmasını düzenleyen m.62, küçüklerin ceza yargılamasında özel olarak korunmasını düzenleyen m.141 hükümlerinin çocukları koruyucu düzenlemelere özel olarak yer verdiği görülmektedir.

---

5 Thomas Heidel/Rainer Hüßtege/Heinz- Peter Mansel/Ulrich Noack, BGB Allgemeiner Teil, Köln, 2021, s.31.

6 Max Baumann, Personen Recht des ZGB, Schutz, 2008, s.22.

Ülkemizde 23.12.1994 tarihinde yürürlüğe giren Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukların korunması, çocuk hakları, imzalayan ülkeleri bağlayıp hukuksal yükümlülük altına girmelerini sağlayan en önemli uluslararası metindir. Bu Sözleşmede de özel olarak çocuk tüketici kavramına yer verilmemiştir. Ancak Sözleşme'nin başlangıç ve toplam elli dört maddeden oluşan tüm hükümlerinde çocukların korunmasına ilişkin özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Tüketici hukukunun dünyada kavram olarak ortaya çıktığı ilk günden beri, tüketici kavramı şekillenmiş ve aynı zamanda günün ihtiyaçlarına göre gelişmiştir.[7] Bu amaçla günümüzde tüketici tanımında en çok hangi unsurların değiştiği tartışılsa farklı cevaplar ortaya çıkabilecektir. Tüketimin dijital hale geldiği, tüketicilerin korunması için birlikler oluşturulduğu gibi yeni düzenlemeler akla gelse de tüketici yaşının düştüğü belki de en son cevaplardan birisi olarak karşımıza çıkacaktır.[8] Terminolojik ve coğrafi sebeplerle çocukların tüketim içerisindeki yerinin ilk olarak nerede ve nasıl ortaya çıktığı bilinmemektedir. Ancak çocuğun tüketim sürecindeki konumunun 20. yüzyılın başlarında, özellikle Amerika Birleşik Devletleri›nde bir yerde değişmeye başladığı kabul edilmektedir. 1910 yılından itibaren, giyim perakendecileri çocuklar için ayrı bölümlerde giysi satmaya başlamıştır.[9]. Bu yıldan önce satılan ürünler, amaçlanan kullanıcının yaşına göre değil, türüne göre düzenleniyordu. Çocukların tüketim kavramının odak merkezi haline gelmesi ise 20. yüzyıldan önce 18. yüzyıldan itibaren oyuncak dükkanlarının açılması ile başlamıştır. Değişimi sağlayan, dükkân veya mağazalarda ayrı çocuk bölümlerinin oluşturulmasıdır. Bu dönemlerde satın alma kararını veren aileler veya vasi olduğun-

---

7 "Tüketici tanımının en önemli özelliği, bu tanımın giderek artan bir şekilde konu, amaç ve kişi yönünden geniş sınırlara dayandırılmasıdır. Sonuç olarak yapılan tanımlar genellikle, konu denildiğinde tüketilen tüm mal ve hizmetler, amaç denildiğinde doğrudan veya dolaylı kullanım ile bunlardan yararlanma amacını, kişi yönünden ise hem gerçek hem de tüzel kişi olabilme özelliğini bünyesinde barındırmaktadır"., Şebnem Akipek, "m-3, Tanımlar", Milli Şerh, (Ed. Hakan Tokbaş &Özlem Tüzüner), İstanbul, 2016, s. 56.

8 Lodewijk Pessers, "Refining the Legal Approach towards the Underage Consumer: A Process Still in Its Infancy", J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com. Law, V. 2, N.1, 2012, s. 2.

9 Daniel Thomas Cook, The Commodification of Childhood: The Children's Clothing Industry and the Rise of the Child Consumer, Durham 2004, s.41-65.

dan, çocuklar sadece aile seçimlerini etkileme imkanına sahiptiler.[10] Tasarruftan harcamaya yönelik bir eğilimin başlamasıyla çocuklara harçlık verilmesi ve çocukların aktif olarak satın alma sürecine dahil olması çocuk tüketici kavramını düşündürmüştür.

Çocuklar ve tüketici hukuku arasındaki ilişki, özellikle çocukların tüketici olarak korunması, onların ekonomik çıkarlarının gözetilmesi ve ticari uygulamalara karşı savunmasız olmalarını engellemeye yönelik düzenlemeler yoluyla şekillenmektedir. Çocukların okul kantinlerinde, diğer sosyal ortamlarda kendi harçlıklarıyla harcama yapmaları veya özellikle dijital ortamlarda satın alma fiili gerçekleştirmeleri mümkündür. Çocukların TV reklamlarından etkilenmesi, çeşitli pazarlama faaliyetlerine maruz kalmaları ve mal ile hizmet satın almaları da ihtimal dahilindedir. Çocukların mal veya hizmet satın alma fiillerinden dolayı tüketici olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği inceleme konusu yapılacaktır.

II. TÜKETİCİ KAVRAMI

Türk Hukukunda tüketici kavramı ilk defa 08.09.1995 yılında yürürlüğe girmiş olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında tanımlanmıştır.[11] Söz konusu Kanun'a göre tüketici, bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek ya da tüzel kişi şeklinde tanımlanmıştır. 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da büyük değişiklikler yaratan 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile tüketici kavramında da değişiklik yaşanmış olup, bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi tüketici olarak ifade edilerek, daha geniş bir çevrede koruma sağlayan, amaç unsuru bakımından da daha anlaşılır

---

10 Peter Stearns, Consumerism in world history: the global transformation ofdesire, London and New York, Routledge, 2006, s. 20.

11 Tarihsel gelişimine bakıldığında tüketici tanımının ilk olarak, 18. yüzyılda İngiltere'de tüketicinin korunması amacıyla hazırlanan Malony Komisyon Raporu'nda yer verilmiştir. Raporda tüketici kavramı, "kendi özel tüketimi için malı alan kişi" olarak tanımlanmıştır. Brain W. Harvey /Deborah L. Parry, The Law o f Consumer Protection and FairTrading, London 1992, s.7.

bir tanımlamaya yer verilmiştir.[12] 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren ve halen yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Türk hukukuna aktarılan Avrupa Birliği direktiflerinden olan 99/44/EC sayılı Tüketici Satışları ve Garantilere İlişkin Direktifi esas alarak tüketici tanımına yer vermiştir. Söz konusu Direktif tüketiciyi "*tüketicinin bu direktif kapsamındaki sözleşmelerde ticareti, işi veya mesleği ile ilgili olmayan amaçlarla hareket eden herhangi bir gerçek kişi*" olarak tanımlamıştır.[13] Bu düzenlemeyi esas alan TKHK tüketiciyi Kanun'un m.3/l hükmünde "*ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlamıştır.[14]

III. TÜKETİCİ KAVRAMININ UNSURLARI

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/l hükmünde tanımlanan tüketici, ticari veya mesleki amaçla hareket etmeme ile gerçek veya tüzel kişi olma unsurlarından oluşmaktadır.

A. TİCARİ VEYA MESLEKİ AMAÇLA HAREKET ETMEME

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/l hükmü kapsamında, tüketici kavramının sınırlarının belirlenmesi bakımından en önem-

---

[12] Mustafa Alper Gümüş, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde: 1-46), İstanbul, 2014, s.17; Murat Aydoğdu/Nalan Tuncer, Tüketici Hukuku Özet Kitap, Ankara, 2023, s. 45; Özge Yenice, "Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği", *Legal Hukuk Dergisi*, C. 13, S.156, 2015, s. 73; Alper Uyumaz/Mehmet Cemil Türk, "Tacirin Tüketici Sıfatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.72, S.3, 2023, s.1594; Akipek/Kara, s. 25; Yüksel/Canarslan/Yünlü, s. 11; Tutumlu/Tutumlu, s. 26; Çabri, s. 140-141; Nihat Yavuz, "Tüketiciyi Koruma Hakkında Kanuna Göre Tüketici Kavramı", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi*, Şubat 2001, S. 109, s. 12.; Reha Poroy, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. s.522 vd.

[13] Avrupa Birliği 99/44/EC sayılı Tüketici Satışları ve Garantilere İlişkin Direktifi, Kapsam ve tanımlar başlıklı m.1 hükmü.

[14] 6502 sayılı Kanun'un m.3 hükmünün madde gerekçesinde tanımlar maddesinin değiştirilme sebebi; "Bu madde tanımlar maddesi olup, bu maddede Kanunda geçen ana kavramların tanımlarına yer verilmiştir. 4077 sayılı Kanun ile mukayese edildiğinde "Tanımlar" maddesinden bazı tanımlar çıkarılmış, yeni bazı tanımlar eklenmiş, bazı tanımlar ise değiştirilmiştir. Yapılan en esaslı değişiklikler, tüzel kişilerin tüketici kavramının dışında tutulması ve tüketici işlemi kavramının kapsamının genişletilmesidir" şeklinde ifade edilmiştir., https://www.lexpera.com.tr/mevzuat/gerekceler/tuketicinin-korunmasi-hakkinda-kanun-madde-gerekceleri/. (e.t.: 11.03.2025).

li unsur, gerçek veya tüzel kişinin mal ve hizmet ediminde ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etmesi koşuludur.

Ticari ve mesleki olmayan amaçla hareket eden kişinin tüketici sıfatını kazanabilmesi için şahsi ve özel kullanımına özgü bir amacın varlığı gerekmektedir.[15] Bu sebeple Türk Ticaret Kanunu m.19 hükmü kapsamında gerçek kişi tacir ve ticaret şirketleri dışındaki tüzel kişiler, işlem yaptığı sırada bunun ticari işletmesiyle ilgisinin bulunmadığını ispatladığı ölçüde tüketici sayılabilecektir. Örneğin, bir avukatın ofisine yönelik bir masa, bir top kâğıt alması işlemlerinde tüketici kabul edilmesi mümkün değildir. Ancak avukatın ofisine bir klima, televizyon alması durumunda, işlemin TKHK kapsamında olup olmayacağı konusunda bir tartışma gündeme gelecektedir. Öğretide bir görüşe göre,[16]mesleki olmayan amaçla hareket edilen durumda bunun ticari ve mesleki kullanım amacından ayrımı yapılabilecek ise TKHK'nın uygulanabileceğini ifade etmektedir. Öğretide diğer bir görüş ise[17] bu sınırın belirlenmesinde daha belirgin bir ölçütün konulmasına vurgu yaparak, kişinin satın aldığı malın işletmesine kaydettirilip (Örneğin, işletme muhasebesinde vergiden düşme, masrafları gider gösterme vb. gibi) bu maliyetin geri dönüp dönmeyeceğine göre, objektif bir belirleme yapılmasının daha doğru olacağına işaret etmektedir. Alıcının malı alırken güttüğü amacı belirlenmelidir. Yani tüketici kavramı or-

---

15 Hasan Seçkin Ozanoğlu, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2020, s. 686; Yılmaz Aslan, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015, s.4; Emel Tekten, "Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* 2023, C.34, S.1, s. 10; Osman Levent Özay, "6502 sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi", *Avrupa Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi,* C. 4, S. 12, 2017, s. 264; Ahmet Karakocalı/Ali Suphi Kurşun, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015, s. 22; Akipek/Kara, s. 25; Tutumlu/Tutumlu, s. 26; Çabri, s.14.

16 Atilla Altop, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, S.1-2, 2004, s.14; Aydoğdu/Tuncer, s.78- 80; Çabri, s.63; Yüksel/Canarslan/Yünlü, s. 11.

17 Uygulamada da sıklıkla görüldüğü üzere, daha az vergi ödemek amacıyla bireysel kullanım amacıyla alınan otomobiller şirket adına kaydedilerek kanun hükümlerini dolanmak yoluyla menfaatler sağlanmaya çalışılmaktadır. Bu noktada hukuken korunması gereken iradeyi gözeterek, objektif bir kıstasa göre belirleme yapılması daha uygun olacaktır. Aslan, s.5.

taya koyulurken ticari veya mesleki amaç kavramı alıcının amacına göre ortaya konulmalıdır.[18] Mesleki veya ticari faaliyet dışındaki amaç, gerçek kişi tüketicilerde "*şahsi veya ailevi ihtiyaçların karşılanması*" şeklinde ortaya çıkacaktır.[19] Mal veya hizmet kısmen ticari kısmen ticari olmayan amaçla işleme konu olduğunda durum ne olmalıdır? Öğretide[20] bu gibi karma amaçlı satın almalarda, muhasebe tekniği açısından bölünme mümkün olmadığı için ticari amaç ağır basacağından; bu nedenle TKHK m.1 ve devam hükümleri bu gibi işlemlere uygulanmamalı; aksine TBK veya TMK genel hükümler uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür. Öğretideki[21] diğer bir görüşe göre ise bu gibi durumlarda her somut olaya göre yapılacak değerlendirme farklı olmalıdır. Satın alınan mal veya hizmetin ticari olmayan amaçlarla alınan kısmı, ticari amaçla alınan kısımdan miktar, sayı ya da ölçü olarak ayrılması mümkün ise, ayrılan kısma TKHK m.1 vd hükümleri uygulanmalıdır; ticari amaçla alınan kısma genel hükümler uygulanmalıdır. Bu şekilde bir ayrım yapılması mümkün değilse, durumun özelliğine göre tamamen TKHK m.1vd hükümleri ya da tamamen genel hükümler uygulanmalıdır. Kanaatimizce de her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir. Satın alınan mal veya hizmet bölünebilir nitelikte ise ticari kısma genel hükümler, ticari olmayan kısma ise TKHK hükümleri uygulanmalıdır.

Tacir olmayan kişiler bakımından ise, mal ve hizmet ediminde TTK m.19 hükmünde yer alan ticari iş karinesiyle kıyaslama yapıldığında kişinin tüketici sıfatıyla hareket ettiği yönünde bir tüketim karinesinin varlığı öğretide ifade edilmektedir.[22] Örneğin bir kişinin bir evi oturma ve kullanma ihtiyacını gidermek için satın alması ile bir evi sadece yatırım olarak kira geliri elde etmek amacıyla alması bakımından fark olup, kiralama durumunda kişinin tüketici sayılması söz konusu olmayacaktır. Tüketici, malı kendisinin veya bir başkasının kullanımına veya yararlanmasına hizmet etme amacıyla almalı, satın aldığı mal veya hizmetle ilgili ticari bir amaç taşımamalıdır.[23]

---

18 Ozanoğlu, s. 671; Aslan, s.19.
19 Aydoğdu/Tuncer, s. 61.
20 Zevkliler/Özel, s. 95.
21 Aydoğdu/Tuncer, s. 62.
22 Aydoğdu/Tuncer, s. 62; Yüksel/Canarslan/Yünlü, s. 13; Çabri: s.14.
23 Aslan, s.4.

Yargıtay, tüketici tanımındaki mesleki veya ticari amaçla hareket etmeme unsuruna ilişkin olarak davacının trafik kayıt ve ruhsatına özel araç hususunun işlenmiş olması nedeniyle, aracını bazı zamanlar mesleği gereği kullanmış olması durumunda dahi, kişinin doğrudan ticari veya mesleki amaçla hareket ettiği sonucunun çıkarılmayacağı belirtilerek, kişinin mal satışına ilişkin konu bakımından TKHK kapsamında tüketici sıfatına sahip olduğu ifade edilmiştir.[24]

Kişilerin bir mal veya hizmeti alırken karma amaçlı şekilde hareket etmesi halinde tüketicinin sıfatının tespiti bakımından tartışmalar gündeme gelebilecektir. Örneğin, bir avukatın ofisini hem işyeri hem de ev olarak kullanması durumunda ya da satın aldığı malzemeler bakımından avukatın tüketici sıfatı tartışılabilecektir. Bu durumda avukatın kısmen tüketici gibi davrandığı söylenebilecektir. Öğretide, avukatın gerçekleştirdiği mal veya hizmet satın alma işleminde hangi amaçla hareket ettiğinin yani tüketici unsurunun mu yoksa ticari unsurun mu ağır bastığının belirlenmesinin avukatın mal veya hizmeti satın alırken hangi amaçla hareket ettiğinin de tespit edilmesini sağlayacağı ifade edilmiştir.[25] Kanaatimizce karma işlemler bakımından gerçek veya tüzel kişinin satın aldığı mal veya hizmetle ilgili satın alma amacının ticari amaç olup olmadığının bir şekilde tespiti yapılsa bile muhasebe tekniği anlamında bu işlemin bir bütün olarak kayda geçmesi ve bölünme ihtimalinin olmaması sebebiyle kişi tüketici kabul edilmemelidir.[26] Yargıtay benzer gerekçelerle bir ticari ortaklığın kendi adına araç satın alıp, bu aracı ticari faaliyeti dışında bazen de şahsi olarak kullanması durumunda işlemin niteliğinin değişmeyeceğini, aksi halde hem vergi kanunları hem de ortaklık bilançosu bakımından karmaşanın ortaya çıkacağı yönünde karar vermiştir.[27]

---

24 Y. 13.HD. 24.06.2009 tarihli 2009/4799 E., 2009/8756 K. sayılı kararı; Benzer yönde YHGK 30.06.2010 tarihli 2010/14-358 E. 2010/353 K. sayılı kararı için bkz. https://www.sinerji mevzuat.com.tr., (e.t.: 11.03.2025).

25 Burak Keçecioğlu, "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.1649.

26 Aydın Zevkliler/Çağlar Özel, Tüketicinin Korunması Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s.95

27 Y. 11. HD. 26.06.1997.tarihli 1997/1815 E. 1997/5112 K. sayılı kararı ile benzer yönde bkz. YHGK. 21.09.2011 tarihli 2011/19-500 E. 2011/550 K. sayılı kararı için https://www.sinerji mevzuat.com.tr., (e.t.: 11.03.2025).

B. GERÇEK VEYA TÜZEL KİŞİ OLMA

Ticari veya mesleki olmayan amaçla hareket etme unsurunun yanında tüketici olarak kabul edilebilmek için gerçek veya tüzel kişi olma zorunluluğu bulunduğu TKHK m.3/1 hükmünde belirtilmiştir. Gerçek veya tüzel kişinin tanımına veya tüketici olarak kabul edilebilecek gerçek veya tüzel kişinin kim olması gerektiğine dair bir düzenleme TKHK kapsamında bulunmamaktadır. Ancak TKHK m.3/1 hükmünün tamamından çıkacak sonuç, bu gerçek veya tüzel kişinin ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesidir.

Gerçek kişi, Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenmiştir. TMK m. 28 hükmünde kişiliğin tam ve sağ doğmak kaydıyla başladığı belirtilmiştir. Aynı hükümde kişiliğin ölümle sona ereceği düzenlenmiştir. Türk Ticaret Kanunu m.19 hükmünde gerçek kişi tacirler bakımından ticari iş karinesi kabul etmiştir. Hükümde bir tacirin borçlarının ticari olmasının asıl olduğu, ancak gerçek kişi olan bir tacirin, işlem yaptığı anda bu işlemin ticari işletmesiyle ilgili olmadığını diğer tarafa açıkça bildirdiği veya işin ticari sayılmasına durumun elverişli olmadığı halde borcun adi sayılacağı ifade edilmiştir. Bu noktada gerçek kişi tacirler bakımından bir istisnaya yer verilerek tüketici sıfatının kazanılmasında bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda bir gerçek kişi tacirin örneğin evine mangal alması durumunda ticari bir amaç taşımadığı için tüketici kabul edilecektir.

Tüzel kişi ise Türk Medeni Kanunu m.47 hükmünde "*Başlı başına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal toplulukları, kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar*" şeklinde düzenlenmiştir. TTK m.19 hükmü tüzel kişi tacirler bakımından mutlak bir karine kabul etmiş, tüzel kişilerin mal veya hizmet satın almalarında tacir kabul edilmeleri gerektiği ifade edilmiştir.[28] TKHK düzenlemesinde yer alan tüzel kişilerin de tüketici olabileceğini kabul eden m.3/1 hükmü dahilinde,[29] yalnızca ticari amaç gütmeyen dernek, vakıf gibi tüzel kişilerin ticari işletmesi ile ilgili olmayan ve sadece özel alanlarıyla ilgili işlemleri ba-

---

[28] Çabri, s.57; İpek Yücer Aktürk, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.20, S.2, 2016, s.121; Akipek/Kara, s. 25; Yüksel/Canarslan/Yünlü, s. 13; Tutumlu/Tutumlu: s. 26; Çabri, s.15.

[29] Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekten, s. 2.

kımından tüketici sayılabileceği öğreti ve Yargıtay kararlarında kabul edilen görüştür.[30]

IV. ÇOCUK TÜKETİCİ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A. TÜRK MEDENİ KANUNU DÜZENLEMELERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Çocuk tüketici kavramının değerlendirilmesi için TKHK m. 83 hükmünün düzenlemesi gereği öncelikle Türk Medeni Kanunu hükümlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 9 hükmünde "*fiil ehliyetine sahip olan kimsenin kendi fiilleriyle hak edinip, borç altına gireceğini*", m.10 hükmünde "*ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti olduğu*" m.11 hükmünde "*erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı*", m.14 hükmünde "*ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyeti olmadığı*", m.16 hükmünde "*ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri*" düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden yola çıkarak, TMK hükümleri anlamında çocuk sayılabilmek için on sekiz yaşından küçük olmak yani ergin olmamak yeterlidir. Ancak TMK m.16 hükmünde ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri düzenlendiğinden rızayı veren velayet sahibi anne veya baba ya da vasi rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına girmeleri mümkün olmayacaktır.[31]

Türk Medeni Kanunu m. 11 hükmünde erginliğin on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağı, TMK

---

30 "... Maddede gerçek kişiler yanında tüzel kişilerden söz edilmesi bazı duraksamalara neden olabilirse de tacir olmayan tüzel kişiler yönünden, sözgelimi dernek, vakıf ve kooperatiflerin de tüketici tanımı içinde kabulü gerekir..." (Y. 11. HD, 29.12.1997, 8979/9841, YKD/1998, s.1650); Yakup BAL, "Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S.50, 2022, s.374.

31 Jale Akipek/Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul, 2024, s. 310; Mustafa Dural/Tufan Öğüz, Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2024, s. 85; Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2024, s. 105.

m. 12 hükmünde ise on beş yaşını dolduran kişinin kendi isteği ve velisinin rızasıyla ergin kılınabileceği kabul edilmiştir. Kişinin ergin kılınmasının çocuk tanımının dışına çıkılması bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Öğretide[32]kişinin evlenmeyle veya mahkeme kararıyla ergin kılınması halinde gerçekleştireceği hukuki işlemlerin geçerli olması bakımından bu işlemler için izin veya icazet almasına gerek kalmaması sebebiyle çocuk sayılamayacağı ifade edilmiştir. Öğretide bir başka görüş,[33] ergin kılınma halinin, sadece Kanunen sınırlı sayıda kabul edilmiş hallere özgü olduğu, bir başka deyişle ergin olmayı gerektirmenin bir hukuki işlemle sınırlı olmak üzere talep edilmesi gerektiği ve uygun görülmesi halinde o işlemle sınırlı olarak geçerli olması gerektiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla tüm hukuki işlemlere uygulanması söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

---

[32] Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk, Ankara 2021, s.228; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 81; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 302; Dural/Öğüz,s.56; Akyüz, s.106; Baki İlkay Engin/Yeşim Atamer, Serozan Medeni Hukuk, İstanbul 2022, s. 435; Mehmet Ayan/Nurşen Ayan, Kişiler Hukuku, Ankara 2023, s.60; Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, İstanbul 2016, s.53; Mehmet Akarca, Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, *Fasikül Hukuk Dergisi,* C. 3, S.19, 2011, s.2; "Türk Medeni Kanunu ve Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' ye göre ergin kılınan kişilerin çocuk olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, Çocuk Koruma Kanunu m. 3/1 hükmüne göre ise ergin kılınsa dahi kişinin çocuk kalmaya devam edeceği kabul edilmelidir"., Nesli Beril Özen Çolak, Ebeveynlerin Sosyal Medyada Çocuklar Üzerinden Elde Ettikleri Kazancın Çocuk Malları Kapsamında İncelenmesi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi,* C.16, S.61, 2025, s. 533; "Çocuk, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme gereğince ergin olmayan kişidir. Erginliğin kazanılmasıyla çocuk kavramı kullanılmayacaktır"., Özge Yücel, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011, s. 2-3; "Mahkeme kararı veya evlenme yoluyla ergin kılınmış olsa da çocuk kanundaki erginlik yaşına ulaşmamış ise Çocuk Koruma Kanunu hükümlerinden yararlanacaktır. Buna karşın mahkeme kararı ya da evlenmeyle ergin kılınan çocuğun TMK kapsamındaki koruma tedbirlerinden yararlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü TMK koruma tedbirlerini velayet altındaki çocuklar bakımından düzenlemiştir. Evlenmesi sebebiyle ergin olan ya da mahkeme kararıyla ergin kılınan çocuk üzerindeki velayet hakkı sona ereceğinden TMK kapsamındaki velayet altında bulunan çocuklara ilişkin koruma tedbirlerinden yararlanma söz konusu olmayacaktır"., Gülçin Elçin Grassinger, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s.51-52; Hasan Tahsin Fendoğlu, Çocuk Hakları Hukuku, Ankara 2014, s. 29.

[33] Ezgi Aygün Eşitli, Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi,* S. 106, s. 273. Yusuf Solmaz Balo, Çocuk Koruma Hukuku, Ankara 2013, s. 34.

Kanımızca evlenme ile ergin kılınan bir kişi sadece kişi on sekiz yaşını doldurmadığından dolayı kanunun geçerlilik için belirli bir yaş şartını aradığı işlemleri yapamayacaktır. Örneğin, TMK m. 124 hükmüne göre erkek veya kadının on yedi yaşını doldurmadan evlenmesi mümkün olmadığından mahkeme kararıyla ergin kılınan bir kişinin on yedi yaşını doldurmadan evlenmesi söz konusu olmayacaktır. Kanunun belirli bir yaş şartı belirlediği hukuki işlemler dışında evlenmeyle ergin kılınan kişinin kendisini borç veya yükümlülük altına sokabilecek hukuki işlemleri gerçekleştirmesi mümkündür. Çocuk Koruma Kanunu veya Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme' ye göre evlenme veya mahkeme kararıyla ergin kılınma durumunda kişinin hala çocuk olarak kabul edileceğinin düzenlenmesi tamamen çocuğun korunması düşüncesini yansıtmaktadır. Ancak TMK m. 11 hükmünün evlenmenin kişiyi ergin kılacağına ilişkin düzenlemesi, TMK 12 hükmüne göre mahkeme kararıyla ergin kılınan kişinin çocuk olarak kabul edilmesi ve TMK kapsamında çocuğu koruyucu düzenlemelerden[34] yararlanması söz konusu olmayacaktır.

On sekiz yaşından küçük ve ayırt etme gücüne sahip olan çocuğun mal veya hizmet satın alması TMK m.16/1 hükmü kapsamında ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler düzenlemesine yer verilmesi sebebiyle, TMK m. 16/1, TMK m. 343 ve TMK m. 451 hükümlerinden yola çıkarak, sınırlı ehliyetsizin yasal temsilcinin rızasını alarak[35] borçlandırıcı ve tasarruf işlemlerini yapabileceği sonucuna ulaşıla-

---

[34] Sözleşme, çocuklara tanınan hakların ve koruyucu hükümlerin uygulanmasında genel ilke olarak değerlendirilmesi gereken temel prensiplere yer vermiştir. Amaç, çocukların korunmasıdır., Zeynep Nur Subaşı, Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı, Çocuk Hukuku Armağanı (Ed. Yıldız Abik), İstanbul 2022, s. 6.

[35] Yasal temsilcinin izin veya icazetini açık veya örtülü olarak verebileceği kabul edilmektedir. Yapılan işlem şekle bağlı olsa bile, rızanın geçerli olması herhangi bir şekilde yapılmasına bağlı değildir. Rıza tek bir işlem için verilebileceği gibi, birden çok işlem için de verilebilecektir. Ancak sınırlı ehliyetsizin gerçekleştireceği işlemler bakımından genel bir rıza geçerli olmayacaktır. Aynı amaca yönelik bir işlem grubu için izin verilmişse, sınırlı ehliyetsizin yapacağı işlemlerin bu sınırın dışına çıkmaması gerekmektedir. Örneğin, velayet altındaki bir çocuğun sadece geziye gitmesi için rıza gösterilmişse, çocuğun gezi dışında pahalı bir araba alması söz konusu olmayacaktır, Dural/Öğüz, s.85; Helvacı, s. 78; Ayan/Ayan, s. 78; Sınırlı ehliyetsiz olan küçüğe nakit veya kredi kartıyla alışveriş yapabileceği, ancak

caktır.[36] TMK m.359 hükmünde ise "*Ana ve baba tarafından bir meslek veya sanat ile uğraşması için çocuğa kendi malından verilen kısmın veya kendi kişisel kazancının yönetimi ve bunlardan yararlanma hakkı çocuğa aittir. Çocuğun evde ana ve babasıyla birlikte yaşaması hâlinde, ana ve baba ondan kendisinin bakımı için uygun bir katkıda bulunmasını isteyebilirler*" düzenlemesine yer verilerek, çocuk bakımından üzerinde tasarruf da bulunabileceği, yararlanma hakkını kullanabileceği bir mal veya kazançtan bahsedilmiştir. Bu durumda çocuk kendisine tahsis edilen mal veya kazanç bakımından ticari veya mesleki amaçla hareket etmemesi halinde tüketici olarak kabul edilmesine engel bir durum söz konusu değildir.

Ayırt etme gücüne sahip olan küçükler ile ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. TMK m.14 hükmüne göre ayırt etme gücüne sahip olmayan küçüklerin fiil ehliyeti olmadığı ifade edildiğinden, ayırt etme gücüne sahip olmayan küçükler adına mal veya hizmet satın alan velileri ya da vasileri olacağından tüketici de onlar olacaktır. Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından ise TMK m.359 hükmündeki istisna durumu haricinde TMK m.16 hükmü gereğince mal veya hizmet satın alınmasında rızayı yasal temsilciler verdikten sonra sözleşmenin tarafı çocuğun kendisi olacaktır. Ancak TMK m.359 hükmü kapsamında mal veya hizmet satın alan çocukların ise tüketici sayılmasına bir engel yoktur.

Türk Medeni Kanunu m.359 hükmü kapsamında ayırt etme gücüne sahip olan çocukların satın alacakları mal veya hizmetlerle ilgili

---

nakit veya taksitle kart limiti tutarında alışveriş yapılması TBK m. 254 hükmüne göre işlemden önce ve yazılı olarak rıza verilmesi gerekmektedir"., Engin/Atamer, s. 451; Yasal temsilcinin çocuğun yapacağı harcamalara harcama miktarı ve yapılacak işlemin niteliğini belirleyerek sınırlama getirmesi gerekmektedir. cep harçlığı alan veya yalnız yaşamasına izin verilen çocuğa verilen parayla çocuğun dilediği gibi tasarruf yapabileceği kabul edilmelidir., Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 111; Veli ya da vasinin çocuğun yaptığı işleme ses çıkarmaması örtülü rıza olarak kabul edilmelidir., Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 330; Sınırlı ehliyetsiz adına velisi tarafından ek kart çıkarılması halinde ek kartın rıza dahilinde çıkarılması sebebiyle yapılan işlemler yani harcamalar geçerli olacaktır., Kılıçoğlu, s. 252; Yücel, s. 25.

[36] Dural/Öğüz, s. 85; Helvacı, s. 78; Ayan/Ayan, s. 78; Engin/Atamer, s.451; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 110-111; Akipek/Akıntürk/Ateş, s. 330; Kılıçoğlu, s.250, Yücel, s.26.

tüketici sayılacaklarını kabul etmemize rağmen bu satın alımlarda da ticari veya mesleki bir amaç taşınmaması unsuruna dikkat edilmesi gerekmektedir.

Türk Ticaret Kanunu m.12 hükmünde tacir, bir ticari işletmeyi kendi adına ve hesabına işleten kişi olarak tanımlanmaktadır. TTK m.12 ve m.13 hükümlerindeki düzenlemelere göre on sekiz yaşın altındaki bir çocuk yasal temsilcilerinin izniyle ticari faaliyet gerçekleştirirse, tacir gibi sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, küçük veya kısıtlıya ait ticari işletmenin yasal temsilcisi tarafından işletilmesi halinde tacir çocuğun kendisi olacağından, tüketici hukukundaki korumadan da yararlanması söz konusu olmayacaktır[37].

Anayasa m.172 hükmü "*Devlet, tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder*" düzenlemesine yer verdiğinden bu hüküm kapsamında çocuk tüketicilerin de satıcı ve sağlayıcılara karşı korunması önemlidir. Anayasa m.41 hükmüyle Anayasa m.172 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, çocukların tüketici olarak özel ve ayrıca korunması ihtiyacı da ortaya çıkmış olacaktır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.83 hükmünün TKHK kapsamında hüküm olmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağına yönelik düzenlemesi gereğince, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında da çocuk tüketici kavramına ilişkin bir hüküm olmadığı görülecektir.

B. HAKSIZ TİCARİ REKLAMLARA İLİŞKİN DÜZENLEMELER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Çocukların özellikle TV ve bilgisayar gibi dijital araçlardan etkilenmeleri sebebiyle, TKHK m.61 hükmünde "*çocukları istismar edici reklamlar yapılamaz*" denilerek çocuk tüketicilerin haksız ticari reklamlar sebebiyle istismar edilmelerinin önüne geçilmek istenmiştir. TKHK m.61, m.62, m.63 ve m.84 hükümlerine dayanarak, Haksız Reklam

---

[37] İrfan Baştuğ, Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi,* C.5, S.4,1970, s.1970, s. Emin Bingöl, Basiretli İş Adamı Gibi Ha reket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyem emesi, İstanbul 2018, s. 31-32.

ve Ticari Uygulamalar Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Yönetmelik m.5 hükmünde temel ilkelere yer verilmiştir. Bu ilkelerden birisi de m.5/ç hükmünde düzenlenen reklamların, çocukları istismar edici ifade ya da görüntüler içeremeyeceği düzenlenmiştir. Yönetmelik m.24 hükmünde "*çocuklara yönelik reklamlar*" hükmüne yer verilerek, m.5/ç hükmündeki düzenlemenin özel düzenlemesi de ayrıca yapılmıştır. Yönetmelik m.24/A hükmünde "*Aşırı tüketimi tavsiye edilmeyen gıdalara ilişkin reklamlar*" ile ilgili düzenleme yapılarak, çocukları korumaya yönelik bir başka düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin tamamında çocukların tüketici olarak sadece reklamlardan korunmasına yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Çocuğun tek başına tüketici olabileceği ihtimali değerlendirilmemiştir.[38]

Avrupa Birliği Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi 2005/29/AK en son 28.05.2022 tarihinde değişikliğe uğramış olmasına rağmen çocuklara ilişkin düzenlemesi, "*her durumda haksız ticari uygulama kabul edilen durumlar*" kısmında yer alan "*bir reklamda çocuklara reklamı yapılan ürünleri satın almaları veya ebeveynlerini veya diğer yetişkinleri kendileri adına reklamı yapılan ürünleri satın almaya ikna etmeleri için doğrudan bir teşvikin dahil edilmesi*" hükmüdür.[39] Bu Direktif aynı zamanda bu düzenlemenin son fıkrasında 3 Ekim 1989 tarih ve 89/552/EEC sayılı Konsey Direktifi m.16 hükmüne gönderme yaparak, haksız ticari uygulama olarak kabul edilecek durumlarda m.16 hükmünün uygulanmaya devam edileceği ifade edilmiştir. 89/552/EEC sayılı Konsey Direktifi m.16 hükmünde "*Televizyon reklamları, küçüklere manevi veya fiziksel zarar vermemeli ve bu nedenle, onların korunması için aşağıdaki ölçütlere uymalıdır: (a) küçükleri deneyimsizliklerini veya tecrübesizliklerini kullanarak bir ürün veya hizmet satın almaya doğrudan teşvik etmemelidir; (b) küçükleri, reklamı yapılan mal veya hizmeti satın almaya ebeveynlerini veya başkalarını ikna etmeye doğrudan teşvik etmemelidir; (c) küçüklerin ebeveynlerine, öğretmenlerine veya diğer kişilere duydukları özel güveni istismar*

---

38 Ergun Özsunay/Murat Özsunay, "m:61, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar", *Milli Şerh*, (Ed. Hakan Tokbaş& Özlem Tüzüner), İstanbul 2016, s. 958 vd.; Akipek/Kara, s.179; Çabri, s.1079; Numan Tekelioğlu, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, İstanbul 2016, s. 59; Mete Tevetoğlu/Betül Çolak, "Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, İstanbul 2021, s. 47.

39 https://www.eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF, (e.t.: 11.03.2025).

etmemelidir; (d) küçükleri tehlikeli durumlarda ve makul olmayan şekilde göstermemelidir" düzenlemesine yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler de çocukların haksız ticari uygulamalardan nasıl korunacağını düzenlemiş ancak açıkça çocuğun tüketici olabileceği ihtimalinden bahsetmemiştir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'na göre, tüketici olarak çocukların yüksek yararı ve haklarının korunması, kamu yararı, serbest piyasa ve ürünlerin, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımından çok daha önemlidir.[40] Çocukların yaşlarına göre gelişimleri göz önüne alınarak[41] çocuklar, kendilerini koruyamadıkları ve tüketici haklarını bağımsız olarak kullanamadıkları için pazarlama iletişimi etkisi ve ürün güvenliği gereklilikleri bağlamında korunmaya ihtiyaç duyan piyasadaki en savunmasız tüketicileri temsil etmektedir. Çocukların tüketici olarak özel olarak korunması, desteklenmesi ve güçlendirilmesi sağlanmalı ve çocuklar henüz kendilerini koruyamadıkları için verimli satın alma kararlarının nasıl alınacağına ilişkin bilgilerle desteklenmelidir.[42] Çocukların tüketici olarak korunması bir ihtiyaç olarak belirlenmiş olmasına rağmen bu konuda henüz bir kanuni düzenleme açıkça yapılmamıştır.[43]

---

40 Andrea Lučić/Marija Uzelac and Nikolina Vidović: "Critical Review of Children Consumer Protection National Policies", *Journal of Macromarketing*, V. 42, N. 4, 2022, s. 510; Roberta Montinaro, "Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations", *European Journal of Privacy Law & Technologies (EJPLT),* S. 2, Y. 2020, s. 53; Jennifer Schmidt, "Blurred Lines: Federal Trade Commission's Differential Responses To Online Advertising And Face To Face Marketing", *Journal of High Technology Law,* N. 2, Y. 2019, s. 446.

41 Sandre L Calvert, "Children as Consumers: Advertising and Marketing", The Future of Children, V.18, N.1, 2008, s. 205–34; Elizabeth S Moore, "Should marketers be persuading our children? A controversial question," in Marketing and the Common Good: Essays from Notre Dame on Societal Impact, Murphy P. E., Sherry J. F., eds. ur., eds. London and New York, NY: Routledge, 2004, s.119–221.

42 Sigalingging Oktavia Purnamasari (2018), "The Consumer Protection Toward Characters Done by Seller in the Market," *International Journal of English Literature and Social Sciences,* V. 3, N.5, 2018, s. 727.

43 Çocuklara yönelik yapılan mal veya hizmet pazarlamalarına ilişkin iletişim düzenlemeleri ve kısıtlamaları yapılması, ürünlere özgü zararlı içeriklere yönelik kısıtlamalar, çocukların eğitilmesi ve bilinçli tüketici olmalarının sağlanması gerektiği ifade edilmektedir. Calvert, s. 205.

Alman hukukunda çocuk tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, Haksız Rekabete Karşı Kanun (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* – UWG) ve Reşit Olmayanların Korunmasına İlişkin Devletlerarası Antlaşma (*Jugendmedienschutz-Staatsvertrag* – JMStV) tarafından belirtilmiştir. Alman hukukunda bir reklama, reklamı yapılan ürünü satın almaları için çocuklara doğrudan bir teşvik olması veya ebeveynleri veya diğer yetişkinleri ürünü bir çocuk için satın almaya ikna etmenin kanuna aykırı olduğu ifade edilmiştir. İlgili hüküm, Haksız Rekabetle Mücadele Kanunu'nun m.3 hükmünün ekinde olan Kara Liste'de yer almaktadır. Söz konusu liste, her koşulda haksız olarak kabul edilen çeşitli ticaret uygulamalarını listelemektedir. Hükmün uygulanması, çocuklara yönelik reklam ve tanıtımlarla sınırlıdır.[44]

Alman Hukuku çocuklar (14 yaşın altındaki küçükler) ve ergenler (14 yaşında olan ancak henüz 18 yaşında olmayan küçükler) arasında ayrım yapmaktadır. Söz konusu Kara Liste hükmünde kullanılan "çocuk" teriminin tam olarak neyi ifade ettiği sorusuna ilişkin yerleşik bir içtihat bulunmamaktadır. Bu hüküm, 2005/29/EC sayılı AB Direktifini Alman Hukukuna uygulamaktadır. Bu, ilgili terimlerin Avrupa Birliği (AB) yasalarına uygun olarak yorumlanması gerektiği anlamına gelmektedir. Kural, yalnızca söz konusu reklamın doğrudan bir çocuğa (veya ebeveyne/yetişkine) hitap etmesi durumunda geçerli olacaktır.[45]

İsviçre Avrupa Topluluğu›nun bir üyesi değildir, bu nedenle Avrupa Hukuku doğrudan uygulanmayacaktır. İsviçre›de reklamcılığı düzenleyen en önemli kanun, her türlü haksız ve yanlış davranışı veya aldatıcı olan veya herhangi bir şekilde iyi niyet ilkesine aykırı olan ticari davranışı yasaklayan Haksız Rekabete Karşı Federal Kanun'dur (Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb (UWG)). İsviçre reklamcılık sektörü, İsviçre Reklamcılıkta Dürüstlük Komisyonu İlkeleri'nde kendi mesleki etik kurallarını benimsemiştir. Ayrıca Uluslararası Ticaret Odası'nın Uluslararası Reklam Uygulamaları Kodu (ICC Kodu) da uygulanmaktadır. Ancak İsviçre'nin çocuklara yönelik reklamlarla il-

---

44 "Reklamların içeriklerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi, reklamların çizgi film veya çocukların dijital ortamda erişebileceği mecralarda nasıl olacağı ve nasıl yerleştirilmesi gerektiğine ilişkin düzenlemeler, alkol gibi bazı reklamların yapılmasına yönelik hassasiyetlere yer verilmiştir".

45 Florian Gayer, "Advertising vis-à-vis minors in Germany", *Young Consumers,* V.18, N.1, 2017, s. 115-118.

gili özel bir yasası yoktur.[46] Bu sebeple çocuk tüketici veya reklamların zararlı içeriklerinden çocukların korunması gibi konular hiç gündeme gelmemiştir.

SONUÇ

Tüketici hukuku her geçen gün gelişen bir hukuk dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Tüketim yaşı giderek düştüğü için tüketici tanımının yeniden düşünülmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanuni düzenlemeler, çocuklara yönelik reklamlar, video oyunları, oyuncaklar veya gıda güveliğine ilişkin olsa da çocukların sadece yasal temsilcilerinin rızalarına bağlı olan hukuki işlemleri dışında sadece kendilerine ait malvarlıklarını yönetmeleri veya harçlıklarıyla alışveriş yapmaları mümkündür. Bu sebeple kanaatimizce çocuk tüketici kavramının düşünülmesi ve mevcut kanuna çocuk tüketicileri koruyacak hükümler eklenmesi gerekmektedir.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m.3/1 hükmünde düzenlenen tüketici tanımı, TMK m. 16 ve m. 359 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde çocukların da tüketici olarak nitelendirilebilmesi mümkündür.

Çocukların dijital ortamlarda aktif olmaları sebebiyle daha çok mesafeli sözleşmelere taraf olabileceği düşünülerek, yasal temsilcilerinin mesafeli sözleşme akdettikleri sağlayıcılara ilişkin yasal temsilci kilidi gibi koruma yöntemleri veya yaş doğrulama gibi farklı yöntemler düşünülmeli ve çocuklar korunmalıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun düzenlemelerine çocuklar bakımından özel bir hüküm getirilemiyorsa, mesafeli sözleşmelere ve TKHK m.4 temel ilkelere daha zayıf durumda olan çocuklar için özel bir fıkra eklenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

---

[46] Peter Hofer/Jeannette Bieri, "Advertising to children in Switzerland", *Young Consumers,* V.6, N.3, 2005, s. 80-81.

Kaynakça

Kitaplar

Akipek Jale/Akıntürk Turgut/Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul, 2024.

Akipek Şebnem, "m.3: Tanımlar", Milli Şerh, (Ed. Hakan Tokbaş &Özlem Tüzüner), İstanbul 2016.

Akipek Şebnem/Kara İlhan, Tüketici Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2023.

Akyüz Emine, Çocuk Hukuku- Çocukların Hakları ve Korunması, Ankara, 2024.

Aslan Yılmaz, 6502 sayılı Kanun'a Göre Tüketici Hukuku, Bursa 2015.

Ayan Mehmet/Ayan Nurşen, Kişiler Hukuku, Ankara 2023.

Aydoğdu Murat/Tuncer Nalan, Tüketici Hukuku Özet Kitap, Ankara 2023.

Balo Yusuf Solmaz, Çocuk Koruma Hukuku, Ankara 2013.

Baumann Max, Personen Recht des ZGB, Schutz, 2008.

Bingöl Muhammet Emin, Basiretli İş Adamı Gibi Hareket Yükümlülüğü: Özellikle Tacirin Ücret ve Cezai Şartın İndirilmesini İsteyememesi, İstanbul 2018.

Cook Daniel Thomas, The Commodification of Childhood: The Children's Clothing Industry and the Rise of the Child Consumer, Durham 2004.

Çabri Sezer, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2021.

Dural Mustafa/Öğüz Tufan, Kişiler Hukuku, Türk Özel Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2024.

Engin Baki İlkay/Atamer Yeşim, Serozan Medeni Hukuk, İstanbul 2022.

Fendoğlu Hasan Tahsin, Çocuk Hakları Hukuku, Ankara 2014.

Grassinger Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.

Gümüş Mustafa Alper, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014).

Harvey Brain W./Parry Deborah L, The Law o f Consumer Protection and FairTrading, London 1992.

Heidel Thomas/Hüßtege Rainer/Mansel Heinz- Peter/Noack Ulrich, BGB Allgemeiner Teil, Köln, 2021.

Helvacı Serap, Gerçek Kişiler, İstanbul 2016.

İnan Ali Naim, Çocuk Hukuku, Ankara1968.

Karakocalı Ahmet/Kurşun Ali Suphi, Tüketici Hukuku, İstanbul 2015.

Kılıçoğlu Ahmet, Medeni Hukuk, Ankara 2021.

Moore Elizabeth S., "Should marketers be persuading our children? A controversial question," in Marketing and the Common Good: Essays from Notre Dame on Societal Impact, (Murphy P. E., Sherry J. F., eds. ur., eds.) London and New York, NY: Routledge, 2014, s. 119–221.

Poroy Reha, "Tüketicinin Korunmasına İlişkin Bazı Özel Hukuk Sorunları", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 513-550.

Oğuzman Kemal/Seliçi Özer/Oktay Özdemir Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2024.

Öncü Azim, "Çocuğun Kişiliği ve Ehliyeti", Çocuk Hukuku Genel Esaslar ve Güncel Meseleler, (Ed. Ömer Korkut & Seda Baş), Ankara 2024, s. 141-185.

Özdemir Hayrunnisa/Ruhi Ahmet Cemal, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2023.

Özsunay Ergun/Özsunay Murat, "m:61, Ticari Reklam ve Haksız Ticari Uygulamalar", Milli Şerh, (Ed. Hakan Tokbaş& Özlem Tüzüner), İstanbul 2016, s. 958 vd-1022.

Serozan Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.

Stearns Peter, Consumerism in world history: the global transformation ofdesire, London and New York: Routledge 2006.

Subaşı Zeynep Nur, Çocuk Hakları Birleşmiş Milletler Sözleşmesi Bağlamında Çocuğun Üstün Yararı, Çocuk Hukuku Armağanı (Ed. Yıldız Abik), İstanbul 2022, s. 3-40.

Tekelioğlu Numan, Tüketicinin Korunması Açısından Hukuka Aykırı Reklamlar, İstanbul 2016.

Tutumlu Mehmet Akif/Tutumlu Özge, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara, 2024.

Yücel Özge, Çocuğun Kayyım Tarafından Temsili, Ankara 2011.

Yücel Yeliz, Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı, İstanbul 2018.

Yüksel Sera Reyhani/Canaraslan Gökçe/Yünlü Semih, Tüketici Hukuku, İstanbul, 2025.

Zevkliler Aydın/Özel Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Makaleler

Akarca Mehmet, Çocukların Ceza Hukukundaki Yeri ve Çocukların Korunması, *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 3, S.19, 2011, s.1-36.

Altop Atilla, "Türk Hukukunda, Avrupa Birliği Hukukunda ve Uygulamada Tüketici Kavramı", *İKÜHFD*, C.3, S.1-2, 2004, s.3-14.

Bal Yakup, "Tacirin Tüketici Sıfatı Sorunu", *TAAD*, S.50, 2022, s.365-384.

Baştuğ İrfan, Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı, *Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Dergisi*, C.5, S.4, 1970, s. 805-813.

Calvert Sandre L., "Children as Consumers: Advertising and Marketing," *The Future of Children*, V. 18, N. 1, 2008, s. 205–34.

Çelik Cemil, "Çocuk Kavramı ve Medeni Hukuk Açısından Çocuk Haklarının Tarihi Gelişimi", *E- Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, C.36, 2005.

Aygün Eşitli Ezgi, Ceza Hukukunda Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 106, s. 277-290.

Gayer Florian, "Advertising vis-à-vis minors in Germany", *Young Consumers*, V.18, N.1, 2017, s. 115-118.

Hofer Peter/Bieri Jeannette, "Advertising to children in Switzerland", *Young Consumers*, V.6, N.3, 2005, s. 80-81.

İpek Aydın, "Çocuk Haklarının Gelişimi ve Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Açıdan Değerlendirilmesi", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C. 20, S.1, 2012, s. 151-173.

Keçecioğlu Burak, "Avukatlık Sözleşmesinden Kaynaklanan Uyuşmazlıklarda Tüketici Hukukunun Uygulanması", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,* Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s.1649-1678.

Lučić Andrea/Uzelac Marija/Vidović Nikolina, "Critical Review of Children Consumer Protection National Policies", *Journal of Macromarketing*, V. 42, N. 4, 2022, s. 510-532.

Montinaro Roberta, "Online Platforms: New Vulnerabilities to Be Addressed in the European Legal Framework. Platform to Consumer Relations", *European Journal of Privacy Law & Technologies (EJPLT),* S. 2, 2020, s. 53-64.

Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Mukayeseli Hukuk ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Açısından Tüketiciyi Koruyan Düzenlemelerin Kişi Bakımından Uygulama Alanı (Tüketici Kavramına Mukayeseli Bir Yaklaşım)", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2020, s. 663-692.

Özay Osman Levent, "6502 sayılı Yasa Kapsamında Tüketici İşlemi", *Avrupa Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi,* C. 4, S. 12, 2017, s. 257-272.

Özen Çolak Nesli Beril, Ebeveynlerin Sosyal Medyada Çocuklar Üzerinden Elde Ettikleri Kazancın Çocuk Malları Kapsamında İncelenmesi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, C.16, S.61, 2025, s. 531-562.

Pessers Lodewijk, "Refining the Legal Approach towards the Underage Consumer: A Process Still in Its Infancy", *3 J. Intell. Prop. Info. Tech. & Elec. Com.* L. 2, 2012, s. 2-11.

Sağlam Mehmet/Aral Neriman, "Tarihsel Süreç İçerisinde Çocuk ve Çocukluk Kavramları", *Çocuk ve Medeniyet Dergisi*, C.1, S.2, 2016, s. 43-56.

Schmidt Jennifer, "Blurred Lines: Federal Trade Commission's Differential Responses To Online Advertising And Face To Face Marketing", *Journal of High Technology Law*, N. 2, 2019, s. 442-476.

Sigalingging Oktavia Purnamasari "The Consumer Protection Toward Characters Done by Seller in the Market", *International Journal of English Literature and Social Sciences*, V. 3, N. 5, 2018, s.727-731.

Taşdelen Nihat, "6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Sıfatı," *İKÜHFD*, C.16, S. 2, 2017, s. 705-719.

Tekten Emel, "Tüzel Kişi Tacirlerin Tüketici Sıfatı Sorunu ve Bu Kapsamda Taraf Oldukları Hukuki Uyuşmazlıkların Ticari/Tüketici Dava Şartı Arabuluculuğa Etkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.34, S.1, 2023, s. 1-34.

Tevetoğlu Mete/Çolak Betül, "Dijital Reklamcılığın Yol Açtığı Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* S. 1, İstanbul 2021, s. 43-86.

Uyumaz Alper/Türk Mehmet Cemil, "Tacirin Tüketici Sıfatı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.72, S.3, 2023, s.1591-1633.

Yavuz, Nihat, "Tüketiciyi Koruma Hakkında

Kanuna Göre Tüketici Kavramı", *Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi,* Şubat 2001, S. 109, s. 1-12.

Yenice Özge, "Tüzel Kişilerin Tüketici Niteliği," *Legal Hukuk Dergisi*, C.13, S.156, 2015, s. 71-86.

Yücer Aktürk İpek, "Tüzel Kişi Tacirin Tüketici Sıfatı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,* C.20, S.2, 2016, s.103-128.

Elektronik Kaynaklar

www.lexpera.com

https://www.eur-lex.europa.eu

www.sinerji.com

TBB Dergisi 2025 (178) s. 315-365

TÜRK CEZA KANUNU VE BANKACILIK KANUNU'NDAKİ ZİMMET SUÇLARI İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK KRİPTO VARLIK HİZMET SAĞLAYICILARDA ZİMMET SUÇU

CRIME OF EMBEZZLEMENT IN CRYPTO ASSET SERVICE PROVIDERS AND THE COMPARATIVE ANALYSIS WITH EMBEZZLEMENT CRIMES IN THE TURKISH PENAL CODE AND THE BANKING LAW

Dilara KANKOÇ AYDIN*

Özet: Bu çalışmada, Türk ceza hukukunda yeni bir suç türü olarak 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinde düzenlenen kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu, Türk Ceza Kanunu'nda ve Bankacılık Kanunu'nda yer alan zimmet suçları ile karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Çalışmada esas olarak kripto varlıkların kendine özgü yapısı göz önüne alınarak, bu varlıklarda zimmet suçunun nasıl işlenebileceği üzerinde durulmuş; bunun yanında, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından öğretide ortaya çıkabilecek olası tartışmalara ve uygulama sorunlarına değinilmiştir. Bu kapsamda yapılan değerlendirmede, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinde düzenlenen suçla korunan hukuki değerin, kripto varlık piyasasının ülkemizde sorunsuz şekilde işlediğine olan toplum güveninin ve bununla da bağlantılı olarak kripto varlık hizmet sağlayıcıların malvarlığının korunmasına karşılık geldiği; mağdurun da bununla bağlantılı olarak toplumu oluşturan herkes; suçtan zarar görenin ise ilgili kripto varlık hizmet sağlayıcı olduğu değerlendirilmiştir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu, failin yalnızca kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları olması nedeniyle özgü bir suç olarak ele alınmıştır. Maddi konu ise, para veya para yerine geçen evrak veya senetleri, diğer malları veya kripto varlıklar olarak düzenlenmiştir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusunun, bu piyasaya duyulan kamusal güvenin korunması olarak kabul edilmesi ile tutarlı olarak, bu suçun bir tehlike suçu olarak ele

* İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, dilara.kankoc@bilkent.edu.tr, ORCID: 0009-0008-4678-5575, Makalenin Gönderim Tarihi: 29.01.2025, Kabul Tarihi: 12.05.2025

alınmasının gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu suçta aranan fiil ise, kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu malları, kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmektir. İncelemede bu suçun nitelikli halinde hile fiilinin karşılığı detaylı olarak değerlendirilmiş; etkin pişmanlıkta kripto varlıkların hangi tarihteki değerinin esas alınacağı ele alınmış ve bunlar yanında hafifletici sebeplere de değinilmiştir. Çalışmanın son bölümünde ise suçun özel görünüm biçimlerinden içtima, teşebbüs ve iştirak konuları, kripto varlıkların ve kripto varlık hizmet sağlayıcılığın kendine özgü yapısı bağlamında değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcı, Kripto Varlık, Zimmet, Cüzdan, Kripto Varlık Hizmet Sağlayıcının Mensupları

Abstract: In this study, the offense of embezzlement by crypto asset service providers, regulated as a new type of crime under Article 110/A of the Capital Markets Law No. 6362, is examined comparatively with the embezzlement offenses set forth in the Turkish Penal Code and the Banking Law. The primary focuses of the study is on how the offense of embezzlement can be committed in the context of crypto assets, taking into account their unique structure. In addition, potential doctrinal debates and practical challenges concerning the embezzlement offense in crypto asset service providers are discussed. Within this framework, it is assessed that the legal interest protected by the offense regulated under Article 110/A of the Capital Markets Law corresponds to the public confidence in the proper functioning of the crypto asset market in Turkiye and, in connection with this, the protection of the assets of crypto asset service providers. Accordingly, the victim of the offense is considered to be society as a whole, whereas the party suffering damage is the relevant crypto asset service provider. The offense of embezzlement by crypto asset service providers is classified as a specific offense, since it can only be committed by members of the board of directors and other members of a crypto asset service provider. The material subject of the offense includes money, instruments or documents equivalent to money, other assets, or crypto assets. Consistent with the view that the legal subject of the offense is the protection of public trust in the crypto asset market, it is concluded that the offense should be classified as an endangerment crime. The act constituting the offense involves appropriating for oneself or another party the assets entrusted to the offender due to their duties in crypto asset service provision, or assets for which they are responsible for the protection, custody, or oversight. The study further elaborates on the aggravated form of the offense, specifically the fraudulent acts that may constitute such a form; addresses which date should be taken into account when determining the value of crypto assets for the purpose of effective remorse; and discusses other mitigating factors. In the final section of the study, the special forms of appearance of the offense—namely concurrence, attempt, and participation—are evaluated in light of the unique nature of crypto assets and crypto asset service provider provisions.

Keywords: Crypto Asset Service Provider, Crypto Asset, Embezzlement, Digital Wallet, Members of Crypto Asset Service Provider

GİRİŞ

Yeni nesil internet olarak adlandırılan blokzincir teknolojisinin hayatımıza girişi ile hukuk ve ekonomi başta olmak üzere birçok alanda yeni bir çağ başlamış; blokzincir teknolojisini temel alan kripto varlıklar da hızlı bir şekilde finans sektöründe yerini almıştır.[1] Satoshi Nakamoto takma adıyla yazılan Bitcoin izahnamesi[2] ile finansal teknoloji alanında bir devrim yapılması, tam da izahnamede belirtildiği üzere, geleneksel finans sisteminde vazgeçilmez sayılan merkeziyetçiliği ortadan kaldıran bir dünyaya adım atılmasına kapı açmış, yatırımcısı ve kripto varlığın aracısız bir şekilde bir araya gelmesi hedeflenmiştir.[3]

Her ne kadar amaç merkeziyetsizlik olsa da geleneksel finansta yer alan aracılık sistemi kripto varlık dünyasında da yerini almış durumdadır. Zira kripto varlık hizmet sağlayıcılar üst başlığı ile ele alınabilecek birçok kuruluş, kripto varlık yatırımcılarının bu varlıkları alıp satmasına aracılık etmekte, varlıkların saklanması da yine bu kuruluşlar tarafından yerine getirilmekte, esasen Bitcoin izahnamesi ile amaçlanan merkeziyetsizlik her durumda gerçekleşememektedir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılığın kendine özgü yapısı nedeniyle bu kuruluşlardan hizmet alan yatırımcıların çeşitli risklere maruz kalması söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kripto varlık hizmet sağlayıcılar

---

1 Blokzincir teknolojisi, kendine özgü karakteristik özellikler taşıyan bir yazılım olup; her biri bir önceki kod bloğuna matematiksel-kriptografik fonksiyonlarla bağlanan ve sürekli büyüyen zaman damgalı veri zincirlerinden oluşmaktadır. Her bir verinin bir önceki bloğa bağlanması da bu zincirdeki verileri değiştirilemez kılmaktadır. Detaylı açıklamalar için bkz: Charles Kerrigan, Crypto and Digital Assets Law and Regulation, Sweet&Maxwell First Edition, Londra 2023, s.1 vd.

2 Bir kripto varlığın izahnamesi, ilk arzında, o varlık hakkında kamuoyuna gerekli hukuki, teknik, operasyonel ve idari bilgileri sunmak amacıyla hazırlanan belgedir. Konuya ilişkin bkz: Dr.Öğr. Üyesi Mete Tevetoğlu, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı, 2.Bası, İstanbul 2021, s.290.
"Whitepaper" olarak bilinen bu belgeler, ülkemizde sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında yatırımcılara ihraççı ve araç hakkında bilgi verilmesi için çıkarılan ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun 6'ncı maddesi ile düzenlenen izahname ile benzerliğinden ötürü bu isimle kullanılmıştır.

3 Satoshi Nakomoto, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", https://bitcoin.org/bitcoin.pdf (29.11.2024)

bakımından yapılacak her bir düzenleme, özellikle de cezai hükümler, önem arz etmektedir.

Ülkemizde 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'na (Sermaye Piyasası Kanunu) 26.06.2024 tarih ve 7518 sayılı Kanun ile eklenen 110/A maddesi ile hukuki düzenlemeye kavuşan kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu, Türk ceza hukuku sistemine yeni bir suç tipi kazandırmıştır.

Bu çalışmada, Sermaye Piyasası Kanunu'nda düzenlenen kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu (Bankacılık Kanunu) ile düzenlenen zimmet suçları ile karşılaştırmalı olarak incelenmesine yer verilmiştir. Ayrıca bu suçun, kripto varlıkların ve kripto varlık hizmet sağlayıcılık hizmetinin kendine özgü yapısı nedeniyle ortaya çıkabilecek görünümleri ve olası tartışmalara da değinilmiştir.

I. GENEL OLARAK

Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Kısaltmalar ve tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinin (bb) alt bendinde kripto varlıklar, *"Dağıtık defter teknolojisi*[4] *veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar"* olarak tanımlanmıştır. Bu tanım yapılırken, Avrupa Birliği'nin kripto varlıklar

[4] "Distributed ledger technology" yani dağıtık defter teknolojisi (DLT) tek bir veri merkezi olmayan, dağıtılmış durumdaki veri yapısını ifade eder. Bu yapıda, blokzincir üzerindeki işlemlerin yürütülmesi için merkezi bir noktaya, bir aracıya, kişiye ya da kuruma ihtiyaç bulunmaksızın, tüm katılımcıların onayı ile kayıtların "node" adı verilen düğümlere kaydedilip, işlenmesi söz konusudur. Bkz. Tevetoğlu, s. 13. Bu sisteme göre bir düğümün ağın bir parçası olabilmesi için tek şart, diğer düğümlerin fikir birliğine (consensus) uymasıdır. Fikir birliği kurallarını bozan düğümlerin işlemleri, diğer düğümler tarafından reddedilir. Bkz. Saifedean Ammous, Bitcoin Standardı: Merkez Bankacılığına Ademimerkeziyetçi Alternatif, 5.Bası, İstanbul 2022, s. 295.
DLT teknolojisi, T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Konseyi'nin Kripto Varlıkların Vergilendirilmesi Çalışma Grubu Raporu'nda ise "işlemlerin yürütülmesi, onaylanması veya yetkilendirilmesi gibi faaliyetlerin merkezi bir otoriteye ihtiyaç duyulmaksızın tüm katılımcıların bağımsız bir ağda onaylaması ile düğümlerde tutulduğu teknoloji" olarak tanımlanmıştır. Bkz: https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/8/2024/01/6Kripto-Varliklarin-Vergilendirilmesi-2022-1-1.pdf

konusunda temel düzenlemesi niteliğindeki Kripto Varlık Piyasaları Tüzüğü'nün (MiCA) üçüncü maddesinin kaynak olarak alındığı anlaşılmaktadır.[5]

Kanundaki tanım ile karmaşık bir şekilde ifade edilen kripto varlıkların kategorilere ayrılması ile anlamlandırılması daha kolay olabilecektir. Keza gerek akademisyenler gerekse ülkelerin yasa koyucuları tarafından Avrupa Birliği mevzuatının bu varlıklara bağlanan haklara dayalı olarak kripto varlık sınıflandırması kabul görmekte; buna göre kripto varlıklar ödeme niteliği gösterenler (*currency/payment tokens*), sermaye piyasası aracı niteliği taşıyanlar (*financial/investment/security tokens*) ve fayda niteliği taşıyanlar (*utility tokens*) olarak üç ana başlık altında fonksiyonel olarak incelenmektedir.[6]

Ödeme niteliği gösteren kripto varlıklar, elektronik paralardan farklı olarak herhangi bir otorite tarafından ihraç edilmeyen, para arzına ilişkin bir kurala uyulmadan sadece arz ve talep üzerine kâr elde etme isteği ile ortaya çıkarılan bir sistem olarak kabul gören ve başını Bitcoin'in çektiği dijital varlıklardır.[7] Dünya üzerinde kripto paraları resmi para birimi olarak kabul eden El Salvador örneği olduğu gibi, ülkemizde tam aksine kripto paraların ödemelerde doğrudan ya da dolaylı olarak kullanılması T.C. Merkez Bankası tarafından çıkarılan

---

5 Markets in Crypto Assets Regulation (MiCA) No:2023/1114, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023R1114&qid=1732873880431

6 European Markets and Securities Authority (ESMA) "Consultation paper on the draft guidelines on the conditions and criteria for the qualification of crypto-assets as financial instruments", 29.01.2024, s. 17, https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/2024-01/ESMA75-453128700-52_MiCA_Consultation_Paper_-_Guidelines_on_the_qualification_of_crypto-assets_as_financial_instruments.pdf
Çalışmamızda üç ana kategori üzerinden değerlendirme yapılmış olmakla birlikte, melez türler ve "non fungible token"lar (NFT) için bkz: T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Konseyi'nin Kripto Varlıkların Vergilendirilmesi Çalışma Grubu Raporu, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/8/2024/01/6Kripto-Varliklarin-Vergilendirilmesi-2022-1-1.pdf, s. 48.

7 Prof. Dr. Asuman Turanboy, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, ISSN: 1300-1396, Cilt: 35, Sayı:3, Eylül 2019, s.47-62.
Ödeme niteliği gösteren kripto varlıklara ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz: David Fox, Sarah Green, Cryptocurrencies In Public and Private Law, Oxford University Press, 2019.

Ödemelerde Kripto Varlıkların Kullanılmamasına Dair Yönetmelik[8] ile yasaklanmış durumdadır.

Sermaye piyasası aracı niteliğini taşıyan kripto varlıklar ise adından da anlaşılabileceği üzere, ihraçlarının amacı esas itibariyle ihraççısına fon sağlamak olan ve bir iş girişiminde pay sahibi olmayı temsil eden, sahibine diğer kripto varlık türlerinden farklı olarak, ihraççının kâr payından alma hakkı, hasılat hakkı, özkaynağında kısmi bir sahiplik hakkı gibi ekonomik haklar veren kripto varlıklardır.[9] Avrupa Birliği'nin sermaye piyasalarında yatırım hizmet ve faaliyetlerine ilişkin temel düzenlemesi niteliğindeki Finansal Araç Piyasaları Direktifi II (MiFID II) uyarınca, sermaye piyasası aracı niteliğini haiz olan kripto varlıklar birer sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilerek anılan Direktif düzenlemelerine tabi olacak; sermaye piyasası aracı özelliği göstermeyen kripto varlıklar ise MiCA düzenlemelerine uyacaktır. Bu kapsamda Avrupa Menkul Kıymetler ve Piyasalar Otoritesi (European Markets and Securities Authority, ESMA) tarafından hangi kripto varlıkların sermaye piyasası aracı olarak değerlendirilebileceğine yönelik olarak çıkarılan Rehber'de, her bir somut olay bazında değerlendirme yapılarak, kripto varlığa içkin olan hakların değerlendirilmesi gerektiği, görünüş yerine içeriğin gözetilmesinin önem arz ettiği,[10] hangi teknolojik alt yapıyı haiz olurlarsa olsunlar sermaye piyasası araçlarının vereceği hakları sağlayan kripto varlıkların birer sermaye piyasası aracı olması gerektiği ifade edilmiştir.[11] Amerika Birleşik Devletleri nezdinde ise Howey Testi ile bir kripto varlığın sermaye piyasası aracı olup olmadığına ışık tutulmaya çalışılmaktadır.[12]

---

8 16.04.2021 tarih ve 31456 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Yönetmelik'te kripto varlıklar Yönetmelik uygulaması bakımından "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 varlıklar" olarak tanımlanmıştır.

9 Prof. Dr. Ali İhsan Karacan, Dr. Esra Erişir Karacan, Kripto Varlıklar, 1.Bası, İstanbul 2021, s.40.

10 Bu durumun araçtan bağımsızlık ilkesi olarak değerlendirilmesine ilişkin bkz. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 26.06.2024 tarih ve 7518 sayılı Kanun genel gerekçesi, https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/f581b54c-5b4b-4bce-8e34-25944f1fdee3.pdf

11 ESMA "Consultation paper", 29.01.2024, s. 8.

12 Howey Testi, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi'nin 1946 tarihli SEC

Sermaye Piyasası Kanunu'na getirilen yeni düzenlemelere bakıldığında, 13'üncü maddenin birinci fıkrası uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu'na, sermaye piyasası araçlarının kripto varlık olarak ihracına ve bunların oluşturulup saklandıkları kripto varlık hizmet sağlayıcıları tarafından sunulan elektronik ortam nezdinde kayden izlenmesine ilişkin esasları belirleme yetkisi verildiği görülmektedir.

Son olarak, fayda niteliği gösteren kripto varlıklar, sahiplerine belli bir ürün ya da hizmetten yararlanma hak ve olanağı sunan, menkul kıymet, sermaye piyasası aracı ya da ödeme aracı özellikleri bulunmayan, arz edildikleri sınırlı ağda listelenen, bir ürün, hizmet ya da ayrıcalıktan faydalanılmasına imkân sağlayan kripto varlıklardır.[13] Bu türden kripto varlıkların en öne çıkan örneği şüphesiz ki kamuoyunda "taraftar token" ya da "fan token" olarak bilinen, spor kulüplerince çıkarılarak, taraftarlara formalarda indirim hakkı ya da kombine biletlerde öncelikli alım hakkı gibi imkanlar tanıyan kripto varlıklardır.[14]

Görüldüğü üzere üç ana başlık halinde kategorize edilebilecek kripto varlıklar, her ne kadar oluşturulma amaçları bakımından merkeziyetsizliği ve aracısızlığı hedefleseler de geleneksel finans yatırımcılarının süregelen alışkanlıkları ve işlem maliyetlerinin düşüklüğü sebebiyle, kripto varlıklara yatırım yapılmasında ve sahip olunan kripto varlıkların saklanmasında, dünya genelinde ve ülkemizde kripto varlık hizmet sağlayıcılardan hizmet alınması uygulamasının yaygın olduğu görülmektedir. Kamuoyunda "kripto varlık borsası" olarak adlandırılan bu platformlar, kripto varlık arzı yapanların yatırımcılar ile buluşmasına aracılık eden, kripto varlık almak ve satmak isteyenleri bir araya getirerek emirlerini eşleştiren, ayrıca bu kripto varlıkların

---

vs. Howey kararında yatırım sözleşmesinin "…Statik bir değerden ziyade esnek halde bulunan, başkalarının parasını kâr vaadiyle kullanmak isteyenler tarafından tasarlanan, sayısız ve değişken şemaları karşılayacak şekilde uyarlanabilen bir unsur…" şeklinde tanımlanması üzerine finans hukukuna yerleşen ve bir varlığın sermaye piyasası aracı olup olmadığının tespitinde kriter olarak ele alınan bir kavramdır. Bkz: SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946), https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep328/usrep328293/usrep328293.pdf

13 Tevetoğlu, s. 70.

14 Bir kripto varlık alım satım platformu tarafından ilk arzı yapılan ve Altay Spor Kulübü tarafından Ethereum ağında çıkarılan Altay Token, fayda nitelikli kripto varlıklara örnek olarak gösterilebilir. Altay Token izahnamesi için bkz: https://cdn.icrypex.com/docs/Altay-Token-Whitepaper-EN.pdf

saklamasını yapan kuruluşlardır.[15] Diğer bir deyişle, kripto varlıkların birincil piyasada arzı ve arz edildikten sonra ikincil piyasada yatırımcılar arasında işlem görmesi platformlar nezdinde gerçekleştirilmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken faaliyet, kripto varlıkların saklanmasıdır. Bu ifadeden her ne kadar kripto varlıkların bizzat kendilerinin bir hizmet sağlayıcı nezdinde saklanması gibi bir durum anlaşılsa da kastedilen kripto varlıkların ait oldukları blokzincir üzerinde hareketlerini sağlayan özel ve genel anahtarların kaydının tutulmasıdır. Bir kişinin herhangi bir blokzincir üzerindeki kripto varlık ile etkileşime geçerek, onun üzerinde tasarrufta bulunabilmesinin yolu, ilk olarak bankacılık uygulamasındaki IBAN numarası gibi herkes tarafından bilinebilen bir genel anahtara sahip olması; ikinci olarak ise yalnızca kullanıcısı tarafından bilinmesi gereken bir şifreyi ifade eden özel anahtara sahip olmasıdır. Bir blokzincir üzerinde kripto varlıkların başarılı bir şekilde transferinin sağlanması, ancak bu transfer işlemlerinin özel anahtarlar ile imzalanması yoluyla gerçekleşir.[16] Kripto varlık cüzdanı ise, bu anahtarların saklandığı bir araçtır.[17] Kripto cüzdanlarının temel fonksiyonu, kullanıcıların ilgili kripto varlığın ağıyla iletişime geçmesini kolaylaştıran bir arayüz hizmeti sunmaları ve özel anahtarlarını kullandırmak suretiyle işlemleri imzalayarak, sıradaki zincire işlenmelerini temin etmektir.[18] Cüzdanların iki ana türü ise Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki zimmet suçu bakımından önem arz edecektir: birinci tür olan ve kişinin kendi özel anahtarlarını kendisinin saklamasını öngören "*self-custody*" cüzdanlar, saklama hizmetini üçüncü bir kişinin yapmaması nedeniyle bir hizmet alımı teşkil etmeyecektir.[19] Özel anahtarları hizmet sağlayıcıların sakladığı "*custodial*"

---

15 Tevetoğlu, s. 141.

16 The Alternative Investment Management Association Ltd. (AIMA) "Digital Asset Custody Industry Guide", 2022, s.5. https://www.aima.org/sound-practices/industry-guides/digital-asset-custody-guide.html (Erişim tarihi 01.12.2024)

17 Dirk Zetzsche, Julia Sinnig ve Areti Nikolakopoulou, "Crypto Custody", Capital Markets Law Journal, 2024/19, s. 207–229.

18 Ana Grafton-Green ve James Armitage, "Wallets", Crypto and Digital Assets Law and Regulation, First Edition, Londra 2023, s. 169.

19 Self-custody cüzdanlar, sıcak ve soğuk cüzdan olarak ikiye ayrılarak ele alınabilir. Soğuk cüzdanlar basit anlatımıyla birer USB bellek gibi çalışan, kullanıcıların internete bağlanmasını gerektirmeyen, taşınabilir, özel anahtarı bilen ve soğuk

cüzdanlar ise kripto varlık hizmet sağlayıcılık bağlamında değerlendirilmelidir. Keza MiCA'nın tanımlara ilişkin 3'üncü maddesinin 16/(a) alt bendinde, bu düzenlemenin kapsamına girerek kripto varlık hizmet sağlayıcılık teşkil eden saklama türü, kripto varlıkların özel anahtarlarının müşteriler nam ve hesabına saklanması olarak düzenlenmiştir. Özel anahtarları tamamen kullanıcının ya da tamamen saklamacının kontrolüne bırakan bu cüzdan türleri bakımından bir ara çözüm ise, üçüncü bir tür olan *"multisig"* yani çoklu imza içeren cüzdanlardır. Bu cüzdan teknolojisi hem saklamacı hem de müşteri tarafından tutulan farklı anahtarlar üreterek, ne tek başına müşterinin elindeki, ne de tek başına saklamacının elindeki anahtarların kripto varlık üzerinde tasarruf etmek için yeterli olmadığı; tasarruf işlemlerinin her iki tarafın elindeki anahtarların birleştirilmesi suretiyle gerçekleştirildiği bir sistem sunmaktadır.[20] *"Multiparty computation"* olarak da adlandırılan bu teknoloji, hiçbir sağlayıcının tüm özel anahtara ilişkin kodları tamamıyla tutmadığı ve üretmediği algoritmalar kullanmaktadır.[21]

Ülkemizdeki mevcut uygulamada, kripto varlık alım satım platformları nezdinde kullanıcıların özel anahtarları tutulmakta olup, bu durum kripto varlıkların siber saldırılar sonucu kaybolması veya dolandırıcılık ya da zimmet fiiline açık hale gelmesine neden olabilmektedir.[22] Keza alım satım platformları, müşteri varlıklarını kendilerine ait sıcak ya da soğuk cüzdanlarda toplu olarak tutmakta, hangi müşterinin hangi varlığa sahip olduğu alt hesap cetvellerinde izlenmekte, müşteri ile platform arasında varlıkların saklanması hususunda adeta inançlı bir işlem oluşmaktadır. Dolayısıyla alım satım platformları nezdindeki kripto varlıklar, hizmet sağlayıcıların tasarruf alanında

---

cüzdanı zilyetliğinde bulunduran kişilerce cüzdandaki kripto varlıklar üzerinde tasarruf edilmesine imkân sağlayan, siber saldırılardan uzak olmaları nedeniyle sıcak cüzdanlara kıyasla nispeten daha güvenli addedilen cüzdanlardır. Sıcak cüzdanlar ise bir mobil uygulama gibi internete bağlı olarak çalışan, yazılım temelli cüzdanlar olup, siber saldırılara açık olmaları nedeniyle soğuk cüzdanlara kıyasla güvenlik yapılarının daha düşük olduğu kabul görmektedir. Konunun detayları için bkz: Ramazan Oğuz, Emin Kınacı ve Hakkı Halil Babacan, "Kripto Para Cüzdanının (Sıcak Cüzdan) Adli Bilişim Açısından İncelenmesi", *Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, ISSN, e-ISSN: 2548-1304 Sayı 8, s. 130-147, 2023.

20 Zetzsche, Sinnig ve Nikolakopoulou, "Crypto Custody", s.215.

21 AIMA "Custody Industry Guide", s.7.

22 Vergi Konseyi Raporu, s. 63.

bulunduğu için, hizmet sağlayıcıların malvarlıklarının bir parçası gibi üzerinde işlem yapılabilir durumdadır.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılar, Sermaye Piyasası Kanunu'nun tanımlara ilişkin 3'üncü maddesine bakıldığında, kripto varlık alım satım platformları, kripto varlık saklama hizmeti sağlayan kuruluşlar ve Sermaye Piyasası Kanunu'na dayanılarak yapılacak düzenlemelerde kripto varlıkların ilk satış ya da dağıtımı dâhil olmak üzere kripto varlıklarla ilgili olarak hizmet sağlamak üzere belirlenmiş diğer kuruluşlar olarak üçe ayrılmıştır. Bu çalışmamız bakımından kripto varlık hizmet sağlayıcılar, Sermaye Piyasası Kanunu'nda *"kripto varlık alım satım, ilk satış ya da dağıtım, takas, transfer, bunların gerektirdiği saklama ve belirlenebilecek diğer işlemlerin bir veya daha fazlasının gerçekleştirildiği kuruluşlar"* olarak tanımlanan alım satım platformları ve *"platform müşterilerinin kripto varlıklarının veya bu varlıklara ilişkin cüzdandan transfer hakkı sağlayan özel anahtarların saklanmasını, yönetimini veya Kurulca belirlenecek diğer saklama hizmetleri"* yapacak olan saklamacılar şeklinde iki ana başlık altında ele alınacaktır. Keza üçüncü kategoriyi teşkil eden, kripto varlıkların ilk satış ya da dağıtımı dâhil olmak üzere kripto varlıklarla ilgili olarak hizmet sağlamak üzere belirlenmiş diğer kuruluşlar yönünde Sermaye Piyasası Kurulunca bir belirleme yapılmış durumda değildir.

Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen "Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet" başlıklı 110/A maddesine göre, kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu para veya para yerine geçen evrak veya senetleri, diğer malları veya kripto varlıkları; kendisinin ya da başkasının zimmetine geçiren kişiler, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun basit halini işlemiş olacaktır. Söz konusu suçun, zimmetin açığa çıkmasını önlemeye yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde ise bu suçun ağırlaştırılmış hali oluşacaktır. Nihayet söz konusu maddenin üçüncü fıkrası gereği, tıpkı Bankacılık Kanunu'nda olduğu gibi varsayımsal bir zimmet düzenlemesine yer verilerek, faaliyet izinleri Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kaldırılan kripto varlık hizmet sağlayıcıların kontrolünü elinde bulundurmuş gerçek kişi ortakların, kripto varlık hizmet sağlayıcının ya da müşterilerinin varlıklarını kendileri ya da başkalarının menfaatine kullanmak suretiyle, kripto varlık hizmet sağlayıcının emin bir şekilde çalışma-

sını tehlikeye atmış olmaları ve bir zarara sebebiyet vermiş olmaları durumunda, yine kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun işlenmiş sayılacağı ifade edilmiş olup; bu çalışmamızda varsayımsal zimmete değinilmeyecektir.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ MENFAAT

Suçun hukuki konusu, suçu öngören norm tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen hukuki menfaat olarak tanımlanmakta; hukuki konu suçun gerçek özünü ortaya koymaktadır.[23]

TCK'da düzenlenen zimmet suçu, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının, "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde, madde 247'de yer alan bir suç olup; görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı, kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisinin cezalandırması amaçlanmaktadır. Bu suç ile kamu görevlilerinin doğruluğu ve dürüstlüğüne ve kamu hizmetlerinin düzenli işleyişine ilişkin devlete ait menfaatler yanında, kamu idaresinin malvarlığına ilişkin menfaatinin de korunduğu,[24] kamu idaresinin düzenli işleyişinin, zorunlu olarak kamunun malvarlığının korunmasını da içereceği; keza kamunun malvarlığının uğrayacağı zararların, düzenli işlemesini de engelleyeceği açıktır.[25] Kamu görevlilerinin görevleri gereği kendilerine tevdi edilen malvarlıklarını muhafaza etmek ve bunlar üzerinde ancak tevdi amaçları doğrultusunda tasarrufta bulunmak yükümlülüğü altında olduğu ve kamu görevlilerinin bu yükümlülüklerine uygun davrandıkları konusunda toplumda hakim olan güvenin korunması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir.[26] Bu kapsamda, doktrinde zimmet suçunda korunan hukuki menfaatin "mal varlığı" mı yoksa "kamu idaresinin güvenilirliği" mi olduğu konusunda farklı görüşler

---

23 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Bası, Ankara 2021, s.110.

24 Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Bası, Ankara 2021, s. 289.

25 Güneş Okuyucu Ergün, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1.Bası, Ankara 2008, s. 69.

26 İzzet Özgenç, Zimmet Suçu, 2.Bası, Ankara 2012, s.11; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, Ankara 2020, s.968.

ortaya atılmış ve ağırlıklı olarak, TCK'da "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı bölümünde düzenlendiği de gözetilerek, zimmet suçunun hukuki konusunun kamu idaresinin güvenilirliği olduğu kabul edilmişse de,[27] hükmün amacının salt devlet idaresinin dürüst şekilde işleyişine ilişkin menfaatin korunması değil, aynı zamanda kamu idaresinin malvarlığını korumak da olduğu değerlendirilmektedir.[28]

Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı maddesinde ele alınan bankacılık zimmetinde de hukuki konuya ilişkin değerlendirmeler benzer niteliktedir. Bu kapsamda bankacılık zimmeti suçu ile, ekonomik düzenin ve bankacılık sektörünün güven içinde işleyişine ilişkin menfaat yanında, bankanın malvarlığına ilişkin menfaatinin korunmakta olduğu kabul edilmelidir. Bankacılık faaliyetlerinin önemi ve ekonomik hayata etkisi, banka çalışanlarının kamu görevlisi sıfatını taşımamaları, suistimallerin daha etkili cezalandırılması amacının güdülmesi hususları Bankacılık Kanunu'nda zimmet suçuna yer verilmesi sonucunu doğurmuştur.[29] Keza Anayasa Mahkemesi de bankacılık zimmetine ilişkin bir kararında, bankaların finansal sistemdeki yerine değinerek, bu suç ile korunan menfaatin finansal piyasalara ve finansal kurumlara güveni içerdiğinin, bankaların da bu güvenin korunmasında en önemli aktörlerden biri olduğunun altını çizmiştir.[30]

---

27 Emin Artuk ve Ahmet Gökçen, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20.Bası, Ankara 2022, s.1019; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, Türk Ceza Kanunu Şerhi Cilt: 5, 1.Bası, Ankara 2021, s. 8226; Koca ve Üzülmez, s. 968; Özgenç, s.13.

28 Aynı yönde, Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2023, s.734.

29 Prof. Dr. Nur Centel, Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ISSN: 2149-5068, Cilt: 4, Sayı:8, Aralık 2018, s. 229-244.

30 "…Bankalar, her ülkede para piyasasının oluşması ve işletilmesinde önemli bir rol oynar. Ülke ekonomisi içerisindeki bu önemli rolü nedeniyle bankacılık sisteminde meydana gelebilecek herhangi bir aksaklık başta tasarruf sahipleri olmak üzere tüm ekonomik sistemi etkileyebilmektedir. (…) Finansal piyasalara ve finansal kurumlara güvenin sağlanması, kamu düzeni güvenliğinin temininden ayrı değerlendirilebilecek bir husus olmayıp, finansal piyasalara ve kurumlara güvenin sağlanması da kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasının önemli bir unsurudur…." Bkz: Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 07.07.2011 tarih ve E.2010/116, K. 2011/118 sayılı kararı.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapan 7518 sayılı Kanun'un madde gerekçelerinde, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu düzenlenirken Bankacılık Kanunu'nda öngörülen zimmet hükümlerinin esas alındığı açıkça ifade edilmiş; ayrıca Sermaye Piyasası Kanunu md.110/A hükmünde de Bankacılık Kanunu'na atıf yapmak ve suç tipini neredeyse aynı lafızla düzenlemek yöntemi tercih edilmiştir. Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusu, Sermaye Piyasası Kanunu'nun amaç maddesinden de hareketle, ülkemizde kripto varlık piyasasının güvenilir bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması ve kripto varlık hizmet sağlayıcıların malvarlığının korunmasındaki menfaat olarak ele alınabilecektir. Keza bu zimmet suçunda, suç tipinde sayılan kişilerin, kripto varlık hizmet sağlayıcının bu görevi nedeniyle zilyetliğinde tuttuğu varlıkları, kendilerinin ya da başkasının zimmeti geçirmeleri söz konusudur. Böyle bir suçun işlenmesi durumunda ülkemizde yeni düzenlemeye kavuşarak Sermaye Piyasası Kurulu'nun gözetimine bırakılmış kripto varlık piyasasının güvenilir şekilde işlemediği yönünde bir inanç hasıl olacak; ayrıca müşterilere ait olan kripto varlıkları inançlı bir şekilde kendisine ait cüzdanlarda tutan kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığına ilişkin menfaati de tehlikeye düşecektir. Bu noktada, müşteri varlıklarının kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığından ayrılığı hususunda, Sermaye Piyasası *Kanunu'nun "Müşterilere ait nakit ve kripto varlıklar, kripto varlık hizmet sağlayıcıların mal varlığından ayrı olup, kayıtlar da bu hükme uygun olarak tutulur. Müşterilerin her ne suretle olursa olsun kripto varlık hizmet sağlayıcıları nezdinde bulunan nakit ve kripto varlıkları, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının borçları nedeniyle, kripto varlık hizmet sağlayıcılarının mal varlığı ise müşterilerin borçları nedeniyle kamu alacakları için olsa dahi haczedilemez, rehnedilemez, iflas masasına dâhil edilemez ve üzerlerine ihtiyati tedbir konulamaz"* hükmünü haiz 35/C maddesinin yedinci fıkrasına dikkat çekilmesi gerekmektedir. Bu hüküm uyarınca her ne kadar müşterilerin varlıklarının, kripto varlık hizmet sağlayıcının varlıklarından ayrı izlenmesi gerektiği ifade edilmişse de bu durum kripto varlıklar üzerinde fiilen tasarruf imkanının hizmet sağlayıcıda olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu nedenle hukuki korumaya konu olan esasen doğrudan kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığıdır.

Kripto varlık hizmet sağlayıcıların tıpkı bankalar ve diğer finans kurumları gibi ülkemiz ekonomisinin önemli aktörlerinden olduğun-

da herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Ülkemizin kripto varlık piyasalarında en fazla yatırım yapan ülkelerden biri olduğu ve geçmiş yıllarda finansal piyasalarda yaşanan olumsuz birçok olayın etkileri de gözetildiğinde,[31] kripto varlık hizmet sağlayıcılar bakımından piyasada oluşan güvensizlik ortamının birçok alana sirayet edeceği açıktır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/B ve 35/C maddelerinde kripto varlık hizmet sağlayıcıların ortakları ve yöneticileri bakımından yapılan detaylı düzenlemeler de yasa koyucunun kripto varlık hizmet sağlayıcılara olan yatırımcı güvenini en üst seviyede tutmayı amaçladığını kanıtlar niteliktedir.

Bunun yanında, Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 115/A maddesi ile kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçuna özel soruşturma usulleri düzenlenmiştir. Söz konusu madde uyarınca bu suç fiilinden dolayı soruşturma ve kovuşturmalar, Sermaye Piyasası Kurulu'nun yazılı bildirimi üzerine yapılacak; başvuru üzerinde kamu davası açılması halinde Sermaye Piyasası Kurulu katılan sıfatını alarak kovuşturmaya dahil olacaktır. Sermaye Piyasası Kanunu kapsamında kripto varlık hizmet sağlayıcıların gözetim ve denetiminden sorumlu olan Sermaye Piyasası Kurulu'nun, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçuna ilişkin davalarda katılan sıfatını alması, piyasanın güvenle işleyişine ilişkin kamusal menfaatin bu suçun hukuki konusu içinde olduğunun bir diğer göstergesidir.

Bu noktada, kripto varlıklarını kripto varlık hizmet sağlayıcılar nezdinde saklamakta olan yatırımcıların malvarlıklarına ilişkin menfaatlerinin hukuki konu içerisine dahil olup olmadığı da tartışılabilecektir. Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca yatırımcıların kripto varlık hizmet sağlayıcılar nezdindeki kripto varlıklarının, hizmet sağlayıcının kendi malvarlığındaki kripto varlıklardan ayrı ve yatırımcı bazında tutulması esastır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2024/38 sayılı Bülteni ile kamuya duyurulan i-SPK.35.B.1 (19/09/2024 tarih ve 1484 s.k.) sayılı İlke Kararı'nda da müşteri nakitlerinin, müşteriler adına bankalar nezdinde açılacak hesaplarda tutulması ve bu hesapların açıkça ilgili platform müşterilerine ait olduğu belirtilecek şekilde tanımlanması

[31] Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapan 7518 sayılı Kanun'un gerekçesinde de bir kripto varlık alım satım platformu olan Thodex olayına da atıf yapılması bu görüşü doğrular niteliktedir.

gerektiği düzenlenmiştir. Dolayısıyla, kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyeleri ya da diğer mensupları tarafından zimmete geçirilen varlıkların, hangi müşteri ya da müşterilere ait olduğunun tespit edilmesi durumunda, söz konusu müşterinin malvarlığına ilişkin menfaatinin hukuki konu kapsamına girdiğinin kabulü mümkün olabilecek midir?

Bu noktada kripto varlık hizmet sağlayıcılar ile müşterileri arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/C maddesinin ilk fıkrasında, kripto varlık hizmet sağlayıcıların müşterilerine karşı sorumluluğunu ortadan kaldıran veya sınırlandıran her türlü sözleşme şartının geçersiz olduğu düzenlenmiştir. Bunun yanında, yine Sermaye Piyasası Kanunu'nun 99/B maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında, kripto varlık hizmet sağlayıcıların hukuka aykırı faaliyetleri ile nakit ödeme ve/veya kripto varlık teslim yükümlülüklerini yerine getirememesinden kaynaklanan zararlardan; ayrıca bilişim sistemlerinin işletilmesi, her türlü siber saldırı, bilgi güvenliği ihlalleri gibi fiillerden veya personelin her türlü davranışından kaynaklanan kripto varlık kayıplarından, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun tehlike sorumluluğunu düzenleyen 71 inci maddesi[32] kapsamında kripto varlık hizmet sağlayıcının sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler uyarınca, bir kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde zimmet fiilinin gerçekleştirilmesi nedeniyle yatırımcıların nakitlerinin kendilerine ödenmesi ya da kripto varlıklarının teslim edilmesi yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi söz konusu olmayacak, hizmet sağlayıcılar her durumda müşterilerine karşı sorumlu

[32] "Madde 71- Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur.
Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arzeden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arzeden işletme sayılır.
Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır.
Önemli ölçüde tehlike arzeden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler."

olacaklardır. Bu nedenle, kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde oluşan zimmet suçunda hukuki konuya doğrudan o kripto varlık hizmet sağlayıcının müşterilerinin malvarlığına ilişkin menfaatlerinin dahil olmadığı değerlendirilmektedir.

Netice olarak, TCK nezdinde düzenlenen zimmet suçunda korunan hukuki değerin, kamu idaresinin düzgün şekilde işleyişine ilişkin menfaat ve aynı zamanda kamunun malvarlığı olduğu; bankacılık zimmetinde de aynı şekilde bankacılık sektörünün dürüst şekilde işlediği yönündeki toplumsal inancın korunması yanında, mevduat sahiplerine borçlu konumda bulunan bankaların malvarlıklarının korunmasının hukuki konuyu teşkil ettiği hususları bir arada gözetildiğinde, kripto varlık piyasasının ülkemizde sorunsuz şekilde işlediğine olan toplum güveninin ve bununla da bağlantılı olarak kripto varlık hizmet sağlayıcıların malvarlığının korunmasının, bu suçla korunan hukuki değere karşılık geldiği değerlendirilmektedir.

III. SUÇUN MADDİ UNSURLARI

A. FAİL

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun faili olarak kimlerin kapsama dahil olacağı konusu, tıpkı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçunda olduğu gibi, öğreti ve yargı kararlarında tartışma konusu olabilecektir.

TCK'da düzenlenen zimmet suçunun, yalnızca kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suç olduğunda tartışma bulunmamaktadır.[33] Bankacılık zimmetinin lafzına bakıldığında ise, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının fail olarak düzenlendiği görülmektedir. Bankacılık Kanunu'nun 23'üncü maddesi uyarınca, bankaların yönetim kurulu üyeliğine seçilenlerin yedi iş günü içerisinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na bildirilmesi esas olup; banka yönetim kurulu başkan ve üyelerinin kim olduğunda

[33] Gökcan ve Artuç, s.8228; Soyaslan, s.729 vd.; Özgenç, s.48; Koca ve Üzülmez, s.968.
Kamu görevlileri yanında, özel kanunlarında kamu görevlisi gibi cezalandırılacağı öngörülen kişiler tarafından da TCK zimmeti işlenebileceğine ilişkin olarak bkz: Okuyucu Ergün, s. 81; Gökcan ve Artuç, s.8229.

tartışma bulunmamaktadır. Bankacılık zimmeti bakımından önemli olan husus "banka mensubu" kavramına kimlerin dahil olduğu olup; bu kavramın son derece geniş olması eleştiri konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin kararında, itiraz konusu "diğer mensupları" kavramının yer aldığı Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı maddesinde yasa koyucunun, fail olarak, yerine getirilen görevin önemi dolayısıyla yönetim kurulu başkan ve üyeleri yanında bankada çalışan diğer banka mensuplarını da fail kapsamına almasında eşitlik ilkesine aykırı bir husus bulunmadığı; keza bir bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri dışında kalan diğer banka mensuplarının işleyeceği zimmet suçunun da finansal piyasalar ve finansal kurumlara duyulan güvene verebileceği zararın göz önüne alınması gerektiğinin altını çizmiştir.[34]

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun faillerine bakıldığında, bankacılık zimmeti ile paralel şekilde, "kripto varlık hizmet sağlayıcı yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensupları" tarafından işlenebilen bir özgü suç olarak düzenlendiği görülmektedir. Söz konusu suçun Türk Ceza Hukuku'na kazandırılması ile, kamu görevlisi olmaması nedeniyle TCK zimmeti ya da bankacılık görevini icra etmemesi nedeniyle bankacılık zimmeti suçlarının kapsamına girmeyen, kripto varlık hizmet sağlayıcının yöneticileri ve mensuplarının, güveni kötüye kullanma suçu ile sınırlı kalmasının önüne geçilmiştir. Şüphesiz bu durum kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusunu teşkil eden kripto varlık piyasalarının güvenilir işleyişine verilen önem ile tutarlıdır.

Sermaye Piyasası Kanunu'na ya da Sermaye Piyasası Kurulu'nun mevcut ikincil düzenlemelerine bakıldığında, "mensup" kavramına kimlerin girdiği yönünde açık bir düzenleme bulunmamakta olduğundan, konunun bankacılık zimmeti içtihadı ve uygulaması bakımından değerlendirilmesi gerekecektir. "Mensup" kavramı son derece geniş ele alınabilecek bir kavram olup, bu kavramın içine kripto varlık hizmet sağlayıcıların bizzat bu hizmetini yerine getiren ihtisas personeli yanında, yardımcı hizmetlerde görev yapmakta olan şoför ya da güvenlik görevlisi gibi mensuplarının da dahil olması söz konusu olabilecektir.

---

[34] Anayasa Mahkemesi'nin 21.10.2011 tarih ve 28091 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 07.07.2011 tarih ve E.2010/116, K. 2011/118 sayılı kararı.

Bankacılık Kanunu'nun geneline bakıldığında, açıkça banka mensubunun kim olduğunun tanımlanmadığı görülmekte olup; bunlarla sınırlı olmamakla birlikte, genel müdür, genel müdür yardımcısı, bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerinin bu kavramın içine dahil olduğu görülmektedir. Keza öğretide de özgü suç niteliğini taşıyan bankacılık zimmeti kredi kullandırmak suretiyle işlenmişse, bankanın kredi verme konusunda yetkilendirdiği kişileri tespit etmenin gerekeceği, bu bakımdan yönetim kurulu üyelerinin, genel müdürün, genel müdür yardımcılarının, kredi komitesi üyelerinin, bölge ve şube müdürlerinin bankacılık zimmeti suçunun faili olabilecekleri belirtilmektedir.[35]

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun faili olabilmek için aranan mensup kavramını sınırlayıcı iki unsur, zimmete geçirilen malların "kripto varlık hizmet sağlayıcı görevi nedeniyle" (1) kendilerine tevdi edilmiş veya (2) koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü oldukları mallar olmaları gereğidir. Bundan hareketle, bir kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde, kendisine kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle mal tevdi edilen ya da yine kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle bazı malları koruma, saklama ya da gözetme yükümlülüğünde bulunan kişilerin, bu zimmet suçunun faili olabileceği kabul edilmelidir. Bir kıyas yapılması gerekirse, TCK zimmeti bakımından bu suçun bir görev suçu olduğu, kamu görevlisi vasfı bulunan failin, yetkisini kötüye kullanmak suretiyle bu suçu işlediği, zimmet suçunun konusunu teşkil eden malın kamu görevlisine ya görevi gereği devredildiği ya da görevi gereği bu malı koruma yükümlülüğü bulunduğu; dolayısıyla kamu görevlisine görevi nedeniyle değil, şahsına duyulan güven nedeniyle devredilen malların zimmetin konusunu teşkil etmeyeceği kabul edilmekte olduğundan;[36] kripto varlık hizmet sağlayıcılarda da bu görevi nedeniyle kendisine bazı malları koruma ya da gözetim yükümlülüğü verilen mensupların bu suçun faili olabileceği kabul edilmelidir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevinin kapsamı ise, Sermaye Piyasası Kanunu'nun bu hizmetleri tanımlayan 3'üncü maddesinden hare-

35 Artuk ve Gökçen, s. 1044.

36 Gökcan ve Artuç, s. 8230.

ketle; (1) kripto varlık alım satımı, (2) kripto varlıkların ilk satışı, (3) kripto varlıkların dağıtımı, takası, transferi, (4) bunların gerektirdiği saklama işlemleri, (5) müşterilerinin kripto varlıklarının saklanması ve yönetimi, (6) kripto varlıklara ilişkin cüzdandan transfer hakkı sağlayan özel anahtarların saklanması ve yönetimi olarak belirlenmelidir. Bu hizmetlerin yürütmesi ile bizzat sorumlu olan kripto varlık hizmet sağlayıcı mensuplarının, kendilerine bu görevleri nedeniyle tevdi edilmiş ya da koruma, gözetme veya saklamasıyla yükümlü oldukları malları, zimmet fiilinin konusu etmeleri halinde fail olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Yukarıda altı başlık halinde sayılabilecek kripto varlık hizmet sağlayıcılık hizmetlerini aslen sunmaktan ziyade, bu hizmetleri yürütmeye yardımcı hizmetleri veren, asli görevler ile yetkilendirilmemiş kripto varlık hizmet sağlayıcı çalışanlarının ise mensup kavramına alınmasının, somut olay bazındaki değerlendirmeler saklı olmak kaydıyla, hukuki konuya uygun olmadığı düşünülmektedir.[37] Keza bankacılık zimmetinde mensup kavramına kimin gireceği hususundaki bir Yargıtay kararında da benzer bir yaklaşımla, OGS için para yatırmak amacıyla kendisine verilen parayı zimmetine geçiren banka şoförü ve taşeron firma çalışanı arkadaşının, bu suç kapsamında banka mensubu sayılmayacağı yönünde hüküm tesis edilmiştir.[38]

---

[37] Örneğin, bir kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde temizlik hizmetleri yürütmekte olan personelin, temizlik görevi için kendisine verilmiş bir süpürgeyi mal edinmesi nedeniyle, bu eylemin kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmeti düzenleyen hükmün koruma amacına dahil olmadığının kabul edilmesi makuldür. Zira temizlik hizmeti verilmesi kripto varlık hizmet sağlayıcı hizmetinin asli unsurlarından biri olmadığından, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun koruma alanına girmemektedir. Bankacılık zimmetinde temizlik gibi yan hizmetler kapsamında işlenen mal edinme fiillerinin de bu suçun kapsamına gireceğini belirten Taşkın'a bu bakımdan katılmak mümkün değildir. Bkz: Ar.Gör. Beril Taşkın, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre Zimmet Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ISSN: 1306-3839, Cilt: 8, Sayı:1, 2013, s.7.

[38] "Zimmet suçunun 5237 sayılı TCK'nın 40/2 maddesinde belirtilen özgü suçlardan olduğu ve anılan maddedeki düzenlemeye göre "özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir, "düzenlemesi karşısında, Dairemizin yerleşik kararlarında da bahsedildiği üzere genel müdür yardımcısının makam şoförü olan sanık ...'nın görev tanımının bankacılık faaliyetleri ile ilgili olmadığı, sanığın görevlendirildiği OGS işlemleri için para yatırma görevinin bankacılık faaliyetleri ile ilgili olmadığı gibi bu konuda yetkilendirildiğine dair resmi bir belge bulunmadığı, bu haliyle suçun faili olamayacağı; diğer sanık ...'un da banka çalışanı olmayıp taşeron firma elemanı olduğu, sanıkların bankacılık işlemleri ve banka parasını korumak gibi görevlerinin olmadığı" yönünde Yargıtay 7.Ceza Dairesi'nin 26.04.2017 tarih ve E.2016/17090, K. 2017/3625 sayılı kararı.

B. MAĞDUR

Suçun mağduru, suç oluşturan eylemden dolayı doğrudan doğruya hakları ihlal edilen kimse olup; toplum ve devletler topluluğu gibi tüzel kişiliği olmayan oluşumların da suçun mağduru olabileceği; devlet tüzelkişiliğinin ise mağdur değil, ancak suçtan zarar gören olabileceği kabul edilmektedir.[39] Şüphesiz toplumun mağdur olabilmesi için, suç tipi ile korunan menfaatlerin toplumun çevresinde kümelenmiş olması gerekecektir.[40] Bu kapsamda, suç ile korunan hukuki menfaatin ne olduğu hususu, mağdurun kim olduğu ile sıkı bir bağlantı içinde olacaktır.

TCK nezdinde düzenlenen zimmet suçunda mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğunun; devlet tüzel kişiliğinin ise suçtan zarar gören konumunda bulunduğunun kabulü gerektiği değerlendirilmektedir.[41] Keza kamu görevlilerinin kendilerine görevleri nedeniyle tevdi edilen malvarlığını muhafaza etmek ve bunlar üzerinde ancak tevdi amaçları doğrultusunda tasarrufta bulunmak yönündeki yükümlülüklerine uygun davrandıkları konusunda toplumda hâkim olan güvenin sarsılması, toplumun parçası olan herkesi bu suçun mağduru haline getirir. Öğretideki ağırlıklı görüşün ise, tüzel kişilerin suç mağduru olmayacağı yönünde geliştiği gözetildiğinde, devlet tüzelkişiliğinin ancak bu suçtan zarar gören sıfatını haiz olabileceği kabul edilmiştir.[42]

Bankacılık zimmetinde de suçla korunan menfaatin, toplumun bankacılık sektörünün düzgün şekilde işleyişine ilişkin duyduğu güven olduğu göz önüne alındığında, mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu açıktır. TCK'da düzenlenen zimmet suçu ile bağlantılı olarak, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağı yönündeki ağırlıklı öğreti görüşü kapsamında, malvarlığında azalma olan bankanın suçtan zarar gören olarak

---

39 Özgenç, s.58.

40 İsmail Ercan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, İstanbul 2016, s.92.

41 Aynı yönde bkz: Özgenç, s.58; Koca ve Üzülmez, s.971; Gökcan ve Artuç, s.8231; Artuk ve Gökçen, s.1027; Centel, s.3.

42 Tüzel kişilerin hukukumuzda suç mağduru olamayacağı yönünde bkz: Artuk ve Gökçen, s.1045; Gökcan ve Artuç, s. 8231.
Ayrıca, devlet tüzel kişiliğinin zimmet suçunun zarar göreni olduğu yönünde bkz: Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 19.02.2025 tarih ve E.2022/154, K.2025/2057 sayılı kararı.

kabulü gerektiği değerlendirilmektedir.[43] Bu noktada, suçun konusunu oluşturan malvarlığı değerlerinin bankanın mülkiyetinde olduğu ve suçla korunan menfaatin, bankacılık sektörüne duyulan toplumsal güvenin yanında banka malvarlığı da olduğu belirtilerek, banka tüzel kişiliğinin de suçun mağduru olacağı öne sürülebilecektir. Bankacılık Kanunu'nun bankacılık suçlarında özel kovuşturma usullerini düzenleyen 162'nci maddesi uyarınca, zimmet suçundan soruşturma ve kovuşturma yapılması Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ya da Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından savcılıklara yazılı başvuru yapılmasına bağlı olup; bu kurumların bankacılık suçlarına davalarda katılan sıfatını haiz olması söz konusudur. 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun (CMK) 237'nci maddesinde kamu davasına katılma yani eski tabiriyle müdahil olma kurumu düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca, mağdur, suçtan zarar gören gerçek ve tüzel kişiler ile malen sorumlu olanların, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilmeleri mümkündür. Bankacılık zimmetinde banka tüzel kişiliğinin suçun mağduru değil, katılan sıfatını haiz olması halinde, CMK kapsamında yargılama devam ettiği sürece katılan sıfatı ile haklarını kullanması ve bu kapsamda davanın bir tarafı olmasında herhangi bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan, zimmet konusu malvarlığı değerlerinin bir özel hukuk tüzel kişisi olan banka mülkiyetinde bulunduğu gözetildiğinde, banka malvarlığında menfaati bulunan gerçek kişi ortakların bankacılık zimmeti suçunun mağduru olarak kabul edilmesinde hukuken bir engel de bulunmamaktadır.[44] Öte yandan yargı kararlarında bankacılık zimmetinin mağdurunun kim olduğu hususunda bir görüş birliğine varılmamışsa da, ağırlıklı olarak bankacılık zimmeti suçunun mağdurunun banka olduğuna hükmedildiği,[45] bazı kararlarında banka tüzel kişiliğinin suçtan zarar gören olarak kabul edildiği görülmektedir.[46]

---

43 Aynı yönde bkz: Özgenç, s.129; Artuk ve Gökçen, s. 1045; Atay, s.10. Bankanın toplumu oluşturan herkes yanında bu suçun mağduru olduğu yönünde bkz: Centel, s.3.

44 Özgenç, s.129.

45 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden önce verdiği 31.05.2005 tarih, E.2004/11-158, K. 2005/58 sayılı kararı; Yargıtay 7.Ceza Dairesi'nin 22/01/2013 tarih ve E.2010/5409, K.2013/2083 sayılı kararı; Yargıtay 7.Ceza Dairesi'nin 25/09/2012 tarih ve E.2009/6840, K.2012/24951 sayılı kararı.

46 Yargıtay 5.Ceza Dairesi'nin 31/05/2012 tarih ve E.2008/13715, K. 2012/6077 sayılı kararı.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından yapılacak değerlendirme de esasen bankacılık zimmetinin mağdurunun kim olduğuna ilişkin değerlendirmeden farklı değildir. Bu suç ile korunan menfaatin, kripto varlık hizmet sağlayıcılık faaliyetinin ülkemizde hukuka uygun şekilde işlediğine ilişkin güven olduğu da gözetildiğinde, bu suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olarak ele alınması gerekecektir. Nezdinde zimmet fiili yaşanan kripto varlık hizmet sağlayıcı ise, suçtan doğrudan doğruya zarar gören olarak ele alınmalıdır. Zimmet fiiline maruz kalan kripto varlık hizmet sağlayıcıdan hizmet alan müşterilerin ise, somut olay bazında değerlendirmeler saklı olmak kaydıyla, bu suç bakımından mağdur ya da zarar gören olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Zira her ne kadar Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/C maddesinin yedinci fıkrasında, müşterilere ait nakit ve kripto varlıkların, kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığından ayrı olduğu ve kayıtların buna göre tutulması gerektiği düzenlenmişse de zimmete konu olan ve misli mal niteliğini haiz kripto varlıklardan hangilerinin hangi müşteriye ait olduğunu tespiti mümkün olmayacaktır. Nezdinde kripto varlıkların zimmeti fiili gerçekleşen bir kripto varlık hizmet sağlayıcının müşterilerinin tamamının elbette bu suç fiilinden muhtemel olarak zarar görmesi mümkündür. Keza zimmete konu edilen kripto varlıklar, herhangi bir müşteriye ait olarak kabul edilebilir. Ancak uygulamada kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde kayden alt hesaplarda müşterilerin bakiyeleri takip edilmekte; misli mal niteliğini haiz olan kripto varlıkların tümünün özel anahtarları, kripto varlık hizmet sağlayıcının sıcak ya da soğuk cüzdanlarında, toplu hesaplarda tutulmaktadır. Bu sebeple zimmet fiilinin konusu teşkil eden kripto varlığın bir seri numarası da bulunmadığı gözetildiğinde, hangi müşteriye ait olduğunu ve dolayısıyla hangi müşterinin malvarlığında bulunan kripto varlığın zimmete konu edildiğinin tespiti mümkün değildir.

Ayrıca, Gerek Yargıtay Ceza Genel Kurulu, gerekse Özel Dairelerin yerleşmiş kararlarında; "suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş bulunma hali" olarak anlaşılıp uygulanan suçtan zarar gören kavramının, buna bağlı olarak da dolaylı veya muhtemel zararların, davaya katılma hakkı vermeyeceğinin kabul edildiği; bu hususun, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11/04/2000 tarih ve 65–69, 22/10/2002 tarih ve 234–366, 04/07/2006 tarih ve 127–180, 03/05/2011 tarih ve 155–80, 21/02/2012

tarih ve 279–55, 15/04/2014 tarih ve 599-190, 28/03/2017 tarih ve 214-206 sayılı kararlarında, "Dolaylı veya muhtemel zarar, davaya katılma hakkı vermez." şeklinde açıkça ifade edildiği ve Ceza Genel Kurulu'nun 25/03/2003 gün ve 41–54 sayılı kararında da "tazminat ödenmesi, itibar zedelenmesi ve güven kaybı" gibi dolaylı zararlara dayanarak kamu davasına katılmanın olanaklı olmadığının kabul edilmesi karşısında, kripto varlık hizmet sağlayıcının müşterilerinin bu suçtan mağdur ya da zarar gören olarak kabulünün mümkün olmadığı değerlendirilmektedir.

C. MADDİ KONU

Suçun maddi konusunun, üzerinde suç teşkil eden davranışın gerçekleştirildiği insan veya şey olarak tanımlanması mümkündür.[47] Zimmet suçlarının maddi konusu da zimmet teşkil eden fiillerin üzerinde gerçekleştirildiği şeylerdir.

TCK'nın 247'nci maddesinde düzenlenen ve kamu görevlilerince işlenebilen zimmet suçunun maddi konusu genel ve kapsayıcı bir kavram olarak "mal" şeklinde belirlenmiş olup; bu kavram her türlü para, menkul kıymet ve diğer malları kapsadığı gibi, "para" kavramı ile kastedilen tedavülü zorunlu olan milli paralardan başka, yabancı paralar ve milli ziynet altınlarıdır.[48] Maddede bir sınırlama yapılmadığından, taşınır, taşınmaz, ekonomik değeri bulunan para, çek, poliçe, bono, tahvil, pay senedi ve benzeri, ekonomik değeri bulunduğu için elektrik enerjisi, doğalgaz, su gibi şeyler ve neticede zimmete geçirilmesi mümkün bulunan ekonomik değere sahip maddi ve maddi olmayan her çeşit malvarlığının zimmet suçunun maddi konusu içinde olduğu düşünülmelidir.[49]

Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı maddesinde düzenlenen zimmet suçunda maddi konu ise salt "mal" kavramından daha detaylı bir şekilde, "para, para yerine geçen evrak veya senetler veya diğer mallar" olarak ele alınmıştır[50]. Para yerine geçen evrakların ne olduğunun belir-

---

47 Ercan, s.92; Uğur Orhan, "Suçun Maddi Konusu", Doktora Tezi, Ankara 2023, s.27.

48 Toroslu N. ve Toroslu H., Özel Kısım, s.291.

49 Gökcan ve Artuç, s.8232; Artuk ve Gökçen, s. 1027; Özgenç s.14.

50 "Mal" kavramı ile içerik bakımından aralarında hiçbir ayrım bulunmayan bu ifade farklılığının nedeninin, Bankacılık Kanunu'un 22. Yasama döneminde, TCK'nın görüşüldüğü Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda değil, Plan ve Bütçe Komisyonu'nda görüşülerek son halini alması olduğu yönünde bkz: Özgenç, s.113.

lenmesinde TCK'nın paraya eşit sayılan değerleri düzenleyen 198'inci maddesinden yararlanılması gerekmektedir. Söz konusu düzenleme uyarınca Devlet tarafından ihraç edilen hamiline yazılı bonolar, pay senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup, kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları para hükmündedir. Bu kapsamda, Bankacılık Kanunu ile düzenlenen zimmet suçunun maddi konusunun, TCK'da düzenlenen zimmet suçunun maddi konusundan herhangi bir farkı bulunmamaktadır.[51] Keza "mal" kavramı TCK zimmeti bakımından genel ve kapsayıcı bir anlamı haiz olup, her türlü eşya olarak anlaşılacağı için,[52] aynı durum Bankacılık Kanunu'ndaki zimmet bakımından da geçerli sayılmalıdır.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu açısından ise maddi konunun bu piyasanın kendine özgü yapısı dolayısıyla farklılaştığı söylenebilecektir. Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinde suçun maddi konusu, "para, para yerine geçen evrak veya senetler, diğer mallar veya kripto varlıklar" olarak düzenlenmiştir. Yukarıda detaylarına yer verildiği üzere, her kripto varlık ödeme niteliğini haiz olmadığından ve hatta ödeme niteliği gösteren kripto varlıkların dahi para niteliği öğretide tartışmalı bulunduğundan,[53] kripto varlıkların para kavramı kapsamına girdiği söylenemeyecektir. Öte yandan, kripto varlıkların eşya kavramı altında incelenip incelenemeyeceği yönünde de öğretide bir görüş birliği bulunmamaktadır.[54] Öğretide, kripto varlıkların suçların maddi konusunu teşkil edip etmeyeceğinin incelendiği çalışmalarda, dolandırıcılık gibi malvarlığına karşı suçlar ve suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu bakımından kripto varlıkların suçun maddi konusunu teşkil edebileceği; kripto varlıkların eşya olarak kabul edilmemesi varsayımında, hırsızlık suçu başta olmak üzere maddi konusu "başkasına ait taşınır

---

51 Aynı yönde bkz: Centel, "Zimmet", s. 4.

52 Artuk ve Gökçen, s. 1027.

53 Kripto varlıkların para olmadığı yönünde bakınız: Turanboy, "Kripto Paralar". Konuya ilişkin öğretideki tartışmalar için bkz: Sıla Saygıoğlu, "Kripto Varlıkların Medeni Hukuk Bağlamında İncelenmesi", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2024, s. 73 vd. https://repository.bilkent.edu.tr/server/api/core/bitstreams/66fbe95f-d1e0-4196-97de-cada4a5c823d/content

54 Konuya ilişkin öğretideki tartışmalar için bkz: Saygıoğlu, "Kripto Varlıklar", s. 79 vd.

mal" olan suçların maddi konusunu teşkil edemeyecekleri kabul edilmektedir.[55] Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise kripto varlıklar, "gayri maddi varlık" olarak sınıflandırılmış olup; mali yönleri ile malvarlığı arasında yer alan fikri haklar da hukuk düzenlerinde genelde gayri maddi varlık olarak ele alınmıştır.[56] Bu tartışmalar ışığında, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun maddi konusunda ayrıca ve açıkça "kripto varlıklar" kavramına yer verilmesi isabetlidir.

Bu noktada tartışma konusu olabilecek bir husus, maddi konu olarak sayılan "kripto varlıklar" kavramına, sadece sermaye piyasası aracı niteliği taşıyan kripto varlıkların mı gireceği konusudur. Sermaye Piyasası Kanunu'na eklenen 35/B maddesinin altıncı fıkrası uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu'na "sermaye piyasası araçlarına özgü haklar sağlayan kripto varlıklara" ilişkin olarak düzenleyici işlemler tesis etmek hususunda sınırlı yetki verildiği, aynı maddenin yedinci fıkrasında Sermaye Piyasası Kurulu dışındaki diğer kurum ve kuruluşların, kripto varlıklara ilişkin diğer mevzuattan kaynaklanan görev ve yetkilerinin saklı olduğu; aynı maddenin sekizinci fıkrasında da kripto varlık niteliği taşıyanlar dışındaki kripto varlıklara Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağının belirtildiği görülmektedir. Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcıların mülkiyetinde bulunan ve sermaye piyasası aracı niteliği taşımayan kripto varlıkların, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesi uyarınca, zimmet suçuna konu olup olmayacağının değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Sermaye Piyasası Kanunu'nun kripto varlıkları tanımlayan 3'üncü maddesinde,[57] bu tanımın sermaye piyasası niteliğini haiz kripto varlıklar ile sınırlandırılmadığı ve zimmeti öngören 110/A maddesinde de bu yönde bir sınırlama bulunmaksızın maddi konu olarak kripto varlıkların sayıldığı görülmektedir. Suçun hukuki konusunun kripto varlık piyasalarında olan kamusal güvenin korunmasına ilişkin menfaat ve kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığının korunmasına yönelik menfaatinden oluştuğu kabul edildiğinde, kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde bulunan ve sermaye piyasası aracı ni-

---

55 Orhan U., s.81-82.

56 Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk, 29. Bası, İstanbul 2023, s.151.

57 "Dağıtık defter teknolojisi veya benzer bir teknoloji kullanılarak elektronik olarak oluşturulup saklanabilen, dijital ağlar üzerinden dağıtımı yapılan ve değer veya hak ifade edebilen gayri maddi varlıklar"

teliği göstermeyen diğer kripto varlıkların da maddi konu kapsamına alınmasının tutarlı bir yaklaşım olacağında şüphe bulunmamaktadır. Herhangi bir fayda niteliği gösteren ya da ödeme niteliğini haiz kripto varlıkların zimmete geçirilmesi de bu suç kapsamına dahil olacak olup, maddi konunun değeri cezadan yapılacak indirimde değerlendirilecek bir unsur olacaktır.

Son olarak, suçun maddi konusunu oluşturan para, para yerine geçen evrak veya senetler, diğer mallar veya kripto varlıkların, failin zilyetliğine kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle tevdi edilmiş olması ya da bu malların kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle koruma, saklama ve gözetiminde olması gerektiğinin altının çizilmesi gerekmektedir. Sayılan malların faillere resmen teslimi gerekmeyeceği, mala görev nedeniyle zilyet olmasının gerekeceği, zilyetliği devredilmemiş şeyler üzerinde bu suçun işlenemeyeceği kabul edilmelidir.[58] Bankacılık zimmetine ilişkin öğreti görüşleri ve yargı kararları ışığında değerlendirildiğinde de benzer şekilde kripto varlık hizmet sağlayıcı görevi nedeni ile ilgisi olmayacak şekilde devredilmiş mallar üzerinde bu zimmet suçunun oluşmayacağının kabulü gerekmektedir.[59]

D. FİİL

TCK'da düzenlenen zimmet suçunun maddi unsurunun en önemli parçası olarak fiil, zimmetin maddi konusunu oluşturan malın zilyetliğinin görevi nedeniyle faile devredilmiş olması ya da failin yine görevi nedeniyle bu malın koruma ve gözetimiyle yükümlü olması[60] ve bu kapsamdaki malın, kamu görevlisinin kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirilmesidir.

Bankacılık Kanunu ile düzenlenen zimmet suçunun maddi unsuru esasen kamu görevlilerince işlenebilen zimmet suçundan farklı değildir. Zira bu suç bakımından da maddi unsur; failin bankacılık gö-

---

58 TCK zimmeti bakımından bu yönde bkz: Toroslu N. ve Toroslu H., Özel Kısım, s.291; Artuk ve Gökçen, s. 1029 vd.;

59 Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2.Bası, 2015, Cilt 2, s. 2318; Centel, "Zimmet", s. 6.

60 Toroslu N. ve Toroslu H., Özel Kısım, s.290; Artuk ve Gökçen, s.1029 vd.; Özgenç, s.17-19; Koca ve Üzülmez, s. 975; Gökcan ve Artuç, s.8236.

revi nedeniyle zilyetliğine ya da koruma ve gözetim yükümlülüğüne sahip olduğu malı, kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmesidir. Bankacılık zimmeti, malın doğrudan mal edinilmesi, hesapları uygun olmayan kişilere ilişkin olumlu görüş verilerek bunlara ödeme yapılmasının sağlanması ya da usulsüz kredi kullandırılması gibi çeşitli yöntemlerle işlenebilecektir.[61]

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun maddi unsuruna baktığımızda, yine Bankacılık Kanunu ile paralel şekilde, kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu malları, kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirmenin arandığı görülmektedir.

Zimmete geçirmek ile kastedilen, mal üzerinde o malın zilyetliğini meşru gösteren nedenlerle bağdaşmayacak şekilde, tıpkı bir malik gibi işlemlerde bulunmaktır.[62] Buna göre, bir malikin mülkiyetindeki eşya üzerinde bu hakkın sağladığı imkanlar çerçevesinde gerçekleştirebileceği türden her işlem, malik gibi tasarrufta bulunmayı ifade edecektir.[63] Bu kapsamda, bir kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyesi ya da mensubunun, kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi kapsamında kendisine tevdi edilmiş ya da bu görev nedeniyle koruma yükümlülüğünde bulunduğu maldan bir malik gibi yararlanması, suçun maddi unsurunu teşkil edecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da zimmete geçirmeyi "Suç konusu mal üzerinde, malikmiş gibi tasarrufta bulunmak" olarak tanımlamış; bu tasarrufların, suç konusu şeyin mal edinilmesi, amacı dışında kullanılması, tüketilmesi şeklinde oluşabileceği gibi bir başkasına satılması, verilmesi şeklinde de gerçekleşebileceğini belirtmiştir.[64]

Suçun maddi konusunda sayılan kripto varlıkların kendine özgü yapısı da bu suçun maddi unsurunun ortaya konmasında önem arz edecektir. Çalışmamızın ilk bölümünde detaylarına yer verildiği üzere, bir kripto varlığın üzerinde tasarruf edebilmenin yolu, özel anahtarlara sahip olunmasından geçmektedir. Kripto varlıkların saklamasının

---

61 Okuyucu Ergün, s.162.
62 Özgenç, s. 116.
63 Koca ve Üzülmez, s.975.
64 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2020/299, K.2022/664 sayılı kararı.

yapılması da tam da bu özel anahtarların kaydının tutulması şeklinde gerçekleşmektedir. Mevcut uygulamada, alım satım platformları nezdinde yapılmakta olan saklamada, basitçe, müşterilerin malvarlıkları altında izlenen kripto varlıklar, esasen özel anahtarlarına sahip olmak suretiyle bu varlıkların saklamasını yapan platform zilyetliğindedir. Bu da müşterilerin platformlarından "custodial" bir saklama hizmeti aldığı anlamına gelmektedir. Kripto varlık alım satım platformu nezdinde işlem yapmakta olan yatırımcıların, işleme konu ettikleri bu varlıkları platformun cüzdanlarında saklamaya tabi kıldıkları ve kendi cüzdanlarına alma, yani "*self-custody*" uygulamasının, kullanım kolaylığı düşünülerek çok tercih edilmediği görülmektedir. Şüphesiz platformların zilyetliğinde, müşteri bazında alt kayıtlar tutulmak suretiyle toplu cüzdanlarda tutulan bu kripto varlıkların bir tür inançlı işlem ile platforma bırakılması, kripto varlıkları, kripto varlık hizmet sağlayıcının mensuplarının kötü niyetli kullanımlarına açık kılmaktadır. Keza aynı şekilde, diğer bir kripto varlık hizmet sağlayıcı türü olan saklamacılardan "*custodial*" cüzdan hizmeti alınması halinde de kripto varlıkların, özel anahtarları tutan saklamacının mensuplarının tasarrufuna açık olması söz konusudur. Nitekim Sermaye Piyasası Kanunu'nun 35/C maddesinin altıncı fıkrasında "*Platformların müşterilerine ait kripto varlıkların, müşterilerin kendi cüzdanlarında bulundurulması esastır.*" denilerek "*self-custodial*" cüzdan kullanımının teşvik edildiği görülmektedir. Aynı fıkrada, yatırımcıların kendi cüzdanlarında bulundurmayı tercih etmedikleri kripto varlıklara ilişkin "*custodial*" yani saklama hizmetinin, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yetkilendirilmiş ve Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından uygun görülen bankalarca veya Kurulca kripto varlık saklama hizmeti sunma konusunda yetkilendirilmiş diğer kuruluşlarca sunulmasının zorunlu olduğu ele alınmıştır. Bu kapsamda, kripto varlık üzerinde malikmiş gibi tasarrufta bulunulmasının, bu kripto varlığın kendisinin ya da başkasının cüzdanına aktarılması, satılması, üzerinde gelir getirebilecek çeşitli tasarruflarda bulunulması gibi sayılması mümkündür.

Bu noktada tartışma konusu olabilecek bir diğer husus, bankaların Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca saklamacı olarak yetkilendirilmiş olması durumunda, bu bankalar nezdinde gerçekleşebilecek zimmet suçunun hangi kanun kapsamında değerlendirileceğine ilişkindir. Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca, Bankacılık Kanunu kap-

samında kurulmuş ve faaliyet izni almış bankaların, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan bu yönde yetki almaları halinde, kripto varlık saklama hizmeti vermeleri mümkündür. Bu yetkiyi alarak kripto varlık hizmet sağlayıcı olan bankaların, bu hizmete ilişkin birimlerinde çalışan ve asli görevi kripto varlık hizmet sağlayıcılığın gerektirdiği işleri yapmak olan mensuplarının, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunu işlediklerinin kabulü gerekmektedir. Aynı zamanda bir kripto varlık hizmet sağlayıcı olan banka nezdinde işlenen bir zimmet suçunda, zimmete konu malların zilyetliğinin faile bankacılık ya da kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevlerinden hangisi dolayısıyla tevdi edildiğinin tespiti önem arz edecektir. TCK zimmetinde, zilyetliğin faile mutlaka kanuni bir düzenleme ile verilmesinin şart olmadığı, görevlendirmenin ya da zilyetlik devrinin idari bir tasarrufla olabileceği gibi sözlü de yapılabileceği, önemli olan failin görevi kabul edip zilyetliği üstlenmesi olduğu; failin fiilen yani uygulamada geliştiği üzere para almaya başlamış ve bu duruma ilişkin herhangi bir itirazı da olmamış ise, zilyetliğin yasal olarak devrinin söz konusu olduğunun kabul edilmesi gerektiği kabul edilmiştir.[65] Bu kabulün kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından görünümünde de, aynı zamanda banka olmakla birlikte kripto varlık saklama hizmeti veren bir kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdindeki personelin, resmi bir yönetim görevlendirmesi olmasa dahi, fiili uygulama bakımından kripto varlıklar üzerinde zilyetliğinin bulunması durumunda bu suçun faili olabileceği kabul edilmelidir. zira aksi halde şirket içi uygulamalar ile açık bir görevlendirme olmaksızın kripto varlıkların zilyetliğinin devredildiği mensupların bu suça sebebiyet verecek fiilleri işlemeleri halinde, salt bir görevlendirme olmaması nedeniyle zimmet suçunun oluşmayacağını söylemek, suçla korunan menfaat ile uyumsuz olacaktır.

Ek olarak, yukarıda aktarıldığı üzere "*multisig*" saklama hizmeti veren kripto varlık hizmet sağlayıcılarda ise kripto varlıkların, hizmet sağlayıcıya tamamen tevdi edilmiş olup olmadığının incelenmesinde fayda vardır. Zira bu tür saklama hizmetinde ne tek başına müşterinin elindeki ne de tek başına saklamacının elindeki özel anahtarların kripto varlık üzerinde tasarruf etmek için yeterli olmadığı bir durum söz konusudur. Bu sebeple, "*multisig*" saklama hizmeti sunan bir

[65] Gökcan ve Artuç, s. 8239.

kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyesi ya da diğer mensuplarının, özel anahtarların sadece bir parçasının saklamasını yaptıkları kripto varlıklar bakımından kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunu işlemesi mümkün olmayacaktır. *"Multisig"* saklama hizmetini *"custodial"* saklama hizmetine nazaran çok daha güvenli bir hale getiren de bizzat tasarruf imkanının tek elde toplanmaması gerçeğidir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun bir zarar ya da tehlike suçu olup olmadığının tespitinde, bankacılık zimmetine ilişkin öğretiden faydalanılması gerekir. Zarar suçları, suçun oluşabilmesi için hareketin yönelmiş olduğu konuda bir olumsuz değişimin ortaya çıkmasının arandığı suçlar iken, tehlike suçları, suçun oluşabilmesi için hareketin yönelmiş olduğu konu üzerinde bir zararın değil, zarar tehlikesinin ortaya çıkmasının arandığı suçlardır.[66] Esasen bankacılık zimmetinin zarar ya da tehlike suçu olması konusu öğretide tartışmalıdır.[67] Yargıtay içtihadında bankacılık zimmetinin zarar suçu olduğu yönünde eğilim olduğu görülmekte olup, Ceza Genel Kurulu'nun 2022 tarihli kararında *"5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen zimmet suçu bakımından banka çalışanı tarafından hesap sahibinin bilgisi ve rızası dışında hesabında yapılan işlemlerin zimmet suçunu oluşturacağında kuşku bulunmasa da, somut olayda mudilerin rıza ve bilgileri üzerine sanık tarafından kredi kullandırma işlemlerinin yapıldığı, sanığın yakınları olan mudilerin bireysel kredi kullanmaları için banka mevzuatı açısından yasal engel olmadığı, dolayısıyla bankanın bir zarar olasılığının ya da tehlikesinin*

---

66 Ercan, s. 104-105.

67 Centel tarafından bankacılık zimmetinin bir zarar suçu olduğu ve bankanın herhangi bir zararı oluşmadığı takdirde bu suçun oluşmayacağı ifade edilmektedir. Bkz: Centel, "Zimmet", s. 5. Okuyucu Ergün ise bankacılık zimmetinin bir tehlike suçu olduğunu ve bu suçun oluşması için bir zararın doğmasının ya da failin beklediği yararı elde etmiş olmasının şart olmadığını savunmaktadır. Bkz: Okuyucu Ergün, s. 163. Reisoğlu ise Yargıtay kararları kapsamında, bankacılık zimmetinde banka zarara uğramadığı sürece failin cezalandırılmaması gerektiğini, zimmete geçirmenin ancak bankanın hesaplanabilir bir zararı bulunduğu hallerde oluşacağını savunmuştur. Bkz: Reisoğlu, s. 2322. Köksal ise bankacılık zimmetinin bir tehlike suçu olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bkz: Atacan Köksal, "Bankacılık Zimmeti Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023/169, s.45. Artuk ve Gökçen de bankacılık zimmeti suçunda ceza normundan ayrı bir netice öngörülmüş olmadığından bu suçun sırf hareket suçu niteliğinde olduğunu belirmiştir. Bkz: Artuk ve Gökçen, s.1043.

oluşmadığı" yönünde zarar ya da tehlike suçu olarak kabul ettiğine dair çok da açık olmayan bir karar tesis edilmiştir. Zira somut olayda banka çalışanının annesi ve kuzeni adına imza atılması ve ATM'den para çekilmesi gibi işlemler sanki onlar tarafından yapılmış gibi kredi kullanmasının, ilgililerin rızası ve bilgisi dahilinde olması nedeniyle, bankacılık sektörüne duyulan güven açısından bir tehlike oluşturmadığı gözetilerek karar kurulmuştur.

Zarar suçlarında suç konusu fiilin işlenmesiyle birlikte suçun maddi konusu üzerinde gerçek bir zarar meydana geldiği; tehlike suçlarında icra edilen fiilin, suçun maddi konusu üzerinde az ya da çok yoğun bir zarar meydana getirme tehlikesinin söz konusu olduğu; tehlike suçlarının, kanun koyucunun bazı hukuki değerleri daha etkin bir şekilde korumak için, bunları ihlal eden davranışı gerçekleştiren faili cezalandırabilmek amacıyla herhangi bir zararın gerçekleşmesini gerekli görmediği suç tipleri olarak nitelendirilebileceği[68] hususları bir arada gözetildiğinde, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusunun, bu piyasaya duyulan kamusal güvenin korunması olarak kabul edildiği bir sistemde, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun tehlike suçu olarak ele alınarak, daha koruyucu bir bakış açısıyla hareket edilmesinin tutarlılık arz edeceği düşünülmektedir. Keza Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinde de zimmete geçirilmekle fiilin tamamlandığı, suçun maddi unsurlarında ayrıca bir zararın aranmadığı;[69] zararın tazmininin cezanın miktarına etki etmek üzere ele alındığı görülmektedir. Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun, zimmete geçirmek ile tamamlanan ani bir tehlike suçu olduğu, ayrıca bir zararın gerçekleşmiş olmasının aranmasının yerinde olmadığı değerlendirilmektedir. Aksi halde somut olayda kripto varlık hizmet sağlayıcının

---

68 Ercan, s. 104-105; Doç.Dr. Uğur Ersoy, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 41, 2020, s.30-31.

69 Örneğin Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/1/(b) maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımında, maddi unsurun "örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak" şeklinde düzenlenmesinin bir zarar suçu olduğunu gösterdiği, keza halka açık ortaklığın karının ya da malvarlığının azalmadığı hallerde bu suçun oluşmadığı düşünülmektedir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda ise zimmete geçirmekle fiil tamamlanacak, kripto varlık hizmet sağlayıcının zarara uğratılması ya da malvarlığının azalması gibi bir unsur aranmayacaktır.

zararının oluşmadığı ya da malvarlığının azalmadığı gibi bir savunma ardına saklanılmak suretiyle, neredeyse müsamaha edilen zimmet gibi bir alanın oluşabileceği, bu alanın da kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusundaki yaklaşım ile uyuşmayacağı düşünülmektedir.

Öte yandan, Bankacılık Kanunu'nun 160'ıncı maddesinin dördüncü fıkrasında, bankacılık mevzuatı ile bankacılık usul ve prensiplerine uygun kredi kullandırma, bu kredileri temdit etme veya ek kredi kullandırma, taksitlendirme, teminata bağlama ya da başka yöntemlerle yeniden yapılandırma işlemlerinin zimmet suçunu oluşturmayacağı düzenlenmiş olmakla birlikte; Sermaye Piyasası Kanunu'nda kripto varlık hizmet sağlayıcılar bakımından bu yönde bir hükme yer verilmemiştir. Kaldı ki, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2024/48 sayılı Bülteni ile kamuoyuna duyurulan, i-SPK.35.B.1 (19/09/2024 tarih ve 1484 s.k.) sayılı İlke Kararı ile, kripto varlık alım satım platformlarının müşterilerine ödünç ya da kredi verme işlemlerini yapamayacakları düzenlenmiş olup; kripto varlık hizmet sağlayıcılar tarafından verilen kredilerde zimmet suçu oluşup oluşmayacağının tartışılmasına gerek bulunmamaktadır.

E. NİTELİKLİ UNSURLAR:

i. Suçun Nitelikli Hali

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun basit halinde, failin sekiz yıldan on dört yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılacağı düzenlenmiş; nitelikli hali bakımından ise on dört yıldan yirmi yıla kadar hapis ve yirmi bin güne kadar adli para cezası öngörülmüştür. Bu suçun nitelikli halini oluşturacak husus, davranışın suçun ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesidir.

Hileli davranışlarla suçun işlenmesi, yürürlükteki TCK zimmetinin 5 ila 12 yıl hapis cezası öngören basit halinin cezanın yarı oranında artırılmasını öngören nitelikli halini teşkil etmektedir. Hileli davranışlarla işlenen zimmet suçuna TCK'nın yürürlükten kalkan eski halinde, "ihtilasen zimmet" denilmiş; mülga 765 sayılı TCK'nın 202'nci maddesinde nitelikli yani ihtilasen zimmet suçunun cezası ayrı bir şekilde

düzenlenmişti.[70] Söz konusu düzenlemede, basit zimmet fiilinin, dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak suretiyle işlenmesi halinde, faile oniki yıldan aşağı olmamak üzere ağır hapis verilmesi öngörülmüştü. Mevcut TCK metninde ise, zimmet suçunun nitelikli halinin, basit zimmet suçundan ayrı bir ceza ile düzenlenmediği; basit zimmet suçunun cezasının, bu suçun hileli davranışlarla işlenmesi halinde artırılacağı şeklinde ele alındığı görülmektedir.

TCK zimmeti bakımından hileli davranış ölçütlerinin eski ve yeni TCK metinleri ile bağlantılı olarak gelişim gösterdiği söylenebilir. Mülga TCK döneminde, nitelikli zimmetin "dairesini aldatacak ve fiilin açığa çıkmamasını sağlayacak her türlü hileli faaliyette bulunmak" olarak tanımlanması karşısında, Yargıtay uygulamasında nitelikli zimmet suçunun oluşabilmesi için, failin yaptığı hileli davranışın objektif olarak aldatıcı olması aranmıştır.[71] Keza madde metninde açıkça, "dairesini aldatacak olma" ve "hileli davranışın açığa çıkmamasını sağlayacak olma" kriterlerinin gerçekleşmesi aranmıştır. Bu kapsamda mülga TCK döneminde yargı uygulamasında, hilenin herkesçe anlaşılabilir düzeyde olması halinde, aldatıcılık vasfının gerçekleşmediği ve bu nedenle basit zimmet sayılması gerektiği kabul edilmişti.[72] Mevcut TCK metni ise, zimmet suçunda aranan hileli davranış kriterini daha genişletmekte, hilenin sonuç doğurur ölçüde olması aranmamakta, "suçun açığa çıkmasını önlemeye yönelik olma" kriteri yeterli sayılmakta, dolayısıyla objektif olarak kişileri aldatıcı olup olmadığına değil, failin aldatma kastına bakılmaktadır.

Bankacılık zimmetinde de suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi hâlinde faile on iki yıldan az olmamak üzere hapis öngörüldüğü ve bu düzenlemenin mülga TCK'nın 202'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiş olan ihtilasen zimmet düzenlemesinde olduğu gibi ayrı bir ceza ile ele alındığı görülmektedir. Ancak buradaki hile kriteri, mevcut TCK metninde olduğu gibi geniş tutulmuş, objektif olarak aldatıcı olmak değil, suçun açığa çıkmasını sağlamaya yönelik olma yeterli sayılmıştır. Önemli

---

70 Gökcan ve Artuç, s. 8254.

71 Gökcan ve Artuç, s. 8254.

72 Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 16.03.1999 tarih ve 5-32/43 sayı.

olan hilenin objektif olarak aldatıcılığa sahip olması değil, failin suçun ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarda bulunması olarak kabul edilmelidir.[73] Keza yürürlükteki TCK'nın dolandırıcılık suçuna ilişkin 157'nci maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, hileli hareketten söz edebilmek için bu hareketin belirli ya da belirli olmayan kişileri aldatmaya yönelik olmasının yeterli olduğu, muhatap alınan kişilerin gerçekte aldatılmış olmasının gerekmeyeceği, aldatıcı nitelikte olmanın gerek ve yeterli olduğu açıktır.[74]

Bu kapsamda, bankacılık zimmetinde ve yürürlükteki TCK zimmetinde, hileli davranışın sonucunda aldatma neticesinin doğması zorunlu değildir. Hileli davranış kriterinin belirlenmesinde Yargıtay'ın bankacılık zimmetine ilişkin içtihatlarından faydalanılması gerekecektir. Yargıtay'ın hileli davranış kriterinde genel uygulaması TCK zimmetinde olduğu gibi, zimmetin normal denetim ve bankada mevcut kayıtların kontrolü sonucunda tespit edilememesi, suçun banka dışı araştırmayı gerektirecek ölçüde aldatıcı ve fiillerin ortaya çıkmasını önleyici şekilde işlendiği gibi unsurların aranması olmuştur.[75] Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin yakın tarihli bir kararında ise bankacılık zimmetinde hileli davranışlar detaylı incelenmiş olup; özetle hileli davranışın her somut olay bazında ayrıca değerlendirilmesi gerektiği, hileli davranışın yalnızca fiilin ortaya çıkmasını önlemeye yönelik olması yanında, gerçekten de bu amaca ulaşacak şekilde yoğun bir aldatıcılık içermesi gerektiği, herkes tarafından anlaşılabilir aldatıcı fiillerin hileli davranış sayılmaması gerekeceği, aksi halde nitelikli zimmet suçunun kapsamı çok genişlerken, basit zimmet suçunun kapsamının daralacağı yönünde bir karara varılması dikkat çekicidir.[76] Zira bu karardaki yaklaşım,

---

73 Aynı yönde bkz: Artuk ve Gökçen, s. 1048; Gökcan ve Artuç, s. 8255

74 Özgenç, s.34.

75 Okuyucu Ergün, s.166.

76 " …Nitelikli zimmet suçundaki hileli davranışların, fiilin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik olmasının yanında bu sonucu gerçekleştirmeye elverişli olacak nitelikte yoğun ve aldatıcı olması gerekir. Herkes tarafından anlaşılabilir ve özünde aldatıcı niteliği bulunmayan davranış, hileli bir davranış olarak değerlendirilemeyecektir. Nitekim öğretide de "Bu hileli davranışlar öyle bir mertebede bulunmalıdır ki, hakiki eylemin ortaya çıkması uzmanlık gerektiren birtakım araştırmaların yapılmasını da gerektirmelidir." (Prof. Dr. Süheyl Donay, Bankacılık Ceza Hukuku, s.115) şeklinde benzer görüşlere yer verilmektedir. Aksinin kabulü hâlinde nitelikli zimmet suçunun kapsamı oldukça genişlerken, basit zimmet suçunun kapsamı oldukça daralacaktır ki, kanun koyucunun bunu amaçladığı kuş-

mülga TCK zimmeti metninde olduğu gibi, sonuç itibariyle ve objektif olarak aldatıcılığı arar niteliktedir. Oysa bankacılık zimmeti düzenlemesinde, nitelikli zimmet suçu fiilinin oluşabilmesi için, "zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranış" yeterli iken; sonuç olarak aldatıcı olmayı aramak kanımızca isabetli olmamıştır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda da bankacılık zimmetinde ve TCK'nın yürürlükteki metninde olduğu gibi, "suçun açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranış" nitelikli zimmet bakımından yeterli görülmüş olduğundan; bir davranışın hileli olarak nitelendirilmesi için aldatma niyetiyle yapılmış olmasının yeterli olduğu kabul edilmeli; objektif olarak aldatılmış olma kriterinin aranmaması gerekmektedir.

Öte yandan, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda hileli davranış kriterlerinin her bir olay bazında titizlikle incelenmesi gerekmektedir. Zira suçun basit hali için 8-12 yıl hapis cezası öngörülürken, nitelikli halinde bu ceza 14-20 yıla dikkat çekici bir şekilde yükselmekte, adli para cezası ise basit halinin iki katına çıkmaktadır. Kripto varlık piyasalarının kendine özgü yapısı ve müşterilerin özel anahtarlarının saklamacı ya da platformların toplu cüzdanlarında tutuluyor olması, bu suçun hileli davranışlarla işlenmesine imkân sağlayabilecektir. Yukarıda değinildiği üzere, kripto varlık hizmet sağlayıcılar nezdinde *"custodial"* saklamaya tabi olan, yani müşterinin kendi cüzdanlarında tutulmak yerine, tüm müşterilerin varlıkları ile birlikte kripto varlık hizmet sağlayıcının toplu cüzdanlarında tutulan kripto varlıklar, hileli davranışların konusu olabilecektir. Zira burada uygulama şu şekilde işlemektedir: Müşteriler kripto varlık alım satım platformları aracılığıyla kripto varlık alım satım emri verdi-

---

kuludur. Diğer taraftan, hile kavramının sözlük ve uygulamalardaki tanımları ile banka zimmeti suçunun özgü suçlardan olduğu hususları da dikkate alındığında, hileli davranışın eylemin ortaya çıkmamasını sağlayacak şekilde aldatmaya elverişli olması gerekmektedir. TCK uygulamasında da hilenin varlığından söz edebilmek için eylemde kandırma öğesinin gerçekleşmesi gerekmektedir.
Bununla birlikte, hileli davranışlar kişinin ya da kişilerin öznel durumu itibarıyla değil nesnel ölçütler esas alınmak suretiyle, her somut olayın özelliğine göre olaysal olarak değerlendirilmeli, olayın özelliği, mağdurun durumu, fiille olan ilişkisi, kullanılan hilenin şekli kullanılmışsa gizlenen veya değiştirilen belgenin nitelikleri ayrı *ayrı dikkate alınmalıdır…"* Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 06.05.2024 tarih ve E.2024/251, K. 2024/4999 sayılı kararı.

ğinde, alım nedeniyle müşterinin bakiyesine dahil olan ya da satım nedeniyle müşterinin bakiyesinden azalan kripto varlık, kripto varlık alım satım platformunun tüm müşterilerinin varlıklarını toplu olarak tuttuğu cüzdanlara işlenmekte; ilgili emri veren müşterinin kendisine ait cüzdanda hareket olmamaktadır. Burada ne kadar kripto varlığın hangi müşterinin bakiyesinde hareket ettiği, kripto varlık hizmet sağlayıcının tuttuğu alt hesap kayıtlarında izlenmektedir. Kripto varlık hizmet sağlayıcı, toplu cüzdanlarda tuttuğu müşteri varlıkları için, müşteri bazında kayıt tutmakta; alım ya da satım emrinde müşterinin kripto varlık hizmet sağlayıcı tarafından tutulan kayıtlarında değişiklik olmaktadır. Müşterilerin hak sahipliğini gösteren bu alt kayıtlarda, kripto varlık hizmet sağlayıcının iç denetim sisteminin ilk bakışta anlayamayacağı aldatıcı davranışlarla değişiklikler yapılması, kayıtların değiştirilmesi, müşteri emirlerinin zaman damgalı olarak saklanmasına yönelik log kayıtlarının tahrif edilmesi, ilk bakışta anlaşılamayacak şekilde imza taklidi yapılması gibi birçok davranış hileli olarak sınıflandırılabilecektir. Öte yandan, kripto varlık hizmet sağlayıcının soğuk cüzdanlarının bulunduğu yerden alınarak götürülmesi gibi basit davranışlarla da bu suçun işlenmesi mümkündür. Önemli olan somut olay bazında yapılacak değerlendirmelerde suçun nitelikli halinin olması gerekenden geniş yorumlanmasına yol açılmamasıdır.

ii. Hafifletici Sebepler ve Etkin Pişmanlık

TCK zimmeti ile bankacılık ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçları, hafifletici sebepler yönünden önemli ölçüde birbirinden ayrışmaktadır.

TCK'da düzenlenen zimmet suçunda, suçun malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranına kadar indirilebileceği yönünde hâkime bir takdir yetkisi bırakılmış olup; öğretide buna "kullanma zimmeti" adı verilmiştir.[77] Bankacılık zimmeti ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçlarında ise kullanma zimmetine bir hafifletici sebep olarak alan tanınmamıştır.

---

[77] Kullanma zimmetinin detayları için bkz: Prof. Dr. Veli Özer Özbek, Yrd. Doç. Dr. Koray Doğan, Yrd. Doç. Dr. Pınar Bacaksız, Ar. Gör. İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Bası, 2017, s. 1044 vd.

TCK zimmetinin diğer bir hafifletici sebebi, "Daha az cezayı gerektiren hal" başlığı altında 249'uncu maddede düzenlenmiş olup, buna göre zimmet konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilecektir. Malın değerinin azlığı, suçun işlendiği zamana göre belirlenecek olup; suç işlendikten sonra malın değerinin artması hafifletici sebebi ortadan kaldırmayacaktır.[78]

Bankacılık zimmeti ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda da TCK zimmetine benzer olarak, malın değerinin azlığı bir hafifletici sebep olarak öngörülmüştür. TCK zimmetinden farklı ve yerinde bir şekilde, madde metninde malın "suçun işlendiği tarihteki" değerinin azlığının esas alınacağı açıkça ifade edilmiştir. Kripto varlık piyasalarının son derece oynak bir seyir sergilediği gözetildiğinde, bu durum önemli sonuçlara yol açabilecektir. Örneğin, Dogecoin 2024 yılı itibariyle, son 1 yıl içinde yaklaşık %393 değer kazanmış; Monero ise %3,29 değer kaybetmiştir.[79] Dolayısıyla suçun işlendiği tarih ile hükmün kurulduğu tarih arasında, suç konusu kripto varlıklar bakımından dramatik fiyat farklarının ortaya çıkması mümkündür. Böyle durumların somut olayda var olması halinde hâkimin takdir yetkisini kullanarak cezada indirim yapmaması ise mümkün olmayacaktır. Zira Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinin altıncı fıkrasında hâkime cezayı indirme görevi verilmiş; takdire bırakılmamıştır. Dolayısıyla tıpkı TCK zimmetinde olduğu gibi, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda da bu indirim sebebinin uygulanabilmesi için önemli olan, maddi konuyu teşkil eden malın değerinin azlığı olup, zararın ağır olması burada önem teşkil etmeyecektir.[80] Ancak cezadaki indirim miktarının belirlenmesinde kripto varlıklardaki fiyat oynaklığının gözetilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Gerek TCK zimmetinde gerekse bankacılık ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda "etkin pişmanlık" olarak başka indirim sebepleri de öngörülmüştür. Her üç suçta da zimmete konu malın aynen iade edilmesi ya da uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, bu iade ya da tazminin yargılamanın hangi aşamasında ya-

78 Toroslu N. ve Toroslu H., Özel Kısım, s. 298.
79 https://coinmarketcap.com/currencies (Erişim Tarihi: 02.12.2024)
80 Toroslu N. ve Toroslu H., Özel Kısım, s. 298.

pıldığına göre cezada farklı oranlarda indirim yapılması söz konusu olacaktır.

Bu etkin pişmanlık hallerinde kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından önem arz edecek husus, kripto varlık hizmet sağlayıcının zararının hangi tarihe göre belirleneceği ve faile kripto varlığı aynen iade ya da zararı tazmin konularında serbesti tanınıp tanınmayacağıdır. Zira kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda aynen iade ya da zararı tazmin durumlarında hâkime indirim görevi verilmekte, bir takdir yetkisi tanınmamakta olduğundan, failin kendi lehine olan seçeneği hayata geçirerek cezada indirim sağlaması hakkaniyete aykırı bir durum teşkil edebilecektir. Bankacılık zimmeti bakımından, etkin pişmanlıkta bankanın uğradığı zararın suçun işlendiği tarihe göre belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir.[81] Ancak kripto varlıkların zimmetin maddi konusunu teşkil etmesi durumunda, bunların son derece oynak fiyat seyirleri nedeniyle bu kararı vermek kolay olmayacaktır. Zira yukarıda verilen Dogecoin örneğinde, suçun işlendiği tarihin 1 yıl öncesi olduğu varsayıldığında, kripto varlık hizmet sağlayıcının o tarihteki zararı, bugüne (2024 yılı itibariyle) oranla %393 daha az olacak; suçun işlendiği tarihten, etkin pişmanlıktan faydalanıldığı tarihe kadar kripto varlığın fiyatının dikkat çekici bir şekilde yükselmiş olması halinde, fail, kripto varlık hizmet sağlayıcının suçun işlendiği tarihte uğradığı zararı tazmin ederek karlı çıkacağı gibi, cezadan da indirim alacaktır. Tersine, suç işlendiği tarihte değeri yüksek olup, etkin pişmanlık tarihinde değeri düşmüş bir kripto varlıkta ise, fail etkin pişmanlıktan kripto varlığı aynen iade ederek yararlanabilecek, yine kar ederek cezada indirim de alacaktır. Etkin pişmanlıkta failin sebep olduğu suç nedeniyle pişman olarak suçun neticelerini azaltmaya yönelik eylemlerde bulunması gerekmektedir.[82] Dolayısıyla etkin pişmanlık gösteren bir failin, fiilinin sonuçlarını azaltacak ya da ortadan kaldıracak şekilde hareket etmediği bir durumda, etkin pişmanlığın gerçekten oluştuğunun kabulü doğru olmayacaktır. Zira zimmete geçirilen eşyanın aynen iadesi ya da aynen iadenin mümkün olmaması halinde, zararın tamamıyla karşılanmış olması et-

81 Okuyucu Ergün, s.167.

82 Av. Evrim Yıldırım, "Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2, s.235.

kin pişmanlığın uygulanması için gerekli ve yeterlidir.[83] Bu nedenle, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda hâkimin somut olay bazında değerlendirme yapmak suretiyle, kripto varlığın fiyatını suçun işlendiği tarih ve etkin pişmanlık tarihindeki durumuna göre gözetmesi, failin zimmet fiilinden karlı çıkmasına yol açılmaması ve kripto varlık hizmet sağlayıcının zararının giderilmesi için en doğru yöntemi bulmasının esas olduğu değerlendirilmektedir.

IV. SUÇUN MANEVİ UNSURU

TCK zimmeti ve bankacılık zimmetinde olduğu gibi, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet de ancak kast ile işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiştir.[84] Sermaye Piyasası Kanunu'nun 110/A maddesinde suçun taksirli hali açıkça düzenlenmediği için, TCK'nın 22'nci maddesi uyarınca kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun taksirle işlenmesi söz konusu değildir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun manevi unsuruna ilişkin tartışma konusu olabilecek husus, bu suçun özel kastla mı yoksa genel kastla mı işlenebileceği hususudur. Her ne kadar yürürlükte olan TCK'da özel-genel kast ayrımı kaldırılmışsa da öğretide suçların incelenmesinde bu konuya da değinildiği görülmektedir. Ayrıca, ceza hukuku uygulamasında özel kastın bulunduğu hallerde, olası kastla suçun işlenemeyeceği kabulü karşısında[85] bu ayrımın önem arz edeceği düşünülmektedir. Suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesinin yanında, failin özel bir güdü ya da amaç ile hareket etmesinin arandığı hallerde özel kast söz konusudur.[86]

Yargıtay'ın mülga TCK'nın yürürlükte olduğu dönemlerdeki kararlarında, zimmet suçunun oluşabilmesi için özel kastın varlığının arandığı, yani failde, mal edinme, temellük veya haksız çıkar sağlama kastı aranması gerektiği yönünde hüküm tesis edildiği görülmekte-

---

83 Artuk ve Gökçen, s.1054.

84 TCK zimmetinin kasten işlenebilen bir suç olduğu yönünde bkz: Gökcan ve Artuç, s.8252; Artuk ve Gökçen, s. 1053; Özgenç, s.61; Soyaslan, s.738; Koca ve Üzülmez, s. 980.

85 Ercan, s. 132.

86 Toroslu N. ve Toroslu H., Genel Kısım, s.226; Ercan, s. 132.

dir.[87] Bankacılık zimmeti bakımından ise kastın özel ya da genel kast oluşu hakkında öğretide bir görüş birliği bulunmadığı görülmektedir. Okuyucu Ergün, bankacılık zimmetine ilişkin kanun hükmünde özel kast aranmaması nedeniyle bu suçun genel kastla işlenebileceğinden bahsederken;[88] Centel, bankacılık zimmetinde failin mal edinme kastıyla hareket etmiş olmasının aranması gerektiği için bu suçta özel kastın bulunduğunu savunmaktadır.[89] Yargıtay Ceza Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında bankacılık zimmetinde "kendisine ya da üçüncü kişi lehine mal edinme kastı" aramak suretiyle bu suç bakımından özel kast aranması gerektiğini ifade etmiştir.[90]

TCK'nın 21 inci maddesi uyarınca kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçuna bu kapsamda bakılacak olursa, suçun unsurlarını teşkil eden, (1) kripto varlık hizmet sağlayıcı görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu, (2) para veya para yerine geçen evrak veya senetleri, diğer malları veya kripto varlıkları, (3) kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirme (üzerinde zilyetlik ile bağdaşmayacak şekilde bir malik gibi tasarrufta bulunma) hususlarını bilerek ve isteyerek gerçekleştiren fail, kasten bu suçu işlemiş olacaktır. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçuna ilişkin hükümde bu unsurları bilmek ve istemek dışında ayrı ve özel bir amaç aranmış durumda değildir. Failin mal edinme kastıyla hareket etmesi gerektiği, dolayısıyla bankacılık zimmeti bakımından özel kast aranmasının uygun olacağı şeklindeki görüşün, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından geçerli olmadığı düşünülmektedir. Zira zaten bu suçu genel kast ile işleyen kişi, mal üzerinde zilyetliği/koruma ve gözetim yükümlülüğü ile bağdaşmayacak tasarruflarda bulunduğunu bilmekte ve istemektedir. Bunun ötesinde, kişinin mal edinme saikini özel kast olarak aramak hukuken yerinde olmayacağı gibi, hukuki konu ile uyumsuzluk teşkil edebilecektir. Yukarıda detaylarına yer verildiği üzere, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konularından biri, kripto varlık piyasalarına olan güvenin korunması ve

87 Özgenç, s.61.
88 Okuyucu Ergün, s.164.
89 Centel, "Zimmet", s. 4
90 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun E.2020/299, K. 2022/664 sayılı kararı.

bu piyasanın etkin bir şekilde işleyişinin temin edilmesidir. Bu amaç doğrultusunda Sermaye Piyasası Kanunu'nu 110/A maddesine, yaptırımı ağır bir yeni suç eklenmiş ve yatırımcıların ülkemizdeki kripto varlık piyasalarına güveninin korunması amaçlanmıştır. Dolayısıyla halihazırda genel kast kapsamında zimmete geçirme unsurunu bilme ve istemeyi içeren kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda, bir de mal edinme saiki ile hareketi aramak, suçun kapsamını daraltma sonucunu doğurabilecektir. Ayrıca, kripto varlıklarda zimmet suçunun olası kastla işlenmesinin de özel kast aramak suretiyle önünün kesilmesinin doğru olmadığı değerlendirilmektedir.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A .Teşebbüs

Teşebbüs, işlenmesine karar verilen bir suçun, elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanmasına karşın, elde olmayan nedenlerle tamamlanamamasıdır.[91] Diğer bir deyişle, suçun tamamlanmasından önce, hazırlık hareketleri evresinden sonra gelen, başlanmış ama bitirilememiş bir fiili ifade etmekte; suça teşebbüsü düzenleyen normlar nitelikleri bakımından suçun sınırlarını genişleten normlar olmaktadır.[92] Zira yasal suç tanımına girmeyen hareketler, teşebbüs hükümleri sayesinde cezalandırılmaktadır.[93] TCK'nın 35'inci maddesinde teşebbüs, "kişinin işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da eline olmayan nedenlerle tamamlayamaması" şeklinde tanımlanmıştır.

Zimmet ani bir suç olup; zimmete geçirme fiilinin tamamlandığı anda zarar aranmaksızın suç tamamlanmaktadır.[94] Bu durum inceleme konusu her üç zimmet suçu için de geçerlidir. Her ne kadar teşebbüs durumunda suçun sınırlarının genişletilmesi söz konusu olsa da zimmet suçlarında fiilin parçalara bölünebildiği hallerde teşebbüsün mümkün olduğunun kabulü gerektiği düşünülmektedir. Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından, kripto varlık hizmet

---

91 Ercan, s. 205.
92 Önder Tozman, Suça Teşebbüs, 1.Bası, Ankara 2015, s.13.
93 Ercan, s. 205.
94 Okuyucu Ergün, s.130.

sağlayıcının müşteri varlıklarının saklandığı soğuk cüzdanların bulunduğu yerden alınıp götürülmesi, fakat henüz bu soğuk cüzdanda saklanan varlıkların kişinin kendisinin ya da başkasının cüzdanlarına aktarımı suretiyle zimmete geçirilmesi gerçekleşmeden failin yakalanması, teşebbüse bir örnek olarak verilebilecektir.

Blokzincir üzerinde işlemlerin gerçekleşmesi, ağ yoğunluğuna göre zaman alabilmektedir. Özel anahtarlar girilmek suretiyle transfer emrinin sisteme girilmesi halinde, blokzincirin değiştirilemezliği nedeniyle emrin iptal ya da geri alınması söz konusu olmayacağından, zimmete geçirmeye yönelik emri girmekle birlikte henüz emir gerçekleşmeden yakalanan bir failin durumunda ise, artık fiil tamamlanmış olduğundan teşebbüs olmadığı kabul edilmelidir.

"*Multisig*" teknolojisi ile imza gerektiren cüzdan teknolojilerinde, belirtildiği üzere özel anahtarın parçaları farklı kişilerin nezdinde olmakta; her bir parçanın bir araya gelmesi ile transfer gerçekleşebilmekte, parçaları taşıyan kişiler tek başlarına ilgili kripto varlıkta tasarruf edememektedir. Bu teknolojiyi kullanan bir cüzdan üzerinde zimmet kastıyla suçun icrasına başlayan, ancak anahtarın parçalarının tamamına sahip olmaması nedeniyle fiilin tamamlanamadığı bir halde ise, teşebbüsten söz edilmesi mümkün olmamalıdır. Zira teşebbüsten söz edebilmek için suçun icrasında elverişli hareketlerin kullanılması şarttır.[95] "*Multisig*" ya da "*multiparty computation*" teknolojilerinde ise, özel anahtarların yalnızca bir parçasını elinde bulunduran failin suçun icrasında elverişli bir hareketi ya da aracı haiz olmadığı açıktır. Bu durumda ancak işlenemez suç olduğu kabul edilmelidir.

B. İştirak

Tek kişiyle işlenebilen bir suçun somut olayda birden çok kişiyle işlenmesi olarak tanımlanan iştirak, cezai sorumluluğu genişleten bir kurumdur.[96]

TCK'da düzenlenen zimmet suçu, bankacılık zimmeti ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçlarının hepsinin özgü suçlar olduğunu belirtmiştik. Özgü suçlarda iştirak konusu, TCK'nın 40'ıncı

[95] Ercan, s. 208.
[96] Ercan, s. 218.

maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilecek; özgü suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla özgü suçu işlemek için gereken nitelikleri taşımayan kimse, özgü suçun faili olamaz ise de ona iştirak edebilecektir.[97] Bu kapsamda, bankacılık zimmeti bakımından, "banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplar" dışındakilerin işledikleri fiil, başka bir suça vücut verecek; azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabileceklerdir.[98]

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından iştirakin söz konusu olup olamayacağında ise, tıpkı TCK zimmeti ve bankacılık zimmeti fiillerinde olduğu gibi bu suçların özgü suç niteliğinin gözetilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, tıpkı diğer zimmet suçlarında olduğu gibi; kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyesi ya da diğer mensubu olmayan bir kişinin, bu zimmet suçuna iştirak bakımından gerekli manevi unsuru taşıdığının kabulü için, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçuna iştirak etme bilinç ve iradesine sahip olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyesi ya da diğer mensubu olmayan şerikin, kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkanı, üyesi ya da diğer mensubu olan kişinin bu niteliğini ve şeye bu görevi nedeniyle zilyet olduğunu bilmesi şarttır.[99]

C. İçtima

Suçların içtimaı, bir kişinin birden çok fiil ile kanunun aynı hükmünü birden çok ihlal etmesi veya birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle ortaya çıkabileceği gibi, bir fiil ile kanunun birden çok hükmünün ihlal edilmesiyle de ortaya çıkabilir.[100] Ortada birden fazla suç bulunmasına karşın, faile tek cezanın verildiği durumlara suçların içtimaı denir.[101] TCK nezdinde "Suçların içtimaı" başlıklı beşinci bölümde bu husus, bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima başlıkları altında incelenmiştir.

---

97 Toroslu N. ve Toroslu H., Genel Kısım, s.354.
98 Özgenç, s.129; Artuk ve Gökçen, s. 1053.
99 Okuyucu Ergün, s.134.
100 Toroslu N. ve Toroslu H., Genel Kısım, s. 364.
101 Ercan, s. 235.

Bu başlık altında tartışılmasında fayda görülen ilk husus, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun nitelikli halinde aynı zamanda belgede sahtecilik suçu işlenirse, failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılıp cezalandırılamayacağıdır. Keza aynı husus bankacılık zimmeti bakımından da tartışma doğurmuş; öğretide TCK'nın 212 inci maddesinin ancak TCK nezdinde düzenlenen suçlar bakımından geçerli olması nedeniyle bankacılık zimmetinde uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmiştir.[102] TCK'nın 212'nci maddesinde belgede sahtecilik suçlarına ilişkin içtima düzenlemesine yer verilerek, sahte resmi veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması halinde, hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunacağı düzenlenmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu hususa ilişkin kararında da öğreti görüşlerine benzer şekilde, TCK'nın bu hükmünün yalnızca TCK nezdinde düzenlenen suçlar bakımından geçerli olduğu, bankacılık zimmetinde hükmün uygulanamayacağı ve bu nedenle belgede sahtecilik içeren bir hileli davranışla bankacılık zimmeti işlenmesi halinde yalnızca bankacılık zimmetinden cezalandırma yapılabileceğini ifade edilmiştir.[103]

Konuya ilişkin Yargıtay içtihadına tarafımızca da katılınmakta ve kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından da uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Zira TCK'nın 5'inci maddesinde, TCK'nın yalnızca genel hükümlerinin özel kanunlardaki suç teşkil eden fiiller bakımından uygulama alanı bulacağı düzenlendiğinden; özel hükümlerde yer alan belgede sahtecilik suçlarında içtima hükmü-

---

102 Artuk ve Gökcen, s. 1054.

103 "…TCK'nın 212. maddesindeki; "Sahte resmî veya özel belgenin bir başka suçun işlenmesi sırasında kullanılması hâlinde hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükmolunur" şeklindeki düzenlemenin, TCK'nın genel hükümleri arasında yer almaması nedeniyle, TCK'nın 5. maddesindeki, "yasanın genel hükümleri arasında yer alan düzenlemelerin özel yasalar açısından da uygulanacağı" kuralı kapsamında özel yasalar açısından da uygulama olanağı bulunmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 212. maddesi yalnızca TCK içinde düzenlenen suçlara ilişkin olarak uygulanabilecek bir kuraldır.
Özel yasalarda düzenlenen suçların işlenmesi sırasında sahte evrak düzenlenmiş olması halinde failin ayrıca bu suçtan da cezalandırılabilmesi için o yasada özel bir düzenleme yapılmış olması zorunlu olup aksinin kabulü ceza kanunlarında kıyasın uygulanması anlamına gelecektir…" Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 06.04.2010 tarih ve E. 2010/7-38, K. 2010/79 sayılı kararı. Aynı yönde bkz: Okuyucu Ergün, s.169.

nün, özel bir kanunda düzenlenen kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından uygulanması mümkün olmayacaktır. Kaldı ki, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun nitelikli halinde öngörülen yaptırımın ağırlığı gözetildiğinde de faile ayrıca belgede sahtecilikten ceza tesis edilmesinin ölçülülük ilkesine de uygun olmayacağı söylenebilecektir. Ancak burada belgede sahtecilik suçunun, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun ağırlaştırıcı sebebini teşkil ettiği ve bu yolla bileşik suç oluştuğu yönünde bir kabule varılması doğru olmayacaktır. Zira, bileşik suçu oluşturan suçlardan birinin diğerinin ağırlaştırıcı sebebi olduğu hallerde, bu birleşmenin kanunda açıkça öngörülmüş olması gerekmektedir.[104] Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda ise, belgede sahtecilik suçunun açıkça bu suçun ağırlaştırıcı nedeni olacağı yönünde bir düzenleme yer almamaktadır.

Zincirleme suç bakımından bir değerlendirme yapılmasında da fayda görülmektedir. TCK'nın 43'üncü maddesi uyarınca, (i) bir suç işleme kararının icrası kapsamında, (ii) değişik zamanlarda, (iii) bir kişiye karşı, (iv) aynı suçun, (v) birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilecek; ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılacaktır. Zincirleme suç, çok yüksek cezaları azaltmak için pratik hukukçular tarafından, failin lehine olarak kabul edilmiş bir kurum olduğundan[105]; zimmet suçlarının faillerinin lehine olarak uygulanması gerekecektir. Bu değerlendirmede, bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekillerinin aynı suç sayılacağı; mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmünün uygulanacağının gözetilmesi gerekecektir. Bankacılık zimmeti bakımından, aynı kişiye ait malların, tek bir suç işleme kararı kapsamında, değişik zamanlarda zimmete geçirilmesi halinde zincirleme suç hükmünün uygulanması gerektiği kabul edilmiştir.[106] Aynı husus TCK zimmeti bakımından da geçerli olup, öğreti ve uygulamada istikrar kazanmış görüşlere göre, koşulların oluşması halinde zimmet suçunda zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.[107]

---

104 Toroslu N. ve Toroslu H., Genel Kısım, s.366.
105 Ercan, s. 241.
106 Artuk ve Gökcen, s. 1054.
107 Gökcan ve Artuç, s. 8273; Koca ve Üzülmez, s. 985.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunda zincirleme suç hükümlerinin değerlendirilmesinde ise suçun mağdurunun kim olduğunun göz önünde bulundurulması gerekir. Suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğuna karar verildiği gözetildiğinde, bir kripto varlık hizmet sağlayıcının yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile diğer mensuplarının, aynı kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde, tek bir suç işleme kararı çerçevesinde, farklı zamanlarda birden çok kez suç fiilini gerçekleştirmeleri halinde, TCK madde 43/1 kapsamında zincirleme suç oluştuğuna karar verilmesi mümkün olacak mıdır? Keza kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde özel anahtarları saklanan kripto varlıkların misli nitelikleri gereği hangi müşteriye ait olduklarının belirlenememesi karşısında, zimmete geçirilen kripto varlığın hangi müşteriye ait olduğunun tespitinin mümkün olmadığı da yukarıda açıklanmıştır. TCK madde 43/1 hükmüne 2005 yılında eklenen son cümle, bu belirsizliği ortadan kaldırmakta, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına imkân vermektedir. Başka bir deyişle, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda, zincirleme suç için aranan "aynı kişiye karşı işlenme" koşulu artık aranmayacak; böylece topluma ve devlete karşı suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir.[108] Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun zincirleme suç olarak işlenmesinin ve bu kapsamda verilecek cezanın dörtte birden dörtte üçe kadar artırılmasının mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

Öte yandan, TCK'nın 43 üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen ve öğretide "aynı neviden fikri içtima" olarak adlandırılan tek bir fiille aynı suçun birden fazla kişiye işlenmesi halinin, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı; zira burada mağdurun toplumu oluşturan herkes olduğu; müşterilerin mağdur olarak ele alınamayacağı görüşümüzün burada belirleyici olduğu değerlendirilmektedir.

Son olarak "farklı neviden fikri içtima" olarak adlandırılan ve TCK'nın 44'üncü maddesinde düzenlenen halde, işlediği fiil ile birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet veren kişinin, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacağı kabulü esastır. Buna göre, fikri içtimadan söz edebilmek için, (i) eylemin tek olması, (ii) bir-

108 Ercan, s. 244.

den fazla farklı suçun oluşması, (iii) suçların muhakeme edilebilir ve cezalandırılabilir olması şartları aranır.[109] Bankacılık zimmeti bakımından, Bankacılık Kanunu'nun 161 inci maddesinde özel bir fikri içtima hükmüne yer verilmiş ve bu Kanuna göre suç teşkil eden hareket ve fiillerin başka kanunlara göre de cezayı gerektirdiği hallerde, failler hakkında en ağır cezayı gerektiren kanun maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise bu yönde bir özel düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu kapsamda, TCK nezdindeki genel fikri içtima kuralının yani 44 üncü maddenin kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından da uygulanmasının; failin zimmete sebebiyet veren fiili ile aynı zamanda başka bir suça da sebebiyet vermesi halinde, en ağır cezayı gerektirecek fiilden cezalandırılmasının; dolayısıyla örneğin, hileli davranış ile nitelikli zimmet suçu işleyen failin aynı zamanda TCK'nın 157'nci maddesinde düzenlenen dolandırıcılık fiiline sebebiyet vermesi halinde, 1 yıldan 5 yıla kadar hapis öngören dolandırıcılık suçunda değil, fikri içtima kuralı kapsamında, 14 yıldan 20 yıla kadar hapis öngören kripto varlık hizmet sağlayıcılarda nitelikli zimmet suçundan cezalandırılmasının yerinde olduğu söylenebilecektir.

SONUÇ

Ülkemiz ceza hukuku bakımından 2024 yılı Haziran ayı itibariyle yeni bir suç olarak ortaya çıkan kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu, birçok unsuru bakımından bankacılık zimmeti ile paralellik arz etmekte; keza Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 7518 sayılı Kanun gerekçesinde de bu durumun altı çizilmektedir.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun hukuki konusu birden çok olup, kripto varlık piyasasının güvenli ve etkin bir şekilde işlediğine duyulan kamusal menfaat ile kripto varlık hizmet sağlayıcının malvarlığına ilişkin menfaati, bu suçla korunan hukuki değerler olarak ele alınabilir.

Suçun maddi konusu ise para, para yerine geçen evrak veya senetler, diğer mallar veya kripto varlıklardır. Her ne kadar Sermaye Piyasası

---

[109] Ercan, s.249 vd.

Kanunu'nda, sermaye piyasası aracı niteliği gösterenler dışındaki kripto varlıkların bu kanun hükümlerine tabi olmadığı yönünde araçtan bağımsızlık ilkesi benimsenmişse de kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu bakımından maddi konuyu teşkil eden kripto varlıklar, yalnızca sermaye piyasası aracı niteliğini gösterenlerle sınırlı olmayacaktır.

Kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun maddi unsuruna baktığımızda, kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle kendisine tevdi edilmiş olan veya koruma, saklama ve gözetimiyle yükümlü olduğu malların, kişinin kendisinin ya da başkasının zimmetine geçirilmesinin arandığı görülmektedir. Bu kapsamda, kripto varlık hizmet sağlayıcı görevi nedeni ile alakasız şekilde devredilmiş mallar üzerinde bu zimmet suçunun oluşmayacağının kabulü gerekmektedir. Ayrıca, kripto varlık hizmet sağlayıcılar bakımından öngörülen zimmet suçunun hukuki konusunun, bu piyasaya duyulan kamusal güvenin korunması olarak kabul edildiği bir sistemde, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçunun tehlike suçu olarak ele alınarak, daha koruyucu bir bakış açısıyla hareket edilmesinin tutarlılık arz edeceği sonucuna varılmıştır.

Bu suçun faili ise bankacılık zimmetinde olduğu gibi, "mensup" kavramının genişliği nedeniyle öğreti ve yargı kararlarında tartışma konusu olabilecektir. Kanaatimizce bir kripto varlık hizmet sağlayıcı nezdinde, kendisine kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle mal tevdi edilen ya da yine kripto varlık hizmet sağlayıcılık görevi nedeniyle bazı malları koruma, saklama ya da gözetme yükümlülüğünde bulunan kişilerin, zimmet suçunun faili olabileceği kabul edilmelidir. Kripto varlık hizmet sağlayıcı hizmetlerini aslen sunmaktan ziyade, bu hizmetleri yürütmeye yardımcı hizmetleri veren çalışanların ise mensup kavramına alınmamasının, hukuki konuya daha uygun olacağı gözetilerek yargı kararları tesis edilmelidir.

TCK zimmeti ve bankacılık zimmetinde olduğu gibi, kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu da ancak kast ile işlenebilen bir suç olarak düzenlenmiş olup; zimmete geçirme fiilinin bilinmesi ve istenmesi yeterli olduğundan, ayrıca mal edinme saiki aranmamalı, dolayısıyla bu suç tipinde genel kastın esas olduğu kabul edilmelidir.

Her ne kadar kripto varlık hizmet sağlayıcılarda zimmet suçu ağırlıklı olarak bankacılık zimmetinden farklılık arz etmese de kripto

varlık piyasasının kendine özgü yapısının başta etkin pişmanlık olmak üzere, somut olay bazındaki değerlendirmelerde gözetilmesi ve bu suç kapsamındaki yargılamaların hukuki konu göz önünde bulundurularak yürütülmesinin, ülkemiz kripto varlık piyasalarının gelişimine önemli katkılar sağlayacağı değerlendirilmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

Ammous Saifedean, Bitcoin Standardı: Merkez Bankacılığına Ademimerkeziyetçi Alternatif, 5.Bası, Liberus, İstanbul 2022.

Artuk Emin/Gökcen Ahmet/Alşahin Emin /Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 20. Bası, Adalet, Ankara 2022.

Ercan, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, Kuram, İstanbul 2016.

Gökcan Hasan Tahsin/Artuç Mustafa, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 5.Cilt, 1.Bası, Adalet, Ankara 2021.

Grafton-Green Ana/James Armitage, "Wallets", Crypto and Digital Assets Law and Regulation, First Edition, Sweet & Maxwell, Londra 2023.

Karacan Ali İhsan/ Karacan Erişir Esra, Kripto Varlıklar, 1.Bası, Scala, İstanbul 2021.

Kerrigan Charles, Crypto and Digital Assets Law and Regulation, First Edition, Sweet&Maxwell, Londra 2023.

Koca Mahmut/Üzülmez İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Bası, Adalet, Ankara 2020.

Oğuzman Kemal/Barlas Nami, Medeni Hukuk, 29.Bası, Onikilevha, İstanbul 2023.

Okuyucu Ergün Güneş, Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu, 1.Bası, Çakmak, Ankara 2008.

Özbek Veli Özer/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Bası, Seçkin, 2017.

Özgenç İzzet, Zimmet Suçu, 2.Bası, Seçkin, Ankara 2012.

Reisoğlu Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2.Bası, Cilt 2, Yaklaşım, 2015.

Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Bası, Legem, Ankara 2023.

Tevetoğlu Mete, Hukuki Yönleriyle Kripto Varlıklar ve Kripto Varlıkların İlk Arzı, 2.Bası, Aristo, İstanbul 2021.

Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Bası, Savaş, Ankara 2021.

Toroslu Nevzat/Toroslu Haluk, Ceza Hukuku Özel Kısım, 11. Bası, Savaş, Ankara 2021.

Tozman Önder, Suça Teşebbüs, 1. Bası, Adalet, Ankara 2015.

Makaleler

Centel Nur, Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti, *Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ISSN: 2149-5068, Cilt: 4, Sayı:8, 2018.

Ersoy Uğur, "Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl: 11, Sayı: 41, 2020.

Köksal Atacan, "Bankacılık Zimmeti Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2023/169.

Nakomoto Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", https://bitcoin.org/bitcoin.pdf

Oğuz Ramazan/Kınacı Emin/Babacan Hakkı Halil, "Kripto Para Cüzdanının (Sıcak Cüzdan) Adli Bilişim Açısından İncelenmesi", *Bilgisayar Bilimleri Dergisi*, ISSN, e-ISSN: 2548-1304 Sayı 8, 2023, s. 130-147.

Taşkın Beril, "5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre Zimmet Suçu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, ISSN: 1306-3839, Cilt: 8, Sayı:1, 2013.

Orhan Uğur, "Suçun Maddi Konusu", Doktora Tezi, Ankara 2023.

Saygıoğlu Sıla, "Kripto Varlıkların Medeni Hukuk Bağlamında İncelenmesi", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2024.

Turanboy Asuman, "Kripto Paraların Ortaya Çıkmaları ve Hukuki Nitelikleri", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, ISSN: 1300-1396, Cilt: 35, Sayı:3, Eylül 2019.

Yıldırım Evrim, "Sermaye Piyasası Suçları Açısından Etkin Pişmanlık", *Ankara Barosu Dergisi*, 2014/2.

Zetzsche Dirk/Sinnig Julia/Areti Nikolakopoulou, "Crypto Custody", *Capital Markets Law Journal*, 2024/19, s. 207–229.

Mahkeme Kararları

Anayasa Mahkemesi Kararları

Anayasa Mahkemesi, 21.10.2011 tarih ve 07.07.2011 tarih ve E.2010/116, K. 2011/118. (28091 sayılı Resmî Gazete)

Yargıtay Kararları

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi 19.02.2025 tarih ve E.2022/154, K.2025/2057.

Yargıtay Beşinci Ceza Dairesi, 31/05/2012 tarih E.2008/13715, K. 2012/6077.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 06.04.2010 tarih ve E. 2010/7-38, K. 2010/79.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.10.2022 tarih ve E.2020/299, K.2022/664.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 31.05.2005 tarih, E.2004/11-158, K. 2005/58.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 06.05.2024 tarih ve E.2024/251, K. 2024/4999.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 22/01/2013 tarih ve E.2010/5409, K.2013/2083.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 25/09/2012 tarih ve E.2009/6840, K.2012/24951.

Yargıtay Yedinci Ceza Dairesi, 26.04.2017 tarih ve E.2016/17090, K. 2017/3625.

Diğer Mahkeme Kararları

SEC v. W.J. Howey Co., 328 U.S. 293 (1946), https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep328/usrep328293/usrep328293.pdf

İnternet Kaynakları

AIMA, "Digital Asset Custody Industry Guide", 2022, s.5. https://www.aima.org/sound-practices/industry-guides/digital-asset-custody-guide.html

T.C. Hazine ve Maliye Bakanlığı Vergi Konseyi'nin Kripto Varlıkların Vergilendirilmesi Çalışma Grubu Raporu, https://ms.hmb.gov.tr/uploads/sites/8/2024/01/6Kripto-Varliklarin-Vergilendirilmesi-2022-1-1.pdf

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin 26.06.2024 tarih ve 7518 sayılı Kanun genel gerekçesi. https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D28/Y2/T2/WebOnergeMetni/f581b54c-5b4b-4bce-8e34-25944f1fdee3.pdf

TBB Dergisi 2025 (178) s. 367-365

DAVID HUME'UN HUKUK VE ADALET ANLAYIŞININ HUKUKİ POZİTİVİZMİN DOĞUŞU SÜRECİNDEKİ ETKİLERİ

THE INFLUENCES OF DAVID HUME'S UNDERSTANDING OF LAW AND JUSTICE ON THE EMERGENCE OF LEGAL POSITIVISM

Şefik Taylan AKMAN*

Özet: Bu çalışmada, David Hume'un hukuk ve siyaset felsefesi kapsamında adalet, hukuk ve bunlarla doğrudan bağlantılı olan özel mülkiyet hakkına ilişkin yaklaşımı incelenecektir. Söz konusu yaklaşımın, pozitivist bir hukuk anlayışının temellerini nasıl oluşturduğu ve hukuki pozitivizmin kurucu isimleri olan Jeremy Bentham ile John Austin'in hukuk teorilerini nasıl etkilediği değerlendirilecektir. Kapitalizmin hâkim üretim biçimi haline geldiği bir dönemde, Hume'un doğal hukuk ile pozitif hukukun ayrılığına dayanan görüşleri, İngiltere'nin iktisadi, siyasal, toplumsal ve hukuki gerçekliklerinin gereksinimlerini karşılamaya dönük bir çerçeve sunmuştur. Bentham ve Austin de Hume'un açtığı bu yolda ilerleyerek, ilgili ayrımı hukuk teorilerinin merkezine almış ve dönemin İngiltere'sinin ekonomi politik düzeniyle uyumlu bir hukuki yaklaşım geliştirmiştir.

Anahtar Kelimeler: David Hume, Jeremy Bentham, John Austin, Hukuki Pozitivizm, Doğal Hukuk

Abstract: In this study, David Hume's approach to justice, law, and the right to private property, which is directly related to the aforementioned notions, will be examined within the scope of his legal and political philosophy. The study will evaluate how this approach laid the foundations of a positivist understanding of law and how it influenced the legal theories of Jeremy Bentham and John Austin, the founding figures of legal positivism. During a period when capitalism had become the dominant mode of production, Hume's remarks, based on the separation of natural law and positive law, provided a framework to meet the needs of the economic, political, social, and legal realities of England. Following the path opened by Hume, Bentham and Austin placed this distinction at the

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Anabilim Dalı, taylanakman@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7809-8664, Makalenin Gönderim Tarihi: 25.03.2025, Kabul Tarihi: 12.05.2025

centre of their legal theories and developed a legal approach that was compatible with the political economy order of England at the time.

Keywords: David Hume, Jeremy Bentham, John Austin, Legal Positivism, Natural Law

GİRİŞ

David Hume, İskoç kökenine karşın[1] İngiliz ampirist geleneği içinde benimsediği yaklaşım ve görüşleri itibarıyla son derece özgün bir düşünürdür. 1688 Şanlı Devrimi'nin ardından parlamenter bir anayasal monarşinin ekonomik, politik ve hukuki alana bütünüyle hâkim hale gelmeye başladığı 18. yüzyılda, insanın deneyimlerini merkeze alan, epistemolojiden etiğe ve siyasetten hukuka uzanan farklı alanları kapsayan, kuşkuculuğa dayalı bir felsefi sistem kurmaya yönelir. Bu çalışmada, konuyu aşırı genişletmeme kaygısıyla ampirizm ile Hume'un epistemolojik ve etik anlayışı gibi konular, aşağıdaki kısa açıklamaların dışında, doğrudan hukuk ve siyaset felsefesini ilgilendirmediği sürece ayrıca ele alınmayacaktır. Çalışmanın ilk bölümünde, Hume'un hukuk ve adalet anlayışı kadar siyaset felsefesi üzerinde

[1] 1707 yılında Acts of Union ile İngiltere ve İskoçya'nın birleşerek Büyük Britanya adını alan yeni bir siyasal yapılanma kurmasının ardından dünyaya gelen Hume'un görüşleri, her ne kadar İskoçyalı bir düşünür olsa da, MacIntyre'nin ifadesiyle, İskoçlara özgü olan her şeyin bir kenara atılıp bunlara meydan okunan bir anlayışa dayanmaktadır. Londra benim ülkemin başkenti diyen, İngilizlerin telaffuzuna uygun olması için soyadını "Home"dan "Hume"a çeviren ve İskoç'tan ziyade İngiliz olarak yazmaya ve davranmaya başlayan düşünürün ekonomi politiğe ve hukuka ilişkin görüşlerini, 18. yüzyıl İskoçya'sını esas almaktan ziyade İngiltere'nin tarihsel ve toplumsal gerçekliği ekseninde tasarladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin tarih alanında yazdığı "History of England", tam da bu perspektifte yazılan bir incelemedir. Uygar bir toplumun ilerlemesiyle insanın ahlaki gelişimi arasında paralellik kuran Hume, "History of England" isimli eserinde, ilerleme olgusunun alt yapısını oluşturan mekanizmaları, İngiltere'nin ulaşmış olduğu medenileşme süreci bağlamında incelemektedir. Bu çalışmada Hume'un siyaset ve hukuk felsefesine ilişkin görüşlerinin, 18. yüzyıl İskoçya'sından ziyade dönemin İngiltere'sinin politik, ekonomik, toplumsal ve hukuki gerçekliği içinde değerlendirilmesinin sebebi bu nedenlerden kaynaklanmaktadır. Gökhan Murteza, "İskoç Aydınlanmasını Konumlandırmak", İskoç Aydınlanması- Çeviri Seçkisi (Edi. Gökhan Murteza), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 15; Alasdair MacIntyre, Kimin Adaleti? Hangi Rasyonellik, (Çev. Akın Emre Pilgir), Livera Yayınevi, İzmir 2023, s. 376-380; Gökhan Murteza, "Tarihçi Olarak David Hume", *Felsefi Düşün*, S. 2, 2014, s. 41-43; Solmaz Zelyüt, Dört Adalı- Hobbes-Locke Berkeley-Hume, 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 90-91.

de etkili olan, yaşadığı dönem İngiltere'sinin ekonomi politik gerçekliğiyle devlet yapısı ve hukuk düzeni ana hatlarıyla incelenecektir. 18. yüzyıl koşullarında, kapitalist üretim tarzının gerekliliklerini karşılayabilecek bir devlet ve onunla bağlantılı hukuk düzeni anlayışını nasıl oluşturulup şekillendirdiği sorgulanacaktır. İkinci bölümde, Hume'un hukuk ve adalet anlayışı, doğal ve pozitif hukuka ilişkin görüşlerini de kapsayacak biçimde, geleneksel yorumlardan farklı olarak yeniden anlamlandırılmaya çalışılacaktır. Hukukun ekonomi politik analizine dayanan bir yöntemle bakıldığında, onun hukuk ve siyaset felsefesi bağlamında inşa etmeyi arzuladığı sistematik düşüncesinin, tam da çağın hâkim sınıfı haline gelen burjuvazinin dünya görüşüyle uyumlu biçimde, mevcut statükonun korunması ekseninde yer yer muhafazakâr öğeler barındıran bir yapısal bütünlük gösterdiği dikkat çekmektedir. Son bölümde ise Hume'un çerçevesini koyduğu bu hukuk ve siyaset felsefesinin, hukuki pozitivizmin doğuşu sürecindeki etkileri incelenecek ve Jeremy Bentham ile John Austin'in görüşleri üzerinden hukuki pozitivizmin temel ilkeleri ve gelişimi değerlendirilecektir.

Hume'un gerek hukuka gerek politikaya ilişkin fikirlerinin, onun ampirizme dayalı bir metodolojik yaklaşımla şekillenen genel felsefesinden soyutlanarak anlaşılabilmesi mümkün değildir. Ancak Hume'un ampirizminin, öncülleri olan Robert Boyle, Thomas Hobbes, John Locke veya George Berkeley'nin benimsediği ampirizmlerden önemli oranda farklılaştığı belirtilmelidir. Bu farklılaşmanın nedeni sadece ilgili filozofların kişisel tercihleri veya düşünceleri bağlamında açıklanamaz. İlk ortaya çıktığı zamanlarda, feodal zihniyet ve anlayışla yürütülen mücadele süreçlerinde sahip olduğu ilerici niteliğini zamanla kaybeden ampirizm, özellikle 18. yüzyılda hemen bütünüyle İngiliz burjuvazisinin sınıfsal çıkarları ile gereksinimlerine hizmet eden, onun entelektüel dünya görüşünü ideolojik olarak besleyen epistemolojik bir metodoloji ve teori haline gelmiştir.[2] Boyle ve Hobbes'ta materyalist, Locke'ta -ılımlı bir- düalist karakter gösteren ampirizm, Berkeley ve ardından Hume ile önce idealist ardından kuşkucu / bilinmezci bir yapıya bürünerek giderek muhafazakârlaşan İngiliz burjuvazisinin

[2] George Novack, Empiricism and Its Evolution – A Marxist View, Pathfinder, New York 1971, s. 15; Şefik Taylan Akman, "Ampirizm: İngiliz Ekonomi Politik ve Hukuki Düzeninin Kurucu Epistemolojisinin Felsefi Kökenleri ve Gelişimi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2021, s. 869.

düşünce dünyasına uygun bir içeriğe sahip olmuştur.[3] Kuşkucu bir ampirizmden hareketle bilgi ile fayda arasında bağlantı kurup kesin ve bilinebilir bir bilgiye ulaşılıp ulaşılamayacağını sorgulayan Hume, bilginin doğruluğunu göreceli ve öznel bir kavram olan faydayla açıklayarak tam da yaşadığı dönem kapitalizminin ihtiyaç duyduğu, kâr ve çıkarınençoklanabilmesi hedefiyle uyumlu -ekonomi politik alandan hukuki ve ahlaki alana kadar, duruma göre her şeyin hem doğru hem yanlış olabileceği bir ölçüt bulma arayışı içinde-, temeli fayda ilkesine dayanan pratik ve değişken bir liberal paradigmanın sistematik felsefesini inşa etmiştir.[4] Dış dünyaya ilişkin nedenselliklerin araştırılması yerine, yüzeysel ve dolaysız olana güvenmeye eğilimli bir düşünce anlayışıyla, gerçeğin sadece pratik amaçlarla bağdaşmasını yeterli kabul eden oportünist bir epistemolojiyi savunan Hume, etik yaklaşımı kadar ahlaki erdem anlayışının da temelinde bulunan fayda fikrini, soyut ve yapay bir adalet kavramıyla özdeşleştirerek onu özel mülkiyet ile hakların korunabilmesinde kullanılan bir araca indirgemiştir.[5] İnsanların büyük oranda çıkarları tarafından yönetildiklerini ifade eden Hume açısından,[6] ahlaki erdem anlayışını belirleyen en temel olgular da haz ve acı duyguları bağlamında ortaya çıkan fayda düşüncesiyle ilişkilidir. Ona göre, insan zihninin başlıca kaynağı ve harekete geçirici

---

3 Akman, Ampirizm, s. 924.

4 Ibid.. Hume'un sistematik felsefesi; dönemin toplumsal, ekonomi politik ve hukuki gerçekliğiyle bağlantılı etik, politik ve epistemolojik yaklaşımların bir sentezidir. İleride daha ayrıntılı ele alınacağı üzere, temeli fayda ilkesine dayanan bir sistem kurmaya yönelen bu felsefi çaba, özellikle doğal hukuk ve haklara ilişkin geleneksel liberal savları sorgulanır hale getirmesi itibarıyla da toplumsal teorinin tüm alanları üzerinde dönüştürücü bir etki göstermiştir. Hume'un felsefi anlayışında, sadece hâlihazırdaki toplumsal ilişkileri ve yapıları çözümleyip yeniden düzenleyen bir ölçüt olarak ele alınamayacak olan fayda ilkesi, düzenin meşruiyeti ile sürekliliğini de güvence altına almaktadır. Melih Yürüşen, İnsan Doğası, Sosyal Düzen ve Değişim: David Hume'un Sosyal ve Siyasal Felsefesi, Liberte Yayınları, Ankara 2013, s. 37-38; George Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II- Yeni Çağ, (Çev. Alp Öktem), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara 1969, s. 290; İlkay Sunar, Düşün ve Toplum, Doruk Yayınları, Ankara 1999, s. 86-87.

5 Novack, s. 80; Ahmet Cevizci, Felsefe Tarihi- Cilt 4- Aydınlanma Felsefesi Tarihi, Ezgi Kitabevi, Bursa 2002, s. 82; Frederick Copleston, Felsefe Tarihi- C. 5- Çağdaş Felsefe- Bölüm b- Berkeley- Hume, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul 1998, s. 140.

6 David Hume, A Treatise of Human Nature, (Der. L. A. Selby-Bigge), Oxford University Press, Oxford 1960, s. 534.

ilkesi haz ve acı olup ahlaki ayrımlar tamamen bu iki özel duyguya dayanır, insanlara tatmin hissi yaşatanlar erdemliyken huzursuzluk verenlerse kötüdür.[7] Başka bir deyişle, ahlaki -veya erdemli- olanı belirleyen ya da iyi ile kötü arasındaki ayrıma ilişkin temel ölçüt haz ve acı duygularının niceliksel ağırlıklarıdır. İnsanların davranışlarını yönlendiren güdüler de hazzı yakalamak veya acıdan kaçınmak olarak beliren hareket tarzlarında somutlaşmaktadır. Bu bağlamda Hume'un gerek kişisel gerekse toplumsal düzeyde olsun, haz ile acı arasındaki dengenin hazzın lehine artmasına müteakip bireysel ve ortak faydanın daençoklanabileceği düşüncesini benimsediği söylenebilir.

Hume'un felsefesinin temelinde yer alan faydacı kabuller ve ortaya koyduğu bütüncül ampirizm anlayışı Auguste Comte, Ernst Mach, John Stuart Mill, Herbert Spencer ve Bentham gibi düşünürleri keza 19. ve 20. yüzyıldaki –başta Fransa'da 1848 Devrimi öncesinde ortaya çıkan pozitivist felsefe olmak üzere- pozitivizmleri, faydacı görüşleri ve pragmatizmleri etkilemiş; bir yüzyıl öncesinde İngiltere'de olduğu gibi Fransa'da da siyasal alanda giderek muhafazakârlaşan Fransız burjuvazisinin, Aydınlanmanın devrimci düşüncelerinden sakınmak ve rejimi proletaryanın tehditleri karşısında ayakta tutmak için sığınabileceği bir liman görevi görmüştür.[8] Hume'un geliştirdiği felsefi ve metodolojik yaklaşımın asıl başarısı ve özgünlüğü, sadece 18. yüzyıl kapitalizminin ekonomi politiğinin ve onun hukuk düzeni ile düşüncesinin gereklilikleri doğrultusunda bir paradigmayı biçimlendirmesinden ve böylece dönemin hâkim sınıfı olan İngiliz burjuvazisinin ve kapitalistleşmiş aristokrasisinin çıkarlarını korumasından değil; esasen yaşadığı dönemden günümüze uzanan süreçte farklı liberal, liberteryen ve muhafazakâr düşünce gelenekleri ve onların siyaset ile hukuka ilişkin bakış açıları üzerinde hala etkili olabilmesi gibi nedenlerden kaynaklanmaktadır.

---

7 Ibid. s. 574-575.

8 Ömer Naci Soykan, Bilgi ve Betimleme- Pozitivizm ve Ernst Mach Üstüne, Bilge Kültür Sanat, İstanbul 2017, s. 13-15; I. S. Narski, "Pozitivizmin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi", Bilim ve Düşünce Kitap Serisi- Pozitivizm, (Çev. Olcay Geridönmez), 2. Baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul 2013, s. 58-60; Maurice Cornforth, Pozitivizme ve Pragmatizme Karşı Felsefeyi Savunmak, (Çev. Tonguç Ok), Evrensel Basın Yayın, İstanbul 2006, s. 202.

I. 18. YÜZYILDA İNGİLTERE'NİN EKONOMİ POLİTİK VE HUKUKİ DÜZENİ

18. yüzyılda İngiltere'nin devlet yapılanması, hukuk düzeni ve ekonomi politik gerçekliği incelenmek istendiğinde, öncelikle 1688 Devrimi'nin uzun erimli sonuçlarının belirleyici etkisinden bahsetmek gerekir. Devrim sonrasında mutlakiyetçi yönetim riskini ortadan kaldırmak için, monarkın yetkileri büyük oranda sembolik hale getirilirken parlamentonun güçlendirilmesi suretiyle egemenliğin ve zenginliğin tek elde temerküzü önlenerek anayasal bir monarşinin temelleri atılmış; iktidar aygıtı da büyük burjuvazi, aristokrasi ve kral arasında belirli bir dengeye göre uzlaşılarak paylaşılmıştır.[9] Bu uzlaşı ve paylaşımın bir sonucu olarak devlet aygıtı; 18. yüzyıl İngiltere'sinin toplumsal yapısı ile düzenini biçimlendirip üretim tarzı ve ilişkileri üzerinde etkili olmaya başlayarak ticari emperyalizmin güçlendirilmesinde, kırsal bölgelerdeki çitleme uygulamalarının yaygınlaştırılmasında,[10] vergileme, finans ve bankacılık gibi alanlarda hâkim sınıfların çıkarlarının korunup geliştirilmesinde önemli bir aktör haline gelmiştir.[11]

---

9 Şefik Taylan Akman, "Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiltere'de Hukuki Düzenin Kuruluşu ve İktidarın Paylaşımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2021, s. 228-229; Friedrich Engels, "The Condition of England II- The English Constitution", (Çev. Christopher Upward), Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx, March 1843 - August 1844, Lawrence & Wishart, London 2010, s. 489.

10 Çitleme uygulamaları, öncesinde ortak mülkiyette olan fakat ekilip biçilmeyen koruluk, otlak veya çorak toprakların ya da boş tarla statüsünde olup ortaklaşa kullanılan ve belirli bir mülkiyet sahibinin olmadığı arazilerin özel mülkiyetin konusu haline getirilmesinde uygulanan yöntemleri ifade etmektedir. Çitlemeler, özel mülkiyetteki toprakların satın alma, kiralama, değiş tokuş gibi yollarla daha büyük hale getirilerek ıslah yoluyla tarımsal verimliliğin artırılması gibi amaçlarla genişletilmesini içeren uygulamaları da içeriyordu. Çitlemeyi savunan görüşler, bu uygulamalar aracılığıyla âtıl durumda bulunan ya da yeteri kadar verim alınamayan, ilkel tarımsal faaliyetlerin yürütüldüğü arazilerin kullanılır duruma getirilmesi sayesinde, tarımsal üretim ve ekonomide önemli ilerleme sağlandığını savunuyordu. E. J. Hobsbawm, Sanayi ve İmparatorluk, (Çev. Abdullah Ersoy), 6. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2018, s. 92-93.

11 E. P. Thompson, Avam ve Görenek- İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), 2. Baskı, Birikim Kitapları, İstanbul 2016, s. 107-108. Bu dönemde İngiltere'de yaşanan iktisadi ve siyasal yapıdaki dönüşümlerin sonucu olarak kentlerin büyümesi, çitleme faaliyetlerinin yoğunlaşması, ticari devrimin yaygınlaşması, feodal ilişkilerin çözülmesi, piyasa ekonomisinin güçlenmesi, iktidar ve yönetimin merkezileşmesi gibi pek çok farklı olgu

Bu dönemde İngiltere'de, hâkim sınıfların çıkarları gerektirdiğinde, zaman zaman müdahaleci bir ekonomi politikası izlenmesine karşın, yasal düzenlemeler yoluyla hukukun üstünlüğü ilkesinin pekiştirilmesi ve yargısal süreçlerin öngörülebilirliğinin sağlanabilmesi için de çalışılmış; mülkiyet hakkı ve sözleşme özgürlüğü güvenceye alınarak serbest piyasanın devlet müdahalelerinden ari biçimde işlemesi için gereken hukuki belirlilik ortamının oluşturulması amaçlanmıştır.[12]

Devrim öncesinde başlayan ve toprakların az sayıda kişinin elinde toplanmasına dayanan tarımda kapitalistleşme süreci, devlet arazilerinin düşük fiyatlarla satılmasıyla ve buralarda büyük çiftlikler kurulması gibi yöntemlerle artarak devam etmiş; yeni bir toprak oligarşisinin ortaya çıkmasını ve daha küçük ölçekteki çiftçilik ve hayvancılık faaliyetleri yerine -verimi artırmaya yönelik ıslahın zorunluluğuna vurgu yapan- endüstriyel üretimin yaygınlaşmasını sağlamış;[13] çitleme uygulamaları yoksul kiracı çiftçilerin proleterleşmesiyle, kırsalda işsiz sayısının çoğalarak pek çok köylünün kente göç etmesiyle ve fabrikalarda ucuz işgücünün bir parçası haline gelmesiyle sonuçlanmıştır.[14] Çitlemeler sonucunda, İngiliz toprak mülkiyeti düzeni değiş-

---

bir arada ortaya çıkmıştır. Bunların etkisiyle, statüye değil sözleşmeye dayalı bir toplum anlayışı ve onun bireyciliği daha fazla ön plana çıkartan dünya görüşü biçimlenmeye başlamıştır. Alfons Beitzinger, "The Place of Hume in the History of Jurisprudence", *American Journal of Jurisprudence*, C. 20, 1975, s. 21.

12 Akman, Feodalizmden, s. 229.

13 Thompson'a göre, 18. yüzyılda yoğunlaşan tarımsal gelişmenin ruhunu, sadece artan nüfusun beslenebilmesi için daha verimli yöntemlerin kullanılması ve çitlemeler yoluyla arazilerin ıslahı bağlamında özgeci bir istekle açıklamak yetersizdir; bu ruhu ortaya çıkaran asıl güdü, daha fazla rant ve kâr elde edebilme arzusudur. E. P. Thompson, İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, Birikim Kitapları, İstanbul 2015, s. 274.

14 Ellen Meiksins Wood/Neal Wood, İsyan Borusu - Kapitalizmin Yükselişi ve Siyasal Teori 1509-1688, (Çev. Fahri Bakırcı), Epos Yayınları, Ankara 2008, s. 19-20; Karl Marx, Kapital - Ekonomi Politiğin Eleştirisi - I. Cilt - Sermayenin Üretim Süreci, (Çev. Mehmet Selik/Nail Satlıgan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2011, s. 695-704; Hobsbawm, s. 27-28; Christopher Hill, İngiltere'de Devrim Çağı 1603 - 1714, (Çev. Uygur Kocabaş), İletişim Yayınları, İstanbul 2016, s. 330; Werner Biermann/Arno Klönne, Kapitalizmin Suç Tarihi, (Çev. Bülent Özçelik), Phoenix Yayınevi, Ankara 2007, s. 71; Friedrich Engels, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, (Çev. Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara 1997, s. 340-342; Çağatay Şahin, Tarımsal Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiliz Çitleme Hareketi ve Toprak Mülkiyetinin Hukuki Dönüşümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 248-249; Maurice Dobb, "Bir Cevap", Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci, (Çev. Çetin Yetkin), 2. Baskı, May

miş ve arazi sahiplerinin özel mülkiyetleri üzerindeki kontrollerini sürekli artıran bir doğrultuda gelişme göstermiş; mülksüzler kitlesi genişlerken arazilerin çok sayıda küçük çiftçiye kiralanması yerine az sayıda büyük toprak kiracısı aracılığıyla işletilmesi tercih edilmeye başlanmış; mülkiyet sahipleri arasında özel mülkiyete ilişkin daha sağlam bir uzlaşı düzeni oluşmuş ve bu yeni düzen hem parlamento hem de mahkemeler tarafından korunmuştur.[15] 16. ve 17. yüzyıllardaki çitleme uygulamaları şiddetli toplumsal çatışmalara yol açmışsa da, bu çatışmalar, kapitalist özel mülkiyete geçişi ve ortak kullanıma dayalı arazilerden herkesin yararlanabilme hakkını koruyan -hayvan otlatma, odunları ve ekin artıklarını toplama gibi- örfi hukukun geçerliliğini yitirmesini engelleyememiş; keza 18. yüzyılda yürürlüğe giren hukuki düzenlemeler, toprak sahiplerinin sermaye sahibi kapitalistler haline gelmelerinin önündeki bütün geleneksel kısıtlamaları da süreç içinde tasfiye etmiştir.[16] Çitleme faaliyetlerinin hem yasama

---

Yayınları, İstanbul 1974, s. 63-64; Maurice Dobb, Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler, (Çev. F. Akar), Belge Yayınları, İstanbul 1992, s. 217.

15 Jeremy Black, İngiltere Tarihi, (Çev. Aytaç Yıldız), Doğu Batı Yayınları, Ankara 2017, s. 325; Ellen Meiksins Wood, Özgürlük ve Mülkiyet - Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, (Çev. Oya Köymen), Yordam Kitap, İstanbul 2012, s. 314-315; Thompson, Avam, s. 167; Dobb, Kapitalizmin, s. 205-206. 16.yüzyılda başlayan ve 18. yüzyılda daha fazla yerleşik hale gelen tarımsal araziler üzerindeki özel mülkiyet olgusu ve arazinin üzerinde mülk sahibine tanınan geniş yetkiler, küçük veya topraksız köylülüğün ilgili arazileri ortaklaşa kullanımlarına ilişkin geleneğe ve örfe dayalı haklarını hızla yok etmiştir. Keza giderek zenginleşen büyük kiracı çiftçiler, küçük toprak sahipleri ile kiracıları pazarın dışına çıkarıp onları yoksullaştırarak ücrete bağımlı tarım işçileri haline getirmiş veya başka alanlarda çalışmak zorunda bırakmıştır. Kapitalist mülkiyet biçimlerinin, geleneksel mülkiyet anlayışının yerini aldığı bu dönemde, mülkiyet kavramı üzerindeki "özel" sıfatına olan vurgu artmış; bir hak olarak mülkiyet, "başkalarına hak tanımayan" dışlayıcı bir niteliği haiz hale gelmiştir. Ancak bu süreçte, özellikle büyük toprak sahibi kapitalistler, özel mülkiyetleri altındaki arazilerinin genişletebilmesi, geleneksel kullanım haklarına ilişkin kurallar barındıran örfi hukuku ortadan kaldırabilmesi ve özel mülkiye ilişkin hak ve kuralların yeniden tanımlanabilmesi için devletin gücüne fazlasıyla ihtiyaç duymuşlardır. Ellen Meiksins Wood, Kapitalizmin Kökeni- Geniş Bir Bakış, (Çev. A. Cevdet Aşkın), Yordam Kitap, İstanbul 2021, s. 125-126; Wood/Wood, s. 210; Friedrich Engels, "The Condition of England I The Eighteenth Century", (Çev. C. Upward), Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844, Lawrence & Wishart, London 2010, s. 477.

16 Wood, Kapitalizmin Kökeni, s. 126-127; 146; Wood/Wood, s. 34. Thompson'a göre, 18. yüzyıl İngiliz toplumsal tarihinde, piyasa ekonomisiyle sıradan küçük

hem de yargısal yolların kullanılması suretiyle güvence altına alınmasıyla, sadece kapitalist özel mülkiyet hakkının ve düşüncesinin egemen kılınması amaçlanmamış; aynı zamanda toprakların kullanımına ilişkin geleneksel düzenlemeler ve tahditler yok edilerek örfe dayalı kullanım haklarının sönümlenmesini içeren ve en nihayetinde yoksul köylünün "kendi isteğiyle" topraktan sürülmesi sonucunu doğuran dışlayıcı mülkiyet ilkesi de yasal bir çerçeveye oturtulmuştur.[17] Parlamento ve mahkemelerin eş güdümlü biçimde hareket edip kapitalizmin gelişimiyle uyumlu politikalar izleyerek özel mülkiyet düzenini sağlamlaştıran kararlar almasıyla şehir tüzel kişiliklerinin sahip oldukları ayrıcalıklara müdahalelerde bulunulmuş, böylece sanayi alanında ilerlemenin ve ticaretin önü açılarak serbest piyasanın büyümesini engelleyen kısıtlamalar kaldırılabilmiştir.[18] Yaşanan tüm bu süreçler, tarımsal üretimin yanı sıra sanayi ve ticari faaliyetleri de kapsayacak biçimde iktisadi alt yapının bir bütün olarak kapitalistleşmesi sonucunu doğurmuştur. Söz konusu kapitalistleşme, İngiliz ekonomi politik düzeninin tüm denklemlerini etkilediği gibi hem düşünsel hem de hukuki alanda yeni bir paradigmanın oluşturulması gerekliliğini beraberinde getirmiştir.

---

toprak sahibi halkın geleneklere dayalı ahlaki ekonomisi arasında birbirini izleyen mülkiyet eksenli karşılaşmalar ve çıkar çatışmaları eksik olmamıştır. Thompson, Avam, s. 25. Çitleme faaliyetleri ve tarımsal araziler üzerinde özel mülkiyetin yasama ve yargı aracılığıyla güvence altına alınmaya çalışılması, bu çatışmaların en önemli sebepleriydi.

17 Ellen Meiksins Wood, Marx'a Dönüş, (Çev. Elif Dinçer), Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007, s. 195-197; Christopher Hill, İngiliz Devrimler Çağı- Demokratik Devrimden Sanayi Devrimi'ne 1530-1780, (Çev. Lale Akalın), Kaynak Yayınları, İstanbul 2015, s. 318; Thompson, Avam, s. 200-201.

18 Hill, İngiltere'de Devrim, s. 326-327. Bu kapitalistleşme sürecinin bir diğer sonucu da İngiltere'de finans sermayesinin yükselişi olmuştur. Gürkan'a göre "Mali Devrim" dönemi olarak da adlandırılabilecek 1688- 1756 arası yıllarda, parlamentonun mali sistem üzerindeki kontrolü artarken bir taraftan toprak ve tarımsal üretimde kapitalistleşme süreci hız kazanıp feodal yapılar çözülmekte diğer taraftan Bank of England'ın kuruluşu, tedavüldeki kâğıt para miktarının artması ve sermaye piyasalarında anonim şirketlerin sayısının giderek çoğalması gibi etmenlerle finans kapital güçlenmektedir. Söz konusu iktisadi değişim, toplumsal ve siyasal alanda da önemli dönüşümlere yol açmaktadır. Çitleme faaliyetlerinin olağan bir sonucu olarak köylü kitleleri kentsel alanlara göç edip işçi sınıfının bir parçası haline gelmekte keza burjuvazi de kraliyet üzerinde sınıfsal egemenliğini ilan etmektedir. Ceyhun Gürkan, "David Hume'un İktisadi, Siyasal ve Felsefi Düşüncesinde Vergiler ve Devlet Borcu", *Felsefi Düşün*, S. 2, 2014, s. 74-75.

Yeni bir paradigmaya ihtiyaç duyulması sonucunda, hukuk düzeni ve yönetsel mekanizmalar üzerindeki geleneksel yapı ve hâkimiyet ilişkileri, büyük mülk sahibi aristokratlarla esasen burjuvazinin çıkarları doğrultusunda şekillendirilmek istenmiştir. Bu süreçte, alt ve orta sınıfları da kapsayacak biçimde, halk egemenliğini amaçlayan demokratik bir temsil sisteminden ziyade, siyasal alana ancak sınırlı katılıma izin veren bir yapı oluşturulurken normatif düzenlemeler aracılığıyla emekçi kitlelerin iktisadi sömürüsüne meşru bir görünüm kazandırılmış; ideolojik bir aygıt olarak hukukun sağladığı imkânlardan sonuna kadar yararlanılarak mevcut ekonomi politik düzenin bekası güvence altına alınmaya çalışılmıştır.[19] Burjuvalar ve aristokratlar, aralarında yaptıkları işbirliği ve uzlaşıyla meclislerin kontrolünü kendi uhdelerinde tutmuş; gerçek bir yurttaş demokrasisinin kurulmasını, temsilcilerin seçilmesinde eski gelenekleri esas alıp özel kurallar koymak suretiyle ve sayıları elli bin civarındaki büyük mülk sahibinin kararına bırakarak imkânsız hale getirmişlerdir.[20] Dolayısıyla 1688 ve sonrasında yaşanan süreçler, mutlakiyetçi devlet olasılığını tamamen ortadan kaldırdığı gibi halkçı radikallerin demokratik yönetim taleplerinin yarattığı tehdidi de zamanla kontrol altına almış ve büyük kapitalist sermayedarları hâkim güç pozisyonuna taşımıştır.[21] Hume'un hukuk ve siyaset felsefesi bağlamındaki görüşleri de, devrimin ardından ortaya çıkan ve iktisadi alt yapının zorunluluklarıyla biçimlenen yeni iktidar ve tahakküm ilişkilerinin toplumsal alanda yarattığı muhtelif sorunları çözebilmek için adalet kavramını, özel mülkiyet olgusu ekseninde değerlendiren bir paradigmayla yeniden anlamlandırmaya ve tanımlamaya yönelmiştir.

Devrim sürecinde olduğu kadar 18. yüzyılın başında da etkisi devam eden ve 1760'lara kadar siyasal alanda rol oynayan *Whig* ve *Tory* şeklindeki iki partili düzenin içinde görüşlerini biçimlendiren Hume,

---

19 Akman, Feodalizmden, s. 234-236.

20 Michel Beaud, Kapitalizmin Tarihi 1500- 2010, (Çev. Fikret Başkaya), Yordam Kitap, İstanbul 2015, s. 47; Leslie Lipson, Politika Biliminin Temel Sorunları, (Çev. Tuncer Karamustafaoğulları), 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978, s. 292; Murat Sarıca, Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969, s. 64.

21 Wood/Wood, s. 48-49.

yazmış olduğu İngiliz tarihini ele alan kitabının da etkisiyle, yaşadığı dönemde her ne kadar *Tory* yanlısı muhafazakâr ve statükocu bir düşünür kabul edildiyse de, bu kabulün, Hume'un ortaya attığı görüşler göz önüne alındığında indirgemeci bir yoruma dayandığı söylenebilir.[22] 1688 sonrasında, devrime kadar benimsedikleri radikal görüşleri yavaş yavaş terk edip siyasal ve ekonomik istikrar arayışı içine giren, çoğu büyük arazi sahibi haline gelen ve Avam Kamarası'nı oluşturan zengin *Whig* burjuvazisi ile tarım, ticaret ve sanayi gibi alanlarda faaliyet gösteren kapitalistleşmiş muhafazakâr *Tory* aristokrasisi arasındaki ayrışma, her iki grubun çıkarlarının kapitalist mülkiyet rejiminde kesişmesiyle ve mülk sahibi sınıflar olarak uzlaşmaya daha fazla ihtiyaç duymalarıyla birlikte giderek önemini kaybetmiştir.[23] *Whig* ve *Tory*-ler arasındaki parti hizipçiliğinin aşılması -sona erdirilmesi- gerektiği düşüncesinden hareket eden Hume, özel mülkiyetin ve toplumsal istikrarın muhafazasını önceleyen bir anayasal düzenin geliştirilmesini kendi ekonomi politik anlayışının merkezine yerleştirerek döneminin iktisadi gerçekliğiyle uyumlu, sosyolojik temellere de dayanan bir siyaset ve hukuk felsefesinin ana hatlarını ortaya koymuştur.[24] Hume'un yaşadığı çağın sonunda, insanlığın gelişiminin doruk noktasını temsil ettiği düşünülen ticari toplum olgusu; bir yandan kırdaki tarımsal üretimin aktörleri olan büyük toprak sahibi burjuvazinin, kapitalistleşmiş aristokrasinin ve topraklarından en fazla kârı elde etmeye çalışarak zenginleşmeye başlayan köylü orta sınıfın kentlerdeki imalat sanayiyle kurdukları işbölümünün etkisiyle diğer yandan serbest piyasanın

---

22 Black, s. 329; Yürüşen, s. 34-35; Anthony Kenny, Batı Felsefesinin Yeni Tarihi- III. Cilt- Modern Felsefe'nin Yükselişi, (Çev. Volkan Uzundağ), Küre Yayınları, İstanbul 2017, s. 97-98; Akman, Ampirizm, s. 920.

23 David Hume, Siyasi Denemeler, (Edi. Knud Haakonssen), (Çev. İsmail Hakkı Yılmaz), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 143; Black, s. 301-303; Narski, s. 39; Wood, Özgürlük, s. 310; Hill, İngiliz Devrimler, s. 256.

24 Paola Zanardi, "David Hume", Felsefe Tarihi 5: Aydınlanmadan Kant ve Hegel'e, (Edi. Umberto Eco/Riccardo Fedriga), (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Alfa Basım Yayım, İstanbul 2022, s. 36-37; Jeremy Bentham, Yasamanın İlkeleri, (Çev. Barkın Asal), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 16. Hume'a göre, toplumsal refahın yükselmesiyle beraber, anayasal bir yönetime dayalı hukuk düzenine yönelik toplumsal talep de artacaktır. Politik sistemin ilerlemesi, ekonomik düzenin gelişimiyle paralel olup bireylerin siyasal alanın aktörleri haline gelebilmeleri, onların ekonomik koşullarıyla doğrudan bağlantılıdır. Ata Devrim, "İskoç Aydınlanması'nda 'Aktör' Tasarımı", *Felsefi Düşün*, S. 16, 2021, s. 26.

gelişmesine dayalı ilişkilerin meydana getirdiği müşterek iktisadi çıkarların varlığıyla vücut bulmuştur.[25] Gerçekten aristokrasi kadar büyük burjuvazi ve orta sınıflar da, -az veya çok- sermaye sahibi olmaları itibarıyla özel mülkiyet hakkının kutsal ve dokunulmaz kabul edilip hukuki araçlarla güvence altına alınması şeklinde özetlenebilecek müşterek çıkarları sonuna kadar paylaşmışlardır.

Sahip olduğu içerik itibarıyla Hume'un hukuk ve siyaset felsefesi, tüm bu müşterek çıkarların meşruiyetini, korunmasını ve geliştirilmesini sağlayarak ekonomi politik düzenin istikrarına katkı sunmayı amaçladığı gibi, geçmişten gelen fakat artık geride bırakılması gereken, *Whig* ve *Tory*ler arasındaki farklılık ve çatışmaların anlamsızlığını da görünür kılmaya yönelmiştir. Wood'un belirttiği üzere, mutlakiyetçi devlet riskinin 18. yüzyılda ortadan kalkması fakat tabanda beliren devrim tehlikesinin olası bir tehdit haline gelmesi, egemen sınıflar açısından Locke'un -en başta da direnme hakkını içeren- doğal hukuk kuramını bir endişe kaynağı haline getirerek onun evcilleştirilmesi gerektiği düşüncesini doğurmuş; bu durum da Locke'un siyasal teorisinin devrimci yönünün eski çekiciliğinin giderek azalmasıyla sonuçlanmıştır.[26] 1688 Devrimi'nin meşruiyet gerekçeleri her ne kadar Locke tarafından hazırlanmışsa da devrim sonrası oluşan yeni düzenin en bütünlüklü ifadesi -başka bir deyişle 1688 Devrimi'nin gerçek öğretisi- Hume'un siyaset ve hukuk felsefesi içinde biçimlemiş; keza bu felsefi anlayış, 18. yüzyıl liberalizmini kapsamlı şekilde açıklayabilecek

---

25 Ellen Meiksins Wood, Kapitalizmin Arkaik Kültürü- Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Tarihsel Bir Deneme, (Çev. Oya Köymen), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2012, s. 21-22.

26 Ibid., s. 98-99; 184-185. Sabine'e göre de İngiltere ekseninde düşünüldüğünde, devrimci bir çağ olarak 17. yüzyılın doğal hukuk felsefesiyle 18. ve 19. yüzyıllarda giderek yerleşik hale gelen liberalizm arasında büyük mizaç ve ruh farklılıkları vardı. 1789 sonrasında, Fransız Devrimi'ne yönelik muhafazakâr tepkiler de bu farklılıkların ortaya çıkışında etkiliydi. Direnme hakkına yönelik muhafazakâr şüpheciliğin bir boyutu da bu bağlamda düşünülmelidir. Bununla birlikte Locke'un özel mülkiyete ilişkin iktisadi yaklaşımının, toprağın ıslahı, üretkenliği ve ekonomik değerinin önceliği gibi kapitalist mülkiyet anlayışını temellendiren fikirlerinin, egemen sınıfların çıkarlarına bütünüyle uygun düştüğü göz ardı edilmemelidir. George Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi III- Yakın Çağ, (Çev. Özer Ozankaya), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara 1969, s. 50; Wood, Kapitalizmin Arkaik, s. 182-183.

bir taslak sunmuştur.[27] Böylece Hume kapitalizmin ilerleme çizgisiyle uyumlu bir iktisadi, siyasi, hukuki ve ahlaki dünya görüşünün genel çerçevesini, İngiliz ekonomi politik düzeninin muhafazası ve geliştirilmesi ekseninde, siyaset ve hukuk felsefesinde hâkim olan bir yüzyıl öncesinin Lockeçu paradigmasını yeniden yorumlayıp dönüştürerek ve onu çağın ihtiyaçlarına uygun hale getirmek suretiyle oluşturmuştur.

II. DAVID HUME'UN HUKUK VE ADALET ANLAYIŞI

1844 yılında Engels, "İngiltere'yi *gerçekte kim yönetiyor?"* sorusunu cevaplandırırken gerçek yöneticinin Kral, Lordlar Kamarası veya Avam Kamarası değil, fakat mülkiyet olduğunu söylemektedir.[28] 19. yüzyılın ortalarına doğru dile getirilen bu görüşü yaratan koşulların kökeni, hiç kuşkusuz 1688 Devrimi'ne giden süreçte ve ardından oluşturulan hukuki ve siyasi düzenin dayandığı tarımsal kapitalizmin İngiltere'ye özgü gelişiminde yatmaktadır. 18. yüzyılda Hume'un hukuk ve siyasete ilişkin görüşlerinin merkezini teşkil eden mülkiyet düşüncesi tam da İngiltere'nin bu özgün birikiminin bir yansımasıdır. Hume'un, hukukun ve devletin başlıca görevi olarak nitelendirdiği özel mülkiyet düzeninin korunmasını esas alan yaklaşımının, dönemin ekonomi politik gerçekliğiyle uyuştuğunu gösteren bir diğer kanıt, Adam Smith'in 1776'da *"Milletlerin Zenginliği"* adlı başyapıtında, devletin -mülki yönetimin- en önemli kuruluş nedenlerinden birini, zenginlerin yoksullara ve biraz mülkü olanların hiç olmayanlara karşı mülkiyetlerinin güvenliğinin sağlanması olduğunu vurgulamasıyla[29] da ortaya çıkmaktadır. Gerçekten Smith; politikayı, partileri, dini, hatta her şeyi ekonomik kategorilere indirirken mülkiyeti de devletin özü ve zenginleşmeyi de amacı olarak nitelendirerek[30] Hume'un açtığı özel mülkiyete dayalı hukuki ve siyasi paradigmayı ekonomi politiğin de esas konusu haline getirmektedir. Bu yönden değerlendirildiğinde 18.

---

27 F. A. Hayek, "The Legal and Political Philosophy of David Hume/La Filosofia Del Diritto E Della Politica Di David Hume", (Çev. Rachale Corsico), Il Politico, C. 28, S. 4, 1963, s. 693-694.

28 Engels, The Condition of England II, s. 497.

29 Adam Smith, Milletlerin Zenginliği, (Çev. Haldun Derin), 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2016, s. 795.

30 Engels, The Condition of England I, s. 486.

yüzyılın hukuku, insanlar arasındaki ilişkileri düzenlemekten ziyade mülkiyet merkezli ilişkileri ve mülkiyetle bağlantılı talepleri konu edinen "Eşya Hakları"yla ilgilidir.[31] İktisadi düzenin öncel olduğunu varsayan Hume açısından da hukukun ve politikanın temel görevi, insanları şekillendirmekten ziyade yoksulluktan refaha doğru ilerlemeyi mümkün kılacak olanakları yaratarak piyasa ilişkileri üzerine kurulu toplumsal yaşamın işleyişini kolaylaştırmak, meta mübadelesinin gerçekleştirilebilmesi için ihtiyaç duyulan kurumsallaşmış ve uygulanabilir genel rekabet kurallarının hayata geçirilebilmesini sağlamak olmalıdır.[32] Böylece hukuk ve siyaset teorisini ekonomi teorisiyle ilişkilendiren Hume, bir taraftan insanların uyması gereken kurallarla bunların sonucunda oluşan düzen arasındaki bağlantıyı açıklayarak diğer taraftan hukukun temel kurumlarının evrimini belirleyen koşulları analiz edip karmaşık uygarlıkların neden sadece belirli hukuki kurumların geliştiği yerlerde ortaya çıktığını göstererek hukuk bilimine önemli katkılar sunmayı başarmıştır.[33]

Hume, tarımsal kapitalizmin mülkiyet rejimini bir veri olarak kabul ederken ticari kapitalizmin ve onun toplumsal örgütlenme modelinin varlığını doğrudan ilerlemeyle ilişkilendirip refahın ve özgürlüğün artmasına katkısı bağlamında incelemiş; böyle bir düzenin bekasını sağlayabilecek, doğrudan yasalara dayanarak yöneten bir hükümet biçimini destekleyerek devletin rasyonel ilkelere, doğal haklara, toplum sözleşmesine ya da doğal hukuka göre değerlendirilmesinin hiçbir temeli olmadığını belirtmiştir.[34] Hak ve yükümlülüklerin soyut bir doğal hukuk düşüncesinden değil de devlet ve toplumdan geldiğini ve onların bir sonucu olarak varlık bulduklarını düşünen Hume, her ne kadar doğrudan bir hukuki pozitivist olarak tanımlanamazsa da doğal hukuk ve adalet kavramına yönelttiği eleştirilerde kullandığı argümanlarla hukuki pozitivizme giden sürecin hazırlayıcısı olmuştur.[35] Politik alanın bütünüyle yeni egemen sınıfın çıkarlarına hizmet

---

31 Thompson, Avam, s. 53.

32 Beitzinger, s. 28; 35.

33 Hayek, s. 696.

34 Wood, Özgürlük, s. 316-317; Ateş Uslu, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2- Özgürlük, Güvenlik ve Birey (1300-1789), Yordam Kitap, İstanbul 2021, s. 425.

35 Yürüşen, s. 100; Neil McArthur, "Hume and the Philosophy of Law", The Humean Mind, (Edi. Angela Coventry/Alexander Sager), Routledge, London 2018, s. 354.

ettiği bir ülkede, eski doğal haklar düşüncesini işlevsizleştirip sözleşme ve ona dayanan yükümlülükler anlayışını da tamamen bir kenara bırakarak fayda ilkesine dayanan karşılıklı bir uzlaşımlar (*convention*)[36] kümesi doğrultusunda toplumu, toplumsal ilişkileri, politik ve hukuki düzenlemeleri yeniden biçimlendirip anlamlandırmayı arzulamıştır.[37] Toplumsal koşullar ile ortak yarardan bağımsız, evrensel ve sonsuz bir doğal hukuk ile adalet düşüncesinin olamayacağını belirten Hume, hukuku, insanın icadı olan bir aygıt olarak nitelendirip tüm sözleşme kuramlarının dışına çıkarak değerlendirdiği gibi aslında hukukun tüm

---

[36] Hume'un uzlaşım kavramı, günlük dilde yaygın biçimde kullanılan anlamından farklı olarak kendine özgü bir içeriğe sahiptir ve iki temel özellik gösterir. Öncelikle uzlaşım, bir kural içermelidir. Ancak bu kurala, diğer insanlar da bize aynı şekilde davrandığı sürece, başkalarına ellerinde olanı bırakmak koşuluyla, şartlı biçimde, yani karşılıklılık düşüncesinden hareketle uyulmaktadır. İkinci olarak, toplumun tüm üyelerinin ortak faydanın varlığı konusunda farkındalığa sahip olmaları ve herkesin kişisel davranışlarını bu farkındalık eksenindeki kurala göre düzenlemesi gerekmektedir. Belirli bir konuda uzlaşımdan bahsedebilmek için ortak faydanın varlığı konusunda toplumsal bir kabul olmalı, uzlaşıma ilişkin kuralın bilgisine herkes ulaşabilmeli ve çoğunluk kurala bağlı kalarak ona uygun bir davranış modeline göre hareket etmelidir. Dolayısıyla insanlar arasındaki uzlaşımlar, aynı istikamette hareket etmeye dönük bir zorlama, açık bir anlaşma, vaat, sözleşme ya da birbirlerine yardımda bulunmak için ahlaki bir yükümlülük duygusu olmasa bile, onları karşılıklı faydaya dayanan, koordineli ve kendi kendilerini sınırlayan bir şekilde davranmaya yönelten kuralların birleşimi olarak nitelendirilebilir. Uzlaşım, karşılıklı vaatler içermediği için hukuki anlamda bir sözleşme değildir. Vaatlerin yerine getirilmesine ilişkin yasal yükümlülük, herhangi bir vaat verme zorunluluğu olmaksızın oluşturulan bir uzlaşımdan türemektedir. John Rawls, Ahlak Felsefesi Üzerine Dersler, (Çev. Gökçe Metin), Nora Kitap, İstanbul 2021, s. 105-106; William C. Charron, "Convention, Games of Strategy, and Hume's Philosophy of Law and Government", *American Philosophical Quarterly*, C. 17, S. 4, 1980, s. 328; Luigi Bagolini, "Legal Obligation in Hume", *Rechtstheorie*, C. 11, S. 1, 1980, s. 50-51.

[37] Gilles Deleuze, Ampirizm ve Öznellik- Hume Açısından İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme, (Çev. Ece Nahum), 2. Baskı, Norgunk Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 37; Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II, s. 290; Ferhat Akdemir, "David Hume'da Ahlak-Siyaset İlişkisi: Duygu Temelli Ahlaktan Fayda Temelli Siyasete Geçiş", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 30, 2020, s. 453. Hume'un konuya ilişkin kavrayışını olumlayan Deleuze'a göre temeldeki fikir, toplumun özünün yasa değil kurum olmasıdır. Bu yönüyle Hume, doğal hukuka karşı çıkacak olanlara güçlü bir sözleşme eleştirisi sunar. Deleuze'a göre, toplumsal alandaki girişim ve eylemlerin sınırlandırılması anlamına gelen yasa, toplumun sadece olumsuz yönlerini hesaba katar. Sözleşmeye dayalı teoriler, özü yasa olan, eskiden beri mevcut bulunan doğal hakları güvence altına alma amacı taşıyan, sözleşme dışında bir kökeni olmayan bir toplum modeli sunmaları itibarıyla yanlıştırlar. Deleuze, s. 36.

bunlara ve insanlar arasında verilen sözlere kaynaklık ettiğini savunan bir yaklaşım geliştirmiştir.[38] Hume'un söz konusu yaklaşımı, aşağıda daha ayrıntılı biçimde değinilen "olan" ve "olması gereken" kavramlarının da etkisiyle, daha sonra Bentham ve Austin'in pozitif hukuk ile doğal hukuk arasında -ahlak, değer, adalet gibi kavramları da kapsayacak biçimde- yaptıkları ayrıma dayalı hukuki pozitivist teorilerinin de kökenini oluşturmuştur.

Hume, ahlaka ilişkin felsefi tartışmalarda karşılaşılan "olan" ile "olması gereken" kavramlarına atıfla, "olması gereken"in "olan"dan türetilemeyeceğini savunarak böyle çıkarımların mantıken imkânsız olduğunu dile getirmektedir.[39] Hume'un bu yaklaşımı geliştirmesinin altında yatan neden, doğal hukukçuların, fiziksel yasalara atıfla ahlaki çıkarımlar yaparak ulaştıkları sonuçları eleştirmek istemesinden ziyade doğal dünyanın bilgisinin öğrenilip öğrenilemeyeceğine ilişkin şüpheciliğinin de etkisiyle, etik rasyonalizmi, ahlaki *a priori* doğrulardan türetmeye çalışan anlayışın kabullerini çürütmektir.[40] Ancak zamanla, Hume'un giyotini ilkesi olarak da adlandırılan ilgili yaklaşım, pozitif hukuk ile doğal hukuk arasındaki ayrımın -ayrılık tezinin- bir ölçütü olarak yorumlanmaya başlamıştır. Buna göre, nasıl "olması gereken" "olandan" çıkarılamazsa, olgulardan da değerler -ve bunlarla ilişki normlar veya normatif tutumlar- türetilemez; türetilseler bile, betimleyici önermelerden normatif bir iddia içeren sonuca ulaşıldığı için, ilgili sonucun doğru olma olasılığı yoktur.[41] Dolayısıyla da do-

---

38 Copleston, s. 143.

39 Hume, A Treatise, s. 469-470. Hume, bu ayrım ekseninde düşünüldüğünde ancak "olan"a ilişkin belirlenimlerde bulunulabileceğini, buna karşı "olması gereken"e ilişkin tüm tespitlerin şüpheli olacağını söylemektedir. Uslu, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2, s. 374; Yürüşen, s. 148-149. Hukuki pozitivizm temelinde, "olan" ve "olması gereken" ayrımına ilişkin Bentham'ın görüşleri için ayrıca bkz. Hülya Özkurt, Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 117-119. Buna karşın ilgili paragrafta Hume'un genel bir imkânsızlık iddiasında bulunmadığını, rasyonalist ahlak teorilerinin eksikliklerine saldırmayı amaçladığını söyleyen görüşler de bulunmaktadır. Horacio Spector, "Hume's Theory of Justice", *Rationality, Markets and Morals*, C. 5, S. 84, 2014, s. 50.

40 Philip Milton, "David Hume and the Eighteenth-Century Conception of Natural Law", *Legal Studies*, C. 2, S. 1, 1982, s. 28.

41 Riccardo Guastini, "The Italian Tradition of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge

ğal hukuk veya değerler alanındaki tüm kuralların, aslında Hume'un giyotini ilkesinin bir ihlali ve olgusal alandan açık biçimde ayrılmaları gereken öğeler olduğu söylenebilir. Birinin ne yapması gerektiğine dair bir sonucun, onun ne olduğunu belirten önermelerden üretilemeyeceği kuralına dayanan bu ilke üzerinden düşünüldüğünde, doğal hukuku da kapsayan değerler alanındaki hiçbir norm -olması gereken- pozitif hukuktan -olandan- türetilemeyecek; keza bu normlar, olgusal alandan açık bir biçimde ayrılmaları gereken öğeler oldukları için de, söz konusu değerler alanını hukuk düzeni olgusunun analizinde bir ölçüt olarak kullanmak hem yanlış hem mantıken tutarsız sonuçların doğmasına sebep olacaktır.[42] Bu yaklaşımıyla Hume, pozitif hukuk ile doğal hukuk, hukuk ile ahlak ve olgu ile değer kavramlarını birbirinden kesin biçimde ayırıp "olması gereken"lere ilişkin değerlendirme ölçütünü fayda kavramı ekseninde somutlaştırmaya çalışmaktadır. Sonuç olarak, onun hukuk, siyaset ve toplum konusundaki görüşlerini özgün kılan husus, sadece doğal hukuk bağlamında yasa kavramını reddetmesi değil aynı zamanda "olan" ile "olması gereken" yasa arasında kesin bir ayrım yapıp insanların bir devlet ve hukuk düzeni altında bir araya gelebilmesini sözleşme ve doğal hukuk kuramlarının dışına çıkarak fayda ilkesi ekseninde "olan"a -pozitif hukuka- bakarak açıklayabilmesidir.

Hume, mülkiyetin, bir kişi ile nesne arasında, adalet ve ahlaki eşitlik yasalarını çiğnemeden, sahibine ister o nesne ister ondan elde edilen kazanımlar üzerinde olsun dilediği gibi tasarrufta bulunma özgürlüğü veren,[43] ancak başkalarına tüm bunları yasaklayan bir ilişki

---

University Press, Cambridge 2021, s. 161; Tomasz Gizbert-Studnicki, "Social Facts and Legal Facts: Perils of Hume's Guillotine", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 425.

42 Brian H. Bix, "The Normativity Of Law", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 591; Guastini, s. 170.

43 Hume'un mülkiyet teorisinin temellerinin, en azından mülkiyetin tanımı itibarıyla, Roma hukukuna dayandığı söylenebilir. James Moore, "Hume's Theory of Justice and Property", *Political Studies*, C. 24, S. 2, 1976, s. 113; Frederrick G. Whelan, "Property as Artifice: Hume and Blackstone", *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, C. 22, 1980, s. 111. Gerçekten Roma hukukunda mülkiyet sahibinin eşya üzerindeki *usus* (kullanma), *fructus* (yararlanma) ve *abusus* (tasarruf) şeklindeki yetkilerinin, Hume'un tanımının da özünü oluşturması

olarak tanımlanabileceğini ifade etmektedir.[44] Bu tanımdan hareketle mülkiyeti, insanlar arasında tarihsel bir uzlaşım çerçevesinde ve adalet ile adaletsizlik kavramlarıyla -veya duygularıyla- belirli bir özdeşlik ilişki içinde açıklamaya yönelmektedir. Ona göre mülkiyetin ne olduğunun ya da nasıl ortaya çıktığının açıklanabilmesi için, adalet ve adaletsizlik kavramlarıyla bir arada ele alınıp düşünülmesi ve değerlendirilmesi şarttır. Adalet ve aynı zamanda adaletsizliğe ilişkin görüşlerine bakıldığında, her iki kavramın da Hume, özünde doğadan ya da insan zihninin doğuştan gelen bir ilkesinden kaynaklanmadığı ancak yapay biçimde ve zorunlu olarak toplumsallaşma, düşünme süreçleri, eğitim ile insani uzlaşımlardan zaman içinde gelişerek türediğini savunmaktadır.[45] Adalete ilişkin bu uzlaşım, bir vaatten ziyade toplumun bütün üyelerinin karşılıklı şekilde birbirlerine ifade ettikleri ve davranışlarını belli kurallarla düzenlemeye iten ortak bir fayda duygusu sayesinde, işbirliğine dayalı tarihsel ve pratik süreçler içinde, yavaş, evrimsel ve kademeli biçimde gelişme göstermektedir.[46] Hume'un bu yönüyle adalet kavramını, doğal sayılabilecek insani içgüdülerin veya ahlaki yükümlülüklerin sonuçlarına dayandırmadığı,

---

dikkat çekicidir. Keza Hume'un mülkiyet anlayışının, döneminin kapitalist iktisadi sistemiyle uyumunun altında yatan önemli sebeplerden birinin de Roma hukukuyla olan yakın bağlantısından kaynaklandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

44 Hume, A Treatise, s. 309-310. Özel mülkiyet düşüncesinin sıkı bir savunucu olarak Hume, ortak mülkiyet anlayışının temelde uygulanamaz olduğunu, öyle olmasaydı bile insan toplumu için son derece tehlikeli olacağını belirtir. İnsanlar arasındaki mülkiyetin -malların- dağılımı ne kadar eşit olursa olsun farklı yeteneklere sahip olmaları dolayısıyla bu eşitliğin hemen bozulacağını söyler. David Hume, An Enquiry concerning the Principles of Morals - A Critical Edition, (Edi. Tom L. Beauchamp), Clarendon Press, Oxford 2010, s. 20.

45 Hume, A Treatise, s. 483; McArthur, Hume, s. 351-352; Rawls, Ahlak Felsefesi, s. 92; John Rawls, Politika Felsefesi Üzerine Dersler, (Çev. Nuri Cumhur Özkaya), Nora Kitap, İstanbul 2022, s. 299; Yürüşen, s. 326-327; Cennet Uslu, "David Hume: Beşerî Bir Ürün Olarak Adalet", *Muhafazakâr Düşünce*, S. 24, 2010, s. 232.

46 Hume, A Treatise, s. 490; Hume, An Enquiry, s. 98; McArthur, Hume, s. 350; Simon Blackburn, Hume'u Nasıl Okumalıyız? (Çev. Liena Gül), Runik Kitap, İstanbul 2024, s. 78-83; Mehmet Türkkan/Zehragül Aşkın, "David Hume'un Siyaset Felsefesinin Epistemolojik ve Etik İçerimleri", *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, C. 3, S. 2, Aralık 2013, s. 49. Bu perspektiften bakıldığında, adaleti de en nihayetinde insanların faydalarınıençoklamak için karşılıklı bir uzlaşım olarak değerlendirmek gerekir. Bu uzlaşımın ortaya çıkmasında rol oynayan temel insani içgüdü ise kişinin hem kendisinin hem de en yakınındakilerin mülk edinmeleri yönündeki insani eğiliminin tetiklediği fayda düşüncesidir. Beitzinger, s. 29-30.

daha ziyade normatif bir zeminde biçimsel ve prosedürel özellikleri itibarıyla ele aldığı söylenebilir.[47] Toplumun bir üyesi, kendisiyle ilgili olarak aynı şekilde davranılması şartıyla, bir başkasının mallarını onun elinde kalmasının faydasını gözlemlediğinde keza diğer kişi de benzer bir faydası olduğunu kavradığında, bu ortak fayda duygusu üzerinde anlaşıp ona uygun bir karar ve davranış üretmekte ve böylece karşılıklı uzlaşıya varmaktadırlar.[48] Örneğin mülkiyet sahipliği üzerindeki istikrar, insanların, mülkiyete yönelik müdahalelerin engellenmesi ile mülkiyet dokunulmazlığını, karşılıklı birer hak ve yükümlülük olarak kabul ederek uzlaşı konusu haline getirmesiyle bir kural -ve zamanla yasa- vasfına ulaşmaktadır. Böylece herkes, özel mülkiyet sahibinin haklarına saygı duyulması ve buna uygun davranış kurallarına da riayet edilmesi gerektiği hususunda ortaklaşmaya başlamaktadır. Davranışları düzenleyen bu kuralların, genel anlamda ortak bir fayda düşüncesi ekseninde şekillenen ve kamu yararını gerçekleştirmeyi öncelikle gözeten bir hukuk düzenine ve onun adalet anlayışına karşılık geldiği söylenebilir. Gerçekten Rawls'a göre de Hume'un adaleti yapay bir erdem olarak tanımlamasının altında yatan sebep, onu, *"kamu yararına uygun olduğu için kabul edilen kuralların genel bir sistemine sadık kalma eğilimi"* olarak görmesiyle ilgilidir.[49] Dolayısıyla Hume açısından

---

47 Sururi Aktaş, "David Hume'un Anti-Rasyonalist Epistemolojisi Üzerine Dayalı Ahlak ve Adalet Teorisi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1-4, 2001, s. 23-24; Charron, s. 327. Hume'un, adaleti yapay bir kurum olarak görmesinin diğer bir boyutu, onun doğallığını reddetmesi veya doğal hukuk teorileriyle ilişkisini kesmek istemesi bağlamında, adaletin, toplumsal alandan soyutlanmış olarak tasavvur edildiğinde anlaşılmaz hale geleceğini düşünmesiyle de ilgilidir. Hume, doğal hukukçuların evrensel, sonsuz ve değişmez adalet kurallarının, şeylerin doğasından çıkarılabileceğine ilişkin fikirlerine doğrudan karşı çıkarken ampirik bir konumdan hareket eder. Adaletin, deneysel akıl yürütmeyle ve belirli davranış kurallarından kaynaklanan avantaj veya dezavantajların tecrübe edilmesiyle anlaşılabileceğini savunur. Moore, s. 109-110.

48 Hume, A Treatise, s. 490. Hume'a göre bir toplumu meydana getiren insanların, karşılıklı saygı ilkesi çerçevesinde, kendilerinin sahip olduklarının dışındaki mülkiyetlere müdahalede bulunmamaları, adaletin de kökenini teşkil etmektedir. Ali Taşkın, Hume Araştırmaları, 3. Baskı, Nobel Yayım, Ankara 2021, s. 136.

49 Rawls, Politika Felsefesi, s. 300. Akdemir'e göre, Hume'un yapay erdemleri, insanların tarihsel süreçler içindeki deneyim ve öğrenmelerine dayanmaları itibarıyla özünde "üretilmiş" değerlerdir. Söz konusu yapay erdemlerin, ilki insan doğasında içkin olarak bulunmamaları ve diğeri toplumsal faydayı öncelemeleri dolayısıyla insani uzlaşımların bir ürünü olmaları ve duygudaşlıktan kaynaklanmaları şeklinde iki temel özelliği vardır. Akdemir, s. 460-461.

adaletin yapay olması, onun pozitif kurallarla, yani hukuk düzeniyle özdeşliğinden kaynaklanmaktadır. Adalete ilişkin bu anlayış,[50] onun maddi nitelikli bir kavranışından ziyade özel mülkiyet kavramı bağlamında şekli bir olgu olarak değerlendirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Son bölümde ele alınacağı üzere, Hume'un bu yaklaşımı, hukuki pozitivizmin kurucu isimleri arasında yer alan Bentham ve Austin'in hukuk ile adalet ilişkisi konusundaki görüşlerini etkileyerek bir değer olarak adaleti, hukuk düşüncesinin dışına çıkarmakta ve yürürlükteki yasaların uygulanıp uygulanmadığı noktasında, sadece bir geçerlilik ölçütüne indirgemektedir.

Hume açısından mülkiyete ilişkin istikrar kuralı, insani uzlaşımların bir ürünü olarak tarihsel süreçte yavaş yavaş ortaya çıkmış; kuralın ihlal edilmesinin sakıncaları insanlar tarafından deneyimlendikçe de güç kazanmıştır.[51] Mülkiyetin, bireysel ve toplumsal ihtiyaçları karşılamadaki öneminin anlaşılması ve sağladığı fayda duygusunun herkesçe paylaşılmaya başlanmasının ardından, ilgili kural, insanların karşılıklı davranışlarını bir düzen ve güven ortamı içinde sürdürme arzusuyla birleşerek yerleşik hale gelmiştir.[52] Özünde başkalarının mallarından uzak durma vaadine dayanan ve ortaya çıkışında ahlaki bir gerekçe aramanın yanlış olduğu mülkiyete ilişkin bu uzlaşım, bir kez gerçekleşip süreğenlik kazandıktan sonra da hak, yükümlülük, adalet ve adaletsizlik gibi kavramlar keza bunlarla bağlantılı düşünceler gelişmiştir.[53] Söz konusu tüm kavramlar ve bunlarla ilişkili düşünceler, özel mülkiyet olgusunu çerçevelemiş ve onun yeniden biçimlendirip anlamlandırılmasında işlevsel bir rol oynamıştır. Hume'a göre, zamanla mutlak bir hak haline gelen mülkiyet, kişinin sahip ol-

---

50 Hume'un prosedürel adaleti ön plana çıkartan yaklaşımı, bilhassa mülkiyet hakkı ve insanlar arasındaki özel mülkiyetin dağılımına ilişkin meseseler söz konusu olduğunda daha belirgin hale gelir. Örneğin dağıtıcı adalete ilişkin yeni standartlar belirlenmemeli; geçmişteki uzlaşımlarla kabul edilmiş geçerli standartlar, mevcut mülkiyet dağılımının sorgulanmasında -hem yanlış hem irrasyonel sonuçlar vereceğinden- kullanılmamalı ve hâlihazırdaki mülkiyet rejimi de herhangi bir biçimde adalet açısından daha fazla değerlendirmeye tabii tutulmamalıdır. Jeremy Waldron, "The Advantages and Difficulties of Humean Theory of Property", *Social Philosophy and Policy*, C. 11, S. 2, 1994, s. 116.

51 Hume, A Treatise, s. 490.

52 George E. Panichas, "Hume's Theory of Property", *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosopkie*, C. 69, S. 3, 1983, s. 393; Hume, A Treatise, s. 490.

53 Hume, A Treatise, s. 490-491; Waldron, s. 86.

duğu nesneyle adalet üzerine kurulu ahlaki ilişkisinin yansıması olup doğal bir niteliği haiz değildir ve adaletin kökeni, aslında doğrudan mülkiyetin kökenini de açıklamaktadır.[54] Bu noktada, -nesnelerin farklı kişilerin iyeliğinde bulunması anlamında- mülkiyetin ayrımını ve istikrarını toplumun kuruluşunun temeli haline getiren Hume, doğal durum ve toplum sözleşmesi gibi anlatıları, hiçbir gerçekliği olmayan felsefi bir kurmaca olarak nitelendirdiği gibi adaletin asıl özünün, insanların kendi aralarındaki bireysel ve ortak faydaya dayalı uzlaşımlar ekseninde biçimlendiğini savunmaktadır.[55] Benzer biçimde hukuk da, insanların tüm toplum için faydalı olduğunu kavradıkları gönüllü uzlaşımlar neticesinde vücut bulmakta ve giderek ortak bir duygu haline gelen fayda düşüncesiyle birleşen güçlü bir ahlaki anlayışla şekillendirilmektedir.[56] Hume açısından bireysel fayda, hukuk ve adaletin tesis edilmesindeki birincil güdü olarak temel bir rol oynamakta; fakat bireysel faydanın hayata geçirilebilmesi ve korunması ekseninde ortak fayda da, gerçekleştirilmesine yönelik bir duygudaşlıkla ortaya çıkan, adaletli olanı zihnimizde erdemli hale getiren ahlaki onayın kaynağı

---

54 MacIntyre, s. 395; Hume, A Treatise, s. 491. MacIntryre'a göre Hume, mülkiyete ilişkin adalet duygusunu, mülkiyetin amaçları olarak nitelendirilebilecek mülkiyette istikrarın sürdürülebilmesi ile mülkiyetin devrinin ve ahde vefa ilkesinin gerçekleştirilebilmesiyle sınırlı olacak biçimde değerlendirir. Hume açısından bu duygu, mülkiyetin dağılımı bakımından hiçbir dışsal standarttan bahsedilemeyeceği için, dağılımın adil olup olmadığının değerlendirilmesinde bir ölçüt olarak kullanılamaz. İnsanların içinde bulundukları toplumsal konumun derecesi, sahip oldukları mülkiyetin miktarıyla orantılıdır ve toplumsal düzene yönelik itirazlar da mülkiyetin adaletsiz dağılımına atıf yapılarak ya da adaletin ilkelerine başvurularak gerekçelendirilemez. MacIntyre, s. 395; Solmaz Zelyüt (Hünler), Rawls ve MacIntyre - İki Adalet Arasında- Liberal ve Komunitaryan Düşüncelerin Çatışma Alanı, Vadi Yayınları, Ankara 1997, s. 209-210.

55 Hume, A Treatise, s. 491-498. Hume'a göre mülkiyetin istikrarı genel kurallarla sabitlenmelidir. Tekil bazı durumlarda toplum bundan zarar görse dahi, söz konusu zarar, kuralın istikrarlı biçimde uygulanıp sürdürülmesi ve toplumda tesis ettiği barış ve düzen sayesinde kolaylıkla telafi edilebilecektir. Ibid., s. 497.

56 Ibid., s. 579-580. Herkes için faydalı olduğunun zamanla anlaşılmasının ardından, mülkiyet kurallarına karşılıklı bağlı kalarak hareket edilmesine ilişkin uygulamalar sürekli bir uzlaşım konusu haline gelmiştir. Bu uzlaşımlara aykırı davrananları, yaptırımlarla cezalandıracak bir otorite olarak devletin tesisinden sonra da söz konusu uygulamalar, yerleşik yasalara yani pozitif hukuk kurallarına dönüşmüştür. Neil McArthur, "David Hume's Legal Theory: The Significance of General Laws", *History of European Ideas*, C. 30, S. 2, 2004, s. 150.

olduğundan önemli bir işlev görmektedir.[57] Başka bir ifadeyle adaletin -ve hukukun- kökeni, insanların bencilliği ile sınırlı cömertliği ve doğanın insanlık için sunduğu kıt kaynaklarla ilgilidir; salt ortak faydaya duyulan saygıyla veya akılla bağlantılı değildir; sonsuz, değişmez ve evrensel nitelikli fikir ve ilkelerle de açıklanamaz.[58] Hume açısından, toplumun kuruluşunu önceleyen farazi bir doğa durumunda mülkiyet olmadığı gibi, bunun bir sonucu olarak, adalet ya da adaletsizlik diye bir şey de yoktur.[59] Hume'un bu görüşlerinden hareketle, mülkiyetin adeta adaletle özdeşleştiği, mülkiyetin bulunmadığı bir yerde adaletten veya adaletsizlikten bahsedilemeyeceği, adil olan ile olmayana ilişkin insani ölçütlerin kaynağının mülkiyetin varlığıyla bağlantılı olduğu söylenebilir. Dolayısıyla adalet, mülkiyetin güvence altında olmasını, dokunulmazlığını ve istikrarını zorunlu olarak gerektirirken; adaletsizlik de mülkiyetin üçüncü şahıslarca gasp edilmesine ilişkindir. Adalet ve adaletsizlik düşüncesinin diğer bir boyutu, sözleşmeler yoluyla ve özgür iradeyle mülkiyetin devredilebilmesi olgusu çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

Hume'a göre, mülkiyetin dokunulmazlığı ve istikrarı, adaletin içkin özelliklerinden biri olarak büyük önem taşıyorsa da sahip olunan mülkün devredilebilmesi de adalet düşüncesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Mülkiyet bağlamında ortaya çıkan üç temel yasadan ilki olan, mülkiyetin dokunulmazlığına ilişkin istikrar ilkesinin en önemli istisnası, ikinci temel yasayı oluşturan, mülkiyet konusu nesnenin sahibinin rızası ile üçüncü kişilere devredilebilmesidir.[60] Sözleşme özgürlüğünün işlerliğini sağlayan ikinci yasa ile mülkiyet üzerindeki hakkın belirli koşullarda başkalarına geçirilebilmesi, Hume tarafından toplumun, mülkiyet sahiplerinin birleşmesiyle vücut bulan bir piyasa sistemi içinde değerlendirilmesinin bir yansıması olup dönemin ticari toplum

---

57 Hume, A Treatise, s. 499-500. Hume açısından duygudaşlık, insan doğasında var olan çok güçlü bir ilkedir. Bu nedenle adalet, ortak faydanın gerçekleştirilmesine yönelik bir duygudaşlık olduğu sürece onaylanır. Eğer böyle bir duygudaşlık yoksa insanlar ortak faydaya kayıtsız kalırlar. Burada ortak faydanın gözetilebilmesi için, bireysel bir faydaya sahip olunması ve bunun toplum içindeki ilişkiler bakımından korunması gerektiği yönünde bir düşüncenin varlığı duygudaşlığı ortaya çıkarır. Ibid., s. 618.

58 Ibid., s. 495-496.

59 Ibid., s. 501.

60 Ibid., s. 514.

tahayyülüyle de uyumludur.[61] Nasıl mülkiyetin istikrarı fayda eksenli bir kuralla ilişkiliyse rızaya dayalı devri de aynı kuraldan kaynaklanır.[62] Dünyanın çeşitli coğrafyalarında değişik metalar üretildiğinden ve insanlar farklı işlerle kendilerini sınırlandırıp onların üretiminde yetkinlik kazandıklarından, bunların karşılıklı mübadelesine dayalı ticari faaliyetlerin yürütülmesi de zorunluluk haline gelir.[63] Mülkiyetin devri ekseninde vücut bulan bu ticaretin düzenli biçimde sürdürülebilmesi için, toplumsal zorunluluk ve faydaya dayanan bir insan icadı ve -doğal bir niteliği bulunmayan- uzlaşıma dayalı bir ahlak kuralı olarak verilen sözlerin yerine getirilmesi yükümlülüğü, yani üçüncü temel yasa olan ahde vefa ilkesi ortaya çıkar.[64] Ahde vefanın özü sayılan söz verme eylemi, insanın, bir şeyi yerine getirme kararını ifade eden bir vaat olup karşılıklı faydaya dayalı ticari faaliyetlerin ve genel anlamda insanlar arasındaki ilişkilerin bugün ve gelecekte de güven içinde yürütülebilmesini sağlar ve aynı zamanda sözünün gereğini yerine getirmeyen kişinin, yaptırım olarak kendisine bir daha güvenilmeme cezasına maruz kalmasına yol açar.[65] Hume'a göre, şimdiye kadar doğal yasa olarak kabul görse de tıpkı adalet, mülkiyetin istikrarı ve rıza yoluyla devrilebilmesi gibi ahde vefa ilkesi de tamamıyla yapay bir insan icadından başka bir şey değildir.[66] Dolayısıyla Hume'un "doğa-

---

61 Whelan, s. 110; Rawls, Politik Felsefe, s. 298-299. Ayrıca bkz. MacIntyre, s. 418.

62 Hume, A Treatise, s. 514.

63 Ibid. Hume'un, ülkenin iktisadi gelişimi yönünden ticari faaliyetlere büyük önem verdiği görülür. Ona göre ticaret, insanları çalışmaya teşvik ettiği gibi sermaye birikimi sayesinde sanayinin gelişmesinde de rol oynar ve ülkenin refah düzeyinin artmasına yardımcı olur. Hume için ticaretin, sadece metalarla sınırlı olmadığı, karşılıklı fayda ve kazancın sağlanabilmesi açısından -doğrudan insan emeğini konu edinmesi itibarıyla- hizmetleri de kapsayacak bir niteliği haiz bulunduğu belirtilmelidir. Hume'un son olarak, lüks metaların üretim ve kullanımını da fayda eksenli bir yaklaşımla hem özel hem kamusal bağlamda ele alarak bunlara ilişkin son derece olumlu bir yaklaşım benimsediğini belirtmek gerekir. Ona göre lüks metalar; zenginliğin, zarafetin ve çağdaşlığın bir göstergesi olduğu gibi ticaret ve sanayinin gelişimi açısından da büyük önem taşımaktadırlar. Hume, Siyasi Denemeler, s. 258-259; Hume, A Treatise, s. 520-521; Yürüşen, s. 531-534.

64 Hume, A Treatise, s. 516-519.

65 Hume, Siyasi Denemeler, s. 351; Hume, A Treatise, s. 522; David Hume, İntihar Üzerine ve Diğer Denemeler, (Çev. Aylin Pekanık, Münevver Özgen/Levent Özşar), Biblos Kitabevi / Yayınları, Bursa 2017, s. 161-162; Rawls, Politik Felsefe, s. 298-299.

66 Hume, A Treatise, s. 526; 543; Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II, s. 296.

nın kanunları", "temel kanunlar", "adalet kanunları / kuralları" veya "ahlak kuralları" gibi yer yer farklı biçimlerde adlandırdığı kavramlar; özünde mülkiyetin istikrarı, rızayla devri ve ahde vefa çerçevesinde adaletle özdeşleştirdiği mülke ilişkin temel uzlaşımlardan başka bir şey değildirler.[67] Adalete ilişkin bütün kurallar, İngiliz liberal geleneğinin ana akımı içinde konumlandırılabilecek bir yaklaşımının ürünü olup kapitalist üretim tarzının, üretim sürecindeki aktörler arasındaki rekabetin ve bu rekabet sırasında herkesin kendi iktisadi çıkarını takip etmesine dayalı serbest piyasa sisteminin düzenlenmesini amaçlayan bir içeriği haizdir.[68] Hume'un geliştirdiği bu mülkiyet -ve aynı zamanda adalet- anlayışının, hem piyasa paradigmasının insan davranışları hakkındaki varsayımlarıyla uyumlu olması hem de piyasa ekonomisinin bütünlüklü bir açıklamasının rasyonel tercih teorisinin terimleriyle yapılabileceğini göstermesi itibarıyla ayrıksı ve özgün bir niteliği bulunmaktadır.[69] Bu anlayış, tam da dönemin ekonomi politik gerçekliği olan yeni bir ticari toplum tahayyülünün gerekliliklerini karşılamaya dönük bir altyapı tesis etme gayreti olarak yorumlanabilir. Mülkiyet hakkının kutsallığının ve sözleşme özgürlüğünün genelgeçerliğinin nasıl sağlanabileceği ve sürdürülebileceği özelinde ortaya attığı fikirlerle Hume, hızlı bir gelişim gösteren serbest piyasanın koşullarıyla uyumlu bir devlet ve hukuk anlayışına da zemin hazırlamaktadır.

Devletin -hükümetin- nasıl ortaya çıktığı meselesine bakıldığında Hume'un benimsediği perspektif, öncüllerinin aksine ve doğa durumu ile toplum sözleşmesi anlayışlarının dışında, devleti, insani gelişimin sonucunda ortaya çıkan mutlak bir zorunluluk ya da iyilik olarak görmek yerine özel mülkiyetin doğuşunu takiben yine insanlar arasında varılan bir uzlaşım şeklinde değerlendirmektir. Ona göre devletsiz toplum durumu, insanlığın en doğal hallerinden biri olsa da zenginliğin ve malların artmasının ardından mülkiyetin istikrarı, üçüncü kişilere rızayla devri ile ahde vefa ilkesi olarak nitelendirilebilecek üç temel yasaya ve adalet kavramına gereksinim duyulmuş; toplumsal

---

67 Rawls, Ahlak Felsefesi, s. 100. Bu yönüyle adaletin, Hume açısından yasallık ve kanuna uygunlukla aynı anlamda düşünüldüğü ve mülkiyetin korunması ile paylaşımı ekseninde, pozitif hukukun uzanımında değerlendirildiği söylenebilir. Ali Taşkın, "Hume'un Adalet Kuramı", *Felsefe Dünyası*, S. 56, 2012, s. 107.

68 Rawls, Politika Felsefesi, s. 298; Whelan, s. 106.

69 Waldron, s. 87-88; Moore, s. 112.

yaşamın sürdürülebilmesinin, bunlar bulunmadığında imkânsız hale geldiği anlaşılmış ve insanlar devletli aşamaya geçmek zorunda kalmışlardır.[70] İnsanlar, barışı korumak ve adaleti sağlamak amacıyla devletin gerekliliğini idrak ederek bir araya gelmiş; yöneticileri -sivil otoriteyi- seçip onların sahip olacakları gücü belirleyerek onlara itaat sözü vermişlerdir.[71] Ancak bu itaat sözü, -Locke gibi- eski toplum sözleşmesi kuramcılarının anladığı biçimde, yurttaşların yönetime bağlılığını salt söz verme ediminin mükellefiyeti ve rızayla ilişkilendirerek açıklayan doğal bir ahlaki yükümlülük değildir; aksine tamamen yapay nitelikte, insanların gönüllü olarak icat ettikleri, mülkiyet eksenli üç temel yasayla ve yine insanlar arası uzlaşıma dayanan adalet olgusuyla benzer özellikler göstermektedir.[72] Dolayısıyla üç temel yasa ile adaletin gerçekleştirilmesi için verilen itaat sözü, insanların eski kazanımlarını korumak ve yenilerini elde etmek için bireysel fayda eksenli bir icat olarak devletin kurulmasını sağlamış ve devlet bir kez ortaya çıktından sonra da ona itaat, verilen bir sözün yükümlülüğünden ziyade devletin kurumsal varoluşunun bir sonucu haline gelmiştir.[73]

---

70 Hume, A Treatise, s. 541. Hume, "Ahlakın İlkeleri Üzerine Bir Soruşturma" adlı eserinde, insanın sahip olduğu mülkiyet nedir sorusunu, kendisi için ve sadece kendisi tarafından kullanılması yasal olan herhangi bir şey olarak cevaplandırmaktadır. Mülkiyeti ayırt edebilmek için yasalara, geleneklere, emsallere, benzetmelere veya başka örneklere başvurulabileceğini belirtiyorsa da gerek mülkiyet gerek adalet yasalarının, nihai olarak insan topluluğunun ortak faydasını ve mutluluğunu amaçladıklarını söylemektedir. Hume, An Enquiry s. 13; 23. Burada Hume'un, her ne kadar ortak faydayı bireysel faydadan daha fazla ön plana çıkardığı düşünülebilirse de bu iki fayda duygusunun birbirini tamamladığı göz ardı edilmemelidir, Mülkiyetin istikrarı, rızayla devri ve ahde vefa gibi temel yasalar, öncelikle bireysel faydayla, ama hemen ardından bireysel faydaya karşılıklı saygı gösterilmesi esasına dayanan ortak faydayla ilişkilidirler. Devletin ortaya çıkması bu açıdan, uzlaşımların kurallarla güvence altına alınması ve kuralların uygulanması bağlamında ortak faydanın sürekliliğini sağladığı gibi bireysel faydanın korunabilmesini de mümkün kılmaktadır.

71 Hume, A Treatise, s. 541.

72 Ibid., s. 542-543. Rawls, Politika Felsefesi, s. 281-286; Bix, s. 593-594. Hume açısından, insanların siyasal ve toplumsal birlikteliği ile bunun bir sonucu olarak devletin ortaya çıkışı, kurgusal bir toplum sözleşmesine dayanan karşılıklı rıza ve bunu takip eden gönüllü itaatkârlıktan ziyade, bireysel ve ortak çıkarların, adetlerin, hukuk kurallarının, uzlaşımların ve zamanla kazanılan alışkanlıkların belirleyici olduğu tarihsel ve sosyolojik bir zeminde vuku bulmuştur. Gürkan, s. 64.

73 Hume, A Treatise, s. 543-545; Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II, s. 295; Umut Dağ, "John Locke ve David Hume'da Siyasi İktidarın Meşruiyetinin Kaynağı", *Felsefe Dünyası*, S. 77, Yaz 2023, s. 244. Sabine'e göre Hume, çok eski dönemler-

Devletin icat edilmesini meşru ve zorunlu kılan şey, yaşam ve mülkiyet gibi haklarının korunması kadar sözleşmelerin uygulanması için gerekli güven ortamının yaratılması ve sürdürülebilmesi bağlamında, insanların düzene ve kanunlara itaatlerinin garanti altına alınmasına duyulan ihtiyaçtır.[74] O halde insanlar, öncelikle kendi faydalarına daha uygun buldukları için ve hemen ardından toplumsal düzen, huzur ve uyumu koruyup ortak günlük yaşamda karşılıklı güven ve itimadı sağlamak amacıyla verdikleri sözleri yerine getirmeyi ve yöneticilere boyun eğip itaat etmeyi seçmişlerdir.[75] Yöneticilere itaat etmeye yönelik davranış böylece doğmuş ve zamanla insanların alışkanlıklarıyla giderek güçlenmiştir.

Hume, insan zihninin işleyişi bağlamında kullandığı bir kavram olarak alışkanlık duygusunun, itaati açıklamakta da işlevsel olduğunu düşünmekte; insanların, itaat etme konusunda süreç içinde belirli bir alışkanlık kazandığını ve bu sayede itaati içselleştirebildiklerini söylemektedir. Alışkanlık dışında hiçbir duygu insanlar üzerinde bu kadar büyük bir etki yaratmadığından, uzun süre boyunca bir otoritenin egemenliği altında yaşamaya alışanlar, sadakati ahlaki bir zorunluluk olarak varsaymaya başlamakta ve içgüdüsel bir itaat düşüncesi de onların zihinlerine bütünüyle egemen hale gelmektedir.[76] Bu içgüdüyü yaratan şey özünde faydaysa da, onun yönünü belirleyen, alışkanlık duygusundan başka bir şey değildir.[77] Dolayısıyla icat edilmiş bir davranış olarak otoriteye itaat, her ne kadar yöneticinin kişisel erdemleri, soyuna duyulan saygı ve hayranlık, adalet düşüncesi ya da toplumsal etki gibi farklı motivasyonlarla doğup biçimlense de, nihayetinde alış-

---

de, ilk toplulukların oluşturulması aşamasında bir sözleşmeden bahsediyor olsa da modern toplumlarda insanların, neden devlete itaat ettiği sorusuna sözleşme kavramına başvurarak yanıt vermenin mümkün olmadığını düşünmektedir. Burada mülkiyetin korunması ve metaların değiş tokuşuna dayalı bir düzenin sürdürülmesi ve istikrarın korunması için, bireysel ve ortak faydanın sağlanabilmesi bağlamında yükümlülük, uzlaşım ve alışkanlık gibi olguların daha önemli bir rol oynadığı kanaatindedir. Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II, s. 294-295.

74 MacIntyre, s. 416-418.

75 Hume, A Treatise, s. 544.

76 Ibid., s. 556; Hume, Siyasi Denemeler, s. 111; 341.

77 Hume, A Treatise, s. 556. İnsanların devlete itaati ve bu itaatte fayda ve alışkanlık kavramlarının etkisi konusunda ayrıca bkz. Zeki Aktaş, "David Hume'da Siyasal Otoriteye İtaat Yükümlülüğünün Gerekçesi ve Sınırları", *Felsefe Dünyası*, S. 77, 2023, s. 155.

kanlığın etkisiyle içselleştirilmekte ve bu süreçte alışkanlık duygusu, itaatin onurla, itaatsizliğin ise utançla ilişkilendirildiği bir sadakat fikrine dönüşerek bir erdem gibi anlaşılıp özümsenmektedir.[78]

Hume, insanların devletle yöneticilere itaat etmesinin temel güdüsünü ortak fayda duygusu ekseninde açıklayıp başka hiçbir duygu ya da ilkenin, insanların doğal hırslarını sindirerek bu itaatin sürekliliğini sağlamayacağını söylemekte; ancak faydanın ortadan kalkmasıyla birlikte itaatsizliğin başlayacağını ve hatta direnme hakkının gündeme gelebileceğini belirtmektedir.[79] Hume açısından ortak fayda; mülkiyette istikrar, mülkiyetin devri, ahde vefa ve adalet gibi bireysel çıkarların, insanlar arasında karşılıklılığa dayanan bir düzen içinde en iyi biçimde korunabileceğinin deneyimlenmesi sayesinde ön plana çıkmakta ve devlete itaat ile bağlılık da bu şekilde gerçekleşmektedir.[80] Devlet, bu fayda düşüncesine aynı zamanda insanları ikna edebilme avantajını da eklediğinde, kendisine yönelik itaati bir o kadar güvence altına almaktadır.[81] O halde yöneticilerin otoritesinin tanınmasının nedenini ve devletin varoluşunun özünü, insanların ortak faydasıyla

---

78 Rachel Cohon, "The Shackles of Virtue: Hume on Allegiance to Government", *History of Philosophy Quarterly*, C. 18, S. 4, 2001, s. 407-408.

79 Hume, A Treatise, s. 553. Hume, direnme hakkı bağlamında başta Locke olmak üzere, kendisinden önce öne sürülen ve onu genel anlamda doğal hukuk ekseninde bir hak olarak meşrulaştırmaya çalışan yaklaşımları, her ne kadar doğru bir sonuca varmışlarsa da yanlış ilkelerden ve akıl yürütmelerden hareketle bir başlangıç durumu oluşturdukları gibi gerekçelerle eleştirir. Söz konusu yaklaşımlar, insanların özgür biçimde ve gönüllü rızalarıyla elde etmeyi amaçladıkları koruma ve güvenlik gibi belli avantajlar için, doğal özgürlüklerinden vazgeçerek siyasal toplumu oluşturup ona bağlandıklarını söylemektedir. Yöneticiler, koruma ve güvenliği sağlayacakları yerde zorbalık ve baskı uygulamaya başladıklarında ise insanların sözleşmeden kurtularak devletli aşamadan önceki özgürlük durumuna geri döneceklerini belirtirler. Hume'un bu noktada eleştirdiği konu, direnme hakkına ilişkin klasik yaklaşımların, insanların bireysel fayda eksenli güdüleriyle kendi durumlarını iyileştirme yönündeki düşüncelerini yeterince göz önüne almamalarıdır. Ona göre yöneticiler, eğer insanların itaatinden bir fayda elde ediyorlarsa insanlar da açık veya zımni olarak onların otoritesinden bir fayda elde etmelidir; kimse yöneticilerin kendi payına düşeni yerine getirmeden insanların onlara itaat etmelerini beklememelidir. Klasik yaklaşımı savunanlar gerçek dünyada olup bitene baksalar, iddia ettikleri tasarımlara uyabilecek hiçbir husus bulamayacaklardır. Ibid., s. 549-550; Hume, İntihar, s. 148; Hume, Siyasi Denemeler, s. 340-341.

80 Hume, İntihar, s. 160-161.

81 Hume, Siyasi Denemeler, s. 103-104.

ilişkilendirip politik toplumda koruma altında ve güvenlik içinde bir arada yaşayarak onun imkânlarından yararlanabilmeleri olduğunu düşünen Hume,[82] bu ortamın sağlanamadığı durumlarda, baskının ve zorbalığın yoğunlaşmaya başlamasıyla birlikte, doğal olarak boyun eğme, yani -alışkanlığa dayalı- pasif itaat yükümlülüğünün de ortadan kalkacağı ve direnişe izin verilebileceği kanaatindedir.[83] Ancak Hume açısından genel kural, çok ağır baskı ve zorbalık durumu gibi -halkın güvenliğini yok eden- istisnalar hariç tutulursa, her koşulda egemene boyun eğilmesi gerekliliği olduğundan, onun siyaset ve hukuk felsefesinde sadece sınırlandırılmış bir direnme hakkından bahsedilebilir.[84] Toplumsal düzenin olağan akışı sürerken, hiçbir şey direnme hakkı kadar zararlı ve canice değildir; devrimlere eşlik eden sarsıntılar ve hükümetlerin devrilmesi gibi sonuçlar, insanlar arasında evrensel bir karışıklığa ve anarşiye yol açacağından, bu hakkın kullanılıp itaatten vazgeçilmesinde, avantaj ve dezavantajların hassas bir şekilde tartılması şarttır.[85] Başka bir ifadeyle direnme hakkının meşruiyeti, bu

---

82 Hume açısından, halkın güvenliğinin sağlanması en yüce yasa olup diğer tüm özel yasalar buna bağlıdır. Olağan dönemlerde bu yasalara uyulup saygı gösterilmesinin yegâne sebebi, güvenlik ve ortak faydanın sağlanabilmesinin genellikle eşit ve tarafsız bir yönetimi gerektirmesindendir. Hume, An Enquiry, s. 22.

83 Hume, A Treatise, s. 550-552.

84 Ibid., s. 554; Beitzinger, s. 32; Stephan Buckle/Dario Castiglione "Hume's Critique of the Contract Theory", *History of Political Thought*, C. 12, S. 3, 1991, s. 466-467.

85 Hume, A Treatise, s. 533-534; Yürüşen, s. 470-475. Hume'un, direnme hakkı bağlamında 1688 Devrimi konusundaki görüşlerine de bu bağlamda bir ara parantez olarak değinilmelidir. Hume, her ne kadar devrimin ve direnme hakkının meşruluğuna ilişkin ayrıntılı bir analiz yapmaktan kaçınıyorsa da esasen uzun mülk sahipliği kavramından hareketle 1688 Devrimi'ni meşru saymaktadır. Bununla birlikte Hume'un, direnme hakkının gerçekten doğup doğmadığı hususunda temkinli bir dili tercih ederek son tahlilde devrimin ve devrimin ardından çıkan yönetsel yapının meşruiyetinin, günümüze uzanan siyasal ve toplumsal gelişmeler de göz önüne alındığında, artık sorgulanamayacağı kanaatinde olduğu söylenebilir. Hume'a göre, 1688 Devriminin İngiliz anayasal düzeni üzerinde son derece iyi ve olumlu sonuçları olduğu reddedilemez ancak direnme hakkının ne zaman meşru olduğunu bilebileceğimiz ve bu konudaki tartışmalarda karar verebileceğimiz mutlak kurallar koymak hukuk kadar felsefe için de imkânsız görünmektedir. Bununla birlikte hükümet, karşılıklı fayda ve güven ilişkilerine dayanan bir insan icadı olduğundan, baskı ve zorbalığını büyük ölçüde arttırdığı durumlarda ona karşı direnmenin meşruiyet kazandığından bahsedilebilir. Her ne kadar direniş ve şiddet yasadışı bir isyan sayılsa da iktidar sahibinin sadece halka karşı önlemlere giriştiği hallerde değil gücünü anayasa ve diğer yasal düzenlemelerin belirlediği çerçevenin dışına çıkarak kullanmaya başladığı du-

hakkın kullanılması ile kullanılmaması durumları arasındaki bireysel ve ortak fayda duygularının dikkatli bir şekilde hesaplanmasından geçmektedir. Bu aşamada Hume -ortak faydaya dayalı uzlaşımların sürdürülmesini bir zorunluluk olarak gören anlayışının da etkisiyle-, siyasi ve hukuki düzenin devamı bakımından, kamu otoritesinin zorbalık veya baskısı dayanılmaz bir boyuta ulaşmadığı ve özel mülkiyet sistemiyle serbest piyasa düzenini işlemez hale getirmediği sürece, insanların itaatsizlik etmekten kaçınması gerektiğini düşünür. Söz konusu yaklaşımın, aşağıda incelenecek hukuki pozitivizm geleneğiyle de uyumlu olduğu açıktır. Hume açısından, devlet ve hukuk gibi aygıtlara rengini veren ve onların temel özelliklerini belirleyen olgular, hiçbir zaman doğal hukuk veya toplum sözleşmesi gibi kavram veya kurumlara dayanmaz. Dolayısıyla kamu otoritesi, pozitif hukuktan tamamen uzaklaşmadığı veya onun kurallarını açık ve sürekli biçimde yok saymadığı müddetçe, doğal bir hak olarak direnmenin meşruiyetinden de bahsedilemez.

III. DAVID HUME'DAN JEREMY BENTHAM VE JOHN AUSTIN'E HUKUKİ POZİTİVİZMİN KURULUŞU

Hukuki pozitivizmin İngiltere'deki kurucuları arasında Bentham ve Austin en önemli isimler olarak yer alıyorsa da her ikisinin de Hume'un felsefi, siyasi ve hukuki yaklaşımından etkilenerek kendi hukuki pozitivizm anlayışlarını biçimlendirdiklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuki pozitivizmin felsefi temellerini oluşturan ampirizm ve faydacılık gibi yönelimlerin yanı sıra adaletin maddi içeriğine, doğal hukuka ve değere ilişkin görüşlerin reddedilerek hukuk düzeni olgusuna öncelik verilmesinde Hume'un düşünsel mirasının etkisi reddedilemez. Bu mirasın genel çerçevesini de dönemin İngiltere'sinin gerçekliklerini göz ardı ederek salt hukuki -normatif- bir zeminde açıklayabilmek mümkün değildir. Örneğin Hume'un felsefi yaklaşımında hâkim olan fayda kavramı, bilgi ve gerçekliğin içeriğinin be-

rumlarda da ona karşı direnmeye ve onun yönetimden indirilmesine izin verilir. Hume, direnme hakkıyla ilgili çizdiği bu çerçeveye karşın, yine de bu çerçevenin, 1688 Devrimi için ne kadar geçerli olduğu meselesi ile özgür bir ulusun sahip olması gereken tüm hak ve ayrıcalıkların o dönemde büyük bir tehlike altında olup olmadığı yönündeki tartışmaların, kendi çalışma konusunun dışında olduğunu belirtmeyi ihmal etmez. Hume, A Treatise, s. 563-565; MacIntyre, s. 423-424.

lirlenmesinde ve onların değerlendirilmesinde temel ölçüt olarak esas alındığı gibi aynı zamanda ekonomi politik yapı, devlet biçimi, hukuk düzeni, toplumsal alan ve ilişkilere dair yapılan analizler açısından da belirleyici bir öneme sahiptir. İlk iki bölümde ayrıntılı biçimde ele alındığı üzere, Hume'un hukuk ve adalet kavramlarına ilişkin geliştirdiği yaklaşım, özünde mülk sahiplerinin çıkarlarını korumak ekseninde bir işlevi olması itibarıyla tam da 18. yüzyıl İngiliz ekonomi politik düzeninin gerçekliğini yansıtmaktadır.[86] Dolayısıyla Hume'un hukuk ve siyaset felsefesine ilişkin geliştirdiği tezler, bu yüzyıldaki mülkiyet sahibi sınıfların toplumsal yapısının, kültürel düzeninin ve yaşam tarzının talep ile gerekliliklerine uygun bir teorik ve pratik bir alt yapının yansımalarını barındırmaktadır.[87] Klasik liberal iktisat teorisyenlerinin, bireyin farkında olmadan kendi çıkarının peşinden gidip onu ençoklamaya yönelik davranışlarda bulunmasının, piyasanın görünmez elinin yardımıyla toplumsal çıkara en büyük katkıyı yapacağına ilişkin görüşü keza Bentham'ın fayda ilkesinden hareketle, hukukun en fazla sayıda insanın en çok mutluluğunu sağlamakla görevli olduğunu belirten hukuki pozitivist yaklaşımı, kökenlerini Hume'un fayda merkezli felsefesinden alır.[88] Tüm bunlar Hume'u, hukuk felsefesi ve hatta hukuk teorisi yönünden de incelenmesi gereken önemli bir düşünür konumuna yükseltir.

Hume'un, hukuku pozitivizmi önceleyen bir düşünür olarak kabul edilebilmesini olanaklı kılan yaklaşımının en somut göstergelerinden biri, yasa koyucunun temel görevini, "*devletin geleceğini şansa bırakmayıp, kamu işlerinin idaresini en ince noktasına kadar düzenleyen bir yasalar sistemi oluşturması gerek*[liliği]"[89] çerçevesinde tanımlamasında ortaya çıkmaktadır. Hume açısından meşru bir devleti salt zora dayalı bir yönetimden ayıran yegâne unsur, uzlaşıma dayalı bir hukuk

---

86 MacIntyre, s. 395.

87 Ibid., s. 395-396.

88 Akman, Ampirizm, s. 921; Smith, s. 484; Jeremy Bentham, "Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code", The Works of Jeremy Bentham- Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, s. 8; Adnan Güriz, Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963, s. 21; Ahmet Gürbüz, "Günümüz Batılı Politik Yaklaşımların Kökeni Olarak İngiliz Yararcılığı / Utilitarianism", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1. 2014, s. 143-144.

89 Hume, Siyasi Denemeler, s. 94.

düzeni kurması itibarıyla yasallığa sahip olmasıdır.[90] Başka bir ifadeyle devletin meşruluğu, belirli yasama politikalarına sadık kalması ve yasallığa sahip olması ekseninde, istikrarlı ve öngörülebilir bir hukuk düzeni kurup kuramamasına bağlıdır. Keza adaletin, yapay bir kurum olarak görülüp hukuka içkin bir öğe olarak tanımlanmaması, mülkiyete, sözleşmeye ve ahde vefaya ilişkin hukuk kurallarına itaat edilip uyulması bağlamında hukuk düzeninin etkinliğinin bir ölçütü olarak kabul edilmesi de[91] Hume'un, hukuki pozitivizmin bir öncülü olarak yorumlanabilmesinin önünü açmaktadır. Böyle bir yaklaşımın, adaleti bir değer olarak hukukun merkezine koyan doğal hukukçu görüşleri, onu farklı biçimlerde de olsa, maddi anlamda hayata geçirebilmeye ve uygulayabilmeye dönük arayışları -dağıtıcı, denkleştirici ya da hakkaniyet olarak adalet gibi maddi adaletin gerçekleşebilmesine dönük uğraşıları-, bütünüyle hukuksal olanın dışına çıkararak ayırması ve bunların yerine salt prosedürel bir adaletin varlığını yeterli görmesi itibarıyla hukuki pozitivizmi önceleyen bir niteliği haiz olduğu aşikârdır. Bu yönüyle, Hume açısından adalet ve adaletsizliğin ölçütünün, başta mülkiyet eksenli yasalar olmak üzere hukuk düzeninin emrettiği kuralların şeklen uygulanıp uygulanmaması meselesiyle ilgili olduğu söylenebilir. Dolayısıyla Hume'un adalet anlayışının, dönemin liberalizminin gereklilikleriyle, yani hukuk kurallarının şeklen uygulanması suretiyle serbest piyasa sisteminin ihtiyaç duyduğu öngörülebilirliği ve belirliliği sağlamakla görevli bir hukuk düzeni yaklaşımıyla fazlasıyla uyumlu olduğundan bahsedilebilir.

Hume'un hukuk düzenine ve yasaların nasıl olması gerektiğine ilişkin görüşlerinin pozitivist yönü aynı zamanda onun hukuka ilişkin sosyolojik yönleri de olan bir perspektif benimsemesinde kendini göstermektedir. Ona göre yasalar, devletin anayasasına, geleneklere, iklime, dine, ticarete ve toplumun durumuna sürekli atıfta bulunmak durumunda olduğu gibi, örneğin mülkiyete ilişkin meseleler, doğal

---

90 Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi II, s. 296. Hume açısından devletin meşruiyeti, nasıl bir hukuk düzeninin varlığıyla ilişkiliyse o hukuk düzeninin meşruluğu da mülkiyete ilişkin üç temel yasayla vücut bulan adalet olgusuyla, başka bir ifadeyle özel mülkiyet hakkının korunup kollamasıyla bağlantılıdır. Devletin insanlardan itaat beklemesi, hukuk düzeni ancak böyle bir fonksiyonu yerine getirebiliyorsa mümkündür. Yürüşen, s. 470.

91 Rawls, Politika Felsefesi, s. 300-302.

adalet kurallarının değil, bu kuralları o toplumun özel durumlarına göre genişleten, kısıtlayan, düzenleyen veya değiştiren medeni hukuk kurallarının yetkisine tabi olmalıdır.[92] Locke'un klasik liberalizminin özünü teşkil eden ve başta mülkiyet olmak üzere doğuştan gelen hakların yasama faaliyetiyle düzenlenmemesi gerektiği yönündeki minimal devlet anlayışını yansıtan görüşleri, doğal hukukun bir kenara bırakılmasını savunan Hume tarafından reddedilmiş; Hume'un öne sürdüğü argümanlar, İngiliz liberalizminin hukuk konusundaki yaklaşımında bir dönüşümü başlatmış ve söz konusu dönüşüm, Bentham'ın da savunduğu yeni bir yasama politikasının, hukuki pozitivizmin çeperinde ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır.[93] Böyle bir yasama politikasının savunulması, her ne kadar liberalizmin devlet müdahaleciliğini reddeden yaklaşımıyla ilk başta bir çelişki oluşturuyor gibi görünüyorsa da bunun doğru olmadığı belirtilmelidir. Bentham'ın yasama politikasının, klasik liberal iktisatçıların benimsediği *laissez faire* düşüncesiyle veya her bireyin kendi çıkarınıençoklamaya yöneldiğinde toplumsal faydanın daençoklanacağı kabulüyle çatışmadığı; aksine bireysel ve toplumsal mutluluk için devletin ekonomik alana müdahale etmeyip kendiliğinden ortaya çıkan bir uyumla -görünmez elle- biçimlenen serbest piyasa düzeninin toplum için en faydalı sonuçları sağlayacağı görüşünden beslendiği göz ardı edilmemelidir.[94] Böyle bir yasama politikasının savunulmasında, sanayi kapitalizmin gerekleriyle bağdaşmayan yasaların ilga edilip yenilerinin yapılması ihtiyacı etkili olduğu gibi, yükselen işçi sınıfı muhalefetiyle başa çıkabilmek için etkili bir ceza hukuku sistemine ihtiyaç duyulması da rol oynamıştır.[95] 18.

---

92 Hume, An Enquiry s. 22. Hume'un hukuka ilişkin yaklaşımının sosyolojik boyutunun önemli bir göstergesi, adalet ve mülkiyete ilişkin kurallara yönelik yaptığı analizlerinde ortaya çıkar. Hume açısından söz konusu kurallar, sadece bir toplumun deneyim yoluyla değerini öğrendiği kurallar olmayıp aynı zamanda toplumsal hayatın sürdürülebilmesinin temel öğeleridirler. Ian F. G. Baxter, "David Hume and Justice", *Revue Internationale de Philosophie*, C. 13, S. 47, 1959, s. 127.

93 Mehmet Tevfik Özcan, "Önsöz", Yasamanın İlkeleri, (Jeremy Bentham), 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. VI-VII.

94 Güriz, Faydacı, s. 6; 57; 112; Alessandra Facchi, "Bentham'ın Faydacılığı", Felsefe Tarihi 6: Marx'tan Beşeri Bilimlerin Doğasına, Alfa Basım Yayım, İstanbul 2024, s. 184.

95 Özcan, Önsöz (Yasamanın İlkeleri), s. VII. Bentham'ın düşünce sisteminin pek çok özelliğinin, sanayi kapitalizmin doğuş sürecinden önemli oranda etkilendiği söylenebilir. Uslu, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2, s. 429.

yüzyılın sonu ve 19. yüzyılın başı itibarıyla İngiliz ekonomi politik sisteminde, mülk sahibi egemen sınıfların, doğuştan haklar söylemine veya doğal hukuk kuramlarına artık daha fazla gereksinim duymaması, keza ekonomik ve siyasal eşitlik gibi alt sınıflardan gelebilecek alternatif taleplerin doğal hukuka atıf yoluyla meşrulaştırılması riskini fark etmesi, onları salt pozitif hukuku esas alan bir hukuk düzeni anlayışını desteklemeye yöneltmiştir. Bu süreçte kendi özgün formuna kavuşmaya başlayan hukuki pozitivizm, yasaların prosedürel biçimde uygulanmasıyla sınırlı bir alanda adaleti konumlandırmaya çalışarak ve başta doğal hukuk olmak üzere, değer merkezli bütün yaklaşımların hukukun konusu olmaktan çıkarılması gerektiğini savunarak hukuk düzeninin pratikteki işlevini daraltmış; onu, mevcut kapitalist özel mülkiyet sisteminin sürdürülebilmesine ilişkin zorunlulukları karşılamaya dönük bir araç haline getirmiştir. Artık hukukun konusu, olması gerekenden olanın alanına indirgenmiş ve hukuk, salt egemen iradenin bir ürünü kabul edilip hukukçuların görevi de yasaların şeklen uygulanmasının hudutlarını aşmayacak bir kapsam içinde tanımlanmıştır. Bütün bunların hukuk teorisine aktarılması ve sonrasında uygulamada hâkim anlayışlar haline gelmesi, Hume'un yolunu açtığı ama Bentham ve Austin'in esaslarını çizip güzergâhını belirlediği bir minvalde gerçekleşmiştir.

Bentham'ın hukuk felsefesi ve dolayısıyla hukuki pozitivizm anlayışına temel oluşturan görüşleri incelenmek istendiğinde, ahlak felsefesinin özünü oluşturan ve Hume'un fikirleriyle pek çok ortak yön barındıran,[96] liberalizmle uyumlu, dünyayı fayda eksenli bir düşünceyle açıklamaya dönük uğraşısının ön plana çıktığı görülür. Engels'e göre Bentham, ortak ve bireysel faydanın birbirinden ayrılmaz olduğunu söylemesine rağmen son kertede bireysel faydayı daha üstte konumlandırır; serbest rekabeti ahlaki olanın özü haline getirirken insan ilişkilerini mülkiyet ile eşyanın yasalarına göre düzenler ve zamanın ekonomi politik gerçekliğine uygun şekilde, bireysel faydayı ortak faydanın temeli sayıp ortak iyi *(general good)* kavramının yerine en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu kavramını koyar.[97] Bentham'ın,

---

[96] Bentham'ın, Hume'un eserlerini okuyarak ondan doğrudan etkilenmesine ilişkin bir açıklama için bkz. Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi III, s. 56.

[97] Engels, The Condition of England I, s. 486. Marx'a göre Bentham, faydacı felsefesini esasen Fransız filozof Helvetius'un fikirlerinden esinlenerek oluşturması-

Hume'la benzeştiği noktalar sadece fayda kavramına yüklediği anlamla sınırlı değildir; mülkiyet kavramıyla hukuk kavramı arasında kurduğu özdeşlik ilişkisi ve mülkiyeti herhangi bir biçimde doğal hukuka veya doğal haklara ilişkin açıklamalara başvurmaksızın ele alması da onu Hume'a yaklaştırır. Ona göre, medeni bir toplumda başta mülkiyet olmak üzere, bir insanın sahip olabileceği tüm haklar ve onlardan faydalanma beklentisi yasalardan kaynaklanır.[98] Doğal mülkiyet diye bir şey olmadığından, onun ortaya çıkışı kadar varlığını sürdürebilmesi de hukuka bağlıdır; bu nedenle hukukun ortadan kalkması demek

---

na rağmen katıksız bir İngiliz fenomenidir. Fayda kavramını temellendirebilmek için öne sürdüğü argümanlarla aslında "İngiliz dar kafalısını normal insan olarak alır" ve buradan hareket eder. Keza Marx, Bentham'ın faydacı anlayışının tam da dönemin İngiltere'sinin ekonomi politik düzeninin bir yansıması olduğu kanaatindedir ve bunun iktisadi, politik, hukuki ve toplumsal sonuçlar doğurduğunu söyler. Ona göre bu düzende hâkim olan dört öğe "Özgürlük, Eşitlik, Mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlük! Çünkü, bir metanın, örneğin emek gücünün, alıcıları da satıcıları da yalnızca kendi özgür iradelerine bağlıdır. Aralarındaki sözleşmeyi özgür ve hukukça eşit kişiler olarak yaparlar. Sözleşme, içinde iradelerine ortak bir hukuki ifade verdikleri bir sonuçtur. Eşitlik! Çünkü, birbirleriyle yalnızca meta sahipleri olarak ilişki kurarlar ve aralarında eş değerde olan şeyleri değiştirirler. Mülkiyet! Çünkü, her biri yalnızca kendisinin olan şey üzerinde tasarrufta bulunur. Bentham! Çünkü, her ikisi de yalnızca kendi gemisini kurtarmaya çalışır. Bunların bir araya getiren ve aralarında ilişki kuran biricik güç, onların bencillikleri, özel kazançları ve kişisel çıkarlarıdır. Ve böylece, herkes kendi çıkarını kolladığından ve kimse başkaları için bir şey yapmadığından, şeylerin önceden kurulmuş uyumunun sonucu olarak ya da her şeye gücü yeten bir Tanrı inayetinin himayesi altında, herkes, yalnızca, onlara karşılıklı avantaj sağlayan, herkes için yararlı, ortak çıkarlara uygun işler yapar". Karl Marx/Friedrich Engels, Alman İdeolojisi, (Çev. Tonguç Ok/Olcay Geridönmez), 2. Baskı, Evrensel Basım Yayım, İstanbul 2013, s. 356; Marx, s. 177-178; 589 (dipnot 68).

98 Jeremy Bentham, The Limits of Jurisprudence Defined, (Edi. Charles Warren Everest), Colombia University Press, New York 1945, s. 84. Bentham'a göre bir hırsızın çaldığı bir nesneden faydalanma beklentisi bile yasaların korumasından kaynaklanmaktadır. Hırsızlığı ortaya çıkmadığı sürece, hırsız da onu gerçekten satın almış ve yapmış biri gibi, hırsızlık konusu nesneden yararlanma hususunda -yasalar dolayısıyla- tam bir imkâna sahiptir. Ibid. Burada Bentham açısından haklar ile faydalanma beklentisi arasındaki ilişkinin hak ve yükümlülük kavramlarıyla bağlantı olduğu belirtilebilir. Zira Bentham'ın haklar analizine bakılacak olursa, hakların ancak yükümlülüklerden belirli biçimde faydalanan birileri olduğunda ortaya çıkacağı kabulü vardır. Dolayısıyla taraflardan birine yükümlülük getiren bir durumun, diğer taraf için hak ve bunun uzantısında fayda doğurduğundan söz edilebilir. David Lyons, "Founders and Foundations of Legal Positivism", *Michigan Law Review*, C. 84, S. 4, 1984, s. 724.

aslında mülkiyetin de sonunun geldiğini gösterir.[99] Mülkiyet ile hukuk arasında kurduğu zorunlu bağlantıyı fayda ilkesi içinde konumlandıran Bentham'a göre, insan, çıkarının nerede olduğunu en iyi kendisi bilebileceğinden, bunu istediği biçimde gerçekleştirme imkânına kavuşturulmalı; dolayısıyla mülkiyet kavramına ilişkin yasadan kaynaklı sınırlamalar kaldırılmalı; bireylere, mülkiyetleri üzerinde daha fazla tasarruf yetkisi verilmeli ve bunlara paralel olarak sözleşme özgürlükleri de genişletilmelidir.[100] Bentham'ın bahsi geçen yaklaşımının, hukuk ile mülkiyetin varoluş koşullarını birbirleriyle özdeşleştirmek ve sözleşme özgürlüğünü olabilecek en geniş biçimde yorumlamak suretiyle, kapitalist mülkiyet düzeninin ve meta mübadelesine dayalı serbest piyasa sisteminin gerekliliklerine uyumlu bir hukuk teorisini temellendirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bentham açısından, ahlak ve yasalarda doğru olan her şeyin kendisinden türediği ve insan türü kadar eski olan fayda düşüncesi, sadece bireylerin davranışlarının istikametini belirleyen bir etmen değil; aynı zamanda devletin bütün idari işlem ve eylemlerinde hâkim olması gereken, bireysel veya toplumsal mutluluğun -hazzın- arttırılıp ıstırabın -acının- azaltılmasını hedefleyen genel bir ilke olarak kabul edilmelidir.[101] Ancak fayda ilkesi, insan davranışlarının iyi veya kötü ya da doğru veya yanlış olarak değerlendirilmesinde akıl yoluyla keşfedilen *a priori*, değişmez, mutlak ve evrensel bir niteliği haiz olmayıp esasen bu davranışların gözlemlenmesine dayanmaktadır.[102] Ayrıca söz konusu ilke, yasa koyucunun yasama sürecinde benimsemesi gereken temel kaide olduğundan, bu sürecin ve doğal olarak bütün yasal düzenlemelerin esas amacı da, hazların artırılıp acıların ortadan kaldırılması bağlamında toplumun -kamunun- genel mutluluğunu çoğaltmaya odaklanmalıdır.[103] Siyasi ve hukuki düzenin geliştirilebilmesi ve

---

99 Jeremy Bentham, Theory of Legislation, (Çev. R. Hildreth), Trübner & Co., London 1864, s. 111; Bentham, The Limits, s. 85.

100 Güriz, Faydacı, s. 108-111.

101 Bentham, Yasamanın, s. 1-3; 84; Jeremy Bentham, Ahlak ve Yasama İlkeleri, (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu/Uğur Kâşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 17-19.

102 Oktay Uygun, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 117.

103 Bentham, Ahlak, s. 37; 159; 270; Bentham, Yasamanın, s. 1. Bentham açısından ahlaken "iyi" ve "kötü" olanı belirleyen ölçütün, tam da buradaki haz ile acıların değerler toplamı olduğu söylenebilir. Haz ve acılar toplandığında, eğer sonuç haz lehine ise eylemin iyiliğe, buna karşın acı lehine ise kötülüğe eğilimli olduğundan

reforme edilebilmesi için, fayda ilkesine dayalı yasama politikaları ön plana çıkartılmalıdır.[104] Bentham'ın hukuk alanındaki reformist yaklaşımı, hukuki pozitivizmin bir yasama politikası olarak benimsenmesi talebinin yanı sıra İngiliz *Common Law* uygulamasının, -büyük toprak sahibi aristokrasinin sahip olduğu ayrıcalıklar karşısında, başta orta sınıflar olmak üzere belirli iktisadi çevrelerin gelişen ticari düzen içindeki çıkarlarının lehinde daha öngörülebilir, rasyonel, belirli ve objektif bir hukuk düzeni ihtiyacı göz önüne alınarak- radikal biçimde dönüştürülmesi gerektiği fikrine de dayanmaktadır.[105] Ona göre, tıpkı ahlak gibi yasama süreci de, mümkün olabilecek en büyük toplumsal mutluluğun üretilebilmesine yönelmiş bir insan eylemlerini yönetme sanatından başka bir şey değildir.[106]

Bentham, hukuki pozitivizmin ana hatlarının çerçevesini çizerken, yasa koyucu tarafından yasa olarak sunulan her şeyin yasa olduğunu ve yasanın temel niteliğinin de, zorlayıcı bir mahiyette bulunması itibarıyla, emir olma özelliğiyle biçimlendiğini belirtir.[107] Buradan hareketle Bentham için yasa, egemen iradenin bir ürünü olarak yurttaşlara yönelen, adalet kavramından soyutlanmış ve yaptırım gücüyle

---

bahsedilebilir. Bentham, Ahlak, s. 39.

104 Ülker Yükselbaba, Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 18; Michael J. Sandel, Adalet- Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? (Çev. Mehmet Kocaoğlu), 5. Baskı, Eksi Kitaplar, Ankara 2017, s. 59. Bentham, fayda ilkesinin sadece yasama süreci ve politikalarında değil yasama bilimi açısından da temel olması gerektiğini söyler. Burada ince hesaplamaların yapılması suretiyle ortak faydanın artırılması amaçlanmalıdır. Bentham'a göre "[y]asama bilimi, ahlaki hesaptan ve maliyet-kazanç değerlendirmesinden hareketle, cezai yasalar başta olmak üzere bütün yasaların, özgürlükleri sınırladıkları için kendinde-kötü olduğunu göz önüne alır; bu durumda yasama bilimi, genel faydanın arttırılması yoluyla gerekçelendirilmelidir". Facchi, s. 185.

105 Güriz, Faydacı, s. 32; Özkurt, s. 188-189.

106 Bentham, Yasamanın, s. 75.

107 Jeremy Bentham, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Batoche Books, Kitchener 2000, s. 240. Bentham'ın İngilizce eserinde; "[i]n this sense whatever is given for law by the person or persons recognized as possessing the power of making laws, is law." şeklinde bir ifade geçmekte olup bu çalışmada ağırlıklı olarak yararlanılan Türkçe çeviride, yasa koyucu veya koyucuların "adalet adına yaptıkları her şey yasadır" şeklinde bir tercüme yapılmıştır. İlgili tercümenin, Bentham'ın orijinal ifadesini tam olarak karşılayamadığı düşünüldüğünden İngilizce metin esas alınıp ona atıf yapılmıştır. Bentham, Ahlak, s. 275-276.

donatılmış bir emirdir.[108] Yasa koyucunun yasama sürecinde benimseyeceği temel perspektif, adaleti gerçekleştirmekten ziyade, öncelikle insanların çıkarlarını koruyabilmek için en uygun koşulları sağlayabilecek yegâne imkânı veren fayda ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak ve ardından da -hukukun da temel görevi olan- "en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu"nu temin etmek olmalıdır.[109] Hukukun, toplumsal mutluluğu gençoklamak görevini yerine getirebilmesi için, hakların ve yükümlülüklerin dağıtımında yasa koyucunun; insanların geçimini sağlamak, refahı üretmek ve eşitliği desteklemek gibi sorumlulukları -amaçları- bulunuyorsa da en önemli ödevi ve nihai amacı güvenliği tesis etmektir.[110] Bentham'ın güvenliği ön plana çıkarmasındaki temel

---

108 Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019, s. 222-223; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999, s. 270; Özkurt, s. 126.

109 Jeremy Bentham, "The Rationale of Reward", The Works of Jeremy Bentham - Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, s. 192; Bentham, Principles, s. 8; Güriz, Faydacı, s. 6; Yükselbaba, Liberal, s. 35-36.

110 Bentham, Theory, s. 96. Bentham'a göre yasa koyucunun insanların geçimini sağlamak, refahı üretmek, eşitliği desteklemek ve güvenliği tesis etmek gibi dört temel sorumluluğu ve amacı vardır. Ancak bunlardan ilk üçü, güvenliğin altında yer almakta ve onunla çeliştiğinde hükümsüz hale gelmektedir. Örneğin insanların hayatta kalması için gerekli güdüleri aslında doğa yarattığından, insanların geçimini sağlama konusunda hukukun fonksiyonu son derece sınırlı ve dolaylıdır. Hukukun, çalışanın emeğinin karşılığını almasının garantisini sağlama dışında bir işlevi yoktur fakat bu güvenlik emekçi için paha biçilmez bir yarar da sağlamaktadır. İkinci amaç, bireylerin geçimlerini sağlayabilecekleri güvenli bir ortamın yaratılmasının yanında, onların refahının da artırılmasıdır. İngiltere'nin mutlu olmasının sebebi, lüksün bolluğu sayesinde kıtlık tehlikesinden uzak olmasıyla bağlantılıdır. Örneğin serbest ticaret sayesinde, kendi başına yararsız olan oyuncaklar, onları üretenler için geçimlerini sağlama yönünden fayda sağlamaktadır. Dolayısıyla lüks adı altında bolluğu suçlamaya kalkmak son derece yersiz bir davranıştır. Toplumun zenginliği, tüm bireysel zenginliklerin bir toplamıdır ve bu nedenle zenginlik bir kez başladıktan sonra durdurulamaz; onu en yüksek noktaya taşımak gerekmekte olup refah da ancak böyle artabilecektir. Yasamanın görevi de tam bu noktada, refahı artıracak düzenlemeler yapmaktır. Bentham'ın eşitlik konusundaki yaklaşımı ise, özünde özel hukuk düzenlemelerinin merkezde olduğu bir hukuki eşitlik anlayışıdır. Ona göre, insanlara mümkün olan en fazla faydayı sağlamak üzere hazırlanmış yasalarda, bir bireye diğer bireyden daha fazla fayda sağlanmaya çalışılmasının hiçbir geçerli nedeni yoktur. Bu yönüyle yasalar, sadece fırsat eşitliğini sağlamakla yükümlüdür; ama bu eşitlik anlayışı, kesinlikle güvenlikle bağdaşmayacak -ekonomik karakterdeki bir eşitliği ön plana çıkartan- bir mülkiyet dağılımını öngörmemelidir. Keza Bentham açısından siyasal anlamda da tam bir eşitlik durumundan söz edilemez. Tüm insanların

saik ise mevcut özel mülkiyet düzeninin devamlılığını teminat altına alma arzusudur. Ona göre mülkiyet düşüncesi, özünde sahip olunan nesneyle ilişkiden kaynaklanan belirli avantajlar elde etme beklentisinden ve inancından başka bir şey değildir ve bu beklenti ile inancın güvence altına alınabilmesi, hukukun varlığına zorunlu olarak bağlı-

---

mükemmel bir hak eşitliğine sahip olmasını talep etmek yasaların uygulanmasını imkânsız hale getirecektir. Egemen ile yurttaşları arasındaki bütün tabiiyet ilişkilerini alt üst edecektir. Evrensel oy hakkına dayalı bir eşitlik talebi bunun somut bir örneğidir. Seçme hakkı sadece ulusun güvenine sahip olanlara verilmelidir. Yoksulluk nedeniyle iyi eğitim alamamışlar, kadınlar, çocuk ve gençler, sabit ikametgâhı olmayanlar ve suçlular, gerekli bilgi ve siyasal dürüstlük konularında kendilerine itimat edilemeyecek kişiler olduklarından ulusun güvenine de mazhar değildirler; böyle kişiler -seçme hakkına sahip olmaları halinde, halkın geri kalanının yasama meclisine olan inancını zayıflatacaklarından-, seçme hakkından yoksun kılınmalıdırlar. Bentham'ın eşitlik karşıtı yaklaşımının diğer bir örneği, Fransız İnsan Hakları Bildirgesi'nde bulunan doğal haklara yönelttiği eleştirilerdir. Bu eleştiriler, bilhassa 1796'da yazdığı "Anarchical Fallacies" adlı metinde yer almaktadır. Bentham, Bildirge'nin ilk maddesindeki bütün insanların özgür ve haklar bakımından eşit doğduğuna ilişkin düzenlemenin hem saçma hem de çok tehlikeli sonuçlara sebebiyet verebilecek bir içeriği haiz olduğunu açık şekilde belirtir. Ayrıca, yasama ve yürütmeye ilişkin süreçlerde, geçimlerini sağlamak için sürekli çalışmak zorunda olan cahil ve eğitimsiz halkın yönetsel süreçlerin bir parçası haline getirilmesinin ölümcül neticelere yol açabilecek bir tercih olduğunu da vurgular. Sonuç olarak Bentham açısından hukukun asıl amacı güvenliği sağlamaktır ve bu, diğer üç amacın da üstündedir. Güvenliğin sağlanması hem diğer amaçları var eden hem de yukarıda açıklandığı üzere, özel mülkiyet düzeninin ve uygar toplumun bekasını sağlayan yegâne olgudur. Ibid. s. 96-109; Bentham, Yasamanın, s. 102-103; Jeremy Bentham, "Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution", The Works of Jeremy Bentham- Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, s. 497-499; 522. Bentham'ın daha sonraki dönemlerde, özellikle James Mill'den etkilenerek Tory yanlısı politikalarla aydın despotizmine dayalı reformculuktan vazgeçtiği ve 1810'lardan itibaren evrensel oy hakkını ve demokratik yönetim anlayışını savunmaya başladığı söylenebilir. Bu bağlamda Bentham, içinde yer aldığı Felsefi Radikaller grubunun da etkisiyle, hukuki reformların gerçekleştirilebilmesi için parlamentodaki temsil süreçlerinin liberalleşmesini savunmuştur. Yayımlanmış eserlerinde bu konulara pek değinmemişse de taslak halindeki bazı yazılarında, okuma yazma bilmeleri kaydıyla tüm erkeklerin ve hatta kadınların seçmen olabileceğini belirten pasajlar bulunmaktadır. Hatta Bentham'ın evrensel oy hakkının yanı sıra, yine yayınlamamış bazı yazılarında, rızaya dayalı eşcinsel ilişkilerin kınanmaması gerektiği yönünde görüşleri de savunduğu ve yukarıda belirtilen eski düşüncelerinden uzaklaştığı söylenmektedir. Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi III, s. 54-55; Ateş Uslu, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 3-Soyut Evrenselciliğe Karşı Eşitlik Talepleri, Yordam Kitap, İstanbul 2021, s. 35; 83-84; Güriz, Faydacı, s. 118-119.

dır.[111] Uygar bir toplumun temel özelliği olan özel mülkiyet düzeni, ancak yasalarla korunduğunda mülkiyet sahipliğini kalıcı hale getirebileceğinden, hukuk düzeninin sağladığı güvenliğin aynı zamanda uygar toplumu vahşi toplumdan ayıran temel olgu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.[112]

Bentham'ın hukuki pozitivizme ilişkin yaklaşımını biçimlendiren ve yine Hume'un siyaset ve hukuk felsefesinden derin izler taşıyan diğer bir husus, toplum sözleşmesi ve doğal hukuka ilişkin görüşleridir. Bentham'a göre, birbirinden farklı içeriği haiz olmalarına karşın Hobbes'un, Locke'un ve Jean-Jacques Rousseau'nun doğal durum, doğal haklar ve toplum sözleşmesine ilişkin tasvirleri ve bütün siyasal teorileri özünde bir kurmacaya dayandığından sadece düşünürlerin hayal güçlerinde var olmakta, devlet ve hukuk düzeni olgusunu mantıklı ve akla uygun bir biçimde açıklayamamaktadır.[113] Bu bağlamda birbirinden ne kadar farklılaşırlarsa farklılaşsınlar bütün devletlerin ortaya çıkış nedeni; özünde güvenliğin, ailenin, mülkiyetin ve sanayinin var olabilmesine ilişkin, insanların büyük bir ortak yararı paylaşmaları noktasında bir siyasal bağda uzlaşmaları olduğundan tarafların serbest rıza ve taahhütlerine dayandırılan soyut bir toplum sözleşmesine başvurulmasına gerek yoktur.[114] Hume gibi Bentham da, insanla-

---

111 Bentham, Theory, s. 111-112. Bentham açısından hukukun birincil görevi, karmaşık toplumsal etkileşim ağlarının içinde olan rasyonel bireylerin beklentilerini güvence altına almaktır. Geral J. Postema, "The British Tradition of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/ Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 189. Bu anlayış, liberal iktisatçıların rasyonel birey kavramsallaştırmasıyla keza kapitalizmin ekonomi politik düzeninin hukuka yüklediği, belirliliği ve öngörülebilirliği sağlama misyonuyla uyum içindedir.

112 Bentham, Theory, s. 109-110.

113 Bentham, Yasamanın, s. 91-94. Bentham, Hume'un toplum sözleşmeci düşünürlere yönelttiği eleştirileri okuduktan sonra "gözlerinin açıldığını" ve sözleşme teorilerinin yanıltıcı bir kurgu olduğunu anladığını belirtir. Ona göre, egemenin sahip olduğu yasama yetkisinin kaynağı hukukla, sözleşmeyle veya herhangi bir normatif hak ya da yükümlülük yaratan toplumsal ilişkilerle bağlantılı değildir. Egemenin yasamaya ilişkin yetkileri, normatif bir kavrama başvurmadan açıklanabilecek bir toplumsal durumla ilgilidir. Bu durum, insanların hangi saikle olursa olsun, boyun eğme ve itaat etme eğilimine sahip olmalarının bir sonucudur. H. L. A. Hart, Essays on Bentham - Studies in Jurisprudence and Political Theory, Clarendon Press, Oxford 1982, s. 221.

114 Bentham, Yasamanın, s. 93-94. Bentham'ın kendisinden önce gelen Hobbes ve

rın bir devlet içinde yaşaması ve ona itaat etmesi gibi konularda toplum sözleşmecilerin argümanlarının gerçeği yansıtmadığını söyler ve karşılıklılık ile alışkanlığa dayalı bir fayda düşüncesini bu süreçlerdeki birincil belirleyen olarak niteler.[115] Ona göre, insanlara genel bir itaat alışkanlığının kazandırılabilmesi için, hukuk sisteminin temellerinin yine ahlaki olarak tarafsız olabilecek terimlerle -yani fayda ilkesinden hareketle- doğru bir şekilde tanımlanması gerekir.[116] İnsanlar bir arada yaşamak konusunda karşılıklı taahhütte bulunurken kendi sözlerini, başkalarının da aynı biçimde sözlerini yerine getireceği beklentisi içinde verirler ve bu yönüyle ahde vefa, emniyetin ve itimada dayalı ticari faaliyetlerin sürdürülebilmesi bağlamında toplumsal ilişkilerin temelinde bulunur.[117]

Bentham'ın doğal hukuka ilişkin yukarıda anlatılan yaklaşımını şekillendiren öğelerden bir diğerinin, Hume'un "olan" ile "olması gereken" arasında yaptığı felsefi ayrımın mirasından beslendiği de belirtilmelidir. Hart'a göre, Bentham'ın "olan"ı olgu ve "olması gerekeni" değer ifadeleri üzerinden kurgulayarak yaptığı bu sert ayrım,[118] doğal

---

Locke gibi sözleşmeci düşünürlerin yanı sıra İngiliz hukuk tarihinde çok önemli bir yeri olan William Blackstone'un görüşlerini de eleştirdiğini belirtmek gerekir. Blackstone, İngiliz Common Law düzenini sistemleştirmeye ve bir bütün olarak muhafaza etmeye çalıştığı gibi aynı zamanda onu doğal hukuk ilkeleriyle birleştirerek meşrulaştırmayı amaçlamıştır. Blackstone da varsayımsal bir toplum sözleşmesi kuramını benimsemekte; insanların bir araya gelerek sözleşmeyi hayata geçirdiklerini, içlerinden en yetenekli olanları yönetici olarak seçtiklerini ve "hükümetlerin oluşturulması" ile "üstün gücün kanun yapma hak ve görevi"nin bu sözleşmeden kaynaklandığını söylemektedir. Özkurt, s. 99; 113.

115 Güriz, Faydacı, s. 46; 68; 114; Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 266; Özkurt, s. 104-105; 148; Ahmet Gürbüz, Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012, s. 89-90.

116 Hart, Essays on Bentham, s. 28; 53.

117 Bentham, Yasamanın, s. 104.

118 Hart, Essays on Bentham, s. 41; 53; H. L. A. Hart, "Positivism and the Separation of Laws and Morals", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, 1958, s. 624-626; Philip Schofield, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 204. Bununla birlikte Schofield'in bu konuda oldukça ayrıksı bir yaklaşım benimsediği bir ara parantez olarak belirtilmelidir. Ona göre Bentham'ın "olan" ile "olması gereken"e ilişkin yaptığı ayrımın, Hart'ın yorumladığı biçimde değer ve olgu ifadeleri kavramları üzerinden genişletilebilmesi mümkün değildir. Bentham'ın hukuk bilimi -faydacı ahlaktan temellenmesi dolayısıyla-, ahlaki yönden tarafsız olgular alanına ait değildir. Bu

hukuk ile pozitif hukukun farklılıklarının gösterilmesinde önemli bir kıstas olarak ön plana çıktığı gibi doğal hukukun göreceli karakterinin ortaya konması yönünden de açıklayıcıdır. Sadece yasa koyucunun iradesinin yasa olabileceğini düşünen Bentham açısından, doğal yasalara veya doğal haklara atıf yapan ya da onları esas alan doğal hukuk teorileri, öznel tercihlerin ürünü olan fikirleri sanki nesnel verilermiş gibi sunmaları itibarıyla aslında kurmaca ve metafordan başka bir şey değildirler.[119] Bentham'a göre bu teoriler; kurguya dayalı birer icat olmaları dolayısıyla kendi içlerinde pek çok çelişki barındırması, kanıtlamadan yoksun iddiaları esas alması, ne kadar çok yaratıcısı varsa o kadar farklı biçimde -görünümde- ortaya çıkması, içeriklerinin onları tasarlayan kişilerin hoşuna giden ve olması gerektiğini düşündükleri bir mahiyet arz etmesi ve haklarında yapılan tartışmaların hiç bitmemesi gibi önemli sorunlarla maluldürler.[120] İlgili teoriler, devletlerin kurulmasından önce de bazı hakların varlığını kabul edip bunların egemen devletler tarafından dahi ortadan kaldırılamayacağı düşüncesine dayanmaları ve devletlerin kökenini belirlenmiş bir amaç için yapılan sözleşmeden hareketle açıklamaları sebebiyle retorik saçmalıklar olmalarının ötesinde tehlikeli sonuçlara yol açabilecek bir mahiyete sahiptirler; keza söz konusu teorilere atıfla, doğal yasaların pozitif yasalarla kıyaslanması da tamamen anlamsızdır.[121] Bentham, böyle kıyaslamalara başvurulması halinde, özellikle doğal hukukun -ya da Tanrısal hukukun- pozitif yasalarla çatıştığı durumlarda, yürürlükteki yasalara uyulmaması yönünde halkın kışkırtılabileceğini, yasalara itaatsizlik yoluyla direnme hakkına meşruiyet kazandırılabileceğini, hatta direniş eyleminin yasal ve övgüye değer hale getirebileceğini belirtir ve tüm bunların engellenebilmesi için de hukuk düzenini, devletin varlığını sürdürebilmesinde başat bir araç konumuna yükseltir.[122] Doğal hukuk ya da doğal haklar gibi kavramlara gönderme yapılması ve bunların pozitif hukuku geçersiz kılabilecek üstün değerler olarak

---

nedenle Bentham'a hukuki pozitivist demek bile anakronik bir durumdur. Schofield, s. 219-223.

119 Bentham, Yasamanın, s. 104-105; Facchi, s. 184.

120 Bentham, Yasamanın, s. 105. Bentham'ın bu bağlamda temel insan hakları bildirgelerinde yapılan doğal hukuk atıflarını ciddi biçimde eleştirdiği belirtilmelidir. Bkz. Bentham, Ahlak, s. 285-286; Bentham, Anarchical, passim.

121 Bentham, Anarchical, s. 500.

122 Bentham, Yasamanın, s. 109; Bentham, Anarchical, s. 500.

sunulup evrensel ve mutlak olduklarının varsayılması, hukuk düzeninin sınırlamalarından bağımsız bir özgürlük düşüncesinin varlığına imkân verebileceği gibi katıksız bir anarşiye yol açarak mevcut siyasal ve yönetsel düzenin güvenliğini de tehdit edebilecektir.[123] Dolayısıyla Bentham'ın hukuk anlayışında, doğal yasaların özünde göreceli bir nitelik göstermesi itibarıyla, hukuka ilişkin düzenlemeler yapılırken bir başvuru kıstası olarak ele alınamayacağı fikri hâkimdir. Benzer şekilde, pozitif yasaların adil olup olmadığına ilişkin bir ölçütün belirlenmesinde de yaratıcısının kişisel tahayyülüyle biçimlendirilen, keyfi ve farazi özellikler taşıyan bir doğal hukuk teorisinin esas alınması kesinlikle yanlıştır. Hume'un direnme hakkına ancak çok sınırlı durumlarda izin veren görüşü, Bentham tarafından -hukuki pozitivizmin bir gereği olarak- doğal hukuk düşüncesinin hukukun alanından tamamen çıkarılmasıyla anlamsız hale gelmiş ve her halükarda yasaların etkin biçimde uygulanmasını savunan bir anlayışta kendine pek yer bulamamıştır.[124] Dönemin İngiltere'sinin ekonomi politik ve toplumsal gerçekliği göz önünde bulundurulduğunda, direnme hakkının reddedilmesi bakımından mülk sahibi sınıfların çıkarlarının da bu yönde olduğu kuşkusuzdur.

---

123 Şule Şahin Ceylan, "Anarşik Safsatalar: Bentham'ın Doğal Haklar Eleştirisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190, s. 730-731; Özkurt, s. 112-113; Bentham, Anarchical, s. 522-523.

124 Bununla birlikte Bentham'ın 1776 tarihli ilk eseri olan "A Fragment of Government"ta, fayda ilkesine atıfla sınırlı bir biçimde de olsa direnme hakkına izin verdiği söylenebilir. Ona göre, zararlı sonuçlar doğuran bir yasa karşısında direnmenin olası kötülüğü, itaat etmenin olası kötülüğünden daha az olduğunda ya da başka bir ifadeyle direnmenin faydası, itaat etmenin faydasından daha fazla olduğunda direnme hakkına başvurmak meşru sayılabilir. Ancak burada direnme hakkının meşruluk gerekçesi bir sözleşme değil yine fayda ilkesidir. Özgürlükleri kısıtlayan tüm yasalar kötü olsalar da bu kötülüğün fark edilmesinden itaatsizliğe geçiş adımı rasyonel bir şekilde atılmalı; itaat ile itaatsizliğin bütün olası sonuçları titiz biçimde hesaplanıp karşılaştırılmalıdır. Bentham'ın, belki de Hume'un sınırlı direnme hakkı anlayışının etkisiyle benimsediği bu erken dönem yaklaşımına karşın, özellikle sonraki eserlerinde ve hukuki pozitivist teorisini biçimlendirirken ilgili hakka yeniden hiç atıf yapmadığı hatta ona karşı bir çerçeve oluşturduğu ayrıca belirtilmelidir. Jeremy Bentham, The Collected Works of Jeremy Bentham - A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, (Edi. J. H. Burns/H. L. A. Hart), Clarendon Press, Oxford 1977, s. 487-491; Hart, Essays on Bentham, s. 81; Güriz, Faydacı, s. 69-70. Bentham'ın, egemenin gücünün mutlaklığı ve fayda eksenli bir direnme hakkı kapsamındaki yaklaşımı konusunda ayrıca bkz. Özkurt, s. 149-155.

Bentham'ın ardından hukuki pozitivizmin gelişiminde önemli bir dönüm noktası, Austin'in ortaya koyduğu ve genellikle iradeci veya analitik hukuki pozitivizm olarak adlandırılan yaklaşımdır. Bentham'ın öğrencisi, yakın dostu, mesai arkadaşı ve faydacı teorinin sıkı bir takipçisi olan ve hatta fayda ilkesini Tanrısal yasaların anlaşılabilmesinde tek rehber kabul edip faydacılıkla Tanrısal hukuk anlayışını uzlaştırmaya çalışan Austin'in,[125] Bentham'ın savunduğu görüşlerin daha muhafazakâr bir yorumunu yaptığı[126] söylenebilirse de, ileride daha ayrıntılı değinileceği üzere, döneminin liberal fikirlerinden ve onun ekonomi politik düzene yönelik genel kabullerinden uzaklaşmadığı belirtilmelidir. Örneğin Austin'in, Thomas Malthus'un sadık bir izleyicisi ve ekonomi politik kuramının güçlü bir taraftarı olduğu; bunun sonucunda mülkiyet hakkı, sermaye sahipleri ile işçilerin birbirleriyle olan ilişkileri ile karşılıklı hak ve yükümlülükleri gibi meselelerdeki görüşlerinin doğrudan onun etkisi altında biçimlendiği de göz ardı edilmemelidir.[127]

Austin, hukukun ne olduğu sorusunu yanıtlayabilmek için egemen gücün iradesi kavramına başvurmuş; aynı zamanda hukuku, sosyal bilimlerin diğer tüm alanlarının dışında, kendi başına işleyen sistematik bir bilim olarak geliştirmek istemiştir. Austin'in, mevcut hukuku açıklayabilmek için, ahlaki açıdan tarafsız olduğunu düşündüğü analitik bir kavramsal dizge aracılığıyla hukuk kurallarının toplumsal, ahlaki veya dini normlardan nasıl ayrıldığını analiz etmeye yönelme-

---

125 Hart'ın ifadesiyle Austin faydayı, Tanrısal emirlerin bir göstergesi -dizini- olarak kabul ediyordu. Hart, Positivism, s. 597; 625. Konuyla ilgili olarak ayrıca bkz. Michael Lobban, "John Austin", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, s. 241.

126 Mehmet Tevfik Özcan, "Önsöz", Hukukun Belirlenmiş Alanı, (John Austin), (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. XII; John Austin, Hukukun Belirlenmiş Alanı, (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. 92. Sabine'e göre Austin, Bentham'ın hacimli, dağınık ve kolay okunamayan eserlerinde yer alan hukuka ilişkin görüşleri bir araya getirip derlemek dışında çok özgün bir düşünce geliştirmemiş; sadece Bentham'ın ayrıntılı biçimde değinmediği egemenlik teorisine aşırı önem vererek farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Sabine, Siyasal Düşünceler Tarihi III, s. 63.

127 Wilfrid E. Rumble, "Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence", *Cornell Law Review*, C. 66, S. 5, 1980-1981, s. 989.

si, böylece hukuk bilimini *(jurisprudence)*, maddi hukukun veya ahlak felsefesinin dışında bağımsız bir çalışma alanı olarak tanımlaya çalışması, onu döneminin hukukçuları içinde özgün kılan başlıca hususlar olmuştur.[128] Söz konusu hukuk bilimi yaklaşımıyla Austin, belirli bir toplumda hukukun nasıl anlaşıldığından ziyade gelişmiş farklı hukuk düzenlerinde ortak olan ilke ve ayrımlarla ilgilenerek bunların nasıl şekillendiğini araştırmayı ve belirli bir kavramlar sistemi inşa etmeyi amaçlamıştır.[129] Soyutlamaya dayanan bu süreç, hukukun analizi ve anlamlandırılabilmesi için detaylı ve mantıksal yönden tutarlı bir kurallar ve ilkeler yapısı ortaya koymaya, ardından da bu yapıyı olgusal durum veya olaylardan ayırmaya dayanmıştır.[130] Austin'in hukuku bir bilim olarak geliştirme isteği, bir süre kaldığı Almanya'daki hukuk felsefesi yaklaşımlarından -esasen Thibaut'un Felsefi Okulu ile kısmen de onun rakibi durumunda bulunan Savigny'nin Tarihçi Hukuk Okulu'ndan, ayrıca farklı Romanist ve Pandekt hukukçuların görüşlerinden- etkilenerek hukukun sistemleştirilmesini ve sınıflandırılmasını amaçlayan bir uğraşıya dönüşmüş; muhafazakâr kimliğine karşın Bentham'dan miras aldığı, İngiliz hukukunda kodifikasyon ve reform yapılması gerektiği yönündeki düşüncelerle yeniden biçimlenmiş ve bu doğrultuda pozitif hukuku, kendisinin temel inceleme konusu haline getirmesiyle sonuçlanmıştır.[131] Dolayısıyla Austin açısından hukuk biliminin konusu pozitif hukuk,[132] yani yasalar olup yasa kavramı da

---

128 Lobban, s. 225-226; Ahmet Ulvi Türkbağ, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi- 12. Kitap (Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- II Sempozyumu 7-11 Eylül 2004- İstanbul), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2015, s. 55.

129 Lobban, s. 226.

130 M. H. Hoeflich, "John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer", *American Journal of Legal History*, C. 29, S. 1, 1985, s. 42.

131 Andreas B. Schwarz, "John Austin ve Döneminin Alman Hukuk Felsefesi", (Çev. İzzet Mert Ertan), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,* C. 66, S. 2, 2008, s. 390-392; Lobban, s. 225; Hoeflich, s. 38; W. G. Hammond, "John Austin and His Wife", *Green Bag*, C. 1, S. 2, 1889, s. 49.

132 Austin'in yasa anlayışının; Tanrısal yasalar, pozitif yasalar, pozitif ahlak ve metaforik ya da figüratif yasalar şeklinde dörtlü bir ayrıma dayandığı belirtilmelidir. Tanrısal yasalar, Tanrının insanlar için koyduğu kurallardır. Pozitif yasalar, siyaseten üstün olanlar tarafından konulan ve hukuk biliminin yegâne konusunu oluşturan düzenlemeler bütünüdür. Pozitif ahlak yasaları, siyaseten üstün olmayanlarca konan kurallardır. Ahlak kısmı, bu düzenlemeleri pozitif hukuktan ayı-

"siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı […]*, akıl sahibi bir varlığa yol göstermek için, onun üzerinde gücü olan akıl sahibi (diğer) bir varlıkça koyulan bir kural olarak tanımlanabilir"*.[133] Başka bir ifadeyle yasa, egemen konuma sahip otorite tarafından oluşturulması itibarıyla belirgin bir kaynaktan doğar ve ancak muhataplarını hukuki olarak bağlayıp hukuki yaptırımlarla donatıldığında tam anlamıyla yasa adını almaya hak kazanır.[134] Bu mahiyeti itibarıyla her yasa veya kural, öncelikle bir şeyin yapılması veya o şeyden sakınılması yönünde bir emir olup muhatabını emre itaat etme ödevi yükümlülüğü altına sokar; yasaya aykırı davranışta bulunulduğunda, yani emre itaat edilmeyip ödeve karşı gelinmesi halinde ise kuralı ihlal eden kişi ceza olarak adlandırılan bir yaptırıma -kötülüğe- maruz kalır.[135] Austin'e göre, ancak egemen otoritenin iradesinin ürünü olması ve genel nitelik taşıması şeklindeki iki temel özelliği bünyesinde barındırdığı takdirde yasa haline gelebilen emir, bir kişiye belirli eylemleri yapmasını veya yapmamasını buyurur ve olası itaatsizlikleri bir ceza tehdidiyle yaptırıma bağlayarak kendi gücünü ve varlığını gösterir.[136] Dolayısıyla bir

---

rırken, pozitif sıfatı ise Tanrısal yasalardan farklı kılmaktadır. Metaforik ya da figüratif yasalar ise, aslında yasa terimine çok az benzeyen, daha ziyade mecazi anlamda yasa sayılabilecek ve esasen yığın niteliğindeki bulanık spekülasyonlar olarak nitelendirilebilecek doğal hukukun alanında var olan kurallardır. Austin, s. 27-30.

133 Ibid., s. 27. Pozitif hukuku, egemen iradenin bir ürünü olarak yasalar ekseninde değerlendiren Austin'in, İngiliz hukuk sistemi bağlamında örf ve âdet hukukuna ilişkin görüşlerine de bu bağlamda kısaca değinmek gerekir. Ona göre örf adet hukuku, her ne kadar pozitif hukukun bir parçası sayılsa da tam olarak yasa veya kural olarak değerlendirilemez. Zira bunlar, siyaseten yukarıda bulunan bir otoritenin koyduğu yasalar niteliğinde olmayıp sadece yönetilenlerin uyduğu davranış kurallarıdır. Örf ve âdetin, pozitif hukuk haline gelebilmesi; ya egemen güç tarafından yasalara dâhil edilmeleriyle doğrudan ya da devletin yaptırım gücüyle donatılmış mahkeme kararlarında kullanılmaları suretiyle dolaylı bir biçimde olmaktadır. Ibid., s. 48-49.

134 Ibid., s. 111.

135 Ibid., s. 37-40.

136 Hart, Positivism, s. 602-603; Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, s. 147; Ertuğrul Uzun, "John Austin: Analitik Pozitivizm", Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, (Edi. Kasım Akbaş vd.), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, s. 26. Austin açısından gerek egemen güç olarak devleti gerekse emredici niteliği itibarıyla yasaları tanımlayan olguların başında, zorlayıcı araçlarla gerçekleştirilen resmi yaptırım -cezalandırma- mekanizmaları gelmektedir. Bu bağlamda Weber tarafından ortaya atılan ve devleti, bir toprak parçası üzerinde fiziksel şiddetin meşru kullanım tekelini

hukuk düzeninin özünün açıklanabilmesi için, emir kavramının itaat alışkanlığıyla nasıl desteklendiği ortaya konmalıdır.[137]

Austin, pozitif yasaların ayırt edici özelliklerinden birinin, egemen ile ona bağımlı olan kişiler arasındaki tabiiyet durumuyla ilişkili olduğunu düşünür. Pozitif hukuk kapsamındaki bir kural, egemen otorite tarafından, üstün konumda bulunduğu bir ilişkide kendisine bağımlı olan siyasal toplumun bir üyesine veya üyelerine uygulanır.[138] Austin'e göre, pozitif hukuku yaratan egemen otoritenin, toplumdaki diğer tüm iktidar odaklarının üzerinde olması nedeniyle, yasaları her zaman değiştirme yetkisi olduğu gibi kudretini sınırlayacak hiçbir yüksek ilke de bulunmaz; bu nedenle, uhdesinde toplanan sonsuz yetkilerin hukuk kurallarıyla kısıtlanması mümkün değildir.[139] Austin'in hukuka ilişkin yaklaşımında, egemen otoriteye verdiği bu ayrıksı önem -tıpkı Bentham'da olduğu gibi-, hukuk düzeninin ortaya çıkabilmesi ve açıklanabilmesi için öncelikle bir devletin varlığına ve devlet teorisine ihtiyaç duyulduğunun bir göstergesidir.[140] Dolayısıyla Austin açısından hukuku, toplum içinde kendilerine herhangi bir biçimde emir verilemediği için her zaman emreden konumunda bulunanların emirleri veya tanımı gereği hukukun dışında -ve hatta üstünde- olan egemenin, yasal kısıtlamalarla bağlı olmayan iradesinin bir eseri ya

elinde bulunduran bir organ olarak kavramsallaştıran yaklaşımın temellerinin, Austin'in görüşlerinde bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Lobban, s. 238.

137 Hart, Positivism, s. 602.

138 Austin, s. 139.

139 Güriz, Hukuk Felsefesi, s. 316-319; Ayşen Furtun, İngiliz Analitik Pozitivizmi- John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997, s. 100. Egemen otoritenin sahip olduğu iktidarın bu şekilde sınırsız biçimde kurgulanması, ideolojik yönden iradeci pozitivizmi, otoriteryan bir devlet anlayışı için de önemli bir hukuki alt yapı unsuru haline getirmektedir. Hukukun kullanılması suretiyle otoriter yönetim paradigmalarının ve buna bağlı uygulamaların meşrulaştırılabilmesi, iradeci pozitivizmin ideolojik yönünü gözler önüne sermektedir. Niyazi Öktem/Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2009, s. 388-389; Şefik Taylan Akman, Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi, İmge Kitabevi, Ankara 2015, s. 197.

140 Joseph Raz, The Authority of Law - Essays on Law and Morality, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 99; Joseph Raz, The Concept of a Legal System - An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford 1997, s. 18-19.

da yaratımı şeklinde tanımlamak mümkündür.[141] Gerçekten toplumun çoğunluğu, kendisinin üstünde bir güç bulunmayan ve bu gücü hukuken sınırlandırılamayan bir egemen otoriteye itaat etme eğilimi içindedir; bu itaat, hukukun toplumsal boyutunun bir parçası olarak, çoğunluğun alışkanlıkları sonucunda ortaya çıkıyorsa, o noktada egemenlik ve tabiiyet ilişkisi kurulmakta ve egemen otoritenin emirleri, uyrukları için pozitif hukuk haline gelmektedir.[142] Austin, tıpkı öncülü Bentham gibi egemenliği, ahlakla veya ahlaki ilkelerle açıklamak yerine, itaat alışkanlığına dair toplumsal bir olguya atıfta bulunarak tanımlamakta; bu sayede alışkanlık ve bireysel itaat, egemenlik analizinin belirleyici kavramları haline gelmektedir.[143] O halde pozitif hukukun geçerlilik ölçütünün, egemenlik gücünü mutlak biçimde kullanmaya ehil bir otorite karşısında, onunla tabiiyet ilişkisi içinde olan siyasal toplumun üyelerinin, otoriteye itaat edip etmedikleri noktasında belirdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu noktada tabiiyet ilişkisini, itaat kavramı ekseninde değerlendiren Austin'in, yer yer Hume'un itaat ile alışkanlık arasında kurduğu ilişkiye benzer biçimde bir yaklaşımı pozitivist anlayışına temel alması dikkat çekmektedir.

Austin'in, hukuka ilişkin konularda faydacı bir yaklaşımı savunması, başta doğal hukuk olmak üzere genel anlamda adalet ve değer gibi kavramların, hukuksal alanın dışına çıkarılması gerektiği yönündeki bir düşünceyi benimsemesini beraberinde getirmektedir. Örneğin Austin, adalet kavramının fazlasıyla öznel ve belirsiz olmasından hareketle, hâkimlerin; adaleti sağlama gibi bir amaçları olmadığını, salt

---

141 Hart, Positivism, s. 603. Postema'ya göre, Austin'in pozitif yasaları, egemenin kendisine tabii olan kişilere dayattığı emirler olarak tanımlaması ve onların varlık koşulunu da egemenin iradesiyle özdeşleştirerek açıklaması, Jean Bodin'i öncelikle takip ettiğini göstermektedir. Austin, Bodin tarafından benimsenen ve egemenin, ancak benzersiz, üstün ve sınırsız olduğu takdirde, verdiği emirlerin yasa olarak kabul edilebileceği anlayışını kendi hukuk tanımına ithal etmiştir. Fakat bunların çatışma içindeki siyasi toplumlarda, barış ve güvenliğin sağlanmasının zorunlu unsurları olmadığını lakin egemenlik kavramının mantıksal olarak gerekli özellikleri olduğunu vurgulayarak Bodin'den farklılaşmıştır. Postema, s.192-193.

142 Austin, s. 139-140; 176; 196; Ülker Yükselbaba, "Eserin Türkçe Baskısına Sunuş", Hukukun Belirlenmiş Alanı, (John Austin), (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, s. XXI; Engin Arıkan, "John Austin'in Hukuki Pozitivizmdeki Yeri ve Yarattığı Tartışmalar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 188-190, 2020, s. 553.

143 Raz, The Concept, s. 6-7; Lobban, s. 233.

hukuk sistemindeki kuralları takip edip uygulamakla yetinmeleri gerektiğini, ancak bunlar tükendiğinde hukuk yaratmak için fayda ilkesine başvurabileceklerini belirtmektedir.[144] Ona göre "adil", "adaletsiz", "adalet", "adaletsizlik" gibi kavramlar nispi ve değişken anlamlara sahiptir ve bunlar, bir karşılaştırma standardı olarak kesin bir anlamsal içeriği haiz kılınmak isteniyorlarsa pozitif hukuk esas alınarak değerlendirilmelidirler; çünkü sadece *"pozitif hukukun adaletsiz olamayacağı açıktır"*.[145] Austin'in bu yaklaşımı, tıpkı öncülleri gibi, maddi adaleti dışlayarak sadece prosedürel adaletin gerçekleşmesiyle yetinen bir hukuk düşüncesine sahip olduğunu göstermektedir. Ona göre, yönetsel ve hukuki konularda insanlar, amaçlarını sadece fayda standartlarına göre belirlemeli; "'*insan hakları', 'egemenlerin kutsal hakları', 'devredilemez özgürlükler', 'sonsuz ve değişmez adalet', 'bir başlangıç sözleşmesi veya anlaşması' ya da 'ihlal edilemez bir anayasanın ilkeleri' gibi anlamsız ifadelere başvur*[mamalıdırlar]".[146] Hume ve Bentham'ın benimsediği ampirik

---

144 Lobban, s. 246; Rumble, Legal Positivism, s. 991. Austin'in hâkimlere verdiği fonksiyon konusunda doktrinde çeşitli tartışmalar olmuş ve farklı görüşler de öne sürülmüştür. Çoğunlukla Austin'in, hâkimlerin hukuk yaratamayacağı ve karar verirken rasyonel varsayımlardan hareket etseler bile mekanik bir biçimde davranmaları gerektiği anlayışını savunduğu kabul edilmiş olmakla birlikte, bunun aksini iddia eden görüşler de vardır. Bu görüşlere göre Austin, hâkimlerin hiçbir koşulda hukuk yaratamayacağı anlayışını benimsemez; hâkimlerin, egemenin astları olduğunu, egemenin iradesinden ayrılmamak koşuluyla, açık veya örtülü bir yetki devriyle hukuk yaratabileceklerini de belirtir. Ancak Austin, yargısal yasama olarak adlandırılabilecek bu yöntemin bazı durumlarda kabul edilebilir olduğunu söylese bile sakıncalarına da dikkat çeker. Ona göre yargısal yasama; belirsizlik, yaratılan kuralların önceki olaylara uygulanması nedeniyle geriye etkililik ve -prosedürel adalet süreçlerini ihlal etmesi dolayısıyla- adaletsizliğin kaynağı olması gibi pek çok istenmeyen sonuca yol açmaktadır. Bu sebeple hâkimin hukuk yaratmasına dayalı faaliyetleri en aza indirebilmek için kanunlaştırmalara ağırlık verilmelidir. Hukuk yaratmaya izin verilmesinin yol açabileceği büyük hataların ve korkunç kötülüklerin listelenmesi bile kanunlaştırmaların yapılmasının neden zorunlu olduğunu göstermeye yeterlidir. İyi yapılandırılmış bir yasal düzenleme, her zaman yargısal yasamanın ürünü olan kurallardan çok daha üstündür. Wilfrid E. Rumble, "John Austin, Judicial Legislation and Legal Positivism", *University of Western Australia Law Review*, C. 13, S. 1, 1977, s. 79-82; 102-103; 108-109; Rumble, Legal Positivism, s. 991; 1020-1021.

145 Austin, s. 175-176 (dipnot 8).

146 Ibid., s. 64-65. Austin açısından yukarıda belirtilen bütün söz konusu ifadelerin, egemenin yasa yapma gücünü sınırlandıran üstün ilke, kural veya değerler olarak bir anlamı bulunmamaktadır. Bu noktada hem Fuller'in hem de Hart'ın tespit ettiği üzere, Bentham ile Austin'in görüşlerinin farklılaştığı bir husus vardır. Bent-

ve faydacı anlayıştan hareket eden, "olması gereken" hukuk karşısında, -belirli bir yer ve zamanda yürürlükte olup olgusal yönden göz-

ham açısından, en yüksek yasa koyucunun belirli türde yasalar çıkarması anayasa tarafından engellenebilir fakat Austin, yasa koyucuya ilişkin bu tür bir yasal sınırlamanın saçma ve imkânsız olduğu kanaatindedir. Austin'e göre egemenin yasal olarak sınırlandırılamaması, anayasa bakımından da geçerlidir. Egemenin anayasayı ve anayasa hukukunu ihlal eden bir davranışı "anayasa aykırı" olarak adlandırılabilse bile "hukuk ihlali" veya "yasadışı" değildir. Zira anayasanın dahi egemen üzerinde sınırlandırıcı ve bağlayıcı bir gücü yoktur. Austin'in bu tür bir anlayışı benimsemesinin nedeni ise, anayasa hukukunu salt pozitif hukuk kapsamında görmemesi ya sadece pozitif ahlak ya da pozitif ahlak ile pozitif hukukun bir birleşimi olarak değerlendirmesidir. Lobban'a göre Austin'in böyle bir yaklaşım geliştirmesi, anayasa hukukunu, doğası gereği pozitif hukuktan tamamen farklı özelliklere sahip bir alan kabul etmesinden kaynaklanmaktadır. Austin'in yaklaşımı açısından bakılacak olursa, anayasa hukuku ister egemenin verdiği açık vaatlere ister siyasi toplulukta hâkim olan ilkelere dayansın, pozitif hukuktan ayrışan bir yaptırım mekanizması içerir. Bu mekanizma kamuoyunun belirsiz yaptırımlarının devreye girmesi şeklinde işlemektedir. Austin'in teorisine göre tanımı gereği egemen, hukuken sınırlandırılamaz; örneğin Birleşik Krallık Parlamentosu'nun ya da Amerika Birleşik Devletler Anayasası'nı değiştirme gücüne sahip organların, tüm siyasi gücü bir despota devretme yetkisine sahip oldukları söylenebilir. Ancak bu noktada insanların despota itaat edip etmeyeceği, toplumsal bir mesele haline gelecek ve anayasa hukukunun kendine özgün belirsiz yaptırımları işlemeye başlayacaktır. Son olarak belirtilmesi gereken bir husus, Austin'in böyle bir durumda, anayasal yaptırımlar bağlamında direnme hakkına izin verip vermediğidir. Austin'in hukuk teorisi bütünsel olarak düşünüldüğünde, direnme hakkının varlığından herhangi bir biçimde bahsedilemeyeceği açıktır. Ancak anayasal yaptırımlar bağlamında, toplumsal bir olgu olarak insanların direnme durumunun doğabileceği de olasılık dâhilindedir. Lobban'a göre, Austin'in kural faydacılığının önemli bir özelliği, bireylerin bir karara uyma veya uymama yönündeki kararları kendilerinin vereceklerine ilişkin saptamasıdır. Bazen bir kurala uymanın kötülüğü, onu ihlal etmenin kötülüğünü geçebilir. Örneğin kötü bir hükümetin insanlara verdiği zarar, anarşinin yol açacağı zararlardan daha fazla bir boyuta ulaşırsa, insanlar fayda ile zarar arasında ince bir tartıma giderek itaat etmeme yönünde nihai bir karara ulaşılabilirler. Böyle bir durumda, insanların doğrudan fayda ilkesine başvurarak davranışlarını şekillendirmeleri gerekmektedir. Keza Austin'in tek bir durumda, anayasayla yetkileri belirlenmiş bir kralın bunları aşıp anayasaya aykırı emirler vermesi halinde, yönetilenlerin olası itaatsizliğinin yasadışı olmadığını söyleyerek örtülü biçimde direnişe izin verdiği düşünülebilir. Başka bir ifadeyle Austin'in bu görüşü, direnme hakkı ifadesini doğrudan kullanmasa da bazı fiili durumlarda, itaat etmeme yoluyla dolaylı olarak direnmenin meşru hale gelebileceği şeklinde yorumlanabilir. Ibid., s.174-176; 178; Lon L. Fuller, "Positivism and Fidelity of Law- A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, 1958, s. 634; Hart, Essays on Bentham, s. 108-109; Lobban, s. 235; 242.

lemlenebilen- "olan" hukuku temel araştırma konusu yapan Austin, bu iki hukukun birbirinden kesin ve azami açıklıkla ayrılması gerektiği konusunda ısrar etmiş; böylece her türlü metafizik öğenin hukuki alandan uzaklaştırılması gerektiğini savunarak hukukçunun görevini, yürürlükteki hukuk düzeninin incelenmesiyle sınırlandırmak istemektedir.[147] Bu amaç doğrultusunda Austin'in, egemen ile yurttaşlar arasındaki rıza ve itaat ilişkisinin açıklanması hususunda, toplum sözleşmeci yaklaşımları reddettiği de ayrıca belirtilmelidir. Ona göre, tebaanın egemene keza egemenin de tebaaya yönelik karşılıklı ödev ve yükümlülüklerini açıklamak için, toplum sözleşmesine veya bir başlangıç sözleşmesine başvurmak son derece gereksiz olduğu gibi bunlara başvurulmasının herhangi bir dayanağı da yoktur.[148] Yasal yönden bir zorunluluk -kural- getiren tüm sözleşmeler, etkinliklerini sözleşmenin varlığından değil pozitif hukuktan aldıklarından, egemen ile tebaası arasında yükümlülük ve ödevlerin gerektirdiklerinin icra edilmesinde bir başlangıç sözleşmesine atıf yapılması, eğer bu konu yasalarla düzenlenmediyse, nafile bir uğraştan başka bir şey değildir.[149] Bu yönüyle devlete neden itaat ediyoruz / etmeliyiz sorusunu, Austin açısından, sözleşme kuramcılarının öngördükleri biçimde, bir doğa durumu içinde insanların karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşme yaparak siyasal topluma geçişinden hareketle cevaplandırabilmek imkânsızdır. Çünkü doğa yasalarının içeriğinin ve kurallarının, insanlar tarafından ahlaki duygu ya da içgüdü gibi yollarla kesin olarak bilinmesi mümkün değildir.[150] Daha önce değinildiği üzere, egemene ve onun emirlerine itaat gösterme yönündeki davranışın temel nedeni alışkanlıklarla ilgili olup söz konusu davranışın ortaya çıkmasında, anarşiye karşı devletin tercih edilmesi ve devletin yararlılığı -bireysel ve toplumsal faydayı sürdürülebilir kılması- gibi düşünceler belirleyicidir.[151] Dolayısıyla doğal hak, değer, adalet veya toplum sözleşmesi gibi kavramlara başvurmadan, pozitif hukukun sınırları içinde, egemen ile yurttaşlar arasındaki itaat ilişkilerinin değerlendirilmesi gerekir. Bu itaatin gerçekleşmesinde, Hume'un öngördüğü gibi alışkanlığın, fayda ilkesinin ve

147 Hart, Positivism, s. 594; Yükselbaba, Eserin, s. XIX-XX.
148 Austin, s. 202.
149 Ibid., s. 202-203.
150 Lobban, s. 240.
151 Postema, s. 193.

bunlarla bağlantılı hukuk düzeninin kurallarının belirleyici bir etkisi olduğu göz ardı edilmemelidir.

Austin'in hukuk teorisine ilişkin yukarıda açıklanan yaklaşımının, yaşadığı dönemin İngiltere'sindeki hâkim sınıfların çıkarları ve dünya görüşü ekseninde şekillenen bir hukuki anlayışı yansıttığı belirtilmelidir. Austin'e göre, mülkiyet hakkı ile sermaye birikiminin birbirine paralellik arz etmesi, ekonomi politik düzeninin bekası için mülkiyet hakkının güvence altına alınmasını bir zorunluluk haline getirmekte; mülkiyette istikrar sağlanamazsa onu biriktirmeye dönük uğraşı azalıp sermaye birikimi zayıflamakta ve sonuçta üretim ile işbölümü ilişkileri gerileyerek toplumsal gelişim sekteye uğramaktadır.[152] Malthusçu bir ekonomi politik yaklaşımı benimseyen Austin açısından, işçilerin yoksulluğunun ve sefaletinin nedeni, özünde son derece yararlı bir kurum olan mülkiyet sahipliği üzerindeki eşitsizliklerden değil doğanın kısıtlı imkânlarından kaynaklanmaktadır.[153] İşçi sınıfı, cahillik ve sefilliğinden dolayı sermaye

---

[152] Austin, s. 55-56.

[153] Ibid., s. 72-73. Malthus'a göre halkın sefaletinin nedenleri, doğal düzenin ve buna bağlı gelişmelerin bir zorunluluğu olup ekonomi politik veya toplumsal sistemde aranmamalıdır. Malthus, Amerika'daki nüfus artışını -hatalı biçimde göç olgusuna dikkat etmeksizin- örnek alarak, eğer söz konusu artış serbest bırakılırsa, nüfusun her 25 yılda iki kat artacağını öngörmüştür. Ona göre nüfus -1,2,4,8,16,32… şeklinde- geometrik fakat yiyecek kaynakları -1,2,3,4,5,6… biçimde- aritmetik olarak artığından, aralarında zamanla orantısızlık doğmaktadır. İnsan nüfusunun yiyecek arzından daha hızlı biçimde yükselişinin önüne geçilmesi gerekmektedir. Nüfus artış hızının önüne geçen etmenlerden ilki, nispeten doğal bir zorunluluk olarak ortaya çıkan, pozitif denetim olarak adlandırılan sefalet, kıtlık, açlık, salgın ve savaşlara bağlı kitlesel ölümlerdir. İkincisi ise insanlar tarafından yapılacak doğum kontrolüne dayalı önleyici mekanizmalardır. Önleyici mekanizmalarla nüfus artış hızı azaltılamazsa, kaçınılmaz olarak pozitif mekanizmalar kendiliğinden devreye girip yiyecek arzı ile nüfus arasında bir dengeyi yeniden sağlayacaktır. Malthus, bu gerçekler nedeniyle özellikle yoksullar, işsizler, mülksüzler gibi hem ahlaken yozlaşmış hem de sürekli üreyen alt tabakaların evlenmemelerini, evlenseler bile geç yaşlarda evlenmelerini, cinsel perhiz yapmalarını ve çocuk doğurmamalarını salık verir. Ayrıca nüfus ile ücret düzeyi arasında ilişki bulunduğunu söyleyerek yoksul halkın nüfus artışının zorunlu sonucunun ücretlerin düşmesi, işsizlik ve kötüleşen bir ekonomik düzen olduğunu öğrenmesi gerektiğini belirtir. Ona göre yoksul sayısının çoğalması emek arzının artmasına, ardından ücretlerin, insanların dayanabilecekleri maksimum düzeye kadar düşmesine yol açacaktır. Ücretlerin, "asgari ücret düzeyi"nin altına inmesiyle birlikte toplumda sefalet, kıtlık ve hastalıklar artacak ve ölümler başlayacak bu tür kitlesel ölümlerden sonra, yeniden emek arzı azaldığında ücretler yükselebilecektir. Bu nedenle doğum kontrolü, nüfusun kontrol altında tutulabilmesi ve bu tür kıtlıkların yaşanmaması

ve mülkiyet sahiplerine düşmanlık beslemektedir; eğer işçiler, iktisadi konulardan biraz anlayıp akıl yürütebilselerdi -Malthus'un nüfus ilkesinin gerekliliklerini uygulayabilselerdi-, içinde bulundukları konumun nedeninin kendilerinden kaynaklandığını ve hatta sermaye ile mülkiyet sahipleri olmasaydı, hizmetleri karşılığı aldıkları ücretlerin çok daha az ve üstelik istikrarsız olacağını fark ederlerdi.[154] Austin'in, yaşadığı dönemin İngiliz kapitalizminin ekonomi politik gerçekliği ile başta Malthus olmak üzere klasik liberal iktisat teorisyenlerinin fikirlerinden beslenen toplumsal düşüncelerinin, hukuki yaklaşımını da etkileyen bazı sonuçlar

için son derece önemlidir. Fakat yoksullar hiçbir zaman zengin sınıflara has ahlaki erdemlere sahip değildirler. Yardımsever zenginlerin her türlü yardım çabalarına rağmen ellerine geçen fazla parayı -ahlaken yozlaşmış oldukları için- hemen içki, eğlence, kumar gibi gereksiz harcamalara yöneltir; kısa süreli refahın etkisiyle daha çok çocuk yapmaya başlar ve sonunda ilk durumlarından da daha kötü hale gelirler. Bütün bu süreçler, adeta kapitalizmin kendi içinde yaşadığı bir kısır döngü olarak, arz talep dengesizliğinden kaynaklı, belirli periyotlarla tekrarlanan ekonomik krizlere yol açarak iktisadi düzenin ve refahın bozulmasına sebep olur. Dolayısıyla krizlerin en büyük sorumlusu yoksul sınıflardır. Her zaman başta toprak sahipleri olmak üzere, zengin mülk sahibi sınıfların ateşli bir savunucusu olan Malthus, yoksulların kısmi ekonomik refaha ulaşmaları halinde nüfus artış hızını tetikleyeceklerini söyler. İngiltere'de alt sınıflara yönelik sosyal politikalara, yapılan yardımlara ve yoksulluk fonlarına bu nedenle karşı çıkar ve bunların kaldırılması gerektiğini savunur. Ona göre, insanlığın ulaşabildiği tüm büyük kültürel kazanımlar, özel mülkiyet düzeni ve bununla doğrudan bağlantılı olan sınıfsal eşitsizlikler sayesinde gerçekleşir. Thomas R.Malthus, Nüfus İlkesi, (Çev. Çağla Taşkın), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 33-36; 50-57; E. K. Kunt/Mark Lautzenheiser, İktisadi Düşünce Tarihi - Eleştirel Bir Perspektif, (Çev. Vedat Ulvi Aslan), Phoenix Yayınevi, Ankara 2016, s. 122-123; 127-131; Avni Zarakolu, İktisadi Düşünceler Tarihi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981, s. 25-26; Fikret Şenses, İktisada (Farklı Bir) Giriş, İletişim Yayınları, İstanbul 2017, s. 59-60; Gülten Kazgan, İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi, 9. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000, s. 87-88; Jim Stanford, Herkes İçin İktisat - Kapitalist Sömürüyü Anlama Kılavuzu, (Çev. Tuncel Öncel), 3. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2015, s. 59.

154 Austin, s. 73-75. Austin, başta işçi sınıfı olmak üzere yoksulların içinde bulunduğu konumun kötülüğünün, bütünüyle kendilerinden kaynaklandığını düşünmektedir. Söz konusu kitlelere karşı aşağılayıcı bir bakış açısına sahip olan Austin'e göre, bu insanlar ancak ekonomi politiğin mülkiyet kurumunu gerektiren nedenleri ve nüfus ilkesinin işçi ücretleri üzerindeki etkisi gibi temel iktisadi meseleleri kavrarlarsa "yoksulluktan rahata; büyükbaş hayvanlar gibi çalışıp didinmekten, yeterli dinlenme hakkının kullanılmasına; cehalet ve yabanilikten bilge ve inceliğe; alçaltıcı bir tabi kılınmadan saygı gösterilmesini emreden bir bağımsızlığa kavuşabilirler". Ibid., s. 76.

doğurduğu açıktır. Özellikle değer, adalet ve doğal haklar gibi kavramları, hukuk düzeni olgusundan tamamen ayırarak değerlendirmesinde; keza mevcut düzene karşı, başta işçi sınıfı olmak üzere yoksulların yükselmeye başlayan hak, özgürlük ve eşitliğe yönelik taleplerini bastırmak için hukuku egemen sınıfların çıkarları lehinde araçsallaştırarak kullanmasında; yukarıda zikredilen toplumsal ve politik görüşlerinin hiçbir etkisi olmadığını söylemek güçtür. Hukuku, sadece egemen otoritenin yetkesi çerçevesinde açıklamaya çalışan pozitivist bir yaklaşım geliştirmesi ve prosedürel bir adalet anlayışıyla, salt yasa koyucunun emirlerinin ifadesi olan yasaların uygulanmasıyla sınırlandırması, eşitsizliğe dayalı mevcut toplumsal düzenin sürdürülebilmesinde hukuka atfettiği muhafazakâr ve hatta baskıcı rolü aleni biçimde göstermektedir. Dolayısıyla Austin'in hukuk teorisi, hukuku her ne kadar tüm değerlerden soyutlayarak kendi başına bir bilim haline getirme iddiasını taşıyorsa da değerden bağımsız ve politik içerikten ari değildir; tıpkı Hume ile Bentham'ın felsefi ve hukuki yaklaşımlarında olduğu gibi, ciddi bir ideolojik tarafgirliğin izlerini bünyesinde barındırmaktadır.

SONUÇ

Hukuki düşüncenin ve onunla bağlantılı olan hukuk teorisinin gelişimini, ortaya çıktıkları dönemin toplumsal ve ekonomik politik gerçekliğinin dışına çıkarak salt hukukçu gözlükleriyle dünyaya bakarak yorumlayıp anlamlandırma uğraşısının çeşitli eksiklikleri vardır. Hukuk felsefesi üzerine çalışanların, son birkaç yüzyıldır sürdürdükleri doğal hukuk ile pozitif hukuk arasındaki bitmek tükenmek bilmeyen tartışmalarının başlangıç noktasına dönüldüğünde, bu tartışmanın en önemli figürlerinden biri -savunduğu görüşler itibarıyla her ne kadar kendisini doğrudan bir hukuki pozitivist olarak nitelendirmek güç olsa da-, Bentham'dan Austin'e kadar farklı pozitivist fikirlere ilham veren Hume'dur. Ampirizmin radikal bir yorumunu yaparak şüpheciliği felsefesinin odak noktası haline getiren Hume, hukuk felsefecileri tarafından uzun yıllar boyunca çoğunlukla fazla ilgi gösterilmeyen bir isim olsa da özel mülkiyet hakkını merkeze aldığı hukuk düşüncesiyle ve bununla bağlantılı olarak adaletin yapay bir kavram olduğunu öne süren savlarıyla kendine özgün bir yaklaşım geliştirmiştir.

Hume, 17. yüzyıl koşullarında mutlakiyetçi devlet tehdidiyle mücadele eden İngiliz liberallerinin "devrim" için ihtiyaç duyduğu

meşruiyet gerekçelerini ortaya koyan Locke'un teorisini, yerleşmiş bir kapitalizmin -ve onun yönetim aygıtının- hâkim olduğu 18. yüzyılın zorunlulukları doğrultusunda dönüştürerek yeniden yorumlamış ve kendi yaklaşımını geliştirmiştir. İktidar sahiplerinin daha fazla "doğal" hakka sahip olmaya gereksinim duymadığı bir zamanda, adaleti ve hakları, genelgeçerlik ve evrenselliklerinden soyutlayarak "yapay" birer kavrama indirgeyip pozitif hukukun prosedürel süreçlerinin içinde konumlandırmıştır. Devlet, toplum sözleşmesinin bir şartı olarak yurttaşlarına karşı üstlendiği -aktif veya pasif- yükümlülükleri yerine getirmesi beklenen "sorumlu" bir aygıttan geçmiş uzlaşımların, özel mülkiyet düzeninin ve ona dayanan serbest piyasa sisteminin devamını sağlamakla görevli ve -bir zorbaya dönüşmediği sürece- kendisine mutlak biçimde itaat edilmesi gereken bir mekanizmaya dönüştürülmüştür. Hume'un yaklaşımı, daha yaşadığı zamanlardan başlayarak takipçileri tarafından ele alınıp iktisat, siyaset bilimi ve hukuk gibi farklı alanlar ekseninde değerlendirilmiş; dönemin ekonomi politik düzeninin ihtiyaçları doğrultusunda yeniden yorumlanmış, dönüştürülmüş ve uygulaya aktarılmıştır. Gerçekten Hume'un siyaset ve hukuk felsefesi -kendisi böyle bir sonucu öngörmese (ve muhtemelen istemese bile)-, 19. yüzyılın sanayi devrimi dönemi kapitalist devletini şekillendirirken onu yöneten egemen sınıfların da devlet aklına ilişkin tahayyüllerinin ilk tohumlarını atmıştır. Hukuk ve adalet, tamamen yapay bir kurum olarak iktidar sahiplerinin iradesinin ideolojik ve tarafgir bir yansıması haline gelmiştir. Hukuki pozitivizmin ortaya çıkışı ve biçimlenmesi de bu süreçte, Hume'un ortaya koyduğu genel perspektifin "bilimsel" olarak hukuk alanına uyarlanmasıyla yeni bir aşamaya taşınmıştır.

Bentham ve Austin'in hukuk pozitivizmlerinde somutlaşan bu aşama, Hume'un mülkiyet ve adalet anlayışını ve ona temel oluşturan doğal hukuk ile pozitif hukukun birbirinden kesin olarak farklılaştırılması gereken alanlar olduğuna ilişkin düşünceyi "ayrılık tezi"yle birlikte hukuk teorisinin merkezine yerleştirmiştir. Hume'un "olan" ile "olması gereken" arasındaki felsefi -ahlaki- yönden yaptığı ayrımın hukuk alanına yansıması olan söz konusu teori, "değer"in "olgu"dan kaçınılmaz biçimde farklı olduğunu göstermeye ve pozitif hukukun neden tüm değer yargılarının ötesinde, doğal hukuktan bağımsız kabul edilmesi gerektiğine yönelik bir çerçeve sunmaya çalışmıştır. Di-

renme hakkının anlamını yitirdiği bir zamanda hukuki pozitivizm, hukuk düzeninin devamına ve mevcut hukuk kurallarının "istinasız" ve "sürekli" biçimde muhataplarına uygulanması zorunluluğuna vurgu yapan bir hukuki argümantasyonun geçerlilik nedenlerini sağlamıştır.

Hume'dan Bentham ve Austin'e uzanan farklı pozitivist yaklaşımlar, her ne kadar yeknesak bir gelişim çizgisi içinde mutlak bir bütünsellik arz etmiyorlarsa da pek çok öğenin varlığını bir arada sürdürebildiği bir geleneğin parçalarıdırlar. Dolayısıyla Hume'un görüşlerini, kendisinden önce gelen liberalizm anlayışlarından soyutlayarak değerlendirmek nasıl bir eksiklik arz edecekse, ardından ortaya çıkan hukuki pozitivizmlerden bütünüyle yalıtarak anlamlandırmak da yerinde olmayacaktır. Kapitalizmin farklı gelişim dönemleri ve esasen liberalizmin farklı görünümleri arasında, hukuki pozitivizm anlayışları da önemli dönüşümler geçirmiştir. Sonuç olarak çalışmada, Hume'un perspektifi, hukuki pozitivizmin erken bir sureti olarak ele alınmış ve bu perspektif, kapitalizmin bir iktisadi üretim tarzı olarak gelişimiyle paralel biçimde değerlendirilmiştir. Hume'un siyaset ve hukuk felsefesi kadar hukuki pozitivizmin kurucuları olarak kabul edilen Bentham ve Austin'in hukuka ilişkin tespitlerinin de içinde bulundukları toplumsal gerçeklikten ve ekonomi politik düzenin zorunluluklarından soyutlanamayacak bir içeriği haiz olduğu gösterilmek istenmiştir. Marx'ın belirtiği üzere, nasıl *"hukukun toplum tarihinden bağımsız bir tarihi yok*[sa]"[155] hukuk teorisinin de böyle bir tarihinin olmadığı söylenebilir.

Kaynakça

Kitaplar- Kitap Bölümleri

Akman Şefik Taylan, Hukuk ve Politika İlişkisi- Hukukun Ekonomi Politik Analizi ve Liberal Hukuk Düzeninin Eleştirisi, İmge Kitabevi, Ankara 2015.

Austin John, Hukukun Belirlenmiş Alanı, (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015.

Beaud Michel, Kapitalizmin Tarihi 1500- 2010, (Çev. Fikret Başkaya), Yordam Kitap, İstanbul 2015.

Bentham Jeremy, Ahlak ve Yasama İlkeleri, (Çev. Ömer Saruhanlıoğlu/Uğur Kâşif Boyacı), Litera Yayıncılık, İstanbul 2017.

[155] Karl Marx/Friedrich Engels, Devlet ve Hukuk Üzerine, (Der./Çev. Rona Serozan), 2. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul 2010, s. 40.

Bentham Jeremy, An Introduction to the Principles of Morals and Legislation, Batoche Books, Kitchener 2000.

Bentham Jeremy, "Anarchical Fallacies; Being an Examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution", The Works of Jeremy Bentham - Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, (s. 489-529).

Bentham Jeremy, "Principles of Judicial Procedure, with the Outlines of a Procedure Code", The Works of Jeremy Bentham - Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, (s. 5-188).

Bentham Jeremy, The Collected Works of Jeremy Bentham - A Comment on the Commentaries and A Fragment on Government, (Edi. J. H. Burns/H. L. A. Hart), Clarendon Press, Oxford 1977.

Bentham Jeremy, The Limits of Jurisprudence Defined, (Edi. Charles Warren Everest), Colombia University Press, New York 1945.

Bentham Jeremy, "The Rationale of Reward", The Works of Jeremy Bentham - Volume II, (Edi. John Bowring), William Tait, Edinburg 1843, (s. 189-266).

Bentham Jeremy, Theory of Legislation, (Çev. R. Hildreth), Trübner & Co., London 1864.

Bentham Jeremy, Yasamanın İlkeleri, (Çev. Barkın Asal), 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Biermann Werner/Klönne Arno, Kapitalizmin Suç Tarihi, (Çev. Bülent Özçelik), Phoenix Yayınevi, Ankara 2007.

Bix Brian H., "The Normativity Of Law", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 585-605).

Black Jeremy, İngiltere Tarihi, (Çev. Aytaç Yıldız), Doğu Batı Yayınları, Ankara 2017.

Blackburn Simon, Hume'u Nasıl Okumalıyız? (Çev. Liena Gül), Runik Kitap, İstanbul 2024.

Cevizci Ahmet, Felsefe Tarihi- Cilt 4- Aydınlanma Felsefesi Tarihi, Ezgi Kitabevi, Bursa 2002.

Copleston Frederick, Felsefe Tarihi- C. 5- Çağdaş Felsef- Bölüm b- Berkeley- Hume, (Çev. Aziz Yardımlı), 2. Baskı, İdea Yayınevi, İstanbul 1998.

Cornforth Maurice, Pozitivizme ve Pragmatizme Karşı Felsefeyi Savunmak, (Çev. Tonguç Ok), Evrensel Basın Yayın, İstanbul 2006.

Deleuze Gilles, Ampirizm ve Öznellik- Hume Açısından İnsan Doğası Üzerine Bir Deneme, (Çev. Ece Nahum), 2. Baskı, Norgunk Yayıncılık, İstanbul 2016.

Dobb Maurice, "Bir Cevap", Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Süreci, (Çev. Çetin Yetkin), 2. Baskı, May Yayınları, İstanbul 1974, (s. 59-76).

Dobb Maurice, Kapitalizmin Gelişimi Üzerine İncelemeler, (Çev. F. Akar), Belge Yayınları, İstanbul 1992.

Engels Friedrich, İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu, (Çev. Yurdakul Fincancı), Sol Yayınları, Ankara 1997.

Engels Friedrich, "The Condition of England I The Eighteenth Century", (Çev. C. Upward), Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844, Lawrence & Wishart, London 2010, (s. 469-488).

Engels Friedrich, "The Condition of England II the English Constitution", (Çev. C. Upward), Marx & Engels Collected Works, Vol. 3, Karl Marx March 1843 - August 1844, Lawrence & Wishart, London 2010, (s. 489-513).

Facchi Alessandra, "Bentham'ın Faydacılığı", Felsefe Tarihi 6: Marx'tan Beşerî Bilimlerin Doğasına, Alfa Basım Yayım, İstanbul 2024, (s. 179-185).

Furtun Ayşen, İngiliz Analitik Pozitivizmi- John Austin'in Hukuk ve Devlet Teorisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 1997.

Gizbert-Studnicki Tomasz, "Social Facts and Legal Facts: Perils of Hume's Guillotine", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 419-442).

Guastini Riccardo, "The Italian Tradition of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 152-175).

Güriz Adnan, Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1963.

Güriz Adnan, Hukuk Felsefesi, 5. Baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara 1999.

Gürbüz Ahmet, Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisinin Eleştirisi, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2012.

Hart H. L. A., Essays on Bentham - Studies in Jurisprudence and Political Theory, Clarendon Press, Oxford 1982.

Hill Christopher, İngiliz Devrimler Çağı- Demokratik Devrimden Sanayi Devrimi'ne 1530-1780, (Çev. Lale Akalın), Kaynak Yayınları, İstanbul 2015.

Hill Christopher, İngiltere'de Devrim Çağı 1603- 1714, (Çev. Uygur Kocabaş), İletişim Yayınları, İstanbul 2016.

Hobsbawm E. J., Sanayi ve İmparatorluk, (Çev. Abdullah Ersoy), 6. Baskı, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara 2018.

Hume David, A Treatise of Human Nature, (Der. L. A. Selby-Bigge), Oxford University Press, Oxford 1960.

Hume David, An Enquiry concerning the Principles of Morals - A Critical Edition, (Edi. Tom L. Beauchamp), Clarendon Press, Oxford 2010.

Hume David, İntihar Üzerine ve Diğer Denemeler, (Çev. Aylin Pekanık/Münevver Özgen/Levent Özşar), Biblos Kitabevi/Yayınları, Bursa 2017.

Hume David, Siyasi Denemeler, (Edi. Knud Haakonssen), (Çev. İsmail Hakkı Yılmaz), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017.

Işıktaç Yasemin, "Hukuk Felsefesi", 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

Kazgan Gülten, İktisadi Düşünce veya Politik İktisadın Evrimi, 9. Baskı, Remzi Kitabevi, İstanbul 2000.

Kenny Anthony, Batı Felsefesinin Yeni Tarihi III. Cilt Modern Felsefe'nin Yükselişi, (Çev. Volkan Uzundağ), Küre Yayınları, İstanbul 2017.

Kunt E. K./Lautzenheiser Mark, İktisadi Düşünce Tarihi- Eleştirel Bir Perspektif, (Çev. Vedat Ulvi Aslan), Phoenix Yayınevi, Ankara 2016.

Lipson Leslie, Politika Biliminin Temel Sorunları, (Çev. Tuncer Karamustafaoğulları), 2. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1978.

Lobban Michael, "John Austin", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 225-247).

MacIntyre Alasdair, Kimin Adaleti? Hangi Rasyonellik, (Çev. Akın Emre Pilgir), Livera Yayınevi, İzmir 2023.

Malthus Thomas R., Nüfus İlkesi, (Çev. Çağla Taşkın), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2017.

Marx Karl, Kapital- Ekonomi Politiğin Kapital- I. Cilt- Sermayenin Üretim Süreci, (Çev. Mehmet Selik/Nail Satlıgan), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2011.

Marx Karl/Engels Friedrich, Alman İdeolojisi, (Çev. Tonguç Ok/ Olcay Geridönmez), 2. Baskı, Evrensel Basım Yayım, İstanbul 2013.

Marx Karl/Engels Friedrich, Devlet ve Hukuk Üzerine, (Der./Çev. Rona Serozan), 2. Baskı, Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul 2010.

McArthur Neil, "Hume and the Philosophy of Law", The Humean Mind, (Edi. Angela Coventry/Alexander Sager), Routledge, London 2018, (s. 349-357).

Murteza Gökhan, "İskoç Aydınlanmasını Konumlandırmak", İskoç Aydınlanması-Çeviri Seçkisi (Edi. Gökhan Murteza), Pinhan Yayıncılık, İstanbul 2020, (s. 11-30).

Narski I. S., "Pozitivizmin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi", Bilim ve Düşünce Kitap Serisi 3- Pozitivizm, (Çev. Olcay Geridönmez), 2. Baskı, Evrensel Basım Yayın, İstanbul 2013, (s. 25-118).

Novack George, Empiricism and Its Evolution – A Marxist View, Pathfinder, New York 1971.

Öktem Niyazi/Türkbağ Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 4. Baskı, Der Yayınları, İstanbul 2009.

Özcan Mehmet Tevfik, "Önsöz", Yasamanın İlkeleri, (Jeremy Bentham), 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, (s. V-X).

Özcan Mehmet Tevfik, "Önsöz", Hukukun Belirlenmiş Alanı, (John Austin), (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, (s. IX-XV).

Özkurt Hülya, Jeremy Bentham'ın Faydacı Ahlak ve Hukuk Teorisi, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2013.

Postema Geral J., "The British Tradition of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 176-200).

Rawls John, Ahlak Felsefesi Üzerine Dersler, (Çev. Gökçe Metin), Nora Kitap, İstanbul 2021.

Rawls John, Politika Felsefesi Üzerine Dersler, (Çev. Nuri Cumhur Özkaya), Nora Kitap, İstanbul 2022.

Raz Joseph, The Authority of Law - Essays on Law and Morality, 2. Baskı, Oxford University Press, Oxford 2009.

Raz Joseph, The Concept of a Legal System - An Introduction to the Theory of Legal System, 2. Baskı, Clarendon Press, Oxford 1997.

Sabine George, Siyasal Düşünceler Tarihi II - Yeni Çağ, (Çev. Alp Öktem), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara 1969.

Sabine George, Siyasal Düşünceler Tarihi III- Yakın Çağ, (Çev. Özer Ozankaya), Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını, Ankara 1969.

Sandel Michael J., Adalet- Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? (Çev. Mehmet Kocaoğlu), 5. Baskı, Eksi Kitaplar, Ankara 2017.

Sarıca Murat, Fransa ve İngiltere'de Emredici Vekâletten Yeni Temsil Anlayışına Geçiş, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1969.

Schofield Philip, "Jeremy Bentham and the Origins of Legal Positivism", The Cambridge Companion to Legal Positivism, (Edi. Torben Spaak/Patricia Mindus), Cambridge University Press, Cambridge 2021, (s. 203-224).

Smith Adam, Milletlerin Zenginliği, (Çev. Haldun Derin), 11. Baskı, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul 2016.

Soykan Ömer Naci, Bilgi ve Betimleme- Pozitivizm ve Ernst Mach Üstüne, Bilge Kültür Sanat, İstanbul 2017.

Stanford Jim, Herkes İçin İktisat- Kapitalist Sömürüyü Anlama Kılavuzu, (Çev. Tuncel Öncel), 3. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2015.

Sunar İlkay, Düşün ve Toplum, Doruk Yayınları, Ankara 1999.

Şahin Çağatay, Tarımsal Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiliz Çitleme Hareketi ve Toprak Mülkiyetinin Hukuki Dönüşümü, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024.

Şenses Fikret, İktisada (Farklı Bir) Giriş, İletişim Yayınları, İstanbul 2017.

Taşkın Ali, Hume Araştırmaları, 3. Baskı, Nobel Yayım, Ankara 2021.

Thompson E. P., Avam ve Görenek- İngiltere'de Geleneksel Popüler Kültür Üzerine Araştırmalar, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), 2. Baskı, Birikim Kitapları, İstanbul 2016.

Thompson E. P., İngiliz İşçi Sınıfının Oluşumu, (Çev. Uygur Kocabaşoğlu), 4. Baskı, Birikim Kitapları, İstanbul 2015.

Türkbağ Ahmet Ulvi, "Evren ve İnsan Anlayışlarının Hukuka Yansıması Olarak İki Pozitivizm: Austin ve Hart", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi- 12. Kitap (Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar- II Sempozyumu 7-11 Eylül 2004- İstanbul), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2015, (s. 49-64).

Uslu Ateş, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 2- Özgürlük, Güvenlik ve Birey (1300-1789), Yordam Kitap, İstanbul 2021.

Uslu Ateş, Siyasal Düşüncelerin Toplumsal Tarihi 3- Soyut Evrenselciliğe Karşı Eşitlik Talepleri, Yordam Kitap, İstanbul 2021.

Uygun Oktay, Hukuk Teorileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.

Uzun Ertuğrul, "John Austin: Analitik Pozitivizm", Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş, (Edi. Kasım Akbaş vd.), İthaki Yayınları, İstanbul 2015, (s. 11-27).

Wood Ellen Meiksins, Kapitalizmin Arkaik Kültürü- Eski Rejimler ve Modern Devletler Üstüne Tarihsel Bir Deneme, (Çev. Oya Köymen), 2. Baskı, Yordam Kitap, İstanbul 2012.

Wood Ellen Meiksins, Kapitalizmin Kökeni- Geniş Bir Bakış, (Çev. A. Cevdet Aşkın), Yordam Kitap, İstanbul 2021.

Wood Ellen Meiksins, Marx'a Dönüş, (Çev. Elif Dinçer), Kalkedon Yayınları, İstanbul 2007.

Wood Ellen Meiksins, Özgürlük ve Mülkiyet- Rönesans'tan Aydınlanma'ya Batı Siyasi Düşüncesinin Toplumsal Tarihi, (Çev. Oya Köymen), Yordam Kitap, İstanbul 2012.

Wood Ellen Meiksins/Wood Neal, İsyan Borusu- Kapitalizmin Yükselişi ve Siyasal Teori 1509-1688, (Çev. Fahri Bakırcı), Epos Yayınları, Ankara 2008.

Yükselbaba Ülker, "Eserin Türkçe Baskısına Sunuş", Hukukun Belirlenmiş Alanı, (John Austin), (Çev. Ülker Yükselbaba/Saim Üye/Umut Koloş), Tekin Yayınevi, İstanbul 2015, (s. XVII-XXIII).

Yükselbaba Ülker, Liberal Dağıtıcı Adalet Tartışmaları: Bentham, Mill, Rawls, Dworkin ve Nozick, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2016.

Yürüşen Melih, İnsan Doğası, Sosyal Düzen ve Değişim: David Hume'un Sosyal ve Siyasal Felsefesi, Liberte Yayınları, Ankara 2013.

Zanardi Paola, "David Hume", Felsefe Tarihi 5: Aydınlanmadan Kant ve Hegel'e, (Edi. Umberto Eco/Riccardo Fedriga), (Çev. Leyla Tonguç Basmacı), Alfa Basım Yayım, İstanbul 2022, (s. 26-37).

Zarakolu Avni, İktisadi Düşünceler Tarihi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1981.

Zelyüt Solmaz, Dört Adalı- Hobbes-Locke Berkeley-Hume, 2. Baskı, Doğu Batı Yayınları, Ankara 2010.

Zelyüt (Hünler) Solmaz, Rawls ve MacIntyre- İki Adalet Arasında- Liberal ve Komunitaryan Düşüncelerin Çatışma Alanı, Vadi Yayınları, Ankara 1997.

Makaleler

Akdemir Ferhat, "David Hume'da Ahlak-Siyaset İlişkisi: Duygu Temelli Ahlaktan Fayda Temelli Siyasete Geçiş", *Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 30, 2020, (s. 451-472).

Akman Şefik Taylan, "Ampirizm: İngiliz Ekonomi Politik ve Hukuki Düzeninin Kurucu Epistemolojisinin Felsefi Kökenleri ve Gelişimi", *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 2, 2021, (s. 857-931).

Akman Şefik Taylan, "Feodalizmden Kapitalizme Geçiş Sürecinde İngiltere'de Hukuki Düzenin Kuruluşu ve İktidarın Paylaşımı", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 1, 2021, (s. 161-248).

Aktaş Sururi, "David Hume'un Anti-Rasyonalist Epistemolojisi Üzerine Dayalı Ahlak ve Adalet Teorisi", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S. 1-4, 2001, (s. 11-36).

Aktaş Zeki, "David Hume'da Siyasal Otoriteye İtaat Yükümlülüğünün Gerekçesi ve Sınırları", *Felsefe Dünyası*, S. 77, 2023, (s. 140-164).

Arıkan Engin, "John Austin'in Hukuki Pozitivizmdeki Yeri ve Yarattığı Tartışmalar", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 188-190, 2020, (s. 549-571).

Bagolini Luigi, "Legal Obligation in Hume", *Rechtstheorie*, C. 11, S. 1, 1980, (s. 47-54).

Baxter Ian F. G., "David Hume and Justice", *Revue Internationale de Philosophie*, C. 13, S. 47, 1959, (s. 112-131).

Beitzinger Alfons, "The Place of Hume in the History of Jurisprudence", *American Journal of Jurisprudence*, C. 20, 1975, (s. 20-37).

Buckle Stephan/Castiglione Dario, "Hume's Critique of the Contract Theory", *History of Political Thought*, C. 12, S. 3, 1991, (s. 457-480).

Charron William C., "Convention, Games of Strategy, and Hume's Philosophy of Law and Government", *American Philosophical Quarterly*, C. 17, S. 4, 1980, (s. 327-334).

Cohon Rachel, "The Shackles of Virtue: Hume on Allegiance to Government", *History of Philosophy Quarterly*, C. 18, S. 4, 2001, (s. 393-413).

Dağ Umut, "John Locke ve David Hume'da Siyasi İktidarın Meşruiyetinin Kaynağı", *Felsefe Dünyası*, S. 77, Yaz 2023, (s. 231-251).

Devrim Ata, "İskoç Aydınlanması'nda 'Aktör' Tasarımı", *Felsefi Düşün*, S. 16, 2021, (s. 24-43).

Fuller Lon L., "Positivism and Fidelity of Law - A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, 1958, (s. 630-672).

Gürbüz Ahmet, "Günümüz Batılı Politik Yaklaşımların Kökeni Olarak İngiliz Yararcılığı / Utilitarianism", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 72, S. 1. 2014, (s. 133-172).

Gürkan Ceyhun, "David Hume'un İktisadi, Siyasal ve Felsefi Düşüncesinde Vergiler ve Devlet Borcu", *Felsefi Düşün*, S. 2, Nisan 2014, (s. 53-88).

Hammond W. G., "John Austin and His Wife", *Green Bag*, C. 1, S. 2, 1889, (s. 47-53).

Hart H. L. A., "Positivism and the Separation of Laws and Morals", *Harvard Law Review*, C. 71, S. 4, 1958, (s. 593-629).

Hayek F. A., "The Legal and Political Philosophy of David Hume / La Filosofia Del Diritto E Della Politica Di David Hume", (Çev. Rachale Corsico), *Il Politico*, C. 28, S. 4, 1963, (s. 691-721).

Hoeflich M. H., "John Austin and Joseph Story: Two Nineteenth Century Perspectives on the Utility of the Civil Law for the Common Lawyer", *American Journal of Legal History*, C. 29, S. 1, 1985, (s. 36-77).

Lyons David, "Founders and Foundations of Legal Positivism", *Michigan Law Review*, C. 84, S. 4, 1984, (s. 722-739).

McArthur Neil, "David Hume's Legal Theory: The Significance of General Laws", *History of European Ideas*, C. 30, S. 2, 2004, (s. 149-166).

Milton Philip, "David Hume and the Eighteenth-Century Conception of Natural Law", *Legal Studies*, C. 2, S. 1, 1982, (s. 14-33).

Moore James, "Hume's Theory of Justice and Property", *Political Studies*, C. 24, S. 2, 1976, (s. 103-119).

Murteza Gökhan, "Tarihçi Olarak David Hume", *Felsefi Düşün*, S. 2, 2014, (s. 39-52).

Panichas George E., "Hume's Theory of Property", *ARSP: Archiv für Rechts- und Sozialphilosopkie*, C. 69, S. 3, 1983, (s. 391-405).

Rumble Wilfrid E., "John Austin, Judicial Legislation and Legal Positivism", *University of Western Australia Law Review*, C. 13, S. 1, 1977, (s. 77-109).

Rumble Wilfrid E., "Legal Positivism of John Austin and the Realist Movement in American Jurisprudence", *Cornell Law Review*, C. 66, S. 5, 1980-1981, (s. 986-1031).

Schwarz Andreas B., "John Austin ve Döneminin Alman Hukuk Felsefesi", (Çev. İzzet Mert Ertan), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 66, S. 2, 2008, (s. 383-399).

Spector Horacio, "Hume's Theory of Justice", *Rationality, Markets and Morals*, C. 5, S. 84, 2014, (s. 47-63).

Şahin Ceylan Şule, "Anarşik Safsatalar: Bentham'ın Doğal Haklar Eleştirisi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 189-190, (s. 723-746).

Taşkın Ali, "Hume'un Adalet Kuramı", *Felsefe Dünyası*, S. 56, 2012, (s. 94-108).

Türkkan Mehmet/Aşkın Zehragül, "David Hume'un Siyaset Felsefesinin Epistemolojik ve Etik İçerimleri", *Beytulhikme An International Journal of Philosophy*, C. 3, S. 2, Aralık 2013, (s. 25-51).

Uslu Cennet, "David Hume: Beşerî Bir Ürün Olarak Adalet", *Muhafazakâr Düşünce*, S. 24, 2010, (s. 225-264).

Uygur Gülriz, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 3, 2003, (s. 145-176).

Waldron Jeremy, "The Advantages and Difficulties of Humean Theory of Property", *Social Philosophy and Policy*, C. 11, S. 2, 1994, (s. 85-123).

Whelan Frederrick G., "Property as Artifice: Hume and Blackstone", *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, C. 22, 1980, (s. 101-129).