

**İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**Cilt 10, Sayı 1, Mart 2025**  
**Vol. 10, No. 1, March 2025**

**İstanbul**  
**Mart 2025**



Dergiye yapılan atıflarda “İMHFĐ” kısaltması kullanılmalıdır.

*“İMHFĐ” abbreviation should be used in reference to the journal.*

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, makalelerde yer alan görüşlerden sorumlu değildir.

*Articles published in this journal represent only the views of the contributors. İstanbul Medeniyet University Faculty of Law is not responsible for the views in the articles.*



### **Copyright © 2025**

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik vesair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Normal ve kanuni alıntılarda kaynak göstermek zorunludur.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the İstanbul Medeniyet University Faculty of Law. It is obligatory to show footnotes for regular or legal quotations.*

# İSTANBUL MEDENİYET ÜNİVERSİTESİ

## HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**İstanbul Medeniyet Üniversitesi**  
**Hukuk Fakültesi Dergisi**  
**Yayın Sahibi**

*İstanbul Medeniyet Üniversitesi*  
*Hukuk Fakültesi adına*  
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

**Sorumlu Yazı İşleri Müdürü**  
Dr. Öğr. Üyesi Dilek AYDEMİR

**Editör**  
Dr. Öğr. Üyesi Nurullah GÖRGEN

**Editör Yardımcıları**  
Arş. Gör. Melike ERGÜN TOPCU  
Arş. Gör. Yusuf Sinan CANATAR  
Arş. Gör. Emre KÖPRÜCÜ  
Arş. Gör. Ahmet Burak ALGÜN  
Arş. Gör. Kadirhan MAVİŞ  
Arş. Gör. Damla USTAOĞLU

**Yayın Kurulu**  
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN  
*İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
*İstanbul Üniversitesi*  
Prof. Dr. Talat CANBOLAT  
*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
*Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi*  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi*  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi*  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ  
*İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

**Medeniyet Law Review**  
**Publisher**

*On behalf of Istanbul Medeniyet University*  
*Faculty of Law*  
Prof. Dr. Özcan GÜNERGÖK

**Responsible Manager**  
Asst. Prof. Dr. Dilek AYDEMİR

**Editor**  
Asst. Prof. Dr. Nurullah GÖRGEN

**Editör Assistants**  
Res. Asst. Melike ERGÜN TOPCU  
Res. Asst. Yusuf Sinan CANATAR  
Res. Asst. Emre KÖPRÜCÜ  
Res. Asst. Ahmet Burak ALGÜN  
Res. Asst. Kadirhan MAVİŞ  
Res. Asst. Damla USTAOĞLU

**Editorial Board**  
Prof. Dr. Şaban KAYIHAN  
*İstanbul Ticaret University Faculty of Law*  
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ  
*İstanbul University*  
Prof. Dr. Talat CANBOLAT  
*Marmara University Faculty of Law*  
Prof. Dr. Mustafa AVCI  
*Ankara Sosyal Bilimler University*  
Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER  
*Selçuk University Faculty of Law*  
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ  
*Ankara Hacı Bayram Veli University*  
Prof. Dr. Sezer ÇABRİ  
*İstanbul Medeniyet University Faculty of Law*

**Dil Editörleri***İngilizce*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Dr. Öğr. Üyesi Ekrem SOLAK

*Almanca*

Dr. Öğr. Üyesi Melike ŞENTÜRK TUR

Arş. Gör. Dr. Kübra TUNÇ

*Fransızca*

Doç. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Language Editors***English*

Prof. Dr. Ferna İPEKEL KAYALI

Asst. Prof. Dr. Ekrem SOLAK

*German*

Asst. Prof. Dr. Melike ŞENTÜRK TUR

Res. Asst. Dr. Kübra TUNÇ

*French*

Assoc. Prof. Dr. Halil ALTINDAĞ

**Yayımcının Adı**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Name of Publishing Company**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi

**Basımcının Adı**

Renk Matbaası

**Printed by**

Renk Matbaası

**Yönetim Yeri**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Place of Management**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İstanbul Medeniyet

Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah.

Ünalın Sok. D-100 Karayolu Yanyol 34700

Üsküdar/İstanbul

**Yayın Türü**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakül-

tesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hu-

kuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi

statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı

olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.

**Type of Publication**

Medeniyet Law Review is a peer reviewed

national law journal, published bi-annually, in

March and September and cited in the

TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Data-

base.

**ISSN: 2757-7082****Basım Tarihi: Mart 2025**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Kuzey Yerleşkesi Ünalın Mah. Ünalın Sok.

D-100 Karayolu Yanyol 34700 Üsküdar/İstanbul

**E-mail:** hukukdergi@medeniyet.edu.tr**URL:** <https://hukukdergi.medeniyet.edu.tr/tr>**DergiPark:** <https://dergipark.org.tr/tr/pub/imhfd>

## Danışma Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Abdurrahman EREN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Abuzer KENDİGELEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Can TUNCAY	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan DEYNEKLİ	<i>Bahçeşehir Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Adnan TUĞ	<i>Hacı Bayram Veli Üniversitesi E.</i>
Prof. Dr. A. Hamdi TOPAL	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet KOÇ	<i>İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali GÜZEL	<i>Kadir Has Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ali PASLI	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY	<i>Antalya Bilim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Arslan KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın BAŞBUĞ	<i>İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Aydın GÜLAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ayhan DÖNER	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Celal ERBAY	<i>İstanbul Yeniüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cem BAYGIN	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cemil KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Cevdet YAVUZ	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. C. İlhan GÜNAY	<i>Hasan Kalyoncu Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Emre ESEN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. E. Murat ENGİN	<i>Galatasaray Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT	<i>MEF Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi DEMİR	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Fuat BAYRAM	<i>Kocaeli Sağlık ve Teknoloji Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Füsün NOMER ERTAN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hakan HAKERİ	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil AKKANAT	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Halil KALABALIK	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU	<i>Çankaya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan HACAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Hasan TUNÇ	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. İbrahim SARIOĞLU	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. H. Nuri YAŞAR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim KAYA	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY	<i>Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İbrahim SUBAŞI	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. İsmail KAYAR	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Kadir ARICI	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Levent AKIN	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mahmut KABAKÇI	<i>İstanbul Teknik Üniversitesi</i>

Prof. Dr. Mahmut KOCA	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Akif AYDIN	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Deniz YENER	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Erdem ÖZDEMİR	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet AKMAN	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR	<i>Yeditepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Kamil YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Nusret BEDÜK	<i>Tekirdağ Namık Kemal Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Zeki AYDIN	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Melikşah YASİN	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	<i>Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat BALCI	<i>Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat DOĞAN	<i>Erciyes Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Murat YAVAŞ	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa ALP	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. M. Fadıl YILDIRIM	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa KOÇAK	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Mustafa TOPALOĞLU	<i>Özyeğin Üniversitesi</i>
Prof. Dr. N. Binnur TULUKCU	<i>Selçuk Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Necla AKDAĞ GÜNEY	<i>İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nihat BULUT	<i>İstanbul Medipol Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Nursen CANIKLIOĞLU	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ANAYURT	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ	<i>İstanbul Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ömer ÖZKAN	<i>Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Rauf KARASU	<i>Hacettepe Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN	<i>Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Refik KORKUSUZ	<i>Dokuz Eylül Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sabahattin YÜREKLİ	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Saim OCAK	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Serap KESKİN KIZIROĞLU	<i>İstanbul Okan Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Sururi AKTAŞ	<i>Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Süleyman BAŞTERZİ	<i>Ankara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şafak NARBAY	<i>Sakarya Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Şahin AKINCI	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Tankut CENTEL	<i>Koç Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Turan YILDIRIM	<i>Marmara Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ümit GEZDER	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU	<i>Yaşar Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Vahit DOĞAN	<i>İstanbul Aydın Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yavuz ATAR	<i>İbn Haldun Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yusuf ÇALIŞKAN	<i>İstanbul Medeniyet Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Yücel OĞURLU	<i>İstanbul Ticaret Üniversitesi</i>
Prof. Dr. Zekeriyya ARI	<i>Bursa Uludağ Üniversitesi</i>

## YAYIN POLİTİKASI

1. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisidir.
2. Dergiye gönderilen makaleler başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Makalenin dergimize gönderilmiş olması, yazarın bu konudaki taahhüdü anlamına gelir.
3. İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, açık erişim ilkesini benimsediği için derginin tüm içeriğini okurlara ücretsiz olarak sunar. Okurlar, ticari amaç haricinde, yayıncı ya da yazardan izin almaksızın dergide bulunan makalelerin tam metnini okuyabilir, makaleleri kopyalayabilir, indirebilir, arayabilir ve bunlara bağlantı sağlayabilir.
4. Dergiye gönderilen makalelerin başına 200-250 kelimedenden oluşan Öz, Özlerin yazıldığı dillerde başlık ve özün altına beşer anahtar kelime eklenmelidir. Anahtar kelimeler tercihen alana ait dizinlerden seçilerek verilmelidir. Yazılan makalelerin yazıldığı dildeki öze ek olarak İngilizce veya Türkçe öz eklenmesi gerekmektedir.
5. Yazılar Microsoft Word Programında, ana metin Times New Roman karakterinde 12 punto ve 1,5 satır aralığında, dipnotlar Times New Roman karakterinde 10 punto ve 1 satır aralığında iki yana yaslı olarak hazırlanmış, sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üst ve soldan (4) cm., alt ve sağdan (3) cm. olarak ayarlanmış bir şekilde CD veya elektronik posta ile editöre gönderilmelidir.
6. Yazının başlığı siyah ve tümü büyük harf olacak şekilde hazırlanmalıdır. Başlığın hemen altında sayfanın sağında yazar adı belirtilmeli ve soyadın sonuna bir yıldızlı dipnot konularak dipnotta yazarın görev yaptığı kurum, unvanı, ORCID numarası ve iletişim (e-posta) bilgisi belirtilmelidir.
7. Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumu, iletişim adreslerini, telefon numaralarını ve elektronik posta adreslerini bildirmelidirler.
8. Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle basıma hazır olarak verdikleri kabul edilir. Yayın kurulu tarafından yapılan ön incelemede derginin yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar hakeme gönderilmeden önce yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.



9. Yayın kurulunca ilk değerlendirmesi yapılan makaleler kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak uzman iki hakeme gönderilecek ve onların onayı ile yayımlanabilecektir. Eğer hakemlerden biri olumsuz görüş bildirirse üçüncü bir hakemin görüşüne başvurulacak ve onun görüşü belirleyici olacaktır. Yazarlara makalenin hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez.
10. Hakem raporunda düzeltme istenmesi durumunda yazar tarafından sadece belirtilen düzeltmeler çerçevesinde değişiklikler yapılabilecektir. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilecek ve yazar durumdan en kısa sürede haberdar edilecektir.
11. Makalenin sonunda makalede kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Kaynakça eserlere yapılan ilk atıflara uygun olarak düzenlenmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar ise her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Atıflar ve kaynakça Chicago atıf sistemine uygun olarak yapılmalıdır.
12. Başlıklandırma sistemi şu şekilde olmalıdır: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Dipnot atıfları aşağıdaki şekilde düzenlenmelidir:
  - a. **Kitap atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

ŞANLI, Cemal, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, 5. Basım, Beta Yayınları, İstanbul, 2013, s. 5.
    - bb. **Sonraki atıflarda:**

ŞANLI, s. 24.
  - b. **Makale atıflarında:**
    - aa. **Metin içindeki ilk atıflarda:**

TOPUZ, Murat, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK m.448-460)” **MÜHF-HAD**, Y. 2013, C. 19, S. 1, s. 298.
    - bb. **Sonraki atıflarda:**

TOPUZ, s. 298.

- c. Elektronik kaynakların atıflarında:**
- aa. Metin içindeki ilk atıflarda:**
- GÖZLER, Kemal, “Hukuk Okumak İsteyen Üniversite Adaylarına Fakülte Tercih Konusunda Uyarılar”, (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gen.tr/tercih-rehberi.htm>, E.T. 03.03.2014.
- bb. Sonraki atıflarda:**
- GÖZLER, s. 8.
- d. Aynı yazarın birden çok çalışmasından yararlanılmış ise, çalışmanın ismi, yazarın diğer çalışmalarından ayırt edilmesini sağlayacak şekilde kısaltılarak kullanılmalıdır.**
- GÖZLER, *Anayasa Hukukunun...*, s. 76.
- e. Birden fazla yazar tarafından hazırlanmış çalışmalarda, tüm yazarların ad ve soyadları tam olarak yazılmalıdır.**
- KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 25. Baskı, Yetkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 145.
- f. Mahkeme kararı:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. T.C. Resmi Gazete:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

## EDITORIAL POLICY

1. Medeniyet Law Review is a peer-reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database.
2. Papers submitted to the journal shall neither have been published nor currently be under evaluation for publishing elsewhere. Having submitted article to the journal, author refers his commitment in this regard.
3. Medeniyet Law Review, embracing open access policy, provides all content of the review to the readers free of charge. Readers, except for commercial use may read, copy, download, search, and make connection to all the articles in the journal without the permission of the writer or the publisher.
4. The papers submitted to the journal with abstracts consisting of at least 200-250 words and five key words shall be attached to the beginning of the paper. In addition to abstracts of papers for the language it is written, abstracts in English or Turkish shall also be attached.
5. Each paper should be submitted as a Word document to the editor via CD or e-mail. Papers should be written according to the following style guidelines: **Paper size:** A4, **Top:** 4 cm; **Bottom:** 3 cm; **Left:** 4 cm; **Right:** 3 cm **Text body:** Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified, **Footnotes:** Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified.
6. The title of the paper shall all be written with black uppercase letters. The author's name shall be listed just below to the title and there shall be a mark to the end of the last name, indicating the title of the writer, his/her institutional affiliation, ORCID number and e mail address.
7. Details of the author's institutional affiliation, full address and other contact information shall also be mentioned in the submissions.
8. All submissions are regarded as ready to publish and already proofread by the author himself or herself. The pre-evaluation of all submissions to Medeniyet Law Review will be performed by the Editorial Board and the submissions that are unacceptable on the basis of the General Principles of Publication will be send back to the author to be corrected in accordance with the principles of publication.

9. Papers approved through the first evaluation shall be sent to one referee with the name of the writer extracted from the text according to the blind peer review principle and can only be published with his approval.
10. According to the referee's final report, demanding corrections from the author, publishing or rejection of the paper shall be decided and the author shall be informed of the situation as soon as possible.
11. At the end of the paper there shall be a bibliography, arranged in alphabetical order according to the surname of the writer. Bibliography should be arranged in accordance with the first reference to works. Citations in the paper shall be shown in the footnotes at the end of each page. Bibliography and references should be arranged in accordance with the Chicago Manual of Style.
12. Heading format should be as: **I. A. 1. a. (a) i.**
13. Footnotes should be arranged as follows:
  - a. **For books:**
    - aa. **For the first footnote:**

BORN, Gary B., **International Commercial Arbitration**, 2. Edition, Kluwer Law International, 2014, p. 62.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**

BORN, p. 62.
  - b. **For papers:**
    - aa. **For the first footnote:**

WRIGHT, David, "Another wrong step: equitable compensation following a breach of trust", **Trusts & Trustees**, Vol. 21, Issue 7, Pp. 825-843, 2015, p. 831.
    - bb. **For following footnotes of the same work:**

WRIGHT, p. 298.
  - c. **For web pages:**
    - aa. **For the first footnote:**

LORCHER, Torsten, "Arbitration in Germany",  
[https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration\\_volume\\_I/CMS%20GtA\\_Vol%20I\\_GERMANY.pdf](https://eguides.cmslegal.com/pdf/arbitration_volume_I/CMS%20GtA_Vol%20I_GERMANY.pdf), Access Date: 03.03.2014.

- bb. For following footnotes of the same work:**  
LORCHER, p. 9.
- d. If multiple works of one author are to be cited in the paper, the name of the cited work should be shortened in the way that allows the distinction of author's other studies.**  
CHEMERINSKY, *Constitutional Law...*, p. 76.  
CHEMERINSKY, *Criminal Procedure...*, p. 35.
- e. If studies prepared by multiple authors are to be cited, the names and surnames of all writers should be stated.**  
**aa. For the first footnote:**  
MILLER, Angharad / OATS, Lynne, **Principles of International Taxation**, 25.  
Edition, Tottel Publishing, 2006, p. 145.  
**bb. For following footnotes of the same work:**  
MILLER / OATS, s. 145.
- f. Citing a court case:** Yar. 1. HD, E. 2015/1456, K. 2017/7086, 05.12.2017 (Kazancı).
- g. Official Gazette of the Republic of Turkey:** RG. 02.01.2019, S. 30643.

## DERGİMİZİN AMACI

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizini'nde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayımlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, hukukun yardımcı kaynağı olarak kabul edilen hukuk alanındaki bilim insanlarının görüş, düşünce ve kanaatlerinden oluşan hukuk doktrinine alanlarında uzman kişilerin hakemliklerinden geçmiş makaleler ulaştırmayı hedeflemektedir.

Derginin danışma kurulunu farklı alanlardan ve farklı ülkelerden bilim insanları oluşturmaktadır. Akademik alandaki çeşitli görüş ve değerlendirmeler öncelikle akademik alanda çalışan bilim insanlarına katkı sağlayacak olup, hukuk alanında öğrenim gören lisans ve lisansüstü seviyesindeki öğrenciler ile mesleğini icra eden avukat, hâkim ve savcılara da uygulamada değerlendirebilecekleri ve yararlanabilecekleri farklı kanaatler sunacaktır.

Bunun yanında, dergimizde yer alacak bilimsel eserler ile ülkemizin uluslararası alanda üretilen fikirler ile entegre olmasına yardımcı olması, akademisyenlerin, araştırmacıların ve öğrencilerin yararlanmasına açık olması, üniversitemizin ve fakültemizin tanınırlığı ve başarılarını artmasına hizmet etmesi amaçlanmaktadır.

## **DERGİMİZ HAKKINDA / ABOUT OUR JOURNAL**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisidir. Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde yazılmış olan hukuk alanını ilgilendiren içerikte her türlü makale, karar incelemesi, kitap incelemesi ve çeviriler hakem denetiminden geçerek yayınlanmaktadır.

*Medeniyet Law Review is a peer reviewed national law journal, published bi-annually, in March and September and cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database. Articles, case notes, and comments, discussions of legislative development, book reviews, and another similar type of papers, which are written in Turkish, English, German and French, are published after peer-review.*

## **DERGİMİZİN TARİHÇESİ / HISTORY OF OUR JOURNAL**

Dergimiz, Temmuz 2016 -Temmuz 2019 tarihleri arasında Medeniyet Law Review (MLR) adıyla ve ISSN-2458-7958 numarası ile yayımlanmıştır. Ocak 2020 sayısından itibaren İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İM HFD) adını, Mart 2021 sayısından itibaren ise ISSN-2757-7082 numarasını kullanmaktadır. Dergimiz, Mart 2021 sayısı itibarıyla TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranmaktadır.

*Our journal was published under the name Medeniyet Law Review (MLR) and numbered ISSN-2458-7958 between July 2016 and July 2019. Since January 2020 issue, the Journal of Medeniyet Law Review (MLR) has been using as the name of the journal and since the March 2021 issue, the number ISSN-2757-7082 has been using. Our journal has been cited in the TUBITAK-ULAKBIM TR Index Legal Database since March 2021 Issue.*





## SUNUŞ

TÜBİTAK-ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ulusal hakemli dergi statüsünde, Mart-Eylül aylarında yılda iki sayı olarak yayınlanan bir hukuk dergisi olan İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin yeni sayısını sizlerle buluşturmanın sevincini yaşıyoruz.

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 10, S. 1 olarak sizlere sunduğumuz bu sayıda, Yasin AYDOĞDU'nun "*Tarihi, Siyasal ve Kurumsal Yönleriyle Senegambiya Konfederasyonu (1982-1989)*" başlıklı makalesi; İlhan BULUT'un "*Zincirleme Suçta "Bir Suç İşleme Kararı" Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi*" başlıklı makalesi; İlyas Fırat CENGİZ'in "*Digital Constitutionalism in Creating a New Constitutional Equilibrium*" başlıklı makalesi; Alaaddin EGEMENOĞLU'nun "*Hukuka Aykırı Delillerde Mutlak-Nisbi ve Maddi-Şekli Hukuka Aykırılık Yaptırımlarının Değerlendirilmesi*" başlıklı makalesi; Necip Taha GÜR'ün "*İdari Hakimin Kanuna Rağmen Dereceli Yargılamayı Sağlama Direnci: Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı Geri Göndermesi Hakkında Bir Etüd*" başlıklı makalesi; Alper IŞIK'ın "*Stoa Düşüncesinde Doğal Hukuk ile Kozmopolis Kavramları ve Yansımaları*" başlıklı makalesi; İsmail MUTLU'nun "*Islamic Constitutionalism in Theory and Practice: The Case of Islamic Republic of Iran*" başlıklı makalesi; Ozan SELEK'in "*Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük*" başlıklı makalesi; Veysel TOPUZ'un "*Bilişim Suçlarında Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: TCK m.245/A Yasak Cihaz veya Programlar Suçu*" başlıklı makalesi; Özcan GÜNERGÖK'ün "*İki Haklı İhtar Sebepiyle Tahliye*" başlıklı makalesi; Hacı KARA'nın "*Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz İcra Hukukuna Dair Hükümlerinin İcra ve İflas Kanunu İle Birlikte Değerlendirilmesi*" başlıklı makalesi; Ayşenur ŞAHİN CANER'in "*Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum*" başlıklı makalesi; Mesut ERTANHAN'ın "*İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Harç ve Giderlerin Ödenmemesi veya Eksik Ödenmesinin Sonuçları ve Yargılama Sürecine Etkisi*" başlıklı makalesi; Ayça UÇAR'ın "*Yapay Zekanın Konteyner Yolu İle Yük Taşımacılığına Etkileri: Akıllı Konteynerlerin Ulusal Ve Uluslararası Kurallar Çerçevesinde Hukuki Yansımaları*" başlıklı makalesi; Rumeysa ÇEVİK'in "*Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları*" başlıklı makalesi olmak üzere on beş özgün araştırma makalesi yer almaktadır.

Dergimizin bu sayısına katkı veren yazarlarımıza ve incelemelerini titizlikle yapan hakemlerimize teşekkürlerimizi sunuyoruz.

**Editörler Kurulu**



## İÇİNDEKİLER / CONTENTS

### MAKALELER / ARTICLES

#### Kamu Hukuku / Public Law

Araştırma Makalesi / Research Article

**Tarihi, Siyasal ve Kurumsal Yönleriyle Senegambiya Konfederasyonu (1982-1989)**

*Historical, Political and Institutional Aspects of Senegambia Confederation (1982-1989)*

Yasin AYDOĞDU .....3

Araştırma Makalesi / Research Article

**Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı” Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi**

*The Concept of “A Decision to Commit Crime” in Successive Crime and Its Analysis within the Framework of the Court of Cassation’s Case Law*

İlhan BULUT .....33

Araştırma Makalesi / Research Article

**Digital Constitutionalism in Creating a New Constitutional Equilibrium**

*Yeni Bir Anayasal Denge Oluşturmada Dijital Anayasacılık*

İlyas Fırat CENGİZ .....69

Araştırma Makalesi / Research Article

**Hukuka Aykırı Delillerde Mutlak-Nispi ve Maddi-Şekli Hukuka Aykırılık Ayrımının Değerlendirilmesi**

*Evaluation of Distinctions Between Absolute-Relative and Materisl-Formal Illegal Evidence*

Alaaddin EGEMENOĞLU .....93

Araştırma Makalesi / Research Article

**İdari Hakimın Kanuna Rağmen Dereceli Yargılamayı Sağlama Direnci: Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı Geri Göndermesi Hakkında Bir Etüd**

*The Administrative Judge’s Resistance to Provide a Graded Trial Despite the Law: A Study on the Regional Administrative Court’s Return of the File*

Necip Taha GÜR .....121

Araştırma Makalesi / Research Article

**Stoa Düşüncesinde Doğal Hukuk ile Kozmopolis Kavramları ve Yansımaları**

*Concepts of Natural Law and Cosmopolis in Stoic Thought and Their Reflections*

Alper İŞİK .....151

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Islamic Constitutionalism in Theory and Practice: The Case of Islamic Republic of Iran**

*Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İslami Anayasacılık: İran İslam Cumhuriyeti Örneği*

İsmail MUTLU ..... 171

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük**

*Voluntariness as the Subjective Condition of Voluntary Abandonment in Criminal Law*

Ozan SELEK ..... 189

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Bilişim Suçlarında Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: TCK m.245/A Yasak Cihaz veya Programlar Suçu**

*Punishment of Preparatory Acts in Cybercrimes: TPC art.245/A the Crime of Prohibited Devices or Programs*

Veysel TOPUZ ..... 237

**Özel Hukuk / Private Law**

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**İki Haklı İhtar Sebebiyle Tahliye**

*Eviction Due to Two Justified Warnings*

Özcan GÜNERGÖK ..... 277

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz İcra Hukukuna Dair Hükümlerinin İcra ve İflas Kanunu ile Birlikte Değerlendirilmesi**

*Evaluation of the Provisions of the Turkish Commercial Code on Maritime Enforcement Law Together with the Enforcement and Bankruptcy Code*

Hacı KARA ..... 305

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum**

*The Presumption of Collusion in Sales Between Relatives in the Liquidation of the Regime of Acquired Property and the Current Situation in Judicial Decisions*

Ayşenur ŞAHİN CANER ..... 321

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Harç ve Giderlerin Ödenmemesi veya Eksik Ödenmesinin Sonuçları ve Yargılama Sürecine Etkisi**

*The Consequences of Fully or Partly Non-Payment of Court Fees and Litigation Costs During Application for Appeal in Civil Case and Their Effects on the Trial Process*

Mesut ERTANHAN ..... 343

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Yapay Zekanın Konteyner Yolu ile Yük Taşımacılığına Etkileri: Akıllı Konteynerlerin Ulusal ve Uluslararası Kurallar Çerçevesinde Hukuki Yansımaları**

*Effects of Artificial Intelligence on Cargo Transportation Via Container: Smart Containers and Legal Reflections within the Framework of National and International Rules*

Ayça UÇAR ..... 389

Araştırma Makalesi / *Research Article*

**Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları**

*The Legal Consequences of the Family Home Annotation*

Rumeysa ÇEVİK .....425



**Kamu Hukuku**

*Public Law*





# Tarihi, Siyasal ve Kurumsal Yönleriyle Senegambiya Konfederasyonu (1982-1989)<sup>(\*)</sup>

## Historical, Political and Institutional Aspects of Senegambia Confederation (1982-1989)

Yasin AYDOĞDU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Afrika kıtasındaki birçok devlet gerek sömürgelerine karşı bağımsızlık mücadelesinde gerekse sonraki süreçte yaşadıkları ekonomik ve siyasal krizlere karşı kendi aralarında akdettiği antlaşmalarla güçlerini birleştirerek beraber hareket etme yönünde bir tutum içerisinde olmuşlardır. Birçok yönden birbirleriyle yakın ilişkiler içerisinde olan ve geçmişten günümüze taraflar arasında farklı konularda ikili antlaşmalar akdedilen Senegal ve Gambiya devletlerinin güçlerini ayrı bir siyasal yapı içerisinde birleştirme düşüncesi daha önceden de gündeme gelmekle beraber, 1981 yılında bölgesel düzeyde yaşanan belirli gelişmeler sonrası taraflar arasında konfederasyon kurma fikri güçlenmiştir. Çalışmada, Senegal ve Gambiya arasında 1981 yılının sonunda imzalanan ve 1982 yılında yürürlüğe giren bir antlaşma ile kurulan Senegambiya Konfederasyonu, tarihi, siyasal ve kurumsal yönleriyle ele alınmıştır. Kurumsal bir vaka analizi olarak uygulama başarısı ve işleyişi ile konfederasyonunun taraflarına olan etkisinin incelendiği çalışmada yönetsel olarak literatür taraması ve çevrimiçi araştırmalar ile vaka çalışmasından elde edilen ikincil nitelikteki veriler toplanarak nitel yöntemlerle belirli sonuçlara ulaşılmıştır. Senegambiya Konfederasyonu özelinde ulaşılan sonuçlar, bağımsız devletler arasında ayrı bir siyasal yapı şeklinde oluşturulan konfederasyon türündeki oluşumların iyi yönetim politikaları ile başarılı bir devlet birlikteliğine dönüşmesi hususunda farklı devletler arasında benzeri girişimlere ışık tutması bakımından büyük önem taşımaktadır.

### Anahtar Kelimeler:

Senegambiya Konfederasyonu, Senegal, Gambiya, Konfederasyon, Devlet Birlikleri.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.12.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 07.02.2025

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1611092>

Bu makaleye atf için: AYDOĞDU, Yasin, "Tarihi, Siyasal ve Kurumsal Yönleriyle Senegambiya Konfederasyonu (1982-1989)", *İMHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 3-32

<sup>(\*\*)</sup> *Dr. Öğr. Üyesi*, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Eskişehir - Türkiye

E-posta: [yasinaydogdu@ogu.edu.tr](mailto:yasinaydogdu@ogu.edu.tr)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3248-5199>

**Abstract:**

Many states in the Africa have been in attitude of acting together by joining forces with treaties they have concluded among themselves both in the struggle for independence against their colonies and against the economic and political crises they have experienced in the following period. Although the idea of uniting the powers of Senegal and the Gambia, which are in close relations with each other in many ways and bilateral agreements concluded between the parties on different issues during their history, had been on the agenda before, certain developments at the regional level in 1981 strengthened the idea of establishing a confederation between the parties. In this study, Senegambia Confederation established by a treaty between Senegal and the Gambia at the end of 1981 and enured in 1982, is analysed historical, political and institutional aspects. The success of the application as institutional case analysis and its institutional functioning and impact on the parties of confederation were examined, certain results were reached with qualitative methods by collecting secondary data obtained from literature review, online research and case study. The results obtained in the case of the Senegambian Confederation are of great importance for shedding light on similar initiatives among different states in terms of transformation of confederation-type formations created as a separate political structure among independent states into a successful state union with good governance policies.

**Keywords:**

The Senegambia Confederation, Senegal, The Gambia, Confederation, Unions of States.

**GİRİŞ**

Devletlerin siyasal teşkilatlanmaları bakımından incelendiği çalışmalarda genellikle üniter (*unitarism*), federal (*federalism*) ve konfederal (*confederalism*) yapı ayrımı yaygın olarak tercih edilmektedir. Bu gruba dördüncü bir tür olarak bölgesel (*regional*) devletler de eklenebilir ancak bu tür devletlerin uygulamadaki örnekleri azdır. Bununla beraber tarihsel süreçte farklı coğrafyalarda uygulamalarına denk gelinmekle beraber günümüzde konfederasyon tipi yapılanmaya sahip devletlerin sayısı daha azdır<sup>1</sup>. Tarihsel olarak konfederasyon şeklindeki yapılanmaların federasyona evrildiğinde çok güçlü devletleri ortaya çıkardığı<sup>2</sup> ancak

<sup>1</sup> Konfederasyon, birden fazla devletin egemenliklerini koruyarak ve uluslararası toplumda bağımsız devlet statülerini devam ettirerek belirli konularda (güvenlik, ticaret, eğitim gibi) iş birliği yapmak amacıyla bir uluslararası sözleşmeyle (konfederasyon paktı) kurdukları, ayrı bir hukuki kişiliği bulunmayan devletler topluluğudur. ANAYURT, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024, s. 335; GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C. I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011, s. 486-487; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 17. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2023, s. 181-182; TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 150. Doktrinde, günümüzde anayasa hukuku tekniği bakımından gerçek anlamda bir konfederasyon olmadığı belirtilmektedir. ANAYURT, s. 338; GÖZLER, s. 487. Kaboğlu ise İngiliz Milletler Topluluğu'nu (*Commonwealth*) güncel konfederasyon örneği olarak göstermektedir. KABOĞLU, s. 182. Esasında konfederasyon bir devlet statüsü taşımaz. Devletlerin siyasal teşkilatlanma modeli değil, birden fazla devlet tarafından oluşturulan esnek bir yapı olarak belirtilebilir. Benzer yönde bkz. ANAYURT, s. 336.

<sup>2</sup> En bilinen örnek Amerika Birleşik Devletleri olup, bu ülkede 1781-1789 yılları arasında eski koloniler arasında konfederasyon tipi bir birliklilik görülmektedir.

bu dönüşümü gerçekleştiremeyen yapıların varlıklarının uzun sürmediği görülmektedir. Bunlardan biri de üniter yapıli devletler olan Senegal ve Gambiya tarafından yakın geçmişte uluslararası bir sözleşme ile kurulan Senegambiya Konfederasyonu'dur. Bu birlikteliğin ortaya çıkışı 1981 yılına denk gelmekle beraber daha önceleri her iki devletin bağımsızlıklarını kazanma süreçlerinde bu fikir yine tartışılmıştır.

Çalışmanın konusu olan Senegambiya Konfederasyonu'nun paydaşları olarak Senegal ve Gambiya dahil birçoğu yakın zamana değin sömürge altında olan Afrika kıtasındaki devletlerin bağımsızlıklarını kazanmaları 20. Yüzyılın ikinci yarısında mümkün olabilmıştır. Bağımsızlıklarını yeni kazanan bu devletler kendi aralarında yaptıkları sözleşmeler ve kurdukları ittifaklarla güçlerini birleştirme yönünde bir eğilim göstermişlerdir. Çoğu ekonomik iş birliği amacıyla kurulan örgütler olmak üzere şimdiye kadar farklı askeri, siyasal, sosyal ve kültürel konularda bölgesel örgütler kurulmuştur<sup>3</sup>. Sözleşmelerle kurulan bölgesel örgütler dışında siyasal birleşme yolunu tercih eden devlet birliktelikleri de görülmüştür<sup>4</sup>. Bu devlet birlikteliklerinden biri de Senegambiya Konfederasyonu'dur. Senegal'in başkenti Dakar'da 17 Aralık 1981 tarihinde imzalanan bir antlaşma ile Senegal ve Gambiya devletlerinin birleşerek ortaya çıkardığı bu konfederasyon siyasal olarak farklı bir oluşum öngörmesi sebebiyle anayasa hukuku bilimi için ayrıca incelemeye değer bir konudur. Zira geçmişte olduğu gibi günümüzde de devletler arasında belirli konularda iş birliği yapmak amacıyla ikili veya çoklu paydaşlardan oluşan konfederasyon türü siyasal yapılar ortaya çıkmaktadır. Çok üyeli birliktelikler olarak NATO<sup>5</sup>, Avrupa Birliği ve BRICS<sup>6</sup> ilk akla gelen örnekler olmakla beraber ikili iş birliği amacıyla belirli devletler arasında belirli konularda konfederasyon kurulmasına yönelik sözleşmelere denk gelmektedir. Bu tür siyasal oluşumların nihai hedefi elbette birliktelik paydaşlarının karşılıklı menfaat elde etmesidir. Çalışmada Senegambiya Konfederasyonu özelinde, bu birlik-

<sup>3</sup> HARTZENBERG, Trudi, "Regional Integration in Africa", World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2011-14, Ekim 2011, (Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201114\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201114_e.pdf), E.T. 18.11.2024.

<sup>4</sup> Rodezya ve Nyasaland Federasyonu buna örnek olarak gösterilebilir. Günümüzde Birleşmiş Milletler tarafından egemen devletler olarak kabul edilmeyen ancak 1950'li yıllarda varlıklarını kabul ettirebilmek için federal türde birleşme yolunu seçen Rodezya ve Nyasaland tarafından kurulan bu Federasyon on yıllık bir sürenin ardından 1963 yılında dağılmıştır. ROBSON, Peter, "The Problem of Senegambia", *The Journal of Modern African Studies*, C. 3, Sa. 3, 1965, s. 393.

<sup>5</sup> NATO yani Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü'ne (*North Atlantic Treaty Organization*) Türkiye 1952 yılından beri üyedir.

<sup>6</sup> Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin ve Güney Afrika Cumhuriyeti devletlerinin İngilizce baş harflerinin kısaltması olan BRICS, esas itibarıyla üye devletler arasında ekonomik iş birliğinin amaçlandığı ve zamanla üye sayısını artırdığı uluslararası bir örgütlenmedir.

tebliğin başarısızlıkla sonuçlanmasındaki sebepler üzerinden çıkarılacak sonuçlarla, başarılı bir devlet birlikteliği ile iyi yönetim (*governance*) modeline dair değerlendirmeler sunulması planlanmaktadır. Yöntemsel olarak literatür taraması ve çevrimiçi araştırmalar ile vaka çalışmasından elde edilen ikincil nitelikteki veriler toplanarak nitel yöntemlerle analiz yapılacaktır.

Coğrafi ve kültürel olarak birbirine çok yakın iki devlet olarak Senegal ve Gambiya arasında oluşturulan konfederal birlikteliğin başarısızlıkla sonuçlanması başta Afrika kıtasında benzer niyetteki diğer devletler üzere dünyanın farklı bölgelerindeki tüm devletler için belirli dersler barındırmaktadır. Bu konuda bilgi sahibi olmak isteyenler için Türkçe literatürde özel olarak Senegambiya Konfederasyonu'nun siyasal ve kurumsal yapısı üzerine yapılmış bilimsel bir çalışmaya rastlanılmamıştır. Senegal ve Gambiya devletleri hakkında yapılmış münferit bilimsel çalışmalar bulunmakla beraber bu iki devletin anayasal düzeni ve siyasal teşkilatlanması hakkında yeterli düzeyde bilimsel kaynağa ulaşılamamaktadır<sup>7</sup>. Türkiye'deki ticari işletmelerin dış ticari faaliyetleri ile ilgili alanlarda çalışmalar yapan ticaret odaları ve ilgili diğer kurum ve kuruluşların bu iki ülke ile ilgili raporlarında ise çok yüzeysel şekilde siyasal düzenleri ile ilgili bilgiler yer almaktadır<sup>8</sup>. Bu raporlarda daha çok bu ülkelerin ekonomik ve ticari durumuna dair temel bilgiler yer almaktadır. Bu sebeple çalışmada daha çok İngilizce dilinde kaleme alınan bilimsel çalışmalar ve internet kaynakları kullanılmıştır. Senegal'in resmî dili Fransızca olduğu için yeri geldikçe Fransızca (resmî) kaynaklar da referans gösterilecektir. Analizin sağlıklı yapılabilmesi için literatür taraması sonucu ulaşılan tüm kaynaklar detaylı bir şekilde incelenerek aynı konuyu ele alan farklı çalışmalar üzerinden objektif değerlendirmelere ulaşılmaya çalışılacaktır.

<sup>7</sup> T.C. Yüksek Öğretim Kurumu Ulusal Tez Merkezi verilerine göre Türkiye'deki üniversitelerin lisansüstü eğitim programlarında Senegal ve Gambiya ile ilgili yazılan tezler incelendiğinde bu çalışmanın konusuna doğrudan katkı sağlayan bir tez çalışmasına rastlanılmamıştır. Türkiye'deki üniversitelerin sosyal bilimler alanlarında Senegal ile ilgili Türkçe ve İngilizce dillerinde 1993 yılından bu yana toplam 6'sı doktora tezi olmak üzere toplam 34 tez yazılmış olup; bunların 4'ü mimarlık ve mühendislik, 2'si ziraat bilimleri, 3'ü halkla ilişkiler ve iletişim, 6'sı din bilimleri, 8'i ekonomi ve işletme, 2'si siyaset bilimi (1993 yılına ait aynı tez için iki farklı yazar bilgisi girildiği için bu çalışma tek bir tez olarak kabul edilmiştir), 6'sı uluslararası ilişkiler ve 3'ü sosyal bilimlerin diğer alanlarındaki çalışmalardır. Yine benzer şekilde Gambiya ile ilgili Türkçe ve İngilizce dillerinde sosyal bilimler alanlarında 2007 yılından bu yana 3'ü doktora tezi olmak üzere 29 tez yazılmış olup; bunların 1'i sosyoloji, 2'si iletişim bilimleri, 3'ü işletme, 4'ü uluslararası ilişkiler, 9'u siyaset bilimi ve kamu yönetimi, 10'u bankacılık ve ekonomi alanlarında olmak üzere çalışmanın konusuyla ilgili doğrudan bilgilere ulaşılabilecek çalışmalar değildir. İlgili tezler için bkz. (Çevrimiçi) <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, E.T. 04.11.2024.

<sup>8</sup> Bu raporların güncel versiyonlarına internet ağında açık erişim web sitelerinden ulaşılabilir. İnternetin yaygınlaşmasından evvel ise yine aynı amaç doğrultusunda basılı eserler ile bilgi paylaşımı amaçlanmaktaydı. Bunlardan biri için bkz. İSTANBUL TİCARET ODASI, **Senegal Ülke Etüdü**, Yayın No: 1997-40, Tanburacı Matbaacılık, İstanbul, 1997.

Çalışma ana başlıklar bağlamında kendi içinde beş bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Konfederasyonun tarafları olan Senegal ve Gambiya devletlerinin siyasal yapıları ve yakın tarihleri hakkında bilgiler verilecektir. Her iki devletin toplum yapısı hakkında da bilgiler verilecek çalışmada 1980'lerin ekonomik, sosyal ve siyasi yapısı anlaşılmaya çalışılacaktır. Çalışmanın takip eden bölümlerinde ise sırasıyla Senegambiya Konfederasyonunu ortaya çıkaran sebepler, Konfederasyonun oluşumu, kurumsal yapısı ve işleyişi ile sona ermesi ayrı başlıklar altında ele alınacaktır.

## I. KONFEDERASYONUN TARAFLARI HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

Senegambiya Konfederasyonu'nun oluşumu ve siyasi yapısı hakkında daha iyi analiz yapılabilmesi için öncelikle birliğin paydaşları hakkında yakın tarihlerdeki gelişmeler ışığında bilgi vermekte fayda bulunmaktadır. Bu bakımdan çalışmada öncelikle Senegal ve Gambiya devletlerinin siyasal sistemleri<sup>9</sup> başta olmak üzere ülkeler hakkında temel bilgiler verilecektir.

### A. Senegal Cumhuriyeti Siyasal Yapısı

Daha önceleri Portekiz ve İngiltere'nin sömürgecilik faaliyetlerinde bulunduğu ve 17. Yüzyıldan itibaren uzun yıllar Fransa'nın sömürgesi altında olan Senegal 1960 yılında bağımsızlığını kazanmıştır<sup>10</sup>. Resmî adı Senegal Cumhuriyeti olan bu Batı Afrika ülkesi; Gambiya, Gine, Gine Bissau, Mali ve Moritanya ile komşu olup 2024 yılı sonu itibariyle yaklaşık 18 milyonluk bir nüfusa sahiptir<sup>11</sup>. Bağımsızlığını kazanmasının ardından 2000 yılına değin Senegal Sosyalist Partisi (*The Socialist Party of Senegal*) tarafından yönetilen ülkede aynı yıl yapılan Cumhurbaşkanlığı seçimlerini Senegal Demokratik Partisi (*Senegalese*

<sup>9</sup> Anayasa hukuku ve siyaset bilimi alanında yapılan bilimsel çalışmalarda "siyasal sistem (*political system*)" kavramı kısaca hükümet (*government*) ve devleti (*state*) oluşturan tüm yasal kurumların ortaya çıkardığı düzen olarak ele alınmaktadır. HESLOP, D. Alan, "Political System", *Encyclopaedia Britannica*, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/political-system>, E.T. 17.11.2024. Bu çalışmada Senegal ve Gambiya devletlerinin siyasal sistemleri hakkında bilgiler verilirken devlet yapısı, teşkilatlanması ve hükümet sistemleri üzerinden hareket edilecektir.

<sup>10</sup> Senegal, bağımsızlık mücadelesinde sınır komşusu Mali ile beraber hareket etmiş ve taraflar arasında Mali Federasyonu kurulmuştur. Bu Federasyon 4 Nisan 1960 tarihinde Fransa'ya karşı bağımsızlığını kazandıktan sonra 20 Ağustos 1960 tarihinde taraflarca feshedilmiştir. KURTZ, Donn M., "Political Integration in Africa: The Mali Federation", *The Journal of Modern African Studies*, C. 8, Sa. 3, 1970, s. 405-424. Resmî adı Mali Federasyonu olan bu siyasal yapı karşılaştırmalı literatürde de bu isimde kullanılmakla beraber T.C. Dışişleri Bakanlığı kaynaklarında Senegal-Mali Federasyonu olarak adlandırılmaktadır. (Çevrimiçi) <https://www.mfa.gov.tr/senegal-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, E.T. 10.10.2024.

<sup>11</sup> (Çevrimiçi) <https://www.unfpa.org/data/world-population/SN>, E.T. 11.10.2024.

*Democratic Party*) lideri Abdoulaye Wade'nin kazanmasıyla yeni bir dönem başlamıştır<sup>12</sup>.

Senegal'in siyasal tarihi, bağımsızlığını kazandığı 1960 yılından bu yana 2000 yılındaki seçimler üzerinden ikiye ayrılarak incelenmektedir. Çalışmanın konusunu teşkil eden Senegambiya Konfederasyonu bu ayırmadaki ilk döneme denk gelmekle beraber yabancı literatürde Senegal'in yakından gözlemlendiği süreç 2000 yılı sonrası demokratik ilerlemelerin yaşandığı süreçtir.

7 Ocak 2001 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen yeni Anayasadaki<sup>13</sup> düzenlemelere göre yarı-başkanlık hükümet sistemi ile yönetildiği anlaşılan<sup>14</sup> Senegal'de başbakanlık kurumu olmakla beraber yürütme fonksiyonu ve devlet idaresine dair işlerde cumhurbaşkanı etkindir<sup>15</sup>. Cumhurbaşkanı Wade'nin ikinci dönemi sonrasında 2012 seçimlerinde, daha önce Wade'nin kabinesinde yer almış ve uzun bir dönem aynı partinin mensubu olarak beraber çalıştığı ancak seçim sürecinde muhalefet partileri tarafından desteklenen ve ittifak adayı (*Alliance for*

<sup>12</sup> Bağımsızlığını kazanmasının ardından uzun bir dönem Sosyalist Parti iktidarında tek partili bir siyasal sistemin görüldüğü Senegal'de 1976 yılında farklı siyasi partilerin kurulmasına izin verilmiş, 1981 yılında ise diğer siyasi kısıtlamalar kaldırılarak çok partili döneme geçilmiştir. AKA, Philip C., "The Continued Search for Appropriate Structures for Governance and Development in Africa in the 21st Century: The Senegambia Confederation in Historical and Comparative Perspective", *California Western International Law Journal*, C. 47, Sa. 2, 2017, s. 121.

<sup>13</sup> Bu Anayasa 22 Ocak 2001 tarih ve 5963 sayılı Senegal Resmî Gazetesi'nde (*Journal officiel de la République du Sénégal*) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anayasada şimdiye kadar birçok kez değişiklik yapılmıştır. Bunlar hakkında resmî bilgiler için bkz. (Çevrimiçi) <https://primature.sn/publications/lois-et-reglements/mises-jour-de-la-constitution>, E.T. 03.11.2024.

<sup>14</sup> Frankofon devletlerin birçoğunda olduğu gibi Senegal'deki hükümet sisteminde Fransız tipi yarı-başkanlık sisteminin etkisi görülmektedir. JAKUBIAK, Łukasz, "Presidential Politics of Constitutional Amendment in Francophone Africa: The Case of Senegal", *Hungarian Journal of Legal Studies*, C. 61, Sa. 4, 2022, s. 386-407. Anayasadaki düzenlemeler ve bu ülkedeki siyasal gelişmeler analiz edildiğinde hükümet modelinin yarı-başkanlık sistemi olduğu, hatta zamanla başkanlık sistemine dönüştüğü şeklinde yorum yapılabilir. Karşılaştırmalı ülke incelemeleri yapılan başka bir çalışmada Senegal, Türkçe literatürde yaygın kullanımı "yarı-başkanlık" olan "*presidential-parliamentary democracies*" kategorisine dahil edilmektedir. SODARO, Michael J., *Comparative Politics - A Global Introduction*, 2. Baskı, McGraw Hill Press, Boston, 2004, s. 195.

<sup>15</sup> Senegal'de bir süredir başbakanlık makamının gerekliliği tartışılmaktadır. Hatta 2019 yılında Ulusal Meclis tarafından yapılan anayasa değişikliği ile başbakanlık makamı lağvedilmişti. (Çevrimiçi) <https://constitutionnet.org/news/senegal-passes-constitutional-amendment-abolishing-post-prime-minister>, E.T. 02.11.2024. Kısa bir zaman sonra 2021 yılında yeniden bir anayasa değişikliği ile bu makam tekrar ihdas edilmiştir. (Çevrimiçi) <https://freedomhouse.org/country/senegal/freedom-world/2023>, E.T. 02.11.2024. Yaklaşık üç yıl boyunca yürütme organının sadece cumhurbaşkanından oluştuğu ve başkanlık tipi hükümet sistemi ile yönetilen Senegal'de Cumhurbaşkanı Macky Sall 2022 yılında eski Ekonomi Bakanı Amadou Ba'yı tekrar başbakan olarak atamıştır. (Çevrimiçi) <https://www.reuters.com/world/africa/senegals-president-macky-sall-names-amadou-ba-prime-minister-2022-09-17/>, E.T. 02.11.2024. Senegal'de yaşanan anayasal krizler hakkında daha fazla bilgi için ayrıca bkz. AFRICA CENTER FOR STRATEGIC STUDIES, "Making Sense of Senegal's Constitutional Crisis", 7 Şubat 2024, (Çevrimiçi) <https://africacenter.org/spotlight/senegal-constitutional-crisis/>, E.T. 02.11.2024.

*the Republic*) olarak gösterilen Macky Sall seçilmiştir. Sall'ın da iki dönemlik cumhurbaşkanlığı sonrasında 2024 yılı başında yapılan seçimlerde 2014 yılında kurulan yeni bir parti olan PASTEF<sup>16</sup> adayı Bassirou Diomaye Faye cumhurbaşkanı olarak seçilmiş ve halen görevine devam etmektedir.

Devlet şeklinin cumhuriyet olduğu Senegal'de, siyasal düzen laik bir rejim üzerine kurulu ve çok partili yapıdadır. Anayasaya<sup>17</sup> göre halkın doğrudan oylarıyla göreve gelen cumhurbaşkanının görev süresi beş yıl olup, 2016 yılında yapılan değişikliklerle iki dönem sınırlaması getirilmiştir (m.27). Cumhurbaşkanı dışında yürütme organında hükümetin başı olarak ayrı bir başbakanlık makamı da vardır (m.53). Yasamada ise tek meclisli<sup>18</sup> bir parlamento modeline sahip ülkede, halkın oylarıyla beş yıllığına göreve gelen milletvekilinden oluşan Ulusal Meclis (*The National Assembly*) yasama faaliyetlerinde bulunmaktadır (m.59). Kendine özgü karma bir seçim sisteminin uygulandığı Ulusal Meclis seçimlerinde 165 milletvekili seçilmektedir. Bunlardan 15'i ülke dışında yaşayan seçmenleri temsil etmek için seçilmektedir<sup>19</sup>. Seçimler sadece ulusal düzeyde yasama ve yürütme organlarının belirlenmesinde değil, aynı zamanda yerel düzeyde yöneticiler ve temsilcilerin belirlenmesinde de yapılmaktadır. Demokratik seçim ilkelerine tam anlamıyla riayet edildiğini söyleyemeyeceğimiz Senegal'de belirli ve düzenli aralıklarla seçimler yapılması devlet yönetiminde temsili demokrasinin belirli düzeyde benimsendiğini göstermektedir.

Temsili demokrasinin yerel düzeyde de benimsendiği Senegal, idari teşkilatlanması bakımından 14 ayrı bölgeye ayrılmış üniter yapılı bir devlettir<sup>20</sup>. Bu

<sup>16</sup> Fransızca "*Patriotes africains du Sénégal pour le travail, l'éthique et la fraternité*" tamlamasının baş harflerinden oluşan bu partinin adının Türkçe çevirisi "Çalışma, Etik ve Kardeşlik için Senegalli Afrikalı Vatandaşlar" olup, partinin tüzük ve belgeleri incelendiğinde belirli bir siyasal ideoloji partisi olmadığı ve merkez partiler gibi halkın genelini kapsayıcı politikalar üretmeye odaklandığı anlaşılmaktadır. (Çevrimiçi) <https://pastef.org/>, E.T. 04.11.2024.

<sup>17</sup> Senegal Anayasası'nın Fransızca orijinal metni için bkz. (Çevrimiçi) <https://primature.sn/publications/lois-et-reglements/constitution-du-senegal>, E.T. 04.11.2024. Anayasanın İngilizce çevirisi için ayrıca bkz. (Çevrimiçi) [https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal\\_2016](https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2016), E.T. 04.11.2024.

<sup>18</sup> 1999-2001 ve 2007-2012 yılları arasında çift meclisli yasama modelinin görüldüğü Senegal'de parlamentonun üst kanadını oluşturan Senato bir kısmı halkın oylarıyla göreve gelen bir kısmı Cumhurbaşkanı tarafından atanan üyelerden oluşmaktaydı. LO, Abdou Khadre, "The Senegal Case Study", **Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial**, Editör: Andrew Ellis, Jesús Orozco Henríquez ve Daniel Zovatto, IDEA Press, Meksika, 2009, s. 220. İlgili çalışma için bkz. (Çevrimiçi) <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/15.pdf>, E.T. 03.11.2024. Kitabın tamamına ayrıca şu adresten ulaşılabilir: (Çevrimiçi) <https://www.idea.int/sites/default/files/publications/como-hacer-que-funcione-el-sistema-presidencial.pdf>, E.T. 02.12.2024.

<sup>19</sup> Bu 15 milletvekili; en az 4'ü Afrika, 2'si Avrupa, 1'i Amerika ve Okyanusya, 3'ü Asya ve Ortadoğu olmak üzere sınırları daha önce belirlenen her bir seçim çevresinden azami 3'er milletvekili seçilecek şekilde belirlenmektedir. (Çevrimiçi) [http://archive.ipu.org/parline/reports/2277\\_B.htm](http://archive.ipu.org/parline/reports/2277_B.htm), E.T. 04.11.2024.

<sup>20</sup> (Çevrimiçi) <https://www.senegal.org/en/senegal/regions>; <http://www.statoids.com/usn.html>, E.T. 03.11.2024.

bölgeler; şehir (*departman*) ve ilçe (*arondisman*) şeklinde teşkilatlanmış olup merkez tarafından atanan vali (*gouverner*) ile yerel halk tarafından seçilen yöneticiler tarafından idare edilmektedir<sup>21</sup>. Siyasi istikrar bakımından Afrika kıtasındaki birçok devlete nazaran daha olumlu göstergelere sahip olduğu anlaşılan bu ülke, tarihi boyunca hiç askeri darbe yaşanmamış ender Afrika devletlerinden biridir<sup>22</sup>. Takip eden başlık altında ayrıca incelenecek olan Senegambiya Konfederasyonu'nun diğer paydaşı olarak Gambiya'ya göre yüzölçümü ve nüfus bakımından çok daha büyük bir ülke olan Senegal'in insan hakları ve demokrasi karnesinin son yıllarda pozitif yönde ilerlediği görülmektedir.

## B. Gambiya Cumhuriyeti Siyasal Yapısı

2024 yılı sonu itibariyle 3 milyona yakın bir nüfusa<sup>23</sup> sahip olan Gambiya, yüzölçümü bakımından Afrika kıtasının en küçük ülkesidir<sup>24</sup>. İsmi aldığı Gambiya Nehri'nin her iki kıyısı boyunca kurulmuş bu ülkenin Senegal dışında kara sınır komşusu yoktur. Coğrafi olarak üç tarafı Senegal topraklarıyla çevrili olan bu anklav benzeri ülkenin dış dünyayla bağlantısı Senegal dışında sadece Gambiya Nehri'nin de döküldüğü Atlas Okyanusu'ndan ibarettir<sup>25</sup>. Gambiya Nehri tarih boyunca tarım ve ticaret alanlarında bölge toplumlarını kalkındırmıştır. Yeni Çağ'da okyanus ötesinden gelenler tarafından sömürgecilik faaliyetlerine maruz kalan bölgeler arasında en dikkat çekici yerlerden biridir. Günümüzde Senegal'den ayrı bir ülke olarak varlıklarını devam ettirebilmeleri konusunda Gambiyalılar için bu nehir hayatı derecede önem taşımaktadır.

Tarihte daha önceleri Portekizliler tarafından sömürgeleştirilen<sup>26</sup> Gambiya, 18. Yüzyıldan itibaren İngiltere'nin himayesine girmiş ve ardından Gambiya Kolonisi

<sup>21</sup> (Çevrimiçi) <https://www.ifes.org/tools-resources/faqs/elections-senegal-2022-local-elections;> <https://afrique.latribune.fr/politique/2019-10-18/elections-locales-au-senegal-encore-reportees-a-2020-831048.html>, E.T. 03.11.2024.

<sup>22</sup> AKA, s. 118.

<sup>23</sup> (Çevrimiçi) <https://www.unfpa.org/data/world-population/GM>, E.T. 11.10.2024.

<sup>24</sup> JUFFERMANS, Kasper / MCGLYNN, Caroline, "A Sociolinguistic Profile of the Gambia", **Sociolinguistic Studies**, C. 3, Sa. 3, 2008, s. 329. Gambiya'nın yüzölçümü farklı internet kaynaklarında 11.295 km<sup>2</sup> olarak belirtilmektedir.

<sup>25</sup> Gambia Nehri etrafına kurulmuş ve Senegal topraklarının içinde kalmış bu ülkenin haritadaki görünümünü tasvir etmek için "Senegal'in dişleri arasındaki bir muz (*a banana in the teeth of Senegal*)" nitelemesi yapılmaktadır. NORDLINGER, Christopher W., "Africa's Senegambia: a Confederation More of Form than Substance", 6 Ocak 1983, (Çevrimiçi) <https://www.csmonitor.com/1983/0106/010652.html>, E.T. 08.11.2024.

<sup>26</sup> RICHMOND, Edmun B., "Senegambia and the Confederation: History, Expectations, and Disilusions", **Journal of Third World Studies**, C. 10, Sa. 2, 1993, s. 176.



ve Protektorası adını almıştır<sup>27</sup>. 18 Şubat 1965 tarihinde bağımsızlığını kazanmasından bu yana halen İngiliz Milletler Topluluğunun (*Commonwealth of Nations*) bir üyesidir<sup>28</sup>. Bağımsızlığını kazanmasının ardından İngiltere tacına bağlı bir monarşi iken Nisan 1970’de yapılan referandum sonrası devlet şekli cumhuriyet olmuştur<sup>29</sup>. Bağımsızlığını kazanmasının ardından yönetimin başında bulunan David Dawda Kairaba Jawara liderliğindeki siyasi iktidar yaklaşık otuz yıl sürmüştür. Jawara dönemi demokratikleşme ve insan hakları bakımından zayıf karnenin yanı sıra ekonomik ve siyasal olarak olumsuzlukların yaşandığı, istikrarsız bir dönem olarak değerlendirilmektedir<sup>30</sup>. Çalışmanın takip eden kısımlarında detaylı bir şekilde inceleneceği üzere bu olumsuzlukların önüne geçmek ve gidişatı tersine çevirmek amacıyla Gambiya ve Senegal arasında iki devletin silahlı kuvvetlerini birleştirerek askeri gücünü artırma ve para birimlerini birleştirerek ekonomilerini güçlendirme başta olmak üzere birçok konuda müşterek fayda sağlama düşüncesi ile Senegambiya Konfederasyonu kurulmuştur. Konfederasyonun ömrünün kısa olması ve beklenen katkıyı sağlayamaması Gambiya’da siyasi krizlerin artarak devam etmesine neden olmuştur. 1994 yılındaki askeri darbe ile Jawara dönemi sona ermiş ve yönetim askeri darbenin başındaki isim olan Yahya Jammeh’e geçmiştir. Jammeh’in siyasi iktidarı da yaklaşık 20 yıl sürmüştür<sup>31</sup>.

Üniter devlet modelinin benimsendiği Gambiya, belediyeler ve yerel idari birimlerden oluşan beş bölgeye ayrılmıştır<sup>32</sup>. 1997 yılında yürürlüğe giren Ana-

<sup>27</sup> ARMITAGE, Cecil, “The Gambia Colony and Protectorate”, *Journal of the Royal Society of Arts*, C. 76, Sa. 3944, 1928, s. 811-818; RICHMOND, s. 177.

<sup>28</sup> HUGHES, Arnold / PERFECT, David, *A Political History of the Gambia, 1816-1994*, University of Rochester Press, ABD, 2006, s. 41.

<sup>29</sup> HUGHES / PERFECT, s. 175. Gambiya’da cumhuriyet rejimine geçişle beraber Birleşik Krallık Tacı ile anayasal monarşik bağ kopmuş ancak İngiliz Milletler Topluluğu’nda kalmaya devam edilmiştir. HUGHES / PERFECT, s. 41. Bağımsızlığını kazandıktan sonraki süreç ile cumhuriyetten önceki dönemde Gambiya’da uygulanan hükümet sistemi parlamenter monarşidir. AKA, s. 125.

<sup>30</sup> SALLAH, Tijan M., “Economics and Politics in the Gambia”, *The Journal of Modern African Studies*, C. 28, Sa. 4, 1990, s. 642, 647-648. Başka bir çalışmada ise Jawara döneminde birkaç küçük istisna dışında ağır bir insan hakları ihlalinin yaşanmadığı belirtilmektedir. PERFECT, David, “Politics and Society in the Gambia since Independence”, *History Compass*, C. 6, Sa. 2, 2008, s. 431. Yazarın Gambiya’nın yakın dönem siyasi tarihini tüm yönleriyle incelendiği başka bir çalışması için ayrıca bkz. PERFECT, David, *Historical Dictionary of the Gambia*, 6. Baskı, Rowman & Littlefield Publishers, ABD 2024.

<sup>31</sup> Bu dönem “diktatörlük dönemi” olarak nitelendirilmektedir. NNAOCHA, Cajetan Ifeanyi / Ousman BOJANG, Mamakeh, “Dictatorship in African Politics and Governance: The Yahya Jammeh Adventure on the Gambia, West Africa (1994-2017)”, *Perspectives in History, Development and International Relations: Festschrift for Professor Ibrahim James*, Editör: Terhemba Wuam ve Philibus Audu Nwamagyi, Kaduna State University Department for History, Nijerya, 2018, s. 435-456. Gambiya’da 1994 yılına kadar olan dönem de anti-demokratik olarak nitelendirilmekle beraber 1994 yılı sonrasındaki döneme göre daha ılımlı olduğu, iktidar partisinin hâkim olduğu ancak bununla beraber sınırlı da olsa çok partili bir siyasal yapıya sahip bulunduğu belirtilmektedir. AKA, s. 125.

<sup>32</sup> AKA, s. 126.

yasaya<sup>33</sup> göre devletin ve hükümetin başı olan Başkan (*President*), beş yıllık bir dönem için genel oyla seçilmektedir (m.62). Başkan, yardımcısını ve kabine üyelerini atamaktadır (m.70, 73). Yasama yetkisi 48'i seçimle göreve gelen, 5'i Başkan tarafından atanan 53 üyeli Ulusal Meclis'e aittir (m.88). Anayasada birey hak ve özgürlüklerine dair ve siyasi iktidarın sınırlandırılmasına yönelik düzenlemeler bulunmasına rağmen uygulamada anayasadaki düzenlemelerden farklı olarak anti-demokratik bir yönetimin görüldüğü Gambiya'da 2016 yılında yapılan başkanlık seçimlerini Adama Barrow'a kaybeden Yahya Jammeh seçim sonuçlarını tanımamış ve ülkede farklı siyasi krizlerin oluşumuna sebebiyet vermiştir. Yaşanan gelişmelerin ardından Batı Afrika Ülkeleri Ekonomik Topluluğu (*Economic Community of West African States-ECOWAS*)<sup>34</sup> Gambiya'ya askeri müdahalede bulunmuş ve ardından Jammeh 21 Ocak 2017 tarihinde görevden ayrılarak ülkeyi terk etmiştir<sup>35</sup>.

Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı 2019-2021 Gambiya Raporu'na<sup>36</sup> göre son yıllarda olumlu yönde ilerlemeler olduğu belirtilen bu ülke şimdiye kadar farklı uluslararası çalışma merkezleri tarafından hazırlanan insani gelişme endeksi sıralamasında son sıralarda yer almaktaydı. Senegal ile kurdukları Senegambiya Konfederasyonu'nun devam etmesi durumunda tablonun nasıl olacağını objektif olarak bilmek veya test etmek elbette mümkün değildir. Fakat biraz sonra farklı yönlerden ele alınacağı üzere konfederasyonun kuruluşundan sona ermesine kadar Gambiya tarafının bu birliktelikten beklentisi daha fazla olmuştur.

<sup>33</sup> Gambia Anayasası ve anayasa değişikliklerinin yer aldığı resmî internet sitesi için bkz. (Çevrimiçi) <https://judiciary.gov.gm/index.php/constitution-gambia>, E.T. 11.11.2024.

<sup>34</sup> Afrika kıtasının batısında yer alan 15 devlet tarafından (Benin, Burkina Faso, Fildişi Sahili, Gambiya, Gana, Gine, Gine Bissau, Liberya, Mali, Moritanya, Nijer, Nijerya, Senegal, Sierra Leone, Togo) üye ülkeler arasında ekonomik ve siyasi işbirliğini geliştirmek amacıyla 28 Mayıs 1975 tarihinde Nijerya'nın eski başkenti Lagos şehrinde kurulmuştur. 1977 yılında Topluluğa Yeşil Burun Adaları da üye olmuştur. 2000 yılında ise Moritanya üyelikten ayrılmıştır. Günümüzde halen 15 üyeli bir örgüttür. (Çevrimiçi) <https://www.ecowas.int/>, E.T. 12.11.2024.

<sup>35</sup> SANKANU, Mariam, "Why Gambia suffered a setback at Ecowas Parliament for Special Tribunal", 3 September 2024, (Çevrimiçi) <https://www.justiceinfo.net/en/135400-why-gambia-suffered-a-setback-at-ecowas-parliament-for-special-tribunal.html>, E.T. 11.11.2024); OWISO, Owiso / NAKANDHA, Sharon, "International Criminal Accountability for Yahya Jammeh's Administration: The Gambia-ECOWAS Court", 9 August 2023, (Çevrimiçi) <https://www.justsecurity.org/87511/international-criminal-accountability-for-yahya-jammehs-administration-the-gambia-ecowas-court/>, E.T. 11.11.2024.

<sup>36</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, "The Gambia 2019-2021 Report", 2022, s. 17-20, (Çevrimiçi) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-09/Finalfinal.pdf>, E.T. 10.11.2024.

## II. KONFEDERASYONU ORTAYA ÇIKARAN GELİŞMELER

Afrika kıtasındaki birçok devletin gerek sömürgelerine karşı bağımsızlık mücadelesinde gerekse sonraki süreçte ekonomik ve siyasal krizlere karşı güçlerini birleştirerek hareket etme yönünde tutum içerisinde oldukları görülmektedir<sup>37</sup>. Birçok yönden birbiriyle yakın ilişkiler içerisinde olan Senegal ve Gambiya'nın güçlerini birleştirme düşüncesi daha önceleri de gündeme gelmekle beraber bu birliktelik 1981 yılında yaşanan belirli gelişmeler sonrasında mümkün olabilmıştır. İki devlet arasında kurulan konfederasyon hakkında kurumsal ve siyasal analiz yapılabilmesi için bu birlikteliğin oluşumuna zemin hazırlayan gelişmeler “coğrafi yakınlık ve tarihi arka plan”, “toplumsal yapı ve kültürel ilişkiler”, “askeri iş birliği” ve “ekonomik ilişkiler” başlıkları altında ele alınacaktır.

### A. Coğrafi Yakınlık ve Tarihi Arka Plan

Batı Afrika'nın önemli ticaret merkezlerinden biri olan Gambiya Nehri tarih boyunca bölgedeki tüm devletlerin birbirleriyle yakın ilişkilerde bulunmalarına imkân tanımıştır. Okyanusa döküldüğü yerden iç kesimlerine kadar nehrin etrafına kurulu olan Gambiya ile bu ülkenin kara sınırı olarak üç tarafını saran Senegal arasındaki ilişkiler ise çok daha yakın olmuştur. Öyle ki bu bölge için iki ülkenin isimlerinin birleşimini çağrıştıran “Senegambiya (*Senegambia*)” adlandırması 18. Yüzyıldaki İngiliz belgelerinde karşımıza çıkmaktadır<sup>38</sup>. Aslında Senegambiya bölgesinin tarihsel olarak taşıdığı anlam daha eskilere dayanmaktadır. Senegambiya bölgesi tarih boyunca Gambiya ve Senegal'in yanı sıra Gine, Gine-Bissau, Mali ve Moritanya'nın belirli bölgelerini de içine alan geniş bir bölgeyi tasvir etmek için kullanılmıştır<sup>39</sup>. Yakın dönemde ise Senegal ve Gambiya arasında kurulan Konfederasyon sonrası bu iki ülkenin mülki sınırlarından oluşan bölgeyi kapsayan siyasal bir anlam taşımaktadır. Aslında bu iki ülkenin sınırlarının birleştirilerek tek bir yapı oluşturulması fikrinin daha eskilere dayandığı görülmektedir. Konfederasyon antlaşmasının kabul edilmesinin

<sup>37</sup> Bu durumun en büyük sebebi Afrika kıtasındaki birçok devletin ekonomik ve siyasal krizlerle baş etme konusunda zayıf kalmasıdır. 2013 yılında dünyaca ünlü ekonomi dergisi Economist tarafından hazırlanan özel bir raporda Afrika kıtası “*a hopeful continent* (umut dolu bir kıta)” şeklinde nitelendirilse de kıtadaki devletlerin büyük çoğunluğu halen siyasi istikrarı tam anlamıyla sağlayamamıştır. THE ECONOMIST, “Special Report Emerging Africa”, 2 Mart 2013, (Çevrimiçi) [https://www.economist.com/sites/default/files/20130203\\_emerging\\_africa.pdf](https://www.economist.com/sites/default/files/20130203_emerging_africa.pdf), E.T. 18.11.2024. Aynı dergi bu tespitinden yaklaşık 10 yıl öncesinde ise bu kıta için “*umutsuz*” anlamına gelen “*hopeless Africa*” nitelemesi yapmıştı. THE ECONOMIST, “Hopeless Africa”, 11 Mayıs 2000, (Çevrimiçi) <https://www.economist.com/leaders/2000/05/11/hopeless-africa>, E.T. 18.11.2024.

<sup>38</sup> RICHMOND, s. 172; ROBSON, s. 393.

<sup>39</sup> RICHMOND, s. 173.

ardından ABD’li bir analist tarafından kaleme alınan yazıda Avrupalı sömürgecilerin daha önceden birçok kez İngiliz Gambiya’sı ve Fransız Senegal’ini tek bir bölge haline getirmeye çalıştıkları belirtilmektedir<sup>40</sup>.

Coğrafya ve ortak geçmiş olarak birbirlerine çok yakın olan bu iki devlet, bağımsızlıklarını kazanmalarından evvel belirli konularda ikili iş birliği için ortak komiteler kurmuş ancak bu süreç başarıyla tamamlanamamıştır<sup>41</sup>. Bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından ise sosyal, ekonomik ve askeri konularda ikili antlaşmaların bağımsızlıklarını tehlikeye düşürebilecekleri kaygısıyla önerilere temkinli yaklaşmışlardır<sup>42</sup>. Özellikle Gambiya tarafında, coğrafi olarak kendisinden çok daha büyük sınırları olan Senegal’e karşı ekonomik ve askeri bakımdan kendisini daha zayıf görmesi belirli çekinceleri beraberinde getirmiştir<sup>43</sup>. 1980’li yılların başında yaşanan bir gelişme ise Gambiya tarafındaki bu çekinceleri ikinci plana atmıştır.

1981 yılında Gambiya Cumhurbaşkanı David D. K. Jawara, İngiltere’ye yaptığı bir seyahat esnasında ülkesinde gerçekleştirilen askeri darbenin bastırılması ve kamu düzeninin sağlanması için Senegal’den askeri yardım talep etmiştir<sup>44</sup>. Askeri darbe, Senegal silahlı kuvvetlerinin yardımıyla beş günün ardından sonlandırılmış<sup>45</sup> ve ülkesine dönen Jawara olağanüstü hâl ilan etmiştir. Olağa-

<sup>40</sup> FISHMAN, Steve, “Senegambia: Two Nations in One”, 6 Ekim 1981, (Çevrimiçi) <https://www.csmonitor.com/1981/10/06/100652.html>, E.T. 09.12.2024. Sömürgeci devletlerin Afrika’da sınırları oluştururken halkların etnik bağlarına dikkat etmeksizin keyfi hareket ettikleri ancak bu sınırların ülkeler sömürgelerine karşı bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından da esas alınmaya devam edildiği belirtilmektedir. GOLUB, Stephen S. / MBAYE, Ahmadou Aly, “National Trade Policies and Smuggling in Africa: The Case of the Gambia and Senegal”, *World Development*, C. 37, Sa. 3, 2008, s. 596.

<sup>41</sup> ROBSON, s. 395. Taraflar arasındaki görüşmelere katkı sağlamak amacıyla Birleşik Krallık Hükümeti’nin önerisiyle Birleşmiş Milletler (BM) tarafından iki devletin akıbeti konusunda bir çalışma başlatılmıştır. Çalışmalar sonucunda BM Sosyal ve Ekonomik İlişkiler Departmanı tarafından 1964 yılında hazırlanan raporda Senegal ve Gambiya devletlerinin ekonomik, mali ve kurumsal olarak güçlerini birleştirmelerinde fayda bulunduğu vurgulanarak bunun için üç ayrı formül önerilmiştir. Bunlar; iki devlet arasında tam bir federasyon (Gambiya, Senegal’in bir eyaleti olarak planlanacak), siyasi özerkliğin olduğu gevşek bir federasyon (Gambiya’ya yüksek düzeyde siyasi özerklik tanınacak ancak dış ilişkiler bakımından Senegal’e bağlı kalacak) ya da iki devletin üniter yapısını koruduğu konfederasyon tipi birliktelik. İlgili rapor için bkz. UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIES AND SOCIAL AFFAIRS, **Report on the Alternatives of Association Between the Gambia and Senegal**, New York, 1964. Raporu hazırlayanların ikinci seçeneğe ağırlık verdiği belirtilmektedir. ROBSON, s. 398-401.

<sup>42</sup> SALLAH, s. 640.

<sup>43</sup> RICHMOND, s. 180. Gambiyalılar, Senegal tarafından ilhak edilmekten çekindikleri için siyasi iş birliği antlaşmalarına hep temkinli yaklaşmışlardır. GOLUB / MBAYE, s. 597.

<sup>44</sup> Askeri darbenin gerçekleştiği 30 Temmuz 1981 tarihinde Jawara’nın, İngiliz Milletler Topluluğu Konferansı’na katılmak için Londra’da olduğu ifade edilmektedir. RICHMOND, s. 192 (dn. 12).

<sup>45</sup> Darbecilerin ellerinde Jawara’nın eşi ve çocukları bulunmasına ve Gambiyalıların belirli kesiminin darbeye fiili olarak destek vererek sert bir direniş göstermelerine rağmen Senegal silahlı kuvvetlerinden seçkin bir grubun kısa süre içerisinde Gambiya’nın tek havalimanı olan Yundum’u ele geçirerek darbecilerin dirençlerini kırdığı ifade edilmektedir. SALLAH, s. 634.

nüstü hâl yaklaşık dört yıl sürmüştür. Askeri darbenin bastırılması sürecinde Senegal'in yardımı karşılığında Jawara'nın bu ülke ile olan ilişkilerini geliştirme yönündeki tutumu Senegambiya Konfederasyonu'nun ortaya çıkması için uygun siyasal zemini oluşturmuştur. Farklı kaynaklarda bu askeri yardım karşılığında iki devlet arasında bir siyasal yakınlaşma olduğu ve devlet başkanlarının iradesiyle bu yakınlaşmanın konfederasyon tipi bir yapılanma ile taçlanması yönünde fikir birliğine varıldığı belirtilmektedir<sup>46</sup>.

Konfederasyonun ortaya çıkışında Gambiya'daki askeri darbenin bastırılmasına yönelik Senegal'in desteği etkili olmakla beraber iki devlet arasında bu tür bir birlikteliğin oluşturulmasında karşılıklı fayda içeren rasyonel faktörlerin de etkili olduğu anlaşılabilmektedir. Gambiya'nın askeri destekle beraber ulusal güvenliğini sağlama yönündeki menfaatine karşılık Senegal'in başta ekonomik olarak güçlenmek üzere belirli konularda siyasi menfaatleri taşıdığı anlaşılabilmektedir. Ayrıca Senegal'in tarihi olarak komşularıyla güçlerini birleştirmeye meyilli oldukları ifade edilebilir. Nitekim henüz bağımsızlıklarını kazanma aşamasında Mali ile beraber hareket etmeleri Senegal'in iş birliğine verdiği önemin bir göstergesidir<sup>47</sup>. Gambiya, Mali'ye nazaran toplumsal yapı ve kültürel ilişkiler bakımından Senegal ile daha yakın bir devlettir.

## B. Toplumsal Yapı ve Kültürel İlişkiler

Devletlerin siyasi yapısı ve yönetimini inceleyen ve yeni oluşumlar için öneriler sunulan anayasa hukuku bilimine yönelik nitelendirmelerden biri de anayasa mühendisliğidir. Afrika'da kültürel mühendislik olmaksızın siyasal mühendisliğin icra edilemeyeceğini savunan Mazrui, anayasa mühendisliği ve kültürel mühendislik (toplum mühendisliği) arasında sıkı bir ilişki olduğunu ifade etmektedir<sup>48</sup>. Bu bakımdan Senegal ve Gambiya devletleri tarafından kurulan Senegambiya Konfederasyonu'nun siyasal açıdan iyi analiz edilebilmesi için öncelikle her iki devletin nüfus, etnik köken, dil ve dini özellikleri bakımından toplum yapısının ve kültürel ilişkilerinin ele alınmasında fayda görülmektedir.

<sup>46</sup> AKA, s. 141 (dn. 187); GOLUB / MBAYE, s. 597; RICHMOND, s. 182; SALLAH, s. 640-641.

<sup>47</sup> Mali Federasyonu olarak adlandırılan ve aralarında Senegal'in de bulunduğu Fransa'dan bağımsızlığını kazanmış sekiz devletin bu birlikteliği de çok kısa sürmüştür (1959-1963).

<sup>48</sup> MAZRUI, Ali A., "Constitutional Change and Cultural Engineering Africa's Search for New Directions", **Constitutionalism in Africa: Creating Opportunities, Facing Challenges**, Editör: Joseph Oloka-Onyango, Fountain Publishers, Kampala, 2001, s. 19. Başka bir çalışmada, kültürel mühendisliğin sağlanabilmesinde toplumların kendi geleceklelerini bilinçli bir şekilde inşa etmek için kişilerin egemenliğinden ziyade hukukun üstünlüğüne inanarak hareket etmesi gerektiği ifade edilerek Afrika kıtası için önerilerde bulunmaktadır. MBAKU, John Mukum, "The Rule of Law and Poverty Eradication in Africa", **African and Asian Studies**, C. 13, Sa. 4, 2014, s. 533.

1980’li yılların başındaki istatistiklere göre; yaklaşık 6 milyon nüfusu bulunan Senegal<sup>49</sup> ile 700.000’den biraz fazla nüfusa sahip Gambiya<sup>50</sup> arasında insan gücü bakımından ciddi bir fark olduğu anlaşılmaktadır. İnsan gücüne doğrudan etki eden bu sayısal fark halklar arasındaki manevi bağlarla giderilebilir. Nitekim Senegambiya Konfederasyonu Kurucu Sözleşmesi’nin giriş kısmında, Birliğin “tarihin cilveleriyle iki devlete bölünmüş tek bir halktan oluştuğu”<sup>51</sup> belirtilmektedir. Bu romantizm dolu ifadenin jeneolojik bakımdan gerçekliği ise tartışmalıdır.

Senegal’de 17 farklı etnik grup olmakla beraber toplumun çoğunluğunun birbirine yakın kültür ve geçmişten gelen topluluklardan oluşan homojen bir yapıda olduğu ifade edilmektedir<sup>52</sup>. Gambiya da çok sayıda etnik gruba ev sahipliği yapmaktadır<sup>53</sup>. Bununla beraber her iki devlette belirli etnik gruplar oransal olarak diğerlerine göre daha kalabalıktır.

Senegambiya Konfederasyonu’nun inşa edildiği yıllarda her iki devletin liderinin aynı etnik kökenden<sup>54</sup> kişiler olmasının itici bir güç olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>55</sup>. Liderler dışında halklar için ise aynı şey söylenemez. Zira etnik köken olarak birbirine yakın halklardan oluşsa da iki devletin sömürgelerinden edindiği Frankofon ve Anglofon kültürel farklılıklarının konfederasyon sürecinde sorun oluşturduğu belirtilmektedir<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> (Çevrimiçi) <https://www.worldometers.info/world-population/senegal-population/>, E.T. 11.10.2024.

<sup>50</sup> (Çevrimiçi) <https://www.worldometers.info/world-population/gambia-population/>, E.T. 11.10.2024.

<sup>51</sup> Antlaşma metninde geçen ifadenin orijinali şöyledir: “...a single people divided into two States by the vicissitudes of History” (Giriş kısmı ilk cümle). UNITED NATIONS - TREATY SERIES, “Agreement Concerning the Establishment of a Senegambia Confederation”, Y. 1982, C. 1261, S. 20735, s. 332, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201261/volume-1261-I-20735-English.pdf>, E.T. 03.11.2024. Bu sözleşme çalışmada bundan sonra “Kurucu Sözleşme” şeklinde kullanılacaktır.

<sup>52</sup> Oransal olarak Senegal nüfusunun %43’ü *Wolof*, %24’ü *Pular*, %15’i *Serer* (bu grup *Wolof*’larla yakındır) olmak üzere diğerleri azınlık gruplardır. AKA, s. 121-122.

<sup>53</sup> Oransal olarak Gambiya nüfusunun %42’si *Mandinka* veya *Malinké* olarak adlandırılan bir grup, %18’i *Fula*, %16’sı *Wolof*, %10’u *Jola*, %7’si *Seraluleh*, %3’ü *Serer* olmak üzere diğer azınlık gruplar daha az orandadır. AKA, s. 125-126.

<sup>54</sup> 1980’lerin başında Senegal Cumhurbaşkanı Léopold Sédar Senghor ile Gambiya Devlet Başkanı D.D.K. Jawara’nın etnik kökenleri *Wolof*’tur. AKA, s. 126-127.

<sup>55</sup> Zira geçmişten günümüze kabilecilik anlayışının etkili olduğu Afrika’da liderlerin etnik kimliğinin çok önemli olduğu bilinmektedir. MWAKIKAGILE, Godfrey, *Ethnic politics in Kenya and Nigeria*, Nova Science Publishers, New York, 2001, s. 81. Eserin açık erişim dijital haline ulaşmak için bkz. (Çevrimiçi) <https://archive.org/details/ethnicpoliticsin0000mwak/mode/2up>, E.T. 18.11.2024.

<sup>56</sup> SALLAH, s. 643. Konfederasyon kurulmadan çok önce kaleme alınan başka bir çalışmada benzer bir analiz yapılmaktadır. 1965 tarihli bu çalışmanın yazarı, etnik olarak birbirinden çok uzak kökenleri olmayan Senegal ve Gambiyalıların farklı sömürgeler tarafından idare edilmelerinin kültürel olarak zaman içinde farklılaşmalarına yol açtığını ifade etmektedir. ROBSON, s. 395.

Sömürgelerinin etkileri olarak dil bakımından da iki devletin farklılaştığı görülmektedir. Konfederasyonun paydaşlarından Senegal’de resmî dil Fransızca olmakla beraber ülkede 25’den fazla farklı yerel dil konuşulmaktadır<sup>57</sup>. Çünkü Senegambiya bölgesi dil çeşitliliği bakımından oldukça zengin bir coğrafyadır. Benzer şekilde Gambiya’da resmî dil İngilizce olmakla beraber ülkede 10’dan fazla farklı yerel dil konuşulmaktadır<sup>58</sup>. İki devletin resmî dilleri farklı olmakla beraber halklar bu dillere uzak değildir. Çünkü tarih boyunca Batı Afrika ticaretinin önemli merkezlerinden biri olan Senegambiya coğrafyasında İngilizce ve Fransızca dilleri poliglot yetenekleri haiz yerel halklar tarafından konuşulmuştur. Bu durum iki devlet arasında halklar nezdinde iletişim kolaylığı sağlayabilecek bir olgudur<sup>59</sup>.

İletişim kolaylığının yanı sıra iki devletin halklarının din ve inanç durumları da benzerdir. Senegal’de çoğunluk Müslüman olup (%94), Hristiyan (%5) ve diğer yerel inançlara mensup kişiler (%1) azınlıktadır<sup>60</sup>. Benzer şekilde Gambiya nüfusunun %90’dan fazlası Müslüman, %9’u Hristiyan olup kalan azınlık kısım ise yerel Afrika inançlarına mensuptur<sup>61</sup>.

### C. Askeri İş Birliği

Afrika kıtasının en küçük yüzölçümüne sahip Gambiya’da modern bir ordunun bulunmaması bu ülkenin ulusal güvenlik meselelerinin başında gelmektedir. Eski sömürgesi olan ve bağımsızlığını kazandığından bu yana Topluluk (*Commonwealth*) üyesi olduğu İngiltere’nin bölgedeki askeri varlığı Gambiya’nın askeri eksikliğini belirli düzeyde telafi edebilmektedir. Hatta belki de coğrafi olarak Gambiya’yı çevreleyen Senegal’in bu ülke üzerinde ilhak emellerinin önündeki en büyük engel İngiltere’nin bölgedeki varlığıdır<sup>62</sup>. Senegal tarafından ilhak edilme kaygısına rağmen Gambiya’nın belirli sorunları karşısında en büyük askeri destekçisi yine Senegal olmuştur<sup>63</sup>. İngiltere’nin askeri varlığı

<sup>57</sup> DIALLO, Ibrahima, “Attitudes toward Speech Communities in Senegal: a Cross-Sectional Study”, *Nordic Journal of African Studies*, C. 18, Sa. 3, 2009, s. 196.

<sup>58</sup> Bu diller ve tarihi Senegambiya coğrafyasındaki etkileşimleri hakkında ayrıca bkz. JUFFERMANS / MCGLYNN, s. 332 vd.

<sup>59</sup> Konfederasyon ile beraber Senegal ve Gambiya halklarının karşılıklı olarak birbirlerinin dillerini öğrenmeleri için belirli politikalar geliştirilmiştir. Gambiya’da Fransızca dili eğitim müfredatına dahil edilirken; Senegal’de yaklaşık on beş dakikalık İngilizce haber bültenleri yayımlanmaya başlamıştır. RICHMOND, s. 187.

<sup>60</sup> LO, s. 219.

<sup>61</sup> HUGHES / PERFECT, s. 26.

<sup>62</sup> Senegal’in bağımsızlığını kazanmasından önce sömürgecisi Fransa için de bu durum geçerliydi.

<sup>63</sup> GOLUB / MBAYE, s. 597.

Gambiya'yı dışa karşı korusa da iç güvenlik meselelerinde yetersiz kalmaktadır. Daha önceki açıklamalarda<sup>64</sup> ele alındığı üzere 1981 yılında Gambiya'da yaşanan askeri darbenin bastırılması ve kamu düzeninin tekrar temini sürecinde Senegal'in yardımları o dönem iki devlet arasındaki ilişkileri daha fazla yakınlaştırmıştır. Senegambiya Konfederasyonu'nun ortaya çıkmasında farklı etmenler olmakla beraber en büyük etmenin bu durum olduğu konuyla ilgili kaynaklarda belirtilmektedir.<sup>65</sup> Senegal tarafının konfederal birlikte ön plana çıkan menfaati daha çok ekonomik konularla ilgili olmakla beraber Gambiyalılar için askeri iş birliği yaparak ulusal güvenliklerini sağlamak yönünde olmuştur.

Gambiya'nın bu birlikteki en büyük hatta belki de tek kazancı askeri iş birliğidir. Askeri iş birliği özellikle Gambiya tarafı için dış güvenliğin sağlanmasındaki faydanın yanı sıra sınırları içinde siyasal düzenin korunması bağlamında ayrı bir teminat oluşturmuştur.<sup>66</sup> Konfederasyonun yürürlükte olduğu yıllarda kaleme alınan bir makalede dönemin diplomatlarından birinin "*Senegambiya Konfederasyonu, Senegal'in Gambiya'daki askeri birliklerinin biraz fazlasıdır*" şeklindeki ifadesi bu durumu özetler niteliktedir.<sup>67</sup> Nitekim konfederasyonun lağvedilmesinin ardından Gambiya'da 1994 yılında gerçekleştirilen ve Jawara dönemini sona erdiren askeri darbeye karşı Senegal'in yardım etmemesi bu ifadeyi kanıtlar niteliktedir.<sup>68</sup>

#### D. Ekonomik İlişkiler

Tarihi olarak Batı Afrika'nın dört büyük ticaret merkezinden biri olarak gösterilen<sup>69</sup> Gambiya Nehri etrafında tarım faaliyetlerinde bulunan ve Atlas Okyanusu kenarlarındaki limanları üzerinden dış dünya ile ticaret yapan iki devletin ekonomik yapısı birbirine benzemektedir. Yüz ölçüm ve nüfus olarak aralarında büyük bir fark olduğu için ekonomik güçleri de birbirinden farklı olan Senegal ve

<sup>64</sup> "A. Coğrafi Yakınlık ve Tarihi Arka Plan" başlığı altında.

<sup>65</sup> AKA, s. 141 (dn. 187); GOLUB / MBAYE, s. 597; RICHMOND, s. 182; SALLAH, s. 640-641.

<sup>66</sup> Gambiya'da askeri darbeden önce tek emniyet teşkilatının Saha Gücü (*Field Force*) olarak bilinen paramiliter bir birlik olduğu ve bu birliğin ayaklanma girişiminden sonra dağıtıldığı ifade edilmektedir. Konfederasyon antlaşmasıyla beraber Senegalliler Gambiya'da asker konuşlandırmış, yerel tabanlı konfederal taburlar kurmuş ve Gambiya ordusunun eğitilmesine yardımcı olmuşlardır. RICHMOND, s. 183.

<sup>67</sup> İfadenin İngilizce orijinali şöyledir: "*Senegambia is little more than Senegal's army in the Gambia.*" Bkz. NORDLINGER.

<sup>68</sup> AKA, s. 142.

<sup>69</sup> 19. Yüzyılda Batı Afrika'da Nijer Nehri, Altın Kıyıları (*Gold Coast*), Sierra Leone ve Gambiya Nehri olmak üzere dört büyük ticari merkezin olduğu ifade edilmektedir. PHILLIPS, Lucie Colvin / HAUGHTON, Jonathan / MICHAEL, Ian, **The Senegambia Confederation**, The Institute of Development Anthropology, New York, 1987, s. 6.



Gambiya'nın tarih boyunca ortak noktası ise ekonomik sıkıntıları olmuştur<sup>70</sup>. Bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından arzuladıkları ekonomik seviyeye bir türlü erişemeyen bu devletler arasında 1980'li yıllara kadar otuza yakın ticari antlaşma imzalanmıştır<sup>71</sup>. 1980'li yıllar ise bu iki devlet dahil Afrika kıtasındaki devletlerin büyük çoğunluğu için “kayıp yıllar” olarak adlandırılmaktadır<sup>72</sup>. Diğer kıtalardaki devletlerin önemli bir kısmının ekonomik olarak atılım gösterdiği bu dönemde Afrika ülkelerinde ekonomik sıkıntılar başta olmak üzere sosyal ve siyasal krizlerin yoğun olarak yaşandığı görülmektedir. Bu sıkıntıları aşmak için devletler arasında ikili ve çoklu iş birliği antlaşmaları imzalanmış ancak ekonomik göstergeler yine de olumlu yöne çevrilememiştir. Zira her iki ülkenin de üretim kaynakları sınırlı olup tarım, hayvancılık, sanayi ve diğer üretim endüstrileri kendi halkları için dahi yeterli olamamaktadır. Konfederasyonun güçlü tarafı olan Senegal'de de ekonomik sıkıntılar yaşanmakla beraber coğrafi konumu ve ekonomik olarak kısıtlı imkanlara sahip bir ülke olması dolayısıyla Gambiya'nın Senegal'e olan ihtiyacı hep daha fazla olmuştur<sup>73</sup>.

Her iki devlet için de ticareti geliştirmenin karşılıklı fayda sağlayacağı açık bir şekilde görünür olmakla beraber resmîyette bu konuda makul bir ilerleme kat edilememiştir. Resmî rakamlara göre Senegal ve Gambiya arasında ticari faaliyetler yok denecek kadar azdır<sup>74</sup>. Çünkü bu iki ülke arasındaki ticari faaliyetler büyük oranda kaçakçılık yöntemleriyle gerçekleştirilmektedir. Kaçakçılık faaliyetlerinin yaygın olması sebebiyle bir ürünün piyasa fiyatı iki ülkede fahiş farklara erişebilmektedir<sup>75</sup>. Hem kaçakçılığı önlemek hem de iki ülke arasındaki ticaret hacmini geliştirmek için gümrük birliği ve ortak para birimi kullanımı üzerine çalışmalar yürütülmüş ancak olumlu bir sonuca varılamamıştır.

Senegambiya Konfederasyonu'nu ortaya çıkaran sebepler arasında tarafların ayrı ayrı ve birlikte ekonomik menfaat elde etmeye yönelik amaçları ön

<sup>70</sup> Konfederasyon öncesi iki devletin ekonomik durumlarına dair açıklamalar için ayrıca bkz. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 10-13.

<sup>71</sup> GOLUB / MBAYE, s. 597.

<sup>72</sup> Bu dönem için İngilizce literatürde “1980'lerin kayıp on yılı” anlamına gelen “*lost decade of the 1980s*” nitelemesi kullanılmaktadır. DARNTON, John, “-Lost Decade- Drains Africa's Vitality”, 19 Haziran 1994, s. 1, (Çevrimiçi) <http://www.nytimes.com/1994/06/19/world/lost-decade-drains-africa-s-vitality.html?pagewanted=all>, E.T. 18.11.2024. Afrika kıtasında 1980'lerdeki ekonomik sıkıntıları tasvir etmek için Yusuf Peygamber döneminde Mısır'da yaşanan yedi yıllık kıtlık sürecine göndermede bulunularak bu yıllar “*years of locust / locust years* (çekirge yıllar)” olarak nitelendirilmektedir. AKA, s. 115.

<sup>73</sup> AKA, s. 130-131.

<sup>74</sup> GOLUB / MBAYE, s. 595.

<sup>75</sup> GOLUB / MBAYE, s. 595.

planda olmakla beraber; iki devlet arasındaki bu oluşum Afrika'da kalkınma için siyasi bir yapı oluşturmaya yönelik ekonomik entegrasyon dışındaki en cesur adımlardan biri olarak değerlendirilmektedir<sup>76</sup>. Takip eden kısımda bu siyasi yapının oluşumu, yapısı ve işleyişi ele alınacaktır.

### III. KONFEDERASYONUN OLUŞUMU

Tarih boyunca yakın ilişkiler içerisinde olan iki devlet olarak Senegal ve Gambia topraklarını da kapsayan bölge için eski tarihli belgelerde “Senegambiya” tabiri kullanılmıştır. Örneğin İngilizler 1765 yılında Senegal'deki Saint Louis ve Gorée Adası ile Gambia'daki James Adası olmak üzere iki bölgedeki yerleşimlerini ifade etmek için Senegambiya (*Senegambia*) terimini kullanmıştır. Bu terim, Versay Antlaşması uyarınca İngiltere'nin Saint Louis'i Fransa'ya bıraktığı 1783 yılına kadar kullanımda kalmıştır<sup>77</sup>. Tarihsel bir anlama da sahip bu terim daha sonra 17 Aralık 1981'de Senegal'in başkenti Dakar'da Senegal ve Gambia devlet başkanları tarafından hazırlanan bir sözleşmede karşımıza çıkmaktadır<sup>78</sup>. Konfederasyonun oluşumunun hukuki dayanağı olan bu sözleşme, her ne kadar Gambia'daki askeri darbenin Senegal'in yardımlarıyla bastırılmasının ardından hazırlanmış olsa da yukarıda ayrı başlıklar altında ele alındığı üzere coğrafi, ekonomik, kültürel, siyasi ve toplumsal olarak iki devletin müşterek şekilde sahip olduğu tarihi bir mirasın sonucudur.

İki devletin o dönemki siyasi iktidarlarının fikri olarak ortaya çıkan Senegambiya Konfederasyonu'ndan beklenen temel menfaatler; devletlerin silahlı güvenlik güçlerini birleştirerek caydırıcı güçlerini arttırmak, ekonomik ve parasal iş birliğini teşvik etmek, dış politika ve iletişim dahil olmak üzere bir dizi alanda politikaları koordine etmek olarak belirtilmektedir<sup>79</sup>. Tüm bunları yaparken iki devletin üniter yapısının korunması yönünde başlangıçta prensip anlaşmasına varıldığı da görülebilmektedir. Örneğin Kurucu Sözleşmeye göre; Konfederasyon Başkanı iki devletin silahlı kuvvetlerinin birleştirilmesiyle oluşan birlik ordusunun komutanı olarak kabul edilmekte ve birliğin savunma ve güvenliğinden sorumlu olmaktadır (m.8/1). Daha sonra hazırlanacak bir protokol ile her iki devletin anayasal gereklerine uygun olarak sorumluluklarını yerine getirmeleri öngörülmüştür (m.8/2). Bu hükmün dışında ayrıca Gambia Devlet Başkanının kendi

<sup>76</sup> AKA, s. 139.

<sup>77</sup> ACCESS GAMBIA, “Senegambia Origins”, (Çevrimiçi) <https://www.accessgambia.com/information/senegambia-meaning.html>, E.T. 18.11.2024.

<sup>78</sup> UNITED NATIONS - TREATY SERIES, s. 331-336.

<sup>79</sup> AKA, s. 134.

ülkesinin silahlı kuvvetlerinin başkomutanı olmaya devam edeceği düzenlenmektedir (m.8/3). Bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, her iki devletin (özellikle Gambiya) askeri güçlerini birleştirme niyetlerinin yanında üniter yapısını koruma yönünde bir refleksinin olduğu anlaşılabilir<sup>80</sup>.

Uluslararası alanda bağımsız devletler olarak varlıklarını devam ettirecek olan Senegal ve Gambiya, güçlerini birleştirerek üst bir siyasal çatı teşkilatlanma ile bölgesel olarak istikrarı yakalama amaçlarını gerçekleştirirken uluslararası hukuka saygı duyarak hareket edeceklerini en başta beyan etmişlerdir. Kurucu Sözleşmenin giriş kısmında taraflar; yakınlaşma, dayanışma ve bölgesel iş birliği amacıyla geçmişte ve günümüzde yapılan birçok denemeyi göz önünde bulundurarak Birleşmiş Milletler Şartı, Afrika Birliği Örgütü Şartı ve Batı Afrika Devletleri Ekonomik Topluluğu Antlaşmasına saygılı olarak davranacaklarını taahhüt etmişlerdir.

Taraflar arasında karşılıklı fayda ve güç birliği konusunda fikir birliğine varılmış olmakla beraber konfederasyonun iki paydaşı arasında ciddi anlamda güç farkı bulunmaktaydı<sup>81</sup>. Bu farklılık birliğin oluşumundan başlayarak kurumsal yapısı ve işleyişinde de kolaylıkla fark edilebilmektedir.

#### IV. KONFEDERASYONUNUN KURUMSAL YAPISI VE İŞLEYİŞİ

Siyasal yapıların kuruluşu ve teşkilatlanması hukuki düzenlemelere dayanmakla beraber planlanan kurumsal yapı her zaman başarılı bir şekilde uygulanamayabilir. Bu durum siyasal yapının işleyişini de etkilemekte ve planlamalardan farklı sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Bu duruma örnek olarak sunulabilecek Senegambiya Konfederasyonu'nun kurumsal yapısı ve işleyişi ayrı başlıklar altında incelenecektir.

##### A. Konfederasyonun Kurumsal Yapısı

Kurucu Sözleşmeye göre Senegambiya Konfederasyonu'nun kurumları Başkan (*President*), Başkan Yardımcısı (*Vice President*), Bakanlar Konseyi (*Council of Ministers*), Parlamento (*The Confederal Parliament*), Savunma ve Güvenlik Konseyi (*Defence and Security Council*) şeklinde sıralanmaktadır.

<sup>80</sup> Birliğin "küçük" paydaşı olarak Gambiya'nın bu yöndeki hassasiyeti daha fazladır. Zira iki devletin silahlı kuvvetlerinin güçlerini birleştirmesiyle oluşan birlik ordusunun başkomutanı olarak Senegal Cumhurbaşkanı öngörülmesi için Gambiya'nın Senegal egemenliği içinde kaybolabileceği endişesi ile 8. maddeye ilave fıkralar eklendiği görülmektedir.

<sup>81</sup> AKA, s. 141.

Kurucu Sözleşmeye göre Birliğin başkanı Senegal Cumhurbaşkanı olup yardımcısı Gambiya Devlet Başkanıdır (m.6). Başkanlık makamı Senegal’de olduğu için konfederasyonun Daimî Sekreteryası da Dakar’da kurulmuştur<sup>82</sup>. Başkan için çalışacak olan sekreteryaya konfederasyonun diğer organlarının koordineli şekilde çalışmasına hizmet edecektir.

Konfederasyonun Başkan ve Başkan Yardımcısı aynı zamanda Bakanlar Konseyi’nin de Başkan ve Başkan Yardımcısıdır (m.10/2). Bakanlar Konseyi üyeleri Konfederasyon Başkanı ve Başkan Yardımcısının mutabık kalarak atadığı kişilerden oluşur (m.10/1). Benzer şekilde Savunma ve Güvenlik Konseyi üyeleri de Konfederasyon Başkanı ve Başkan Yardımcısının mutabık kalarak belirleyebileceği diğer kişilerden oluşur (m.9/2). Bakanlar Kurulu, Konfederasyon Başkanı tarafından belirlenen gündem konularıyla ilgilenir (m.10/3).

Konfederasyonun yasama organı olan Konfederal Parlamento birliğin ortak çıkarlarını ilgilendiren konuları “müzakere” etmekle görevlendirilmiştir (m.12/1). Gerek Konfederasyon Başkanı gerekse Başkan Yardımcısı, birliği ilgilendiren sosyal, ekonomik ve mali konuları parlamentonun gündemine getirebilmektedir (m.12/2). Parlamento üyelerinin üçte ikisinin Senegal Ulusal Meclisi tarafından kendi üyeleri arasından, üçte birinin Gambiya Temsilciler Meclisi tarafından kendi üyeleri arasından seçilmesi öngörülmüştür (m.11/3)<sup>83</sup>. Çalışma usul ve esaslarını kendi hazırlayacağı bir tüzükle belirleyecek olan parlamento (m.11/5), üyeleri arasından kendi başkanını seçecektir (m.11/4). Bu düzenleme uyarınca Senegal Cumhurbaşkanı Abdou Diouf Konfederasyonun Başkanlığını yürütürken, Gambiya Devlet Başkanı Sir Dawda K. Jawara da Başkan Yardımcılığı görevini üstlenmiştir<sup>84</sup>.

## B. Konfederasyonun İşleyişi

Konfederasyonun kurumsal yapısı oluşturulurken Senegal’in bariz üstünlüğü görülmekle beraber birlik adına karar alırken Başkan ve Başkan Yardımcısının ortak hareket etmesi arzulanmıştır. Bu durum Kurucu Sözleşmede açıkça düzenlenmektedir. Örneğin, Konfederasyon olarak bir uluslararası antlaşma imzalanana-

<sup>82</sup> PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 16.

<sup>83</sup> Bu düzenlemeler ışığında ilk parlamentonun 40’ı Senegalli ve 20’si Gambiyalı olmak üzere 60 üyeden oluştuğu ifade edilmektedir. RICHMOND, s. 183. Üçte iki ve üçte birlik oransal dağılım parlamentonun çalışmalarında da uygulanmıştır. Örneğin Konfederasyon bütçesine dair parlamento komisyonu oluşturulurken bu oransal dağılım üzerinden hareket edildiği ifade edilmektedir. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 15-16.

<sup>84</sup> RICHMOND, s. 183.

cağı zaman Konfederasyon Başkanının bu antlaşmayı “Başkan Yardımcısı ile mutabık kalarak” müzakere etmesi öngörülmüştür (m.16). Müzakere edilen ilgili uluslararası antlaşmanın onaylanabilmesi için ise ayrı bir mekanizma öngörülmüştür. Bunun için Konfederasyon Parlamentosu tarafından yetki verilmesi ve konfedere devletler tarafından uygulanması için gerekli yasaların çıkarılması gerekmektedir. Bu iki şartın gerçekleşmesini müteakip Konfederasyon Başkanı antlaşmayı onaylayabilecektir (m.16). Bu düzenlemelerden anlaşılacağı üzere konfederasyonun paydaşı olan iki devletin ulusal meclisleri egemenliklerini muhafaza etmektedir. Bu durum birliğin anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatürlerindeki konfederasyon kurumuna da uygun olduğunu göstermektedir.

Konfederasyonun yönetim ve karar organlarının oluşumu üzerinden kurumsal yapısı incelendiğinde bu birlikteliğin uzun ömürlü olamayacağı en başından anlaşılabilir. Senegal ve Gambiya parlamentolarının eşit olmayan bir şekilde temsil edildiği Konfederasyon Parlamentosu ve devlet başkanlarının inisiyatif ile belirlenecek kişilerden oluşacak organlar ile güçlü ve istikrarlı bir kurumsal yapının ortaya çıkması elbette düşünülemezdi<sup>85</sup>. Nitekim birlikteliğin henüz başlarında, 1983 yılında iki devletin Maliye Bakanları arasında Konfederasyon bütçeyle ilgili bir meseleden dolayı ciddi bir gerilim yaşanmıştır<sup>86</sup>. Devam eden yıllarda da kurumsal istikrarın bir türlü sağlanamamış olması birliktelikten beklenen faydayı ortaya çıkaramamıştır<sup>87</sup>. Bunun sonucunda Senegambiya Konfederasyonu kuruluşunun üzerinden henüz on yıl dahi geçmeden sona ermiştir.

## V. KONFEDERASYONUN SONA ERMESİ

Senegal ve Gambiya devletleri arasında konfederasyon oluşturma fikrinin ilk başta her iki tarafta da büyük bir umutla karşılandığı ifade edilmektedir<sup>88</sup>. Hatta

<sup>85</sup> Afrika kıtasındaki devletlerin kurumsallaşamaması hususunda ABD eski başkanlarından Barack Obama'nın 2009 yılında Gana Ulusal Meclisi'nde yaptığı konuşmadan bir kesiti aktarmakta fayda bulunmaktadır: “*History is on the side of these brave Africans, not with those who use coups or change constitutions to stay in power. Africa doesn't need strongmen, it needs strong institutions.*” (Tarih cesur Afrikalıların yanındadır, iktidarda kalmak için darbe yapanların ya da anayasaları değiştirenlerin değil. Afrika'nın güçlü adamlara değil, güçlü kurumlara ihtiyacı var). The White House Office of the Press Secretary, Remarks by the President to the Ghanaian Parliament, 11 Temmuz 2009, (Çevrimiçi) <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/remarks-president-ghanaian-parliament>, E.T. 28.11.2024.

<sup>86</sup> SALLAH, s. 641.

<sup>87</sup> Konfederasyon halen yürürlükte iken 1987 yılında kaleme alınan bir raporda tarafların bu birliktelikten memnun olmadıkları ve kurumların zoraki çalıştığı ifade edilmektedir. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 4.

<sup>88</sup> AKA, s. 135. O dönem kaleme alınan bir gazete makalesinde Gambiya'da bu birlikteliği kaygıyla karşılayanların da olduğu belirtilmektedir. En büyük kaygı, Senegal'in Gambiya'ya ilhak edeceği yönündedir.

Gambiya Cumhurbaşkanı Jawara, bu birlikteliği Afrika'da kıtasal bir birlikteliğe açılan bir kapı olarak değerlendirmiştir<sup>89</sup>. Baştaki büyük coşku ve beklenti kısa zaman içinde hayal kırıklığı ile sonuçlanmış, çeşitli alanlarda politika entegrasyonu ve öngörülen hedeflerin kademeli olarak gerçekleştirilmesi için kurumsal bir çerçeve oluşturulması şeklindeki hedeflere ulaşılammıştır<sup>90</sup>. Bunların sonucunda Kurucu Sözleşme yürürlüğe girdikten yaklaşık yedi buçuk yıl sonra 30 Eylül 1989 tarihinde birlik resmî olarak lağvedilmiştir<sup>91</sup>. Konfederasyonunun sona erme sebeplerinden öne çıkanlar aşağıda bu başlık altında ele alınacaktır.

En başından beri Senegal tarafından ilhak edilme<sup>92</sup> kaygısıyla sürece temkinli yaklaşan Gambiya kamuoyunun eleştirileri sonucunda Jawara'nın Konfederasyon Başkanlığının dönüşümlü olarak yürütülmesini talep etmesine rağmen Senegal'in bu fikre sıcak bakmaması sona ermenin görünürdeki sebebidir<sup>93</sup>. Aslında Gambiya tarafında bu birlikteliğe duyulan inanç hiçbir zaman kaygıların önüne geçememiştir<sup>94</sup>. Senegal tarafında ise konfederasyonun oluşum sürecinde alınan kararlar doğrultusunda yapılması gereken entegrasyonun yavaş ilerlemesinden dolayı bir tepki olduğu ifade edilmektedir<sup>95</sup>.

Kurucu Sözleşmede askeri iş birliğinin yanı sıra ekonomik kalkınma ve ortak hareket etme yönünde amaçların belirtilmesine rağmen fiiliyatta askeri iş birliğine ağırlık verildiği, ekonomik iş birliği politikalarının geliştirilemediği belirtilmektedir<sup>96</sup>. Taraflar arasında ekonomik iş birliği taahhüt edildiği için Gambiya'nın ticari

Yazar, bu düşüncenin Senegal tarafında dahi dile getirildiğini ifade etmektedir. GUPTE, Pranay B., "Gambia Enters Union with Senegal on Wary Note", 1 Şubat 1982, s. 2, (Çevrimiçi) <https://www.nytimes.com/1982/02/01/world/gambia-enters-union-with-senegal-on-wary-note.html>, E.T. 19.11.2024.

<sup>89</sup> AKA, s. 135.

<sup>90</sup> İki bağımsız devlet arasındaki bu birlikteliğin Kurucu Sözleşme'de hedeflenen politikaları uygulama aşamasında başarısız kaldığı ve konfederasyonun büyük ölçüde sembolik bir birliktelik olduğu ifade edilmektedir. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 6.

<sup>91</sup> AKA, s. 136.

<sup>92</sup> Henüz iki devletin de bağımsızlığını kazanma sürecinde kaleme alınan bir çalışmada silahlı güç bakımından çok eksiği bulunan Gambiyalıların, topraklarının Senegal tarafından bir gün içinde işgal edilebileceğinin farkında oldukları ve bunu önleyebilmesi için ne Birleşmiş Milletler'e ne de Birleşik Krallık Hükümeti'ne çok güvenmedikleri belirtilmektedir. ROBSON, s. 395.

<sup>93</sup> Gambiya Devlet Başkanı Jawara, Konfederasyon Başkanlığının kendisi ve Senegal Cumhurbaşkanı Abdou Diouf arasında dönüşümlü olarak yürütülmesini önermesi üzerine, Senegal her iki tarafın da iki bağımsız egemen devletin başkanları olduğu düşüncesiyle konfederasyondan tek taraflı olarak çekilmiştir. SALLAH, s. 642.

<sup>94</sup> Gambiyalıların, konfederasyondan öncesinde de Senegallileri kibirli ve güvenilmez insanlar olarak gördükleri belirtilmektedir. RICHMOND, s. 188.

<sup>95</sup> SALLAH, s. 641-642.

<sup>96</sup> GOLUB / MBAYE, s. 597.

faaliyetlerde bürokratik engelleri kaldırmasına rağmen Senegal'in, özellikle Fransız ürünlerinin Gambiya'ya girişinde ticaret engellerini sürdürmesi birlikten beklenen karşılıklı faydayı engelleyen sebeplerden biri olmuştur<sup>97</sup>.

Senegambiya Konfederasyonu'nun sona erme sebeplerine dair yabancı literatürdeki çalışmalar ve o dönemki medya kaynakları beraber değerlendirildiğinde "belirli düzeyde bürokratik ve siyasal iş birliği sağlanmadan ekonomik iş birliğini gerçekleştirmenin kolay olmayacağı" analizi yapılabilir. Nitekim Senegal ve Gambiya arasında bürokratik ve siyasal iş birliği oluşturulamadığı için konfederasyondan beklenen karşılıklı ekonomik fayda bir türlü sağlanamamıştır. Senegal'in tek taraflı olarak menfaat elde ettiği bu birliktelikten Gambiya tarafının memnun kalması elbette düşünülemezdi. Bu süreçte Gambiya tarafının çok az ekonomik fayda gördüğü anlaşılabilmektedir. Öyle ki; konfederasyonun oluşum sürecinde "ortak para birimi" üzerinde her iki taraf hem fikir iken, daha sonraları Gambiyalılar bu kararlarından vazgeçmişlerdir<sup>98</sup>. Birliğin diğer paydaşı olan Senegal'in ortak para biriminden ziyade sömürgecilerinin para birimlerini kullanmayı tercih etmesi ise üzerinde ayrıca düşünülmesi gereken başka bir konudur.

Gambiya'nın üç tarafını kara sınırlarıyla çevreleyen Senegal, birlikteliğin güçlü tarafı olduğunun farkında olarak Gambiya'nın işlerine karışmaya çok hevesli olması farklı sorunları da beraberinde getirmiştir<sup>99</sup>. Bu durum karşısında Gambiya'da halk ve yöneticilerin, güçlerini ve kimliklerini kaybetmekten ve Senegalliler tarafından tamamen tahakküm altına alınmaktan korktuklarına dair işaretler gösterilmektedir<sup>100</sup>. O dönem Gambiyalı bir yöneticinin "bunun bir konfederasyon değil, düpedüz ilhak olduğunu"<sup>101</sup> ifade etmesi bu durumu destekler niteliktedir.

<sup>97</sup> RICHMOND, s. 185-186.

<sup>98</sup> AKA, s. 138. 1984 yılının başlarında Gambiya'nın para birimi Dalasi yüzde elliye yakın değer kaybettiği zaman bu ülkede Senegal'in para birimi olan Frank'a (*CFA Franc*) geçilmesi yönünde kamuoyu oluştuğu belirtilmektedir. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 17. Gambiya'da resmî para birimi halen Dalasi'dir.

<sup>99</sup> SALLAH, s. 634. Örneğin 1989 yılının ilkbaharında Senegal ve Moritanya arasında yaşanan ve her iki devletin sınırları içinde yaşayan diğer devletin topluluklarının karşılıklı göçe zorlandığı süreçte Senegal'in Gambiya'ya baskı kurarak bu ülkedeki Moritanyalıları sınır dışı etmeye çalıştığı ifade edilmektedir. RICHMOND, s. 183-184.

<sup>100</sup> HUGHES, Arnold / LEWIS, Janet, "Beyond Francophonie? The Senegambia Confederation in Retrospect", *State and Society in Francophone Africa since Independence*, Editör: Anthony Kirk-Greene & Daniel Bach, Palgrave MacMillan, 1995, s. 236.

<sup>101</sup> Metnin orijinali şöyledir: "This is not a confederation. This is annexation. And you must call a cat a cat" (Bu bir konfederasyon değil. Bu bir ilhak. Bir kediye "kedi" denilmeli (başka bir isim değil)". SALLAH, s. 641.

Kendisinden beklenen fayda bir türlü görülemeyen ve özellikle Gambiya tarafında “eşitsizlik” olduğu yönündeki tepkiler giderek gün yüzüne çıkan bir süreçte, Konfederasyon Başkan Yardımcısı olan Jawara’nın, Konfederasyon Başkanı olarak sürekli Diouf’un olmasının adil olmadığını belirterek şikâyetle bulunması dağılmaya giden süreci başlatmıştır<sup>102</sup>. Çünkü o dönem Senegalliler kendilerini Jawara’nın kurtarıcısı ve Gambiya’nın güvenliğinin teminatı olarak görmekteydi. Bu sebeple Gambiya tarafının böyle bir talebi Senegal için makul görülmediği gibi tepkiyle karşılanarak birlikteliğin zaman ve para kaybı olduğu gerekçesiyle Gambiya’daki silahlı birliklerini geri çekmesine sebep olmuştur. Böylelikle iki devlet arasındaki konfederal birliktelik sona ermiştir. Konfederasyonun sona ermesinin ardından 1994 yılında Gambiya’da Jawara’nın siyasi iktidarına yönelik gerçekleştirilen askeri darbenin bastırılması için Senegal’in yardım etmemesi ve askeri darbenin bu defa başarılı olması Jawara’nın konfederasyon sürecindeki kazanımlarını kanıtlar niteliktedir<sup>103</sup>.

Yaşanan bu gelişmeleri özetlemek gerekirse; Senegal ve Gambiya arasındaki birlik denemesi Gambiya’nın “ekonomik ve siyasi bağımsızlığından ödün vermek istememesi” ve buna karşılık Senegal’in “karşılık gelen ekonomik ve siyasi tavizler olmaksızın Gambiya’nın güvenliğini üstlenmeyi reddetmesi” nedeniyle başarısız olduğu ifade edilebilir<sup>104</sup>. Her iki ülke arasında tarih boyunca yakın ilişkiler kurulmuş olması, yakın etnik unsurlara sahip toplumlardan oluşmaları, ortak bir dini ve kültürel mirası paylaşmalarına rağmen, her iki ülke de farklı Avrupalı güçler tarafından yönetilmiş ve bağımsızlıklarından sonra bile farklı sömürge bağılıklarını sürdürmeye devam etmişlerdir<sup>105</sup>. Sömürgelerine bağılıkları aslında onları birbirlerinden uzaklaştıran en önemli etkendir<sup>106</sup>.

<sup>102</sup> RICHMOND, s. 184.

<sup>103</sup> AKA, s. 142.

<sup>104</sup> TOURAY, Omar A., *The Gambia and the World - A History of the Foreign Policy of Africa's Smallest State, 1965-1995*, Hamburg African Studies, Almanya, 2000, s. 118. Örneğin; Gambiya tarafında serbest ticaret bölgesi ve gümrük birliği konusunda aşamalı bir geçiş olması gerektiği fikri hâkim iken Senegal tarafı bu iki uygulamanın da bir an evvel hayata geçmesini talep etmekteydi. PHILLIPS / HAUGHTON / MICHAEL, s. 22.

<sup>105</sup> RICHMOND, s. 188; SALLAH, s. 640.

<sup>106</sup> Toplumların karakteristik farklılıklarını açıklamak için kullanılan en yaygın teorilerden biri coğrafya hipotezidir. Montesquieu ile daha eskilerde İbn-i Haldun’un hava ve coğrafi şartların insan karakteri üzerindeki etkisine yönelik açıklamaları üzerine geliştirilen bu hipoteze karşı dünyanın farklı yerlerindeki örnekler ile antitez geliştirilebilmektedir. Örneğin Kore yarımadasında benzer iklim koşullarında yaşayan ve yakın döneme kadar beraber yaşamış bir halk olarak ortak geçmişe sahip iki devlet olan Güney Kore (Kore Cumhuriyeti) ve Kuzey Kore (Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti) arasında keskin bir ayrım görülmektedir. ABD’nin Teksas Eyaleti ile Meksika’nın kuzey kesimi arasında da benzer bir durum söz konusudur. Benzer örnekleri daha fazla arttırabileceğimiz bu tür bir farklılık Senegal ve Gambiya için de söylenebilir. Coğrafya, tarih ve din başta olmak üzere birçok yönden birbirine yakın bu iki devlet arasında



Konfederasyonun lağvedilmesinin ardından Senegal askeri birliklerinin Gambiya'dan geri çekilmeleri sürecinde Senegal Devlet Başkanı Diouf "iki ülke arasında özel ve ayrıcalıklı bir ilişkinin var olmaya devam edeceğini" açıklamıştır.<sup>107</sup> Nitekim birliğin dağılmasından kısa bir süre sonra 1991 yılının Ocak ayında Senegal ve Gambiya arasında ticari iş birliği ve dostluk anlaşması imzalanmıştır.<sup>108</sup> İki ülke arasında halen birçok konuda iş birliği antlaşması bulunmakla beraber geçmişten çıkarılan dersler doğrultusunda konfederal yahut başka bir tür siyasal birliktelik gündeme gelmemektedir.

## SONUÇ

Tarih boyunca devletler arasında bazen ikili bazen çoklu antlaşmalarla ortaklıklar kurulmuştur. Hatta bazı devletler ortaklıktan öte geçerek devletlerini ayrı bir devlet çatısı altında birleştirmişlerdir. Bu durum özellikle savaş ve çatışma zamanlarında görülmektedir. II. Dünya Savaşı sonrası yeni dünya düzeninde ise farklı zamanlarda bölgesel çatışmalar yaşanmakla beraber devletler arasında iş birliğine öncelik verildiği gözlemlenmektedir. Bu bağlamda dünyanın farklı bölgelerinde devlet birliktelikleri ve uluslararası örgütler oluşturulmuştur. Çalışmada bunlardan birisi olarak 1981 yılı sonunda Senegal ve Gambiya devletleri arasında imzalanan bir antlaşmayla kurulan ve 1982 yılında yürürlüğe giren Senegambiya Konfederasyonu farklı yönlerden incelenmiştir.

Konfederasyonun sona erme sebepleri üzerine yapılan çalışmalar ve ilgili döneme dair bilgi kaynakları beraber değerlendirildiğinde, Senegal'in bu birlikteliğin "nazlı" tarafı olduğu ve Gambiya'nın "zayıflığını" kullanarak bu ülkeyi kendi egemenliğine katacak bir süreci arzuladığını yorumlayabiliriz. Nitekim benzer değerlendirmeler yabancı literatürde farklı kaynaklarda yapılmaktadır. Bu tekil örnek üzerinden tümevarım yöntemiyle şöyle bir analiz daha yapılabilir: Konfederasyon tipi yapılanmalar tarafların birbirine yakın güçte olduğu durumlarda "eşit paydaş" modeli ile daha istikrarlı bir yönetim ortaya çıkarmakta, hatta zaman içerisinde federal bir yapıya sonuçlanabilmektedir. Paydaşlar arasında açık bir güç farkı olduğunda ise tabiatın doğası gereği güçlü olan devlet doğal olarak kendi egemenliğinde bir birleşme talep edebilmekte yahut

---

daki farklılıklar ve güvensizlik coğrafya hipoteziyle açıklanamamaktadır. Uzun bir süre farklı sömürgelelerin himayesinde yaşayan bu devletler zamanla sömürgelerine benzemekle kalmamış, onları benimsemişlerdir. Sömürgecilik faaliyetleri ve sömürülen toplumlar üzerindeki etkisi hakkında ayrıca bkz. ACEMOĞLU, Daron / ROBINSON, James A., **Ulusların Düşüşü Güç, Refah ve Yoksulluğun Kökenleri**, Çeviren: Solina Silahlı, 92. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul 2024, s. 15 vd.

<sup>107</sup> SALLAH, s. 642.

<sup>108</sup> AKA, s. 142; GOLUB / MBAYE, s. 597.

birlikten ayrılma yolunu tercih etmektedir. Bu ikinci duruma Avrupa Birliği'ndeki bazı gelişmeler örnek olarak gösterilebilir. Zaman içerisinde üye sayısı artan ve ekonomik güç olarak daha zayıf üyelerin birliğe katılmasıyla farklı bir yapıya evrilen Avrupa Birliği'nin en güçlü ekonomilerinden biri olan İngiltere, 2016 yılında Birlikten ayrılma kararı almıştır.

Çalışmadan çıkarılabilecek bir başka sonuç ise devlet yöneticilerinin iradesiyle akdedilen ancak taraf devletlerin halkları tarafından desteklenmeyen birlikliklerin başarılı olma şansının düşük olduğudur. Zira ilgili kısımlarda detaylı bir şekilde üzerinde durulduğu üzere Senegambiya Konfederasyonunun küçük paydaşı olarak Gambiyalıların bu birlikliğe karşı en başından beri temkinli olması Gambiya Cumhurbaşkanı Jawara üzerinde manevi bir baskı oluşturmuştur. Bireysel olarak Senegal'e karşı vefa duygusu içinde olan Jawara'nın iradesi ise bir noktaya kadar yetmiş, birliğe karşı halkın ve yönetim kadrosunun desteğini hissedemeyen Gambiya yönetiminin talebiyle kuruluşundan kısa bir zaman sonra birliklik dağılmıştır.

Konfederasyonun yürürlükte olduğu 1982-1989 yılları arasında kurumsal olarak alınan kararlar ve uygulamaya dair açık erişim resmî kaynaklar olmadığı gibi yabancı literatürde yeterli kaynak bulunmamaktadır. Örneğin Konfederal Parlamento tarafından alınan kararlar yahut konfederasyonun taraf olduğu uluslararası antlaşmalara dair resmî bilgilere ulaşılamamaktadır. Konfederasyonun yürürlükte kaldığı yedi buçuk yıllık süre zarfında kayda değer bir siyasal gelişmeye denk gelinmemesi ile beraber çok kısa sayılacak bir zaman sonra lağvedilmesini beraber değerlendirdiğimizde bu birliklikten beklenen faydanın sağlanamadığı sonucuna ulaşabiliriz.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

ACCESS GAMBIA, “Senegambia Origins”, (Çevrimiçi) <https://www.accessgambia.com/information/senegambia-meaning.html>, E.T. 18.11.2024.

ACEMOĞLU, Daron / ROBINSON, James A., **Ulusların Düşüşü Güç, Refah ve Yoksulluğun Kökenleri**, Çeviren: Solina Silahlı, 92. Baskı, Doğan Kitap, İstanbul 2024.

AFRICA CENTER FOR STRATEGIC STUDIES, “Making Sense of Senegal’s Constitutional Crisis”, 7 Şubat 2024, (Çevrimiçi) <https://africacenter.org/spotlight/senegal-constitutional-crisis/>, E.T. 02.11.2024.

AKA, Philip C., “The Continued Search for Appropriate Structures for Governance and Development in Africa in the 21st Century: The Senegambia Confederation in Historical and Comparative Perspective”, **California Western International Law Journal**, C. 47, Sa. 2, 2017, s. 109-156.

ANAYURT, Ömer, **Anayasa Hukuku Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar)**, 7. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2024.

ARMITAGE, Cecil, “The Gambia Colony and Protectorate”, **Journal of the Royal Society of Arts**, C. 76, Sa. 3944, 1928, s. 811-818.

DARNTON, John, “-Lost Decade- Drains Africa’s Vitality”, 19 Haziran 1994, s. 1, (Çevrimiçi) <http://www.nytimes.com/1994/06/19/world/lost-decade-drains-africa-s-vitality.html?pagewanted=all>, E.T. 18.11.2024.

DIALLO, Ibrahima, “Attitudes toward Speech Communities in Senegal: a Cross-Sectional Study”, **Nordic Journal of African Studies**, C. 18, Sa. 3, 2009, s. 196-214.

FISHMAN, Steve, “Senegambia: Two Nations in One”, 6 Ekim 1981, (Çevrimiçi) <https://www.csmonitor.com/1981/10/06/100652.html>, E.T. 09.12.2024.

GOLUB, Stephen S. / MBAYE, Ahmadou Aly, “National Trade Policies and Smuggling in Africa: The Case of the Gambia and Senegal”, **World Development**, C. 37, Sa. 3, 2008, s. 595-606.

GÖZLER, Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi C. I**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2011.

GUPTE, Pranay B., “Gambia Enters Union with Senegal on Wary Note”, 1 Şubat 1982, s. 2, (Çevrimiçi) <https://www.nytimes.com/1982/02/01/world/gambia-enters-union-with-senegal-on-wary-note.html>, E.T. 19.11.2024.

- HARTZENBERG, Trudi, “Regional Integration in Africa”, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2011-14, Ekim 2011, (Çevrimiçi) [https://www.wto.org/english/res\\_e/reser\\_e/ersd201114\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/ersd201114_e.pdf), E.T. 18.11.2024.
- HESLOP, D. Alan, “Political System”, **Encyclopaedia Britannica**, (Çevrimiçi) <https://www.britannica.com/topic/political-system>, E.T. 17.11.2024.
- HUGHES, Arnold / LEWIS, Janet, “Beyond Francophonie? The Senegambia Confederation in Retrospect”, **State and Society in Francophone Africa since Independence**, Editör: Anthony Kirk-Greene & Daniel Bach, Palgrave MacMillan, 1995, s. 228-243.
- HUGHES, Arnold / PERFECT, David, **A Political History of the Gambia, 1816-1994**, University of Rochester Press, ABD, 2006.
- İSTANBUL TİCARET ODASI, **Senegal Ülke Etüdü**, Yayın No: 1997-40, Tanburacı Matbaacılık, İstanbul, 1997.
- JAKUBIAK, Łukasz, “Presidential Politics of Constitutional Amendment in Francophone Africa: The Case of Senegal”, **Hungarian Journal of Legal Studies**, C. 61, Sa. 4, 2022, s. 386-407.
- JUFFERMANS, Kasper / MCGLYNN, Caroline, “A Sociolinguistic Profile of the Gambia”, **Sociolinguistic Studies**, C. 3, Sa. 3, 2008, s. 329-355.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)**, 17. Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2023.
- KURTZ, Donn M., “Political Integration in Africa: The Mali Federation”, **The Journal of Modern African Studies**, C. 8, Sa. 3, 1970, s. 405-424.
- LO, Abdou Khadre, “The Senegal Case Study”, **Cómo Hacer que Funcione el Sistema Presidencial**, Editör: Andrew Ellis, Jesús Orozco Henríquez ve Daniel Zovatto, IDEA Press, Meksika, 2009, s. 219-234.
- MAZRUI, Ali A., “Constitutional Change and Cultural Engineering Africa’s Search for New Directions”, **Constitutionalism in Africa: Creating Opportunities, Facing Challenges**, Editör: Joseph Oloka-Onyango, Fountain Publishers, Kampala, 2001, s. 18-36.
- MBAKU, John Mukum, “The Rule of Law and Poverty Eradication in Africa”, **African and Asian Studies**, C. 13, Sa. 4, 2014, s. 530-557.
- MWAKIKAGILE, Godfrey, **Ethnic politics in Kenya and Nigeria**, Nova Science Publishers, New York, 2001.
- NNAOCHA, Cajetan Ifeanyi / Ousman BOJANG, Mamakeh, “Dictatorship in African Politics and Governance: The Yahya Jammeh Adventure on the Gambia, West Africa (1994-2017)”, **Perspectives in History, Development and International Relations: Festschrift for Professor Ibrahim James**, Editör: Terhembu Wuam ve Philibus Audu Nwamagyi, Kaduna State University Department for History, Nijerya, 2018, s. 435-456.

- NORDLINGER, Christopher W., “Africa’s Senegambia: a Confederation More of Form than Substance”, 6 Ocak 1983, (Çevrimiçi) <https://www.csmonitor.com/1983/0106/010652.html>, E.T. 08.11.2024.
- OWİSO, Owiso / NAKANDHA, Sharon, “International Criminal Accountability for Yahya Jammeh’s Administration: The Gambia-ECOWAS Court”, 9 August 2023, (Çevrimiçi) <https://www.justsecurity.org/87511/international-criminal-accountability-for-yahya-jammehs-administration-the-gambia-ecowas-court/>, E.T. 11.11.2024.
- PERFECT, David, “Politics and Society in the Gambia since Independence”, **History Compass**, C. 6, Sa. 2, 2008, s. 426-438.
- PERFECT, David, **Historical Dictionary of the Gambia**, 6. Baskı, Rowman & Littlefield Publishers, ABD 2024.
- PHILLIPS, Lucie Colvin / HAUGHTON, Jonathan / MICHAEL, Ian, **The Senegambia Confederation**, The Institute of Development Anthropology, New York, 1987. (Çevrimiçi) [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNAAY711.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNAAY711.pdf), E.T. 29.11.2024.
- RICHMOND, Edmun B., “Senegambia and the Confederation: History, Expectations, and Disilusions”, **Journal of Third World Studies**, C. 10, Sa. 2, 1993, s. 172-194.
- ROBSON, Peter, “The Problem of Senegambia”, **The Journal of Modern African Studies**, C. 3, Sa. 3, 1965, s. 393-407.
- SALLAH, Tijan M., “Economics and Politics in the Gambia”, **The Journal of Modern African Studies**, C. 28, Sa. 4, 1990, s. 621-648.
- SANKANU, Mariam, “Why Gambia suffered a setback at Ecowas Parliament for Special Tribunal”, 3 September 2024, (Çevrimiçi) <https://www.justiceinfo.net/en/135400-why-gambia-suffered-a-setback-at-ecowas-parliament-for-special-tribunal.html>, E.T. 11.11.2024).
- SODARO, Michael J., **Comparative Politics - A Global Introduction**, 2. Baskı, McGraw Hill Press, Boston, 2004.
- TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.
- THE ECONOMIST, “Hopeless Africa”, 11 Mayıs 2000, (Çevrimiçi) <https://www.economist.com/leaders/2000/05/11/hopeless-africa>, E.T. 18.11.2024.
- THE ECONOMIST, “Special Report Emerging Africa”, 2 Mart 2013, (Çevrimiçi) [https://www.economist.com/sites/default/files/20130203\\_emerging\\_africa.pdf](https://www.economist.com/sites/default/files/20130203_emerging_africa.pdf), E.T. 18.11.2024.
- TOURAY, Omar A., **The Gambia and the World - A History of the Foreign Policy of Africa’s Smallest State, 1965-1995**, Hamburg African Studies, Almanya, 2000.
- UNITED NATIONS - DEPARTMENT OF ECONOMIES AND SOCIAL AFFAIRS, **Report on the Alternatives of Association Between the Gambia and Senegal**, New York, 1964.

UNITED NATIONS - TREATY SERIES, “Agreement Concerning the Establishment of a Senegambia Confederation”, Y. 1982, C. 1261, S. 20735, s. 331-336, (Çevrimiçi) <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%201261/volume-1261-I-20735-English.pdf>, E.T. 03.11.2024.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, “The Gambia 2019-2021 Report”, 2022, (Çevrimiçi) <https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/2022-09/Finalfinal.pdf>, E.T. 10.11.2024.

# Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı” Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi<sup>(\*)</sup>

The Concept of “A Decision to Commit Crime” in Successive Crime and Its Analysis within the Framework of the Court of Cassation’s Case Law

İlhan BULUT<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Zincirleme suç Türk ceza hukuku sisteminin en önemli kavramlardan biridir. Zincirleme suçun subjektif şartı olarak ifade edilen “bir suç işleme kararı” ise birden çok suçu birbirine bağlayan bir unsurdur. Bir suç işleme kararının esasını açıklamak için öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Hangi teorinin kabul edildiği zincirleme suçun etki ve kapsamını büyük ölçüde etkilemektedir. Türk öğreti ve uygulamasında hâkim yaklaşım bir suç işleme kararını önceden kurulması gereken bir plan olarak açıklayan görüştür. Bu görüş bir suç işleme kararının dar yorumlanmasını ve sınırlı bir şekilde uygulanmasını gerektirmektedir. Yargıtay içtihatlarında bir suç işleme kararının önceden kurulması gereken bir plan olarak kabul edildiği istikrarlı bir şekilde ifade edilmektedir. Ancak Yargıtay’ın somut olaya ilişkin uygulamaları ile teorik kabulü arasında çelişki ve tutarsızlıklar bulunduğu, ayrıca “bir suç işleme kararı” kavramını oldukça geniş yorumladığı görülmektedir. Yargıtay’ın bir suç işleme kararı kavramına ilişkin yaklaşımı daha çok suç işleyen failleri ödüllendirmekte, cezaların caydırıcılığını azaltmakta, toplumda ve mağdurda adaletsizlik duygusuna yol açmaktadır. Bu sorunların çözümü için bir suç işleme kararına ilişkin daraltıcı bir yorumun benimsenmesi ve zincirleme suç kavramına ilişkin bazı düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu çalışmada “bir suç işleme kararı” kavramı, teorik temelleri ve Yargıtay içtihatları boyutuyla incelenmektedir. Bu inceleme neticesinde bir suç işleme kavramına tutarlı, sistematik ve işlevsel bir açıklama getirilmeye çalışılmıştır. Bir suç işleme kararını eleştirel bir açıdan inceleyen, mevcut uygulamayı fail, mağdur ve toplum boyutuyla ele alan çalışma bu yönüyle özgün bir değer taşımaktadır.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 24.12.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 24.02.2025

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1606931>

Bu makaleye atf için: BULUT, İlhan, “Zincirleme Suçta “Bir Suç İşleme Kararı” Kavramı ve Yargıtay İçtihatları Çerçevesinde İncelenmesi”, *İMHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 33-68

(\*\*) *Dr. Öğr. Üyesi*, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye

E-posta: [ibulut@aybu.edu.tr](mailto:ibulut@aybu.edu.tr)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1246-7137>

**Anahtar Kelimeler:**

Zincirleme Suç, Bir Suç İşleme Kararı, Bir Suç İşleme Kararını Açıklayan Görüşler, Cezaların Caydırıcılığı, Cezalandırmanın Toplumsal Etkisi.

**Abstract:**

Successive crime is a key and controversial concept in Turkish criminal law. “A decision to commit crime”, as the subjective condition of a successive crime, connects multiple offences. Several theories have emerged to explain its essence, significantly impacting the scope and effect of successive crimes. In Turkish criminal law doctrine and jurisprudence, the most widely accepted theory defines this decision as a plan established in advance. This theory requires a narrow interpretation and limited application of a decision to commit crime. The Court of Cassation’s case law consistently states that a decision to commit crime must be regarded as a plan established in advance. However, contradictions exist between its theoretical stance and practical application, leading to an overly broad interpretation. The Court of Cassation’s approach tends to favor offenders, weakens deterrence, and fosters a sense of injustice among victims and society. To address these issues, a more restrictive interpretation should be adopted, and reforms regarding successive crime are needed. This study examines the concept of “a decision to commit crime” both theoretically and in light of case law. It aims to provide a consistent, systematic, and functional explanation. By critically analyzing the current practice from the perspectives of offenders, victims, and society, this study presents an original contribution to the field.

**Keywords:**

Successive Crime, A Decision to Commit Crime, Theories Explaining a Decision to Commit Crime, Deterrence of Penalties, Social Impact of Punishment.

**GİRİŞ**

Bu çalışmada zincirleme suçların sübjektif unsuru olarak ifade edilen “bir suç işleme kararı” ele alınacaktır. Bu doğrultuda bir suç işleme kararının teorik çerçevesi, Yargıtay’ın yaklaşımı ve bu yaklaşımın fail, mağdur ve toplum üzerindeki etkileri eleştirel bir perspektifle incelenecektir.

Bir suç işleme kararının içeriği ve kapsamı zincirleme suçların uygulama alanını önemli ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle kavramsal çerçeve başlığında bir suç işleme kararını açıklamaya çalışan görüşler incelenmiştir. Daha sonra Yargıtay’ın bir suç işleme kararına bakışı, bu kavrama ilişkin istikrarlı, tutarlı ve adil bir uygulamanın olup olmadığı detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Son olarak bir suç işleme kararına ilişkin teorik tartışmalar ve Yargıtay’ın yaklaşımına ilişkin genel bir değerlendirme yapılmıştır. Bu değerlendirme, özellikle cezaların caydırıcılığı, toplumdaki cezasızlık algısı, adalet duygusunun zedelenmesi gibi daha genel nitelikteki sorunlar ile ilişkilendirilmiş ve değerlendirilmenin kapsamı genişletilmiştir.

Türk ceza hukuku literatüründe “bir suç işleme kararı” kavramına ilişkin müstakil bir çalışma bulunmamaktadır. Zincirleme suçlar ile ilgili akademik çalışmalar ise “bir suç işleme kararı” başlığı altında bu kavrama ilişkin teorileri



incelemekte ve yargı kararlarındaki ölçütleri tespit etmekle sınırlı kalmaktadır<sup>1</sup>. Bu eserlerde özellikle yargı kararlarının eleştirel bir bakış açısıyla incelenmesi, yargı kararlarındaki sorun ve tutarsızlıkların ele alınmaması kanaatimizce önemli bir eksiklik niteliğindedir. Amacımız bir suç işleme kararına ilişkin eleştirel bir incelemede bulunan özgün bir çalışmayla bu eksikliğin giderilmesine katkıda bulunmaktır.

## I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### A. Genel Olarak

Zincirleme suç, Orta Çağ hukukçuları tarafından üçüncü kez hırsızlık suçu işleyen kişilerin ölüm cezası almasını engellemek ve cezaların şiddetini azaltmak amacıyla icat edilmiş bir kavramdır. Zincirleme suç zaman içerisinde hukukçular tarafından geliştirilmiş ve günümüze kadar gelmiştir<sup>2</sup>.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında, zincirleme suçun her hukuk sisteminde kabul görmüş evrensel bir kavram olmadığı görülmektedir. Örneğin, İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarında zincirleme suç kavramı bulunmamaktadır. Bu ülkelerde cezaların toplanması ilkesi geçerlidir. Cezaların toplanmasından kaynaklanan sorunlar ise cezaların aynı anda infaz edilmesi veya koşullu salıverilme gibi yöntemler ile çözülmektedir<sup>3</sup>. Kıta Avrupası'nda ise durum farklıdır. İtalya'da zincirleme suç kurumuna kanunda yer verilmişken, Almanya ve İsviçre gibi çeşitli ülkelerde zincirleme suçun kanunda düzenlenmediği görülmektedir<sup>4</sup>.

Zincirleme suçun kanunda düzenlenmemiş olması o kurumun uygulanmadığı anlamına gelmemektedir. Bunun en iyi örneklerinden biri Almanya'dır.

<sup>1</sup> Zincirleme suçlar ile ilgili başlıca akademik çalışmalar için bkz. ERDOĞAN, Yağmur Müge, **Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2023; ÖZEN, Mustafa, **Suçların İctimai (Zincirleme Suç - Fikri İctima - Bileşik Suç)**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2008; ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, **Ceza Hukukunda Zincirleme Suç**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022; YALÇIN SANCAR, Türkan, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995; ÖZTOP, Mustafa Necmeddin, **Yargıtay Kararları Işığında Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2013; USTA, Sinem, **Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2011.

<sup>2</sup> DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021, s. 660; TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 361.

<sup>3</sup> ERDOĞAN, s. 183 vd.

<sup>4</sup> ERDOĞAN, s. 183 vd.; ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 13 vd.

Zincirleme suç Almanya'da 19. yüzyıldan beri mahkemeler tarafından geliştirilip uygulanan bir kavramdır<sup>5</sup>. Alman hukukunda fiil teklığının bir türü olarak değerlendirilen zincirleme suç, temel olarak tekrar eden veya seri olarak işlenen suç fiillerine uygulanmıştır<sup>6</sup>. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 1994 yılında verdiği tarihi bir karar (BGH, 03.05.1994 - GSSt 2/93, GSSt 3/93) ile zincirleme suç kurumunun uygulama alanı büyük ölçüde sınırlandırılmış ve zincirleme suç uygulanabilirliği neredeyse kalmayan oldukça istisnai bir kuruma dönüşmüştür<sup>7</sup>. Zincirleme suç kavramının uygulamada terkedilmesinden doğan sorunlar ise yargı mercileri tarafından doğal veya tipik hareket teklığının geniş bir yorumuyla çözülmeye çalışılmaktadır<sup>8</sup>.

Türk hukukunda zincirleme suç kurumu kanunda düzenlenmiştir. Zincirleme suçu düzenleyen 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) m.43/1 hükmü şu şekildedir:

*“Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır.”*

Zincirleme suçun hukuki esasını açıklayan iki görüş bulunmaktadır. İlk görüş, zincirleme suçta gerçekte tek suç olduğunu, ikinci görüş ise birden çok suç olduğunu kabul eder. Türk hukukunda ikinci görüş yani suç çokluğu görüşü kabul edilmektedir. Bu görüşe göre zincirleme suç birden çok fiil ve suçtan meydana gelen farazi bir birliktir<sup>9</sup>. Zincirleme suç ile farazi bir birlik oluşturan suçlar ger-

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, Verlag C. H. Beck, München, 2003, s. 870-871.

<sup>6</sup> FISCHER, Thomas, **Beck'sche Kurz-Kommentar- Strafrechtsgesetzbuch und Nebengesetze**, Verlag C. H. Beck, München, 2015, s. 475.

<sup>7</sup> ROXIN, s. 870-871; BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021, s. 746; FISCHER, s. 475. Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda zincirleme suç fiil çokluğu olarak kabul edilmekte ve bu kuruma kanunda yer verilmektedir. İki hukuk sistemi arasındaki bu farklılık zincirleme suçun sonuç ve etkilerinde de ayrılığa neden olmaktadır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin zincirleme suçu reddeden içtihadının temel dayanakları, bu suçun Alman hukukunda kanuni bir dayanağının bulunmaması ve tek fiil kabul edilmesinden kaynaklanan haksız sonuçlardır. Her iki gerekçenin de Türk hukuk sisteminde karşılığı bulunmamaktadır. Dolayısıyla Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin Türk hukuku açısından doğrudan yol gösterici bir niteliği bulunmamaktadır. Bkz. KILIÇ, Ahmet, **Suçların İçtımı Bağlamında Fiil teklığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 283.

<sup>8</sup> HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag w. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, s. 624.

<sup>9</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 662; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s.

çekte bağımsız olup cezalandırma (TCK m.43), zamanaşımının başlangıcı (TCK m.66/6) ve yetkili mahkemenin belirlenmesi (5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.12) halleri dışında bağımsızlıklarını korumaya devam ederler<sup>10</sup>.

Zincirleme suçun; bir suç işleme kararı, aynı suçun birden fazla işlenmesi, suçun farklı zamanlarda işlenmesi ve suçun mağdurunun aynı olması şartları bulunmaktadır<sup>11</sup>. Zincirleme suçun şartları doktrinde objektif ve sübjektif unsurlar olarak kategorize edilmektedir. Bir suç işleme kararı zincirleme suçun sübjektif unsurunu oluşturmakta, diğer şartlar ise objektif unsurlar başlığı altında incelenmektedir<sup>12</sup>.

788; İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 590; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 685; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s. 531-523; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAŞIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 588; TOROSLU/TOROSLU, s. 362. AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 1029.

<sup>10</sup> İÇEL, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 590; DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 605. Bu üç halde de suçların bağımsızlığını devam ettirdiği yönünde bkz. AKBULUT, s. 1029-1030.

<sup>11</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 663 vd.; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 790; ÖZGENÇ, s. 684; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd. s. 589 vd.; AKBULUT, s. 1031; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 532; SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 258 vd.; HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 581 vd; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 380-381; İÇEL, Kayıhan, **Suçların İctimai (Genel Bilgiler - Fikri İctima - Mütelselsil Suçlar - Görünüşte İctima)**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972, s. 105; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s. 520; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 24. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 395; ÖZEN, s. 1005; MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81)**, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 610; TOROSLU/TOROSLU, s. 362 vd.; YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu**, 1. Cilt (md.1.-144), 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 1229 vd.; DEMİRBAŞ, s. 605; DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 833; ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)**, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 609 vd; YALÇIN SANCAR, s. 62; ARTUÇ, Mustafa, “Zincirleme Suç”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, Sa. 28, 2008, s. 45-66, s. 47 vd.; DEMİREL, Muhammed/KARTAL, Melik, “The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, Sa. 1, 2019, s. 451-462, s. 454 vd. Bu şartların formülasyonu öğretide farklı şekillerde yapılmaktadır. İçerik aynı kalmakla birlikte bazı yazarlar iki şartı birleştirmekte, bazıları da bütün şartları bağımsız olarak saymaktadır.

<sup>12</sup> ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1992, s. 498; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 532; AKBULUT, s. 1032. Karşılaştırmalı hukukta zincirleme suçun oluşması için sadece objektif şartların varlığını yeterli sayan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. İÇEL, **İctima**, s. 90. Alman hukukunda zincirleme suçun objektif şartları; aynı suçun işlenmesi, suçların işleniş tarzındaki benzerlik, fiiller arasında zaman ve yer olarak ilişki bulunması ve tekil suç fiillerinin aynı hukuki değeri ihlal etmesi olarak kabul edilmekteydi. Zincirleme suçun sınırlandırılması için önem taşıyan sübjektif unsur ise fiillerin bütüne ilişkin bir genel kastın (*Gesamtvorsatz*) varlığı olarak ifade edilmekteydi. Bkz. JESCHEK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker und Humboldt Verlag, Berlin, 1996, s. 716; ROXIN, s. 871-872; BAUMANN/WEBER/MITSCH vd., s. 748; KÜHL, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2012, s. 895.

Zincirleme suçun sübjektif unsuru için kanunda ve öğretinin büyük kısmında “bir suç işleme kararı” ifadesi kullanılmaktadır<sup>13</sup>. Bunun yanında öğretide “aynı suç işleme kararı”<sup>14</sup>, “suç işleme kararında birlik”<sup>15</sup> şeklinde farklı kullanımlar da görülmektedir. Hatta farklı ifadeleri birlikte kullanan yazarlar da bulunmaktadır<sup>16</sup>. Kanaatimizce bu ifadeler arasında anlamlı bir fark bulunmamaktadır. Terminoloji birliğini sağlamak adına çalışmamızda da kanundaki ifade biçimi tercih edilmiştir.

Bir suç işleme kararı zincirleme suçun sübjektif veya manevi koşuldur. Bu koşul birden fazla suçu birbirine bağlayan bir bağ olarak kabul edilmektedir. Bir suç işleme kararı verildikten sonra aynı suç birden fazla kez bu kararın icrası çerçevesinde işlenmektedir. Zincirleme suçun kurucu unsuru ve tek bir ceza verilmesinin en önemli gerekçesi, birden fazla suçu birbirine bağlayan bu sübjektif unsurdur<sup>17</sup>. Yapacağı tabloyu düşünen bir sanatçının düşüncesinin o tabloya anlamlı bir bütünlük kazandırması gibi bir suç işleme kararı da birden fazla suça bütünlük kazandırmaktadır<sup>18</sup>.

Bir suç işleme kararı suçun manevi unsuru olan kasttan farklıdır. Kast, bir suçun maddi unsurlarının bilinmesidir. Zincirleme suçu oluşturan her bir suçun ayrı bir kast ile işlenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bir zincirleme suçta birden çok fiil ve bu fiillere ait birden çok kast bulunmaktadır. Buna karşın her zincirleme suçta tek bir suç işleme kararı bulunmaktadır. Bir suç işleme kararı, kastı

<sup>13</sup> ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., 2024, s. 789; ÖZGENÇ, s. 682; KOCA/ÜZÜLMEZ, 2024, s. 542; TOROSLU/TOROSLU, s. 364; DEMİRBAŞ, s. 608; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, USA Yayınları, Ankara, 2022, s. 581. “Bir suç işleme kararının icrası” ifadesi yeterince açık olmadığı, teşebbüste kullanılan “suç işleme kararının icrası” ifadesi ile karıştırıldığı ve tek bir suç için verilen kararın icrası şeklinde anlaşılabilceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Yalçın-Sancar, “bir suç işleme kararı” yerine İtalyan Ceza Kanunu’ndaki “planda birlik” ifadesinin maddenin amacına daha uygun olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. YALÇIN SANCAR, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 70, 2007, s. 244-259, s. 253.

<sup>14</sup> İÇEL, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 595; HAKERİ, s. 586. Yargı kararlarında da “aynı suç işleme kararı” ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Bkz. “*Aynı suç işleme kararından yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği (...)*” Yar. CGK., E. 1998/205 K. 1998/304, 13.10.1998. Aynı yönde bkz. Yar. CGK., E. 1999/15 K. 1999/27, 23.02.1999; Yar. CGK., E. 2013/828 K. 2015/293, 29.9.2015; Yar. 4. CD., E. 2019/777 K. 2019/4258, 13.3.2019, Lexpera Veri Tabanı, E.T. 13.10.2024.

<sup>15</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 381; SOYASLAN, s. 261; ÖZEN, s. 1005.

<sup>16</sup> Bu yazarlardan bazıları için bkz. AKBULUT, s. 1045; DÖNMEZER/ERMAN, s. 666-667; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 592; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 399.

<sup>17</sup> ÖZGENÇ, s. 685; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 542; YURTCAN, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Kazancı Kitap Yayıncılık, İstanbul, 2006, s. 100-101; HAKERİ, s. 586; ÖZEN, s. 1005; YALÇIN SANCAR, **Müteselsil Suç**, s. 86; ÖZTÜRK, s. 77-78.

<sup>18</sup> EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 338.

da içine alan, failin hareketleri arasındaki bağlantıyı sağlayan genel bir sübjektif unsurdur. Zincirleme suç oluşturulan fiiller sübjektif unsur sayesinde birbirinin devamı şeklinde görünmektedir<sup>19</sup>.

Suç işleme kararı ile suçun işlenmesinin arkasında yatan saik ve amaç gibi psikolojik motifler aynı şey değildir. Kâr, menfaat, intikam gibi bir tek psikolojik motif birden fazla suçun kaynağı olabilir. Ama bu motif birliği, zincirleme suçun sübjektif unsuru olmak zorunda değildir<sup>20</sup>.

## B. Bir Suç İşleme Kararını Açıklayan Görüşler

Bir suç işleme kararının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmüştür. Hangi görüşün kabul edildiği bir suç işleme kararının içeriğini ve zincirleme suçun uygulama alanını önemli ölçüde etkilemektedir. Aşağıda bir suç işleme kararını; önceden kurulması gereken bir plan, fiillerin tümüne ilişkin bir tasavvur, failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağ, birden çok suç işleme isteği ve amaç birliği olarak açıklayan görüşler incelenecektir.

### 1. Önceden Kurulması Gereken Bir Plan Olarak Açıklayan Görüş

Bir suç işleme kararını en katı ve dar şekilde ele alan görüş onu bir plan olarak kabul eden görüştür<sup>21</sup>. Buna göre; bir suç işleme kararı sabit, kesin ve temel unsurları ile somutlaştırılmış bir plandır. Bu nedenle en azından bir amacın varlığı ve bu amaca ulaşmak için işlenecek suçların esaslı unsurlarının belirlenmiş olması gerekmektedir<sup>22</sup>.

Bu görüşe göre işlenecek tüm suçlar aslında bir bütünün parçasıdır. Bir suç işleme kararı suçlar işlenmeden önce alınmalı ve içeriği belirlenmiş olmalıdır. İşlenecek suçların yeri, zamanı, suç işleme tarzı ve mağduru gibi esaslı unsurla-

<sup>19</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 667; İÇEL, *İçtima*, s. 135; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 341; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 87; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 790; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 526; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 592; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 592; ÖZEN, s. 1005; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1238; ARTUÇ, s. 53; SARI, İsmail, “Zincirleme Suç”, *Adalet Dergisi*, Sa. 47, 2013, s. 154-172, s. 160. Mülga 765 s. TCK’nın ilk halinde zincirleme suçların sübjektif unsurunu ifade etmek için “aynı kasdı cürmi” (aynı suç kastı) ifadesi kullanılmış, fakat kast kavramının kullanılması eleştirildiği için bu ifade daha sonra “aynı suç işleme kararı” olarak değiştirilmiştir. Bkz. DÖNMEZER/ERMAN, s. 667.

<sup>20</sup> EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 341; SOYASLAN, s. 263; DÜLGER, s. 848.

<sup>21</sup> Bundan sonra “plan görüşü” olarak ifade edilecektir.

<sup>22</sup> TOSUN, Öztekin, “Müteselsil Suçlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 22, Sa. 1-4, 1957, s. 124-149, s. 136; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 90-91; ÖZEN, *Suçların İçtimalı*, s. 190-191.

rına en azından ana hatlarıyla önceden karar verilmiş olmalıdır. Sonrasında suçun işlenme zamanı gibi bazı hususlarda erteleme ve değişiklikler planın varlığını ortadan kaldırmaz<sup>23</sup>. Suçun işlenmesinin belli şartlara bağlanmasına ilişkin karar da bir suç işleme kararının varlığına engel olarak görülmemektedir<sup>24</sup>.

Plan görüşüne göre; ilk hırsızlık suçu işlendikten sonra ikinci hırsızlık suçuna karar vermek, bir suçu meslek haline getirmek, her çıkan fırsattan yararlanmaya çalışmak veya içeriğini somutlaştırmadan sadece belli yer ve zamanda hırsızlık suçu işlemeye karar vermek bir planın varlığına vücut vermeyecektir. Çünkü bu örneklerde yer, zaman, suçun işlenme tarzı ve mağdurun şahsı açısından önceden yapılmış bir belirlilik söz konusu değildir<sup>25</sup>.

Bir suç işleme kararının varlığı için aranan planın zamanı konusunda bir tartışma vardır. Genel görüş bir suç işleme kararının bütün fiillerden önce tasarlanmış olmasına gerek olmadığı yönündedir. İlk fiil işlendikten sonra bu fiillere devam edilmesine yönelik bir karar verilmesi halinde de planın varlığının kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir<sup>26</sup>. Bizim de katıldığımız görüş, bir suç işleme kararından bahsedilebilmesi için kural olarak suç işlenmeden önce, en geç ilk fiilin işlenmesi sırasında bir karar verilmesi gerektiğini kabul etmektedir<sup>27</sup>. Kanaatimizce bir suç işleme kararı bir plan olarak kabul edildiğinde en geç ilk fiilin devamı sırasında karar verilmesi plan kavramı ile daha çok uyumaktadır.

Türk hukukunda bir suç işleme kararının temeli konusundaki baskın görüş onu önceden yapılması gereken plan olarak açıklayan görüştür<sup>28</sup>. Bu doğrultuda öğretide bir suç işleme kararından genel bir plan, amaç, niyet veya projenin anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu plan aynı suçun birden fazla işlenmesine ilişkin önceden verilen bir kararı veya buna ilişkin genel bir niyetin varlığını şart koşar. Plan tek bir seferde gerçekleştirilmek yerine bir program dahilinde birden fazla kısma veya aşamaya bölünmüştür. Fakat bu planın çok ayrıntı-

<sup>23</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 131-132; JESCHEK/WEIGEND, s. 717; BAUMANN/WEBER/MITSCH vd., s. 747; HEINRICH, s. 654-655; KÜHL, s. 895; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1238.

<sup>24</sup> HAKERİ, s. 588.

<sup>25</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 131. İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 606; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 97; ARTUÇ, s. 54.

<sup>26</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 540; DÜLGER, s. 847; DEMİRBAŞ, s. 593.

<sup>27</sup> HAKERİ, s. 587; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1238.

<sup>28</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 667; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 790-791; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 542; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd. s. 592; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 526; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 380; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 97; HAKERİ, s. 587; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 399; ÖZEN, *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 1006; MALKOÇ, s. 612; TOROSLU/TOROSLU, s. 363-364; DEMİRBAŞ, s. 592; ÖZTÜRK, s. 83; ARTUÇ, s. 54; DEMİREL/KARTAL, s. 459; SARI, s. 158.

tılı olmasına ve ortaya çıkabilecek her durumu içermesine gerek yoktur<sup>29</sup>. Bir suç işleme kararı genel bir plan veya niyet ile izah edildiğinden taksirli suçlarda zincirleme suçların uygulanmayacağı kabul edilmektedir<sup>30</sup>.

Alman hukukunda zincirleme suçun subjektif unsuru, işlenecek suçların en azından temel unsurları ile önceden planlanmış olmasını gerektiren bir “bütün kastın” (*Gesamtvorsatz*) varlığı olarak ifade edilmekteydi. Bir “bütün neticeye” (*Gesamtserfolg*) ulaşmak için işlenen çok sayıdaki suç fiilleri ile tekrar eden (*Wiederholung*) veya devam ettirilen (*Fortsetzung*) aynı türdeki suç fiillerine ilişkin kastlar da bu kapsamda sayılmıştır<sup>31</sup>. Fakat zincirleme suçun kapsamını genişletme eğilimi kapsamında, bir sonraki suç fiilinin sonuna kadar genel kastın uzatılabileceği kabul edilmiş, hatta çıkan fırsatlara göre benzer suçlar işleme niyetini de subjektif unsur için yeterli gören görüşler ortaya çıkmıştır<sup>32</sup>.

## 2. Fiillerin Tümüne İlişkin Bir Tasavvur Olarak Açıklayan Görüş

Suç yolunda karar safhası suç fikrinin doğması, suçun tasavvur edilmesi ve en son suçun işlenmesine kesin bir irade ile karar verilmesi şeklinde bölümlenmektedir. Tasavvur görüşü bir suç işleme kararını işte bu safhalardan tasavvur aşamasında gerçekleşen ve failin işlenecek fiilleri bir silsile halinde zihninde tasavvur etmesi ile açıklamaktadır. Buna göre sonrasında ayrı ayrı fiiller şeklinde icra edilen suçlar, psikolojik ve hukuki bir bütünlük içerisinde failin kafasında yer alır ve tasavvur edilir<sup>33</sup>. Bu durumda karar, bir suçun gerçekleştirilmesine yönelik nihai ve kesin bir irade, tasavvur ise aynı suçun birden fazla işlenmesinin bir bütün olarak zihinde proje edilmesi şeklinde anlaşılmalıdır<sup>34</sup>. Bu görüş, plan teorisine göre daha esnek ve geniş bir uygulamaya tekabül eder ve plan teorisinin katılığını yumuşatmayı amaçlar<sup>35</sup>.

<sup>29</sup> ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 592; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 790.

<sup>30</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 664; TOSUN, s. 133; ÖNDER, s. 500; ARTUK/GÖKÇEN/ALŞAHİN vd., s. 793; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 544; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 528; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 399; DEMİRBAŞ, s. 590; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 1239; MALKOÇ, s. 612; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 594; ARTUÇ, s. 55; USTA, s. 138; JESCHEK/WEIGEND, s. 717; ROXIN, s. 872. İçel'e göre adalet ilkesi gereği cezalar arasında meydana gelecek orantısızlığın önlenmesi için taksirli suçlarda da zincirleme suç uygulanmalıdır. Yazara göre bir kişinin dikkat ve özen yükümüne aykırı olarak bir kişiye çarptıktan sonra aynı şekilde hareketine devam ederek başka kişileri yaralaması halinde tek bir suç işleme kararı ile işlenmiş taksirli fiiller bulunmaktadır. Bkz. İÇEL, *İçtima*, s. 136-137.

<sup>31</sup> ROXIN, s. 871; JESCHEK/WEIGEND, s. 717; BAUMANN/WEBER/MITSCH vd., s. 748.

<sup>32</sup> HEINRICH, s. 655.

<sup>33</sup> YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 89; ÖZEN, s. 190.

<sup>34</sup> SOYASLAN, s. 262.

<sup>35</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 133.

Soyaslan'a göre tasavvur görüşü, tasavvur kavramını sadece bir düşünce faaliyetiyle sınırlı görmemekte, iradeyi de kapsayan ve birden çok suçla ilişkin bir amaç ve birleştirici bir kavram olarak kabul etmektedir. Bu düşünceler ile İtalyan Ceza Kanunu'nda tasavvur terimi benimsenmiştir. Yazar da bir suç işleme kararı için bu görüşü benimsemektedir<sup>36</sup>. Kanaatimizce tasavvur ve plan görüşü arasındaki en önemli fark, suç işlemeye yönelik iradenin şekillenmesidir. Tasavvur kavramına iradeyi de dâhil ettiğimizde aslında bir karar ortaya çıkmış olacaktır. Bu haliyle tasavvur görüşü ile plan görüşü arasında anlamlı bir fark kalmayacaktır.

Türk öğretisinde Tosun, bir suç işleme kararını birden fazla suçun işlenmesine yönelmek yerine suçun konusunun bir bütün olarak istenmesinde aramaktadır. Bu doğrultuda yazar, bir suç işleme kararı için önceden bir plan kurulmasının zaruri olmadığını, suç işleme kararının müteaddit fiiller işlemeye yönelik olmasının gerekmediğini, failin yapmak istediği hususu bir bütün olarak istemiş olmasının yeterli olduğunu kabul etmektedir. Yazar, bir evin soyulmasını amaçlayan failin eve geldikten sonra ancak birkaç ziyarette amacına ulaşacağını anlayıp müteaddit hırsızlık suçlarını işlemesini görüşüne örnek vermektedir<sup>37</sup>. Dolayısıyla Tosun'un verdiği örnekte temel amaç suçun konusu olan evin soyulması olup, aynı suçun birden fazla işlenmesi sonradan ortaya çıkan tali nitelikte bir husus olarak görülmelidir.

Tasavvur görüşüne karşı olarak; suç fikri, tasavvur ve karar çizgisinde iradenin en belirgin olduğu aşamanın karar aşaması olduğu, bu aşamada artık te reddütlerin sona erdiği, dolayısıyla bir suç işleme kararına esas alınması gereken aşamanın karar aşaması olduğu ileri sürülmektedir<sup>38</sup>.

### 3. Failin Hareketleri Arasında Bulunması Gereken Sübjektif Bağ Olarak Açıklayan Görüş

Bir suç işleme kararına ilişkin bir diğer görüş, onu failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağ olarak açıklayan görüştür<sup>39</sup>. Bu görüş fiiller arasında bir devam veya teselsül aramakta ve bu nedenle teselsül kastı olarak da

<sup>36</sup> SOYASLAN, s. 262.

<sup>37</sup> TOSUN, s. 136. Türk öğretisinde Önder; "Karardan maksat nedir? Failin baştan itibaren birden fazla suçu kısım kısım işlemeye yönelik tasavvurudur. İşlenecek suçların adedinin tesbit edilmiş olması önemli değildir. Bu kararda işlenecek suçların karakteristik özellikleri hakkında bir fikrin oluşması yeterlidir." ifadeleriyle tasavvur görüşüne taraftar olduğunu göstermektedir. Bkz. ÖNDER, s. 502.

<sup>38</sup> YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 96.

<sup>39</sup> Bundan sonra "sübjektif bağ görüşü" olarak ifade edilecektir.



ifade edilmektedir<sup>40</sup>. Bu görüşe göre zincirleme suçun subjektif unsuru için önceden bir plan veya kararın bulunmasına gerek yoktur. Çünkü subjektif unsur için önceden bir plan veya kararın aranması zincirleme suç kavramını çok daraltacak ve önceden plan yaparak suç işleyen kişi lehine haksız bir avantaj sağlamış olacaktır<sup>41</sup>. Her hareketin bir önceki hareketin devamı olması ve böylece psikik bir doğrultuda fiillerin bir araya gelmesi subjektif unsurun varlığı için yeterlidir<sup>42</sup>. Gündelik hayat tecrübelerine göre dışarıdan gözlemlendiğinde birbirinin devamı gözüken fiillerin, tesadüfen değil bir irade ile biraya getirildiklerinin ispatı halinde subjektif unsurun varlığı kabul edilmelidir. İrade birliğinin tespiti için ise suç fiilleri arasındaki benzerlik ve süreklilik temel ölçütler olarak alınmaktadır<sup>43</sup>. Örneğin, çalıştığı yerde bir defa hırsızlık yaptıktan sonra suçunun anlaşılmadığını görüp cesaretlenen kişinin hırsızlık yapmaya devam etmeye karar vermesi halinde birbirini takip eden hırsızlık suçları bir suç işleme kararının icrası kapsamında olacaktır<sup>44</sup>.

Subjektif bağ görüşü, suç işlenmesinden önce bir plan veya tasavvurun bulunduğu durumların yanında, objektif olarak devamlılık görüntüsü veren fiillerin her suçtan sonra yenilenen bir kararla iradi olarak bağlanmasını da zincirleme suçun subjektif unsuruna dâhil eder<sup>45</sup>.

Subjektif bağ görüşü plan ve hatta tasavvur teorisine göre daha geniş bir zincirleme suç kavramını kabul eder. İlk iki görüşte bir suç işleme kararı veya tasavvuru belli bir süreç veya aşamada ortaya çıkması gereken subjektif bir unsur iken, bu görüş bir suç işleme kararını belli bir an veya aşama ile sınırlandırmamaktadır. Subjektif bağ görüşü bir suç işleme kararını, önceden yapılan bir belirleme olmaksızın, olayların akışına göre şekillenen, bütün sürece yayılmış, esnek ve dinamik bir kavram olarak ele almaktadır.

#### 4. Birden Çok Suç İşleme İsteği Olarak Açıklayan Görüş

Yukarıda yer verilen görüşler dışında, bir suç işleme kararını birden çok suç işleme isteği olarak kabul eden bir görüş bulunmaktadır. Buna göre, istek ve karar kavramları ayrı kavramlar olup istek karar aşamasından önce gelir<sup>46</sup>. Bu

<sup>40</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 134. Bu görüşü kabul eden yazarlar için bkz. İÇEL, *İçtima*, s. 136; AKBULUT, s. 1046; DEMİRBAŞ, s. 583.

<sup>41</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 91; YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 94.

<sup>42</sup> YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 94.

<sup>43</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 134; İÇEL, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 605-606.

<sup>44</sup> İÇEL, *İçtima*, s. 92, 136. Aynı yönde; AKBULUT, s. 1045-1046.

<sup>45</sup> ERDOĞAN, s. 327.

<sup>46</sup> ÖZEN, s. 188.

görüş, failin iradi bir karar vermeden önce bir seri suç işleme isteğinin varlığını yeterli görmektedir. Dolayısıyla bu görüşte, bütün suçları birleştirecek genel bir kararın varlığı ve bunların gerçekleştirilmesine yönelik irade, subjektif unsurun zorunlu bir şartı olarak görülmemektedir. Bu görüş, bir suç işleme kararını yalın ve yüzeysel bir suç işleme isteği olarak değerlendirmesinden ötürü eleştirilmektedir<sup>47</sup>.

Yukarıdaki görüşler ile karşılaştırmalı olarak incelediğimizde, birden çok suç işleme isteği görüşü, işlenecek suçların esaslı unsurlarını içeren somut bir kararın varlığını şart koşmaması yönüyle plan görüşünden, bir suç işleme isteğinin işlenecek suçlardan önce belli bir aşamada ortaya çıkmasını araması bakımından da subjektif bağ görüşünden ayrılmaktadır. Bu görüş isteğe vurgu yaparken tasavvur görüşü işlenecek suçların tasavvuruna vurgu yapmaktadır. Fakat her ikisi de soyut birer kavram olan istek ve tasavvurun birbirinden nasıl ayrılacağı belirsiz kalmaktadır.

### 5. Amaç Birliği Görüşü

Son olarak amaç birliği görüşüne göre her bir suçun işlenmesi için verilen kararların ortak unsurunu barındıran bir üst kararın varlığı gerekmektedir. Üst kararı oluşturan ortak unsur ise bütün kararların ortak bir amaçta birleşmiş olmasıdır. Subjektif şartı ancak aynı amaca yönelmiş olan kararlar oluşturabilir. Şayet aynı suçlar farklı amaçlar için işlenmişse veya suçların arkasındaki motivasyonlar farklıysa subjektif unsur meydana gelmeyecektir<sup>48</sup>. Yargıtay'ın amaç birliğini bir suç işleme kararı için gerekli bir şart olarak gördüğü kararlar bulunmaktadır<sup>49</sup>.

<sup>47</sup> YALÇIN SANCAR, *Müteselsil Suç*, s. 90; ERDOĞAN, s. 327.

<sup>48</sup> ERDOĞAN, s. 327-328.

<sup>49</sup> "(...) her iki suça ilişkin kasttan önce gelen, genel bir niyet ve bir suç işleme kararının varlığından, diğer bir deyişle iki suçu ortak bir zemine taşıyan subjektif bir bağdan söz etmek mümkün değildir. Zira sanık, yeni bir sebep ortaya çıkması nedeniyle mala zarar vermiş ve her bir olay için yenilenmiş bir suç işleme kararı ile hareket etmiş olduğundan, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmayıp, işlenmiş iki ayrı mala zarar verme suçunun söz konusu olduğu ve her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir" Yar. CGK., E. 2012/1475, K. 2013/577, 03.12.2013; "Bu durumda sanığın başlangıçta, asker kaçacağı olduğu için yakalanmamak amacıyla sahte nüfus cüzdanı kullandığı, daha sonra ise yurt dışına çalışmak için gidebilmek amacıyla sahte pasaport kullandığı anlaşılmakta olup, her iki suça ilişkin kasttan önce gelen bir niyet ve bir suç işleme kararının varlığından, diğer bir deyişle iki suçu ortak bir zemine taşıyan subjektif bir bağdan söz etmek mümkün değildir." Yar. CGK., E. 2013/593 K. 2014/24, 21.1.2014. Kararlar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, <https://www.lexpera.com.tr/>. E. T. 05.10.2024.

## II. YARGITAY İÇTİHATLARINDA BİR SUÇ İŞLEME KARARI

### A. Genel Olarak

Yargıtay içtihatlarının incelenmesi zincirleme suçlara ve bir suç işleme kararı kavramına ilişkin uygulamanın anlaşılması için elzemdir. Bu içtihatların doğruluğu, tutarlılığı ve cezalandırmanın amaçlarına hizmet edip etmediği ancak içtihatların içerik analizi ile tespit edilebilecektir.

Yargıtay içtihatlarında “*bir suç işleme kararı*” ifadesi yerine çoğu zaman “*aynı suç işleme kararı*” ifadesi kullanılmaktadır. Bu terim farkının esaslı bir öneminin olmadığını ama terminolojik birlik açısından kanundaki ifadenin kullanılması gerektiğini daha önce ifade etmiştik.

Bir suç işleme kararı Yargıtay içtihatlarında da zincirleme suçun kurucu ve temel unsuru olarak tavsif edilmektedir<sup>50</sup>. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında bir (aynı) suç işleme kararı istikrarlı olarak şu ifadeyle tanımlanmaktadır:

*“Aynı suç işleme kararından” Yasanın aynı hükmünü birçok kez ihlal etme hususunda önceden kurulan bir plan, genel bir niyetin anlaşılması gerektiği, bu bağlamda failin suçu işlemeyen önce bir plan yapmasının veya bu suça niyet etmesinin, fakat fiili bir defada yapmak yerine kısımlara bölmeyi ve o surette gerçekleştirmeyi daha uygun görmesinin, bu plan çerçevesinde hareket etmesinin, hareketinin önceki hareketinin devamı olmasının ve tüm bu hareketleri arasında sübjektif bir bağlantı bulunmasının anlaşılması gerektiği kabul edilmiştir.”<sup>51</sup>*

Yargıtay’a göre sanığın çıkan fırsatlardan yararlanma niyetinde olduğu ya da suç işleme kararını yenilediği durumlarda aynı suç işleme kararından söz edilemeyecektir<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> “(...) müteselsil suçun “birden fazla suçun, aynı suç işleme kararına bağlanması”na ilişkin üçüncüsü ve en önemli koşulu (...)” Yar. CGK., E. 1998/205, K. 1998/304, 13.10.1998; Yar. CGK., E. 1999/15 K. 1999/27, 23.02.1999; Yar. CGK., E. 1999/61 K. 1999/74, 20.04.1999. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 10.10.2024.

<sup>51</sup> Yar. CGK., E. 1998/205 K. 1998/304, 13.10.1998. Aynı yönde bkz. Yar. CGK., E. 1999/15 K. 1999/27, 23.02.1999; Yar. CGK., E. 2013/828 K. 2015/293, 29.9.2015; Yar. 4. CD., E. 2019/777 K. 2019/4258, 13.3.2019, Lexpera Veri Tabanı, E.T. 13.10.2024; Yar. CGK E. 2013/14-384, K. 2014/2, 14.01.2014; Yar. CGK, E. 2012/9-1475, K. 2013/577, 03.12.2013; Yar. CGK, E. 2005/7-173, K. 2006/145, 30.05.2006. UYAP Veri Tabanı, E. T. 20.10.2024; Yar. CGK, E. 2013/591, K. 2014/171, 08.04.2014. Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E. T. 27.10.2024.

<sup>52</sup> “Belirli konuda çıkacak her fırsattan yararlanma konusundaki genel ve soyut karar doğrultusunda hareket ederek, birden çok ve gayrimuayyen fiilleri işlemek hususundaki iradeleri ile mağdurlara karşı ika edilen eylemler arasında müteselsil suçun, sübjektif unsuru olan aynı suçu işleme kararı bulunmamaktadır”. Yar. CGK., E. 2013/828 K. 2015/293, 29.9.2015; Yar. CGK., E. 2003/189 K. 2003/207, 08.07.2003; Yar. 18. CD., E. 2016/18243 K. 2017/2413, 06.3.2017; Yar. CGK, E. 2012/9-1475, K. 2013/577, 03.12.2013. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 13.10.2024.

Yargıtay soyut bir kavram olan bir suç işleme kararının tespiti için bazı objektif kriterler belirlemiştir. Buna göre; “*Aynı suç işleme kararının varlığı, her olayda suçun işlenmesindeki özellikler, suçun işleniş biçimi, eylemlerin işlendikleri yer ve işlenme zamanı, eylemler arasındaki geçen süre, mağdurların farklı olup olmadıkları, ihlal edilen değer ve yarar ile korunan değer ve yarar, olayların oluşum ve gelişimi ile tüm özellikleri olaysal olarak değerlendirilerek belirlenecektir*”<sup>53</sup>.” Yargıtay kararlarında en çok kullanılan objektif kriter ise fiillerin işlenme zamanı ve aralarındaki sürenin uzunluğudur.

Yargıtay’ın bir suç işleme kararına ilişkin istikrar arz eden içtihatlarından, bir suç işleme kararını önceden kurulması gereken bir plan olarak açıklayan görüşü kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu görüşü kabul eden bir mahkemenin zincirleme suçu kural olarak dar yorumlaması; işlenecek suçların yer, zaman, mağdur ve suç işleme tarzları açısından en azından esaslı yönleriyle somutlaştırıldığı bir planın varlığını araması gerekmektedir. Bu görüşte yer verilen “suçun tek bir defada işlenmek yerine kısımlara bölünmesi” ifadesi, çerçevesi ve konusu belirli bir suç planının varlığına işaret etmektedir. Bir suç işleme kararının belirtilen şekilde somutlaştırılmaması, faile neredeyse sınırsız bir suç işleme kredisi verileceği anlamına gelecektir. Örneğin, zincirleme suçun subjektif unsurunun gerçekleşmesi için bir hırsız önceden çalacağı malı veya miktarı belirlemeli ve bunu bir plan dâhilinde parça parça gerçekleştirmeye karar vermelidir. Bir hırsızın sınır koymadan belirli aralıklar ile aynı yerden bir şey çalmaya karar vermesi, önüne çıkan fırsatlardan yararlanması ya da bir kişinin satabildiği kadar uyuşturucu satma, yapabildiği kadar kaçakçılık yapma gibi belirsiz, genel bir niyet ile hareket etmesi halinde subjektif unsurun gerçekleşmediği kabul edilmelidir.

Yargıtay içtihatları incelendiğinde bir suç işleme kararını plan görüşüne uygun olarak dar ve genel bir saik birliğine varacak kadar geniş yorumlayan iki temel yaklaşımın bulunduğu görülmektedir. Bu çerçevede ilk olarak bu iki temel yaklaşımı barındıran Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 08.07.2003 tarihli 2003/189 E. 2003/207 K. sayılı kararını incelemek istiyoruz. Karara konu olan olayda, 6-7 ay arayla aynı mağdura karşı cinsel saldırı suçu işleyen failin fiillerinin zincirleme suça konu olup olmayacağı tartışılmıştır. Olayda mağdur ile yakın bir çevrede yaşayan fail, fırsat ve imkân bulduğu sürece mağdura karşı cinsel saldırıda bulunmuştur. Çoğunluk görüşü “(...) somut olay ele alınıp de-

<sup>53</sup> Yar. CGK., E. 1999/15 K. 1999/27, 23.02.1999. Aynı yönde bkz. Yar. CGK, E. 2012/9-1475 K. 2013/577, 03.12.2013; Yar. 7. CD., E. 2013/22136 K. 2014/13750, 30.6.2014; Yar. 7. CD., E. 2019/8469 K. 2020/1953, 6.2.2020. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 13.10.2024.

ğerlendirildiğinde, sanık aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle, aynı mağdura farklı yerlerde iki kez ırza tasaddi suçunu işlemiştir. Ailelerin sanığı, çocuklarının yanlarında görmek istememeleri, suç işleme kararındaki birliği değil, sanığın suç işlemeyi itiyad haline getirmiş bir kişi olduğunu, sanık ve mağdurun komşu ve her an birbirini gören kişiler olmasına karşın, ilk eylemle ikinci eylem arasında geçen ve makul sayılmayacak 7-8 aylık uzunca bir süre sanığın aynı suç işleme kararıyla değil, çıkan fırsatlardan yararlanmak suretiyle suçu işlediğini göstermektedir.” gerekçesiyle bir suç işleme kararının bulunmadığını kabul etmiştir. Buna karşın azınlıkta kalan üyeler “Burada suç işleme kararı, failin mağdurdan tasaddi suçlarını işleyerek (cinsel yararlanma) şeklindeki kararıdır. Bu kararın yenilendiği değiştiği konusunda delil yoktur. Fail ve mağdur komşu olup, birbirlerini tanıyan ailelere mensupturlar. Sanık, cinsel yararlanma kararı ile hem mağdura hem de diğer çocuklara yanaşmak istemektedir.” gerekçesiyle zincirleme suç hükümlerinin uygulanması yönünde oy kullanmışlardır. Çoğunluk görüşü plan görüşüne uygun olarak bir suç işleme kararını dar yorumlamakta, azınlık görüşü ise genel bir saik birliğini (olayımızda cinsel yararlanma saiki) bir suç işleme kararı bakımından yeterli saymaktadır.

Bizim katıldığımız görüşe göre, bahsi geçen olayda bir suç işleme kararı söz konusu değildir. Çünkü olayda bir suç işleme kararı bulunmamakta, fail fırsat bulduğu durumlarda suç işlemektedir. Bu olayda bir suç işleme kararının bulunmadığı, failin bir plan doğrultusunda hareket etmediği açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla azınlıkta kalan ve bir suç işleme kararının varlığını kabul eden üyeler “cinsel yararlanma” şeklindeki genel bir saik birliğini, bir suç işleme kararına eşdeğer olarak görmektedir. Bu bakış açısıyla cinsel saikle işlenen ve objektif şartları taşıyan her suçta zincirleme suçun uygulanması mümkün hale gelecektir. Hâlbuki gerek öğretide gerek istikrarlı içtihatlarda bir suç işleme kararının genel bir saik birliğine varacak genişlikte değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>54</sup>.

<sup>54</sup> “Genel saik birliğine kadar gitmemek kaydıyla müteselsil suçları oluşturan hareketlerin aynı gayeye yönelik olması halinde birlikten bahsedilir. Bu itibarla unsur suçların tek tek kararlarından ayrı olarak bunları da kapsamına alacak genel bir karar bulunmalıdır.” Yar. CGK, E. 1984/103 K. 1984/293, 1.10.1984; “Umumi bir saik birliğine gitmemek şartıyla, müteselsil suçu teşkil eden hareketlerin aynı gayeye tevcih edilmeleri, suç işleme kararında birliğin kistası olarak kabul edilebilir.” Yar. CGK, 2013/828, 2015/293, 29.09.2015. Aynı yönde farklı kararlar için bkz; Yar. CGK, E. 2017/784 K. 2021/390, 14.9.2021; Yar. CGK, E. 2020/143 K. 2020/418, 15.10.2020.

Doktrinadaki görüşler için bkz. ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s. 548; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 592; YALÇIN SANCAR, **Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç**, s. 254.

Yukarıda incelediğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında azınlıkta kalan görüşün sonraki yıllarda hâkim görüş haline geldiğini görmekteyiz<sup>55</sup>. Bu doğrultuda Yargıtay, zincirleme suçun objektif şartlarına ağırlık vermekte, objektif şartların varlığı halinde bir suç işleme kararını içeriğini araştırmadan karine olarak var kabul etmektedir. Bu kararlarda plan görüşünün gereklerinin uygulanmadığı, hatta bir suç işleme kararının genel bir saik birliğine kadar genişletildiği görülmektedir. Aşağıda bu kararlar daha detaylı incelenecektir.

## B. Bir Suç İşleme Kararı Olmadığı Halde Var Kabul Edilen Kararlar

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 08.04.2014 tarihli 2013/591 E. 2014/171 K. sayılı kararına konu olan olayda, fail iki gün arayla seyyar bir tezgâhta bandrolsüz CD ve VCD satarken yakalanmış ve hakkında 5846 s. Kanun m.81/4'ten dolayı iki ayrı ceza verilmiştir. Özel dairenin onadığı karar Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı ile Ceza Genel Kurulu'nun önüne gelmiştir. Temel ihtilaf zincirleme suçların uygulanıp uygulanmaması olup tartışmanın odağında bir suç işleme kararının varlığı bulunmaktadır. Bu dosyada bir suç işleme kararının varlığını kabul eden Ceza Genel Kurulu'nun gerekçesi şu şekildedir:

*“Sanığın, (...) seyyar tezgâhta 07.03.2009 ve 09.03.2009 tarihlerinde bandrolsüz CD ve DVD satışı yaptığı, sanığın bu şekilde hukuki kesinti oluşmadan bir suç işleme kararıyla, aynı mağdura karşı ve değişik zamanlarda 5846 sa-*

<sup>55</sup> “Sanık Süleyman'ın 2002 yılı başlarından aynı yılın 4. ayına kadar zamanı tespit edilemeyen aralıkla mağduru alıkoyarak ırz ve namusuna tasaddide bulunduğu ve ırzına geçtiği, oluşa uygun şekilde kabul edilen eylemler hukuki veya fiili bir kesintiye uğramadan sonuçlandığına göre; müteselsilen tek zorla ırza geçme ve alıkoyma suçlarının oluşacağı gözetilmeden (...)”, Yar. 5. CD., E. 8938/1738, 06.03.2007; “Sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlediği basit ve nitelikli cinsel istismar suçları hukuki ve fiili bir kesintiye uğramadığı da gözetilerek zincirleme surette nitelikli istismar suçunu oluşturduğu (...)”, Yar. 5 CD., E. 5517/7952, 16.10.2006; Yar. 5 CD, E. 2006/13262, K. 2007/2760, 10.04.2007. Kararlar için bkz. YALVAÇ, Gürsel, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 636 vd.; “Sanığın, mağdureye karşı ilk olarak dolmuşta, on gün sonra da ikinci kez otobüste seyahat ettiği sırada vücuduna fiziksel temasta bulunacak şekilde basit cinsel saldırı suçlarını işlediği olayla ilgili olarak ilk derece mahkemesinin kararında da kabul edildiği üzere, sanığın on gün arayla aynı mağdureye, farklı ulaşım araçları içerisinde aynı fiilleri gerçekleştirmesinin iki milyon beşyüz bin nüfuslu bir kentte tesadüf olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması ve dosya kapsamına göre de sanığın bu fiillerini bir suç işleme kararının icrası kapsamında değil, diğer bir ifadeyle farklı suç işleme kastıyla gerçekleştirdiği hususunun da açıkça tespit edilememesi karşısında, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, mağdureye karşı aynı suçun değişik zamanlarda işlenmesi sebebiyle suçların zincirleme şekilde işlendiğinin kabulü ile sanığın eylemlerine uyan TCK'nın 102/1, 43/1. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekirken, yazılı biçimde aynı Kanun'un 102/1. maddesinin iki kez tatbiki suretiyle mahkûmiyetine karar verilmesi neticesinde fazla ceza tayini (...) Yar. 14. CD., E. 2014/349, K. 2015/11607, 10.12.2015. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 05.10.2024; “Aynı taşınmaz üzerinde, iddianamenin kabulü tarihine kadar gerçekleşen her bir inşai ve fiziki müdahalenin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değerlendirilebileceği, (...)” Yar. 12. CD., E. 2024/3222 K. 2024/7198, 05.12.2024; Kaçakçılık suçu ile ilgili benzer kararlar için bkz. Yar. 7. CD., E. 2023/15583, K. 2023/10891, 11.12.2023; Yar. 7. CD., E. 2023/15583, K. 2023/10891, 11.12.2023. Kararlar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, E. T: 14.02.2025.

*yılı Kanununun 81/4. maddesinde düzenlenen suçu işlediği anlaşıldığından, hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. (...) Ceza Genel Kurulu ve Özel Dairelerinin istikrarlı uygulamalarında hukuki kesin-tinin iddianamenin düzenlenmesiyle oluşacağına vurgulanması karşısında, iddianamenin düzenlendiği tarihe kadar bir suç işleme kararıyla, aynı mağ-dura karşı değişik tarihlerde işlenen aynı suçlarda zincirleme suç hükümleri-nin uygulanması gerektiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.<sup>56</sup>”*

Kanaatimizce genel bir kazanç sağlama saikiyle korsan CD satan bir kişinin olduğu bu olayda bir suç işleme kararının bulunmadığı kabul edilmelidir. Burada mevcut olan genel saik birliği, çıkan fırsatlardan yararlanma amacıdır. Fakat bu karardaki bakış açısı zincirleme suçun sübjektif şartını yok saymakta, objektif şartların mevcudiyetini zincirleme suç hükümlerinin uygulanması için yeter şart kabul etmektedir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 22.6.2023 tarihli 2023/405 E. 2023/4584 K. sayılı kararına konu olan olayda 14 yıla yayılan eylemleri bir suç işleme kararı kapsamında değerlendirmiştir. Olayda 2005 yılında mağdure on iki yaşındanken cinsel istismar eylemine başlayan sanık, 2011 yılında mağdure on sekiz yaşını bitirdikten sonra değişik zamanlarda tehdit ile cinsel ilişkiye girmeye devam etmiş ve 2019 yılında bu eylemler son bulmuştur. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, sanığın eylemlerini araya herhangi bir hukuki veya fiili kesinti girmeksizin aynı kast altında işlediğini kabul etmiştir<sup>57</sup>. Bu olayda bir suç işleme kararına konu olan suçun aynı olup olmamasına ilişkin bir tartışma da ortaya çıkmaktadır. Örneğin bu olayda mağdure on iki yaşındayken başlayan eylemler mağdure on sekiz yaşını bitirdikten sonra devam etmektedir. Söz konusu olayda, ilk derece mahkemesi kendi içinde teselsül eden iki müstakil suç (çocuğun cinsel istismarı (TCK m.103) ve nitelikli cinsel saldırı suçu (TCK m.102)) olduğunu kabul edip her iki suçtan ayrı ayrı ceza vermiş ve zincirleme suç hükümlerini uygulamıştır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi ise bu olayda bir bütün halinde zincirleme nitelikli cinsel saldırı (TCK m.102) suçundan ceza verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Uzun yıllara yayılan cinsel suçlarda, mağdurun yaşı, eylemin cebir, tehdit veya hile ile gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği gibi faktörler dikkate alındığında, çocukların cinsel istismarı, cinsel saldırı veya reşit olmayan ile cinsel ilişki suçları arasında içtima ilişkisi gündeme gelebilecektir. Yargıtay bu tür durumlarda,

<sup>56</sup> Karar için bkz. Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E. T. 27.10.2024. Bu suçla ilgili aynı yönde bkz; Yar. 19. CD., E. 2015/5711 K. 2015/7692, 24.11.2015; Yar. 10. CD., E. 2020/6468, K. 2020/5037, 7.10.2020. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 28.10.2024.

<sup>57</sup> Karar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 15.02.2025.

yukarıdaki örnekte görüleceği üzere, en ağır suçtan ceza verilerek zincirleme suç hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir<sup>58</sup>.

İnceleyeceğimiz bir diğer kararda, Yargıtay 10. Ceza Dairesi bir aylık süre zarfında üzerlerinde üç kere esrar yakalanan kişiler hakkında gerçek içtima kuralları çerçevesinde üç ayrı ceza verilmesini onamıştır. Fakat Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın faillerin “*aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlemediklerini gösteren herhangi bir olgu bulunmadığı*” gerekçesine dayanan itirazı üzerine 10. Ceza Dairesi önceki kararını kaldırarak zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir<sup>59</sup>. Bu kararda bir suç işleme kararının varlığını gösteren bir plan veya projeden bahsedilmemiş, kısa aralıklar ile aynı suçların işlenmesi zincirleme suçun oluşması için yeterli görülmüştür.

Yargıtay 20. Ceza Dairesi'nin 18.1.2017 tarihli 2015/11205 E. 2017/460 K. sayılı kararına konu olan olayda, farklı tarihlerde kenevir eken ve satan sanık hakkında üç farklı uyuşturucu imal ve ticareti suçu bulunmaktadır. Sanığın bu suçları

<sup>58</sup> Bkz. “*Mağdurenin aşamalardeki ifadeleri, ikrar içerikli savunma, doktor raporu ve tüm dosya kapsamına göre sanığın bir suç işleme kararının icrası kapsamında yeğeni olan on bir yaşındaki mağdureye 2011 yılında cinsel organını sırtıma şeklinde istismarda bulunmaya başlamasının ardından 2016 yılı Temmuz ayında on beş yaşını bitirmeyen mağdureyle cebir, tehdit veya hile olmaksızın birden fazla cinsel ilişkiye girip, 2019 yılı Şubat ayına kadar ilişkide bulunmaya devam ettiği ve mevcut haliyle eylemlerin araya herhangi bir hukuki veya fiili kesinti olmaksızın değişik tarihlerde birden fazla tekrarlanmasından dolayı zincirleme şekilde gerçekleştiği kabul edilerek ilk derece mahkemesince, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğu dönemdeki eylemlerin küll halinde 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/3, 43/1. maddelerinde yer alan zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı, büyük olduğu dönemdeki birden fazla cinsel ilişkinin ise aynı Kanununun 104/2, 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde aralarında evlenme yaşağı bulunan kişi tarafından reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturup, her iki suçun kendi arasında teselsül ettiği ve zincirleme suçta son eylem tarihi suç tarihi kabul edilip, buna göre sanığın reşit olmasından dolayı hakkındaki yaş küçüklüğü indirimi yapılmayacağı nazara alınarak zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 103/2, 103/3, 43/1. maddeleri uyarınca mahkumiyetine karar verilip, bu kapsamda tayin edilecek cezanın eylemlerin iki ayrı suç kabulüyle belirlenen cezaların toplamından fazla olamayacağı da gözetilerek mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken suç vasfının tayininde yanlıya düşülerek yazılı şekilde hükümler kurulması karşısında söz konusu karara yönelik istinaf başvurusunun kabulü yerine esastan reddedilmesi, (...)*”; Yar. 9. CD., E. 2021/17381 K. 2022/3091, 31.3.2022; “*(...) Suça sürüklenen dönemde mağdureyle bir kez cinsel ilişkiye girmesi eyleminin TCK'nın 103/2. maddesinde yer alan çocuğun nitelikli cinsel istismarı, büyük olduğu dönemdeki birden fazla cinsel ilişkide bulunması eylemlerinin ise aynı Kanununun 104/1, 43/1. maddelerinde düzenlenen zincirleme şekilde reşit olmayanla cinsel ilişki suçlarını oluşturup, her iki suçun kendi arasında teselsül ettiği de nazara alınarak eylemlerin bütün halinde zincirleme şekilde çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunu oluşturacağı kabul edilip belirlenen son ilişkinin yaşandığı gün suç tarihi sayılarak buna göre zamanasını süresi de hesaplanmak suretiyle hüküm kurulurken mağdurenin on beş yaşından büyük olduğu dönemde birden fazla cinsel ilişkinin gerçekleşmesi nedeniyle 103/2. madde ile belirlenen temel cezaya zincirleme suçun düzenlendiği 43/1. maddesine göre eklenmesi gereken miktarın TCK'nın 104/1, 43/1. maddelerinin tatbikiyle bulunacak ceza miktarını da geçemeyeceği gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde uygulama yapılması, (...)*” Yar. 14. CD., E. 2016/4047 K. 2020/4907, 11.11.2020; Yar. 9. CD., E. 2021/17381 K. 2022/3091, 31.3.2022; Yar. 14. CD., E. 2020/4502 K. 2021/4107, 07.6.2021; Yar. 14. CD., E. 2017/5799 K. 2021/974, 8.2.2021.

<sup>59</sup> Yar. 10. CD., E. 2016/1258, K. 2016/1359, 27.4.2016. Aynı yönde; Yar. 9. CD., E. 2016/774 K. 2016/5877, 8.6.2016. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 28.10.2024.



işlerken önceden kurulmuş bir planı olmadığı, sanığın geçimini bununla sağlama gibi genel bir kazanç saikiyle hareket ettiği, işlenecek suçların esaslı unsurlarının belirsiz olduğu anlaşıldığı halde, Yargıtay tarafından bir suç işleme kararı var kabul edilerek zincirleme suç hükümleri uygulanmıştır.<sup>60</sup> Hâlbuki uyuşturucu ticareti gibi suçlarda kural olarak failler genel bir kazanç saikiyle hareket etmekte ve satabildikleri kadar mal satmayı amaçlamaktadır. Ayrıca, esaslı unsurları somutlaştırılmış, kısımlara bölünmüş bir bütüne ilişkin planın varlığı, genel bir kazanç saikine dayanan bu tür suçların tabiatı ile kural olarak uyuşmamaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.9.2015 tarihli 2013/828 E. 2015/293 K. sayılı kararına konu olayda, sahte araç muayenesi yapmak suretiyle işlenen resmî belgede sahtecilik suçundan farklı mahkemelerde 17 dosyası bulunan sanık hakkında zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilir olup olmadığını belirlemek amacıyla özel daire tarafından bozma kararı vermiştir. Bozma kararına karşı ilk derece mahkemesi, sanığın önüne çıkacak her fırsattan yararlanma şeklinde genel ve soyut bir karar alarak hareket ettiğini, işlenecek sahtecilik fiilleri ile ilgili olarak, mağduru, yöntemi ve işlenme biçimleri önceden tasarlanmış ve bölümlere ayrılarak gerçekleştirilmiş suçların söz konusu olmadığını gerekçe göstererek plan görüşü çerçevesinde bir suç işleme kararı bulunmadığını ve sanık hakkındaki 17 ayrı davanın birleştirilmesinin gerekmediğini ileri sürerek direnme kararı vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise bu uyuşmazlıkta özel dairenin kararını isabetli bulmuştur<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Aynı yönde bkz. “Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, dört kişiye uyuşturucu madde satarak aynı suçu birden fazla işleyen suçta sürüklenen çocuk ... hakkında, zincirleme suç hükümleri nedeniyle TCK'nun 43. maddesinin uygulanmaması suretiyle eksik ceza tayini (...)” Yar. 9. CD., E. 2015/2039 K. 2016/2286, 8.3.2016; Yar. 10. CD., E. 2012/353 K. 2014/516, 21.1.2014. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 05.11.2024. Yargıtay 23. Ceza Dairesi, farklı kişiler adına sahte kimlikler düzenleyerek birden fazla dolandırıcılık suçu işleyen sanık hakkında, ilk derece mahkemesinin gerçek içtima çerçevesinde verdiği kararı, “bir suç işleme kararının varlığı” gerekçesiyle bozmuş ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını istemiştir. Bkz. Yar. 23. CD., E. 2016/109 K. 2016/1660, 22.2.2016. Bu kararın karşı oyundaki ifadeler bizim yukarıda yer verdiğimiz eleştirileri teyit eder niteliktedir: “Çoğunluk görüşü ile dolandırıcılık suçlarının bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenip işlenmedikleri noktasında ayrılmaktayız. Zincirleme suç belirlemedeki zorluk esasen bu koşulun tespitinde ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, birden fazla suç arasında varlığı tespit edilmesi gereken husus kasttan farklı olarak “plan”dır. Failin işlediği kabul edilen birden fazla aynı suç bir planla, aynı suçu işlemeye dair bir kararla birbirine bağlı olmalıdır. Bu plan ve kararlaştırma, faildeki o suçu tekrar işlemek için karşısına çıkacak fırsatlardan yararlanma konusundaki genel ve soyut bir eğilimden farklıdır. Failde bulunması gereken bir suç işleme kararının tespit edilmesinde, ikrar, şerik anlatımları, tanık beyanlarından yararlanılabileceği gibi failin işleniş şekli, suçlar arasındaki zaman aralığı gibi özellikler de yardımcı olabilecektir. Dosya kapsamında, suçların bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlendiğine dair bir beyan bulunmadığından sonuca ancak; daha ihtiyatla yaklaşılması gereken suçların işleniş şekli, yeri ve zaman aralığı gibi bazı karinelere dayanarak gidilebilecektir.” Lexpera Veri Tabanı, E. T. 05.11.2024.

<sup>61</sup> Aynı yönde bkz. Yar. 11. CD., E. 2017/6446 K. 2019/4763, 15.5.2019. Kararlar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 15.11.2024.

Yargıtay, birbirine yakın tarihlerde işlenmiş olan 5607 s. Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'na muhalefet suçlarının da bir suç işleme kararının icrası kapsamında işlenip işlenmediğinin tespitini ve gerektiğinde birleştirilmelerini istemektedir. Bu şekilde verilen pek çok karardan<sup>62</sup>, Yargıtay'ın bir plan olmaksızın ve sadece genel bir kazanç saikiyle yapılan müteaddit kaçakçılık fiillerini bir suç işleme kararı ile birbirine bağlamak ve zincirleme suç hükümlerini uygulamak istediği anlaşılmaktadır. Bu yaklaşım yukarıda ifade ettiğimiz gibi bir suç işleme kararını genel bir kazanç sağlama saikine kadar genişleten bir yorum olup bu kavramın içeriğine uygun değildir.

Yargıtay, yukarıda yer verilen örnek kararlara benzer olarak, bir plan olmaksızın işlenen pek çok suçta zincirleme suç hükümlerini uygulamaktadır. Bu doğrultuda; madde kullanarak müşterileri rahatsız ettiği için kendisini uyarıcı bir büfe sahibini önce bıçakla, aynı gece götürüldüğü karakolda da sözlü olarak tehdit eden fail hakkında<sup>63</sup>, değişik zamanlarda aynı mağdura karşı işlenen cinsel istismar suçlarında<sup>64</sup>, farklı tarihlerde ehliyetsiz araç kullanan ve trafik görevlilerine mağdura ait kimlik bilgilerini vererek mağdur adına trafik ceza tutanakları düzenlenmesine neden olan failin eylemleri hakkında<sup>65</sup>, aynı dükkândan iki gün arayla önce tost makinesi sonrakinde bir tütsü çalınması olayında<sup>66</sup>, değişik zamanlarda mağdurun birden fazla kez fuhuş yapmasına aracılık eden fail hakkında<sup>67</sup>, döviz bürosunun kasasından birçok kez para alan sanıkların eylemleri hakkında<sup>68</sup> bir suç işleme kararının varlığı kabul edilerek zincirleme suç

<sup>62</sup> “İncelemeye konu bu dosyaya ilişkin suç tarihinin 03.02.2013, iddianame düzenleme tarihinin ise 02.12.2013 olduğu, aynı gün incelemesi yapılan Dairemizin 2015/16093 Esas numarasında kayıtlı Doğubeyazıt 1. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/495 E. - 2013/643 K. sayılı dosyasında sanığa atılı eylem ile ilgili olarak suç tarihinin 09.09.2013, iddianame düzenleme tarihinin ise 23.09.2013 olduğu, anılan dosyada sanığın eyleminin benzer mahiyette olduğu dikkate alınarak, anılan dosyanın incelenip, gerektiğinde birleştirilerek sanığın bu eylemi bir suç işleme kararı icrası kapsamında işleyip işlemediği ve hakkında TCK'nun 43. maddesi uyarınca zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı hususu tartışıldıktan sonra bir karar verilmesi” Yar. 7. CD., E. 2017/12758, K. 2018/12834, 27.11.2018; Yar. 7. CD., E. 2019/8469, K. 2020/1953, 6.2.2020. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 23.11.2024. Benzer yönde; Yar. 10. CD., E. 2020/13795, K. 2020/9504, 23.12.2020; Yar. 7. CD., E. 2013/22136, K. 2014/13750, 30.6.2014; Yar. 7. CD., E. 2021/32372, K. 2024/638, 23.1.2024; Lexpera Veri Tabanı, E. T. 25.11.2024.

<sup>63</sup> Yar. 4. CD., E. 2015/22478, K. 2015/39730, 10.12.2015. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 25.11.2024.

<sup>64</sup> Yar. 14. CD., E. 2014/2772, K. 2016/1996, 01.3.2016. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 25.11.2024.

<sup>65</sup> Yar. 16. CD., E. 2015/1255, K. 2016/1183, 23.2.2016; Aynı yönde; Yar. 8. CD., E. 2021/12683, K. 2023/402, 9.2.2023. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 25.11.2024.

<sup>66</sup> Yar. 2. CD., E. 2022/1190, K. 2022/19283, 21.11.2022 Lexpera Veri Tabanı, E. T. 25.11.2024.

<sup>67</sup> Yar. 18. CD., E. 2019/8303, K. 2020/4222, 11.2.2020; Aynı yönde; Yar. 18. CD., E. 2016/8814, K. 2017/6309, 23.5.2017; Yar. 14. CD., E. 2015/4508, K. 2015/9385, 15.10.2015; Yar. 18. CD., E. 2019/10990, K. 2020/7806, 22.6.2020. Kararlar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 27.11.2024.

<sup>68</sup> Yar. 11 CD, 18.08.2007, 4754/5239. Karar için bkz. YALVAÇ, s. 342.

hükümleri uygulanmıştır. Bunların yanında, Vergi Usul Kanunu m.359’da düzenlenen kaçakçılık suçlarında kanuni bir gereklilik olmadığı halde aynı hesap veya takvim dönemindeki suçlar için zincirleme suç hükümleri uygulanmıştır. Buna karşın, bir suç işleme kararı birden fazla hesap-takvim döneminde işlenen suçları içerse dahi bu suçlara gerçek içtima uygulanmıştır<sup>69</sup>. Bu konuda da Yargıtay, kavramların içeriğine göre hareket etmek yerine yargılamada kolaylık sağlayacak süre gibi objektif kriterlere dayanmıştır. Nitekim bu yanlış uygulama 7394 s. Kanun ile Vergi Usul Kanunu m.359’a eklenen hüküm ile değiştirilmiştir<sup>70</sup>.

Yargıtay kararlarında, hareketler arasındaki sürenin uzunluğu veya kısalığı, aynı suç işleme kararının belirlenmesinde önemli fakat ihtiyatlı kullanılması gereken bir kriter olarak ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Doktrinde de suçlar arasında uzun bir süre bulunmasının yeni bir suç işleme kararı için bir varsayım olarak görülebileceği, fakat sadece süreye dayanarak bir suç işleme kararının varlığı hakkında hükme ulaşmanın yanlış olduğu belirtilmektedir<sup>72</sup>. Süre kriteri için bir standart belirlenmesi de mümkün değildir. Her bir olayın koşullarına göre farklı süreler belirlenebilir<sup>73</sup>. Süre kriterinin tek başına bir suç işleme kararı için yeterli dayanak teşkil etmeyeceği ve her bir olayda diğer koşullar ile değerlendirilmesi gerektiği düşüncesine katılmaktayız. Fakat incelediğimiz pek çok kararda bir suç işleme kararı içerik yönüyle ele alınmamış, şeklen fiiller arasındaki süre göz önüne alınarak bir sonuca ulaşılmıştır. Dolayısıyla Yargıtay kararlarında süre kriterinin ihtiyatlı kullanılması gerektiği kabulü genellikle ilkesel düzeyde kalmaktadır.

<sup>69</sup> BATI, Murat/İNCİ, Zekiye Özen “7394 Sayılı Kanun’la Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m.359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, **Vergi Sorunları Dergisi**, C. 45, Sa. 406, 2022, s. 30-48, s. 36-38.

<sup>70</sup> 7394 s. Kanun ile 213 s. VUK m.359’a eklenen hüküm şu şekildedir: “*Bu maddede düzenlenen suçların birden fazla takvim yılı veya vergilendirme dönemi içinde aynı suç işleme kararının icrası kapsamında işlenmesi halinde, Türk Ceza Kanunu’nun 43’üncü maddesi uygulanır.*”

<sup>71</sup> Bu yönde bkz. “*İşlenen suçlar arasında kısa zaman aralıklarının olması suç işleme kararında birlik olduğuna; uzun zaman aralıklarının olması ise suç işleme kararında birlik olmadığına karine teşkil edebilir. Yine de çeşitli suçlar arasında az veya çok uzun zaman aralığının var olması, bu suçların aynı suç işleme kararının etkisi altında işlendiğini ya da işlenmediğini her zaman göstermez. Diğer bir anlatımla, sürenin uzunluğu kararın yenilendiğini düşündürebileceği gibi, kısalığı da her zaman kararın yürürlükte olduğunu gösteremeyebilir.*” Yar. CGK., E. 2015/87 K. 2018/83, 13.3.2018; Yar. CGK., E. 2013/593 K. 2014/24, 21.1.2014; Yar. CGK., E. 2013/384 K. 2014/2 T. 14.1.2014; Yar. 18. CD., E. 2016/18243 K. 2017/2413, 06.3.2017; Yar. 11. CD., E. 2021/21938 K. 2022/19215 T. 16.11.2022. Kararlar için bkz. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 14.02.2025.

<sup>72</sup> DÖNMEZER/ERMAN, s. 667-668; MALKOÇ, s. 613; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 527.

<sup>73</sup> MALKOÇ, s. 613; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 527.

Yukarıda örnek verdiğimiz olayların hiçbirinde plan görüşü çerçevesinde bir suç işleme kararı bulunmamaktadır. Bu örneklerde genel ve soyut bir saikle hareket eden, önüne çıkan fırsatlardan yararlanan faillerin eylemlerini birleştiren subjektif bir bağ söz konusu değildir. Bu kararlar, kısa süreler içerisinde işlenmiş, devamlılık arz eden eylemler niteliğinde olup sadece objektif şartlar açısından birlik sağlamaktadır. Bu tutumun temel dayanaklarının ispat sorunları, aşırı cezalandırmadan kaçınma gibi pratik kaygılar olduğu düşüncesindeyiz<sup>74</sup>.

Çeşitli Yargıtay kararlarında bir suç işleme kararının varsayım olarak kabul edildiği ve bu kararın yenilendiğine ilişkin bir delilin olmadığı ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın hukuki dayanaklarından biri şüpheden sanık yararlanır ilkesidir. Doktrinde de bir suç işleme kararının ispat edilemediği her olayda zincirleme suçun uygulanacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır<sup>75</sup>. Fakat bu konuda önemli bir ayrıma değinmek gerekmektedir. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinde söz konusu olan şüphe, akıl, mantık ve tecrübe kurallarına uygun olarak gerçek olma ihtimali bulunan, somut bir dayanağı olan şüphedir. Dolayısıyla ceza yargılamasında her türlü soyut senaryonun, teorik veya varsayımsal şüphenin yenilmesi gerekli değildir<sup>76</sup>. Bir suç işleme kararına ilişkin değerlendirmede yenilmesi gereken şüphenin gerçekçi bir zemininin bulunması, teorik ve soyut bir şüpheye dayalı olmaması gerekmektedir. Faillerin bir suç işleme kararıyla hareket ettiklerine ilişkin akıl, mantık ve tecrübe kuralları ile uyuşmayan soyut beyanları veya herhangi bir somut dayanağı olmayan savunmaları şüpheden sanık yararlanır ilkesinin dayanağı olmayacaktır. Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin belirttiğimiz şekilde uygulanmaması halinde gerçek içtimanın bir istisnası olan zincirleme suç geniş yorumlanarak kural haline gelecektir. Bu durumda, bir suç işleme kararı şartının araştırılması ve incelenmesi pratikte gereksiz hale gelecek, objektif unsurların varlığı zincirleme suç için yeterli olacaktır<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> Bu kaygı 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği ilk zamanlarda yapılan bir değişiklikten de anlaşılmaktadır. Nitekim 5237 sayılı TCK m.43'ün ilk halinde cinsel saldırı (m.102) ve çocukların cinsel istismarı (m.103) suçları zincirleme suçun istisnaları arasında sayılmıştı. Daha sonra başta Yargıtay olmak üzere hâkim ve savcılardan gelen ispat sorunu ve ölçüsüz ceza miktarlarının ortaya çıkabileceği endişesi ile 5237 sayılı TCK m.43'te değişiklik yapılmış ve bu iki suç maddeden çıkarılmıştır. Bkz. ÖZGENÇ, s. 694.

<sup>75</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 381; ÖZEN, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 1009.

<sup>76</sup> GEDİK, Doğan, **Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2023, s. 150-151.

<sup>77</sup> Alman hukukunda zincirleme suçun uygulandığı dönemlerde Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin yukarıda ifade edilen gerekçeler ile zincirleme suçun subjektif unsuru konusunda şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulanmayacağı yönünde içtihatları bulunmaktaydı. Bkz. HAKERİ, Hakan, "Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç", **Kamu Hukuku Arşivi**, C. 2, Sa. 3, 1999, s. 239-266, s. 248.

### C. Bir Suç İşleme Kararı Olmadığına İlişkin Kararlar

Yargıtay’ın zincirleme suçun objektif şartları mevcut olmasına rağmen bir suç işleme kararının yokluğuna hükmettiği içtihatları da bulunmaktadır. Bu içtihatlarda, yeni bir suç işleme kararının bulunması ile bir suç işleme kararında fiili veya hukuki kesinti oluşması zincirleme suç hükümlerinin uygulanmamasına gerekçe gösterilmektedir<sup>78</sup>.

Yargıtay bir suç işleme kararının varlığı için objektif şartların yanında bu suçların aynı sebeplerle işlenmesini, ortak bir amaca yönelmesini aramaktadır. Bu doğrultuda inceleyeceğimiz Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 03.12.2013 tarihli 2012/9-1475 E. 2013/577 K. sayılı kararına konu olayda cezaevinde bulunan sanık ilk olarak tel örgülere zarar vermiş sonrasında bu davranışı nedeniyle müşahede odasına alınmasına sinirlenip odadaki fayansları kırmıştır. İki gün arayla gerçekleşen bu suçlar hakkında Yargıtay Ceza Genel Kurulu “*her iki suça ilişkin kasttan önce gelen, genel bir niyet ve bir suç işleme kararının varlığından, diğer bir deyişle iki suçu ortak bir zemine taşıyan sübjektif bir bağdan söz etmek mümkün değildir. Zira sanık, yeni bir sebep ortaya çıkması nedeniyle mala zarar vermiş ve her bir olay için yenilenmiş bir suç işleme kararı ile hareket etmiş olduğundan, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmayıp, işlenmiş iki ayrı mala zarar verme suçunun söz konusu olduğu ve her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir*”<sup>79</sup> gerekçesiyle bir suç işleme kararının bulunmadığına hükmetmiştir. Karara konu olan olayda iki ayrı mala zarar verme suçu bulunmaktadır. Bu suçlar önceden alınan bir karar veya yapılan plan çerçevesinde birbirine bağlanmamakta, farklı sebep ve amaçlar ile işlenmektedir. Bu nedenle söz konusu olayda bir suç işleme kararı bulunmadığı konusunda Yargıtay görüşüne iştirak ediyoruz.

İşlenen suçlar arasında fiili kesintinin oluştuğu ve bu nedenle bütün suçları birleştiren bir suç işleme kararının bulunmadığı gerekçesiyle verilen Yargıtay kararları bulunmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu fiili kesintinin “*failin eyle-*

<sup>78</sup> ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 587; MALKOÇ, s. 613-614.

<sup>79</sup> Karar için bkz. UYAP Veri Tabanı, E. T. 15.10.2024. Aynı yönde; “*Bu durumda sanığın başlangıçta, asker kaçağı olduğu için yakalanmamak amacıyla sahte nüfus cüzdanı kullandığı, daha sonra ise yurt dışına çalışmak için gidebilmek amacıyla sahte pasaport kullandığı anlaşılmalı olup, her iki suça ilişkin kasttan önce gelen bir niyet ve bir suç işleme kararının varlığından, diğer bir deyişle iki suçu ortak bir zemine taşıyan sübjektif bir bağdan söz etmek mümkün değildir. Zira sanık yeni bir sebep ortaya çıktıkça sahte belge düzenleterek kullanmış ve her bir olay için yenilenmiş bir suç işleme kararı ile hareket etmiş olduğundan, zincirleme suç hükümlerinin uygulanma imkânı bulunmayıp, işlenmiş iki ayrı sahtecilik suçunun söz konusu olduğu ve her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği kabul edilmelidir.*” Yar. CGK, 21.01.2014, 9-593/24. Karar için bkz. ÖZGENÇ, s. 686 dn. 1242.

mine ara vermesi veya tutuklanması, askere gitmesi, uzun bir süre hastanede yatması gibi nedenlerle eylemini sürdürememesi hâllerinde meydana gelebileceğini”<sup>80</sup> belirtmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay 5. Ceza Dairesi 13.03.2006 tarihli 2006/46 E. 2006/1792 K. sayılı kararda; “Mağdurenin anlatımlarına göre sanığın askere gitmeden önce başladığı ırza geçme eylemine dönüşünde de devam ettiği, araya askerlik gibi uzun bir sürenin girmesi ve fiili kesinti nedeniyle bir suç işleme kararında birlik bulunmadığından iki ayrı suç oluşacağı dikkate alınmadan tek suçtan hükümlülük kararı verilmesi (...)”<sup>81</sup> gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Fiili kesinti için örnek gösterilen durumlar bir suç işleme kararının tespitinde önem taşımakla birlikte bu tür durumların tek başına bir suç işleme kararının varlığı için dayanak olamayacağı, bu nedenle diğer bütün şartlar ile birlikte bir değerlendirme yapmak gerektiği kanaatindeyiz.

Yargıtay kararlarında bir suç işleme kararının yokluğuna ilişkin kabul edilen bir başka gerekçe hukuki kesintidir. Yargıtay’ın hukuki kesinti için belirlediği ölçüt iddianamenin düzenlenmesidir. Buna göre iddianamenin düzenlenmesine kadar olan fiiller, tek bir suç işleme kararı kapsamında işlenmiş sayılmaktadır.<sup>82</sup> Bu kabul hukuki bir varsayım olup olgusal bir karşılığı bulunmamaktadır. İddianamenin düzenlenmesi veya aradan uzun bir süre geçmesi gibi ölçütler, uygulamadaki pratik gereksinimleri karşılamak için ortaya çıkarılmış suni çözümlerdir. Nitekim bir suç işleme kararının varlığı iddianamenin düzenlenmesine bağlı olmayıp ondan sonra da devam edebilecektir.<sup>83</sup>

<sup>80</sup> Yar. CGK., E. 2022/358 K. 2022/684, 02.11.2022; Yar. CGK., E. 2021/361 K. 2022/577, 22.9.2022. Lexpera Veri Tabanı, E. T. 20.02.2025.

<sup>81</sup> Aynı yönde; “Sanık hakkında yapılan yargulamalarda suç tarihleri arasındaki zaman aralığı nedeniyle eylemler arasında fiili kesintinin, iddianamelerin tanzim tarihleri itibarıyla de hukuki kesintinin oluşmadığı anlaşılmaktadır.” Yar. 10. CD., E. 2018/498 K. 2018/4843, 05.6.2018; Lexpera Veri Tabanı, E. T. 16.11.2024; Yar. CGK E. 2013/14-384, K. 2014/2, 14.01.2014. UYAP Veri Tabanı, E. T. 28.09.2024.

<sup>82</sup> “Yapılmakta olan soruşturma sonucunda toplanan delillerin failin suçu işlediği yönünde yeterli şüpheli oluşturması üzerine Cumhuriyet savcısının şüpheli hakkında CMK’nun 170. maddesi uyarınca iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesinti oluşmaktadır. İddianamenin düzenlenmesiyle olaylar arasında hukuki kesinti olduğundan iddianamenin düzenlenmesinden sonra devam eden eylemler ise başka bir ceza soruşturmasının konusunu oluşturacaktır. Başka bir anlatımla sanık hakkında iddianame düzenlendikten sonra, sanık tarafından aynı suçun tekrar işlenmesi durumda, yeni ve ayrı bir suç söz konusu olacaktır.” Yar. 19. CD., E. 2019/34942 K. 2020/2753, 11.3.2020; Yar. CGK., E. 2014/37 K. 2015/47, 17.3.2015; Yar. 20. CD., E. 2015/12554 K. 2018/6001, 17.12.2018. 7394 s. Kanun’dan önceki dönemde Yargıtay, 213 s. VUK m.359’da düzenlenen kaçakçılık suçlarında hesap dönemlerini bir suç işleme kararında hukuki kesinti sebebi kabul etmekteydi. İddianame düzenlenmesinin bir suç işleme kararında hukuki kesinti gerekeşi yapılmasına ilişkin eleştiriler hesap dönemlerine ilişkin uygulamaya da yapılmıştır. Bu konuda bkz. SARSIKOĞLU, Şenel/ŞİŞMAN, Gülden, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, **Mali Hukuk Dergisi**, C. 19, Sa. 220, 2023, s. 627-656, s. 632 vd.

<sup>83</sup> Aynı yönde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 587-588; ÖZEN, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 1006.

### III. ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLERE VE YARGITAY KARARLARINA İLİŞKİN GENEL DEĞERLENDİRME

Yukarıda bir suç işleme kararı kavramı hem öğreti hem de Yargıtay perspektifinden ele alınmıştır. Bu başlık altında ise yukarıda incelenen konular ile ilgili genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Zincirleme suç önemli tartışmaların olduğu bir ceza hukuku kurumudur. Bir suç işleme kararı ise zincirleme suçun birleştirici unsuru olup bu unsura ilişkin tartışmalar ve belirlenecek tutum zincirleme suç kavramının bizatihi kendisine ve uygulama alanına etki etmektedir.

Soyut bir kavram olması nedeniyle bir suç işleme kararını somutlaştırmak ihtiyacı hâsıl olmuş, bunun için yukarıda yer verdiğimiz görüşler ileri sürülmüştür. Fakat gerek plan görüşü, gerek tasavvur ve diğer görüşler bir suç işleme kararı için gerekli kavramsal araçları tam olarak sağlayamamıştır. Bu görüşler incelendiğinde aradaki kavramsal sınırların belirsizliğini büyük ölçüde koruduğu ve işlevsel bir teorik altyapının tesis edilemediği görülmektedir<sup>84</sup>. Bu noktada bir suç işleme kararı kavramı ve zincirleme suç kurumunun kaldırılması<sup>85</sup> ya da belli eleştiriler ile korunması seçenekleri ortaya çıkmaktadır. Biz zincirleme suçun Türk hukuk uygulamasında yerleşmiş olduğu ve çeşitli sorunlara rağmen mevcut sistemde işlevselliğini koruduğu kanaatindeyiz. Fakat bu durum bir suç işleme kararının nasıl ele alınması gerektiği sorusuna bir cevap verme ihtiyacını ortaya çıkarmaktadır. Bunun için hem kuramsal hem de uygulama boyutuyla makul bir yaklaşımın ortaya konulması gerekmektedir.

#### A. Bir Suç İşleme Kararının Kuramsal Boyutuna İlişkin Değerlendirme

Bir suç işleme kararının kuramsal boyutu bu kavramın içeriğinin nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkindir. Bir suç işleme kararını açıklayan görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği aşağıda yapılacak değerlendirmenin temel problemidir. Bu değerlendirme üç aşamadan oluşmaktadır. İlk olarak, bir suç işleme kararının neden dar yorumlanması gerektiği incelenecektir. Ardından, bir

<sup>84</sup> Bu kavramlar arasında en somut ve belirli olanı plan kavramıdır. Bu kavrama İtalyan Ceza Kanunu'nda zincirleme suçun subjektif unsuru olarak doğrudan yer verilmektedir. Buna rağmen yine de İtalyan uygulamasında yorum zorlukları ortaya çıkmıştır. Bkz. YALÇIN SANCAR, **Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç**, s. 254.

<sup>85</sup> Bir suç işleme kararı yapay bir kavramdır. Bu kavramın yapaylığı ispat çabalarından da anlaşılmaktadır. Fakat bir suç işleme kararının mutlak bir şekilde ispat edilmesi söz konusu değildir. Zincirleme suç kurumu bu nedenle Türk Ceza Kanunu'ndan çıkarılmalıdır. Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI vd., s. 594-595. Zincirleme suç kurumunun kaldırılması veya artırım oranlarının caydırıcı hale getirilmesi görüşü için bkz. SARI, s. 170.

suç işleme kararının içerik açısından somutlaştırılmasının önemi üzerinde durulacaktır. Son olarak, yapılan değerlendirme doğrultusunda, bir suç işleme kararını açıklayan görüşlerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği tespit edilecektir.

Bir suç işleme kararının dar veya geniş yorumlanması doğrudan zincirleme suçun uygulama alanını etkilemektedir. Bu nedenle zincirleme suç kavramının kendisine ilişkin bazı hususları açıklamamız gerekmektedir.

Zincirleme suç kavramının tarihsel olarak ortaya çıkış amacı cezalandırma- da şiddeti azaltmaktır. Orta çağdan bu yana geçen sürede zincirleme suç çeşitli değişimler geçirmiştir. Bununla birlikte, cezalandırmada şiddeti azaltma, haksız ve ağır cezaları önleme konusunda yine zincirleme suçta başvurulmuştur<sup>86</sup>. Fakat bu gerekçenin yerindeliğinin sorgulanması için artık önemli gerekçeler vardır. Öncelikle modern ceza hukuku faile önemli hak ve güvenceler tanımıştır. Günümüzde maddi ceza hukuku, usul hukuku ve infaz hukuku cezaların şiddetini azaltan, fail lehine alternatif yol ve yaptırımlar içeren uygulamalar ile şekillenmiştir. Bugün katı bir cezalandırma rejimine dayanmayan bir hukuk sistemi egemen olup zincirleme suçun tarihsel olarak yüklediği anlam belirsizleşmiş, işlevi de azalmıştır<sup>87</sup>. Bunun yanında zincirleme suçun tarihsel gelişimindeki ana dayanağı, aşırı cezalandırmanın önlenmesinden özellikle seri şekilde işlenen suçlarda ispat gibi güçlükleri aşmak, yargılamayı kolaylaştırıp basitleştirmeye dönmüştür<sup>88</sup>. Örneğin, uzun süre boyunca devam eden cinsel saldırı gibi bir fiile ilişkin her bir suçu tek tek tespit ve ispat etmek çoğu zaman mümkün olmadığından zincirleme suç kavramı ile tek bir cezaya hükmedilmesi yargı makamlarının işini kolaylaştırmaktadır<sup>89</sup>. Fakat ispat zorluğu gibi gerekçelerin bir suç

<sup>86</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 393; ZAFER, s. 468.

<sup>87</sup> Bu yönde bkz. “*Vaktiyle bazı Avrupa devletlerinde üç hırsızlık suçu işlemiş olana ölümlü cezası verilirdi. O zamanlarda böyle fahiş bir cezayı ortadan kaldırmak için “Müteselsil Suç” kavramına başvurmak adilce bir yoldu. Halen kaç defa işlenmiş olursa olsun hırsızlığın cezası ölümlü değildir. Kaldı ki özgürlüğü bağlayıcı cezaların içtimanda kanun hudutsuz bir toplama sistemi kabul etmemiş ve her ceza türüne içtimada azami sınır koymuştur. Böyle düşünülünce, “Müteselsil Suç” -bir bakıma- lüzumsuz bir kavram haline gelmiş sayılabilir.*” EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 339. Yazarların bu açıklamasının 765 s. TCK döneminde mevcut bulunan cezaların içtimarı düzenlemesine (m.68) göre yapılmış olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. 5237 sayılı TCK’da cezaların içtimarı düzenlemesine yer verilmemiştir. Bununla birlikte 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun m.99 bir kişi hakkında hükümlenen her bir cezanın birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmektedir. 5275 s. Kanun m.107’de düzenlenen koşullu salıverilme hükümleri ile bazı istisnalar dışında cezaların infazına ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Fakat koşullu salıverilmenin şarta tabi olması ve geri alınabilme ihtimali teorik olarak çok uzun infaz sürelerine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla koşullu salıverilmenin şartlarının yokluğu halinde mutlak bir üst sınır olmaksızın birden fazla ceza bağımsız olarak çektirilecektir. Bkz. KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, “Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimarı Kurumunun Düzenlenmesi Gerektiği Üzerine”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sa. 3, 2011, s. 86-104, s. 92 vd.

<sup>88</sup> Bkz. HAKERİ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 580.

<sup>89</sup> Bkz. ERDOĞAN, s. 137; KILIÇ, s. 275-276.



işleme kararının geniş bir yorumuna dayanak teşkil edemeyeceği kanaatindeyiz. İspat hukukuna ilişkin kurallar bellidir. Tek bir suç ile bir dizi suç arasında ispat hukuku anlamında niteliksel bir fark bulunmamaktadır. Zira zincirleme suçun konusu olan bütün suçların mahkeme tarafından incelenme ve araştırılma yükümü devam etmektedir. Bütün suçlar araştırıldıktan ve ispat kurallarına göre ispatlandıktan sonra cezanın belirlenmesi iş yükünün küçük bir kısmını teşkil edecektir. Dolayısıyla zincirleme suç mahkemenin yükünü aslında gerçekçi bir şekilde azaltmamaktadır. Aksi bir tutum zaten yargılama kurallarına aykırılık teşkil edecektir<sup>90</sup>. Dolayısıyla uygulamadaki ispat zorlukları genel kaidelerin uygulanması veya başka hukuki araçlar ile giderilmelidir.

Zincirleme suç aşırı cezalandırmayı önlemeli, fakat suçluyu ödüllendiren, cezanın caydırıcılığını azaltan bir mekanizmaya da dönüşmemelidir<sup>91</sup>. Zincirleme suçun aşırı cezalandırmayı önlemesi için tek bir suç ile ortaya çıkan haksızlık ile bir suç işleme kararı neticesinde aynı suçun birden fazla işlenmesiyle ortaya çıkan kümülatif haksızlık arasında makul bir yakınlık olması gerekmektedir. Eğer her iki durumdaki haksızlık miktarları arasında makas açılırsa zincirleme suçun fail lehine haksız bir ödüllendirme mekanizmasına dönüşmesi kaçınılmazdır<sup>92</sup>. Somutlaştırmak gerekirse; zincirleme suçun uygulanabilmesi için bir hırsızlık veya dolandırıcılık fiili belli bir suç konusu veya belli bir miktar ile sınırlandırılmalıdır. Suçların ne zaman sona ereceği en geç ilk fiil işlenirken belli olmalıdır. Bu ancak önceden yapılacak genel bir plan ve proje ile mümkündür. Aksi takdirde fiili veya hukuki bir kesinti gerçekleşene kadar fail sınırsız sayıda suç işleme imkânına sahip olacaktır. Zincirleme suçta öngörülen artırım oranları da bu durumun oluşturacağı haksızlığı karşılamada yetersiz kalacaktır. Çünkü zincirleme suçta bir cezaya hükmedilmekte ve bu ceza sadece dörtte birinden dörtte üçüne kadar arttırılabilmektedir. Aynı suçu beş, on, yirmi veya daha fazla işleyen bir kişinin ortaya çıkardığı haksızlık miktarı ile zincirleme suçun yaptırım miktarı arasında büyük bir tutarsızlık vardır. Bu noktada, süreli hapis cezalarının ömür boyu hapis cezasına dönüşme riskini barındırdığı ileri sürülebilir. Bu görüşte haklılık payı da bulunmaktadır. Fakat koşullu salıverme hükümleri ile bu risk belli bir ölçüde karşılanmaktadır. Böyle bir duru-

<sup>90</sup> Bu eleştiri için bkz. HAKERİ, *Alman Ceza Hukuku'nda Müteselsil Suç*, s. 252.

<sup>91</sup> Aynı yönde bkz. SOYASLAN, s. 262.

<sup>92</sup> Zincirleme suçun failer için hakkaniyete aykırı bir ayrıcalık sağladığı yönünde bkz. ROXIN, s. 872; JESCHEK/WEIGEND, s. 714. Zincirleme suç kavramına, işlenen pek çok suçtan dolayı adeta bir iskonto sağladığı, seri suç failerini kayırdığı, organize suçları ve suç iradesini destekleyen hukuki bir imkânla dönüştüğü şeklindeki eleştiriler için bkz. ŞEKER, İdris, “Zincirleme Suç”, *Adalet Dergisi*, Sa. 36, 2010, s. 94-121, s. 96-97.

mun ortaya çıkmaması adına birden fazla cezanın bağımsız olarak infazına ilişkin bir üst sınır getirilmesi de yerinde olacaktır. Bu şekilde uygulamanın aşırı cezalardan kaçınmak adına bir suç işleme kararını geniş yorumlama ihtiyacının önüne geçilebilecektir.

Zincirleme suç kavramının tarihsel misyonundaki zayıflama, istisnai niteliği ve geniş uygulamanın ortaya çıkaracağı sakıncalar bir suç işleme kavramının dar yorumlanması gerektiğini açıkça göstermektedir. Bir suç işleme kararına ilişkin makul bir görüş de daraltıcı bir yorumu benimsemelidir.

Bir suç işleme kararına ilişkin ikinci incelememiz bu kavramın içeriğinin somutlaştırılmasına ilişkindir. Makul bir görüşün bir suç işleme kararını dar yorumlaması dışında ona somut bir içerik sunması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi takdirde sübjektif bir kavramı yine istek, tasavvur, amaç gibi soyut kavramlar ile tanımlamaya çalışmak bir suç işleme kararının içeriğini boşaltacak ve bir varsayıma dönüşmesine neden olacaktır. Böyle bir durumda hakimler teorik sorunlar ile uğraşmak yerine sadece objektif şartlara dayanarak zincirleme suçun varlığını tespit etmeye çalışacaktır. Nitekim Yargıtay teorik olarak plan görüşünü kabul ettiğini belirttiği halde dahi bir suç işleme kararını göz ardı edip objektif şartlara dayanmak eğilimindedir. Bu nedenle bir suç işleme kararı gibi soyut bir kavramı yine istek veya tasavvur gibi belirsiz ve içeriksiz bir kavram ile açıklamak bu kavramın işlevsiz kalmasına neden olacaktır.

Bu açıklamalar çerçevesinde bir suç işleme kararı için en uygun görüşün plan görüşü olduğu kanaatindeyiz. Önceden yapılan bir planın aranması, yer, zaman, mağdur ve suçun işleniş tarzı gibi suçun esaslı unsurlarına ilişkin bir belirleme yapılması kavramsal içeriği somutlaştırmaktadır. Bunun yanında, plan görüşü belli bir esneklik ile yorumlandığında zincirleme suçun uygulama alanını makul bir şekilde daraltacaktır. Diğer görüşler ise daha çok bir suç işleme kararını ve dolayısıyla zincirleme suçun uygulama alanını genişletme eğilimindedir. Sonuç olarak her iki kriter açısından yaptığımız değerlendirmede plan görüşünün bir suç işleme kararı için en uygun görüş olduğu anlaşılmaktadır.

## **B. Yargıtay İçtihatları ile Bu İçtihatların Fail, Mağdur ve Toplum Üzerindeki Etkilerine İlişkin Değerlendirme**

Bir suç işleme kararına ilişkin ikinci değerlendirme uygulamaya ve onun fail, mağdur ve toplum üzerindeki dolaylı yansımalarına ilişkindir. Yukarıda Yargıtay içtihatları somut olay ve kararlar bağlamında eleştirel bir incelemeye tabi tutulmuştur. Bu başlıkta ise genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Yargıtay’ın bir suç işleme kararına ilişkin içtihatları tutarsızlıklar içermektedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında plan görüşünün kabul edildiği ifade edilmekte, fakat pek çok olayda plan görüşü ve hatta diğer görüşlerin kapsamını aşacak şekilde genel bir saik birliğine varan kararlar verilmektedir. Yargıtay’ın plan görüşünü kabul etmeye devam edip bu görüşe aykırı kararlar vermesi çelişki arz etmektedir. Yargıtay’ın yaklaşımı bir suç işleme kararının teorik altyapısına ve amacına aykırı şekilde çok genişletici bir yorumu içermektedir. Önceden alınan bir karar veya plan olmaksızın sınırsız sayıda uyuşturucu ticareti, hırsızlık, kaçakçılık veya cinsel saldırı suçu bu yoruma göre işlenebilecektir. Genel bir kazanç veya cinsel yararlanma saiki bir suç işleme kararı olarak kabul edildiğinde, haksızlık ve ceza arasındaki ilişki ortadan kalkmakta ve failler adeta işleyebildikleri kadar suç işlemeleri için teşvik edilmektedir. İddianame düzenlenene veya fiili bir kesinti gerçekleşene kadar işlenen suçlar artık bir istatistik sorununa dönüşmektedir.

Ceza hukukunun amacı adaletin sağlanması ve toplumsal düzenin korunmasıdır. Eğer bir ceza hukuku kurumu buna hizmet etmiyorsa ya ilga edilmeli ya da ıslah edilmelidir. Bir suç işleme kararı gibi belirsiz bir kavramı somutlaştırmak için somut kriterler belirleyen Yargıtay, genellikle işlenen suçlar arasındaki süreyi dikkate almaktadır. Her ne kadar sürenin mutlak bir ölçüt olmadığı kabul edilse de bir suç işleme kararının varlığında süre kriteri çoğu zaman belirleyici olmaktadır. Bu şekilde objektif kriterlere yaslanan içtihatlar, zincirleme suçun temel ve kurucu nitelikteki unsuru olan bir suç işleme kararını önemsiz ve ikincil nitelikte bir kavrama dönüştürmektedir. Yargıtay’ın yaklaşımı objektif kriterler çerçevesinde şekillendiğinden bir suç işleme kararının ve onu açıklayan görüşlerin uygulama açısından bir önemi ve karşılığı fiilen kalmamaktadır. Bu haliyle Yargıtay içtihatları sabit bir teorik bir çerçeveye oturmamakta, çoğu durumda bütün teorilere aşan genişlikte pratiğe odaklı bir bakış açısı görülmektedir.

Yargıtay’ın mevcut yaklaşımı, genel bir saikle işlenen cinsel saldırı, uyuşturucu imal ve ticareti, resmî belgede sahtecilik, kaçakçılık, hırsızlık ve diğer pek çok suçun hukuki veya fiili bir kesintiye kadar bir suç işleme kararı altında işlendiğini kabul etmektedir. Yargıtay’ın bu uygulaması gerçek içtima hükümleri çerçevesinde bağımsız olarak cezalandırılacak pek çok suçun cezasız kalmasına neden olmaktadır<sup>93</sup>. Bu durumun teorik olarak tutarsız ve yanlış olduğunu

<sup>93</sup> İşlenecek fiillerin en azından esaslı unsurlarıyla planlanmasının aranmadığı durumlarda failin ömür boyu işleyeceği bütün hırsızlık suçlarından (objektif şartları taşımak kaydıyla) zincirleme şekilde sorumlu tutulması mümkün olacaktır. Bu durum zincirleme suçun hukuki mahiyetine ve ceza adaletine aykırı olacaktır. Bkz. ÖZTOP, s. 93.

yukarıda ifade etmiştik. Nitekim bu eleştirinin çalışmamızda yer verdiğimiz çeşitli kararlarda, ilk derece, özel daire veya karşı oylarda da tartışıldığını görmekteyiz.

Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımının cezaların caydırıcılığı bakımından faile, adalet duygusunun kaybolması bakımından topluma ve yargılamanın göz ardı edilen süjesi olarak mağdura bakan başka olumsuz sonuçları da bulunmaktadır.

Yargıtay'ın mevcut uygulamasının ana sorunu fail lehine aşırı bir yarar sağlaması, bağımsız cezalandırılması gereken pek çok suçun cezasız kalmasıdır. Bu durum cezalandırmanın caydırıcılık yönünü çok büyük ölçüde zedelemektedir. Bu durumda suç failleri zincirleme suç kurumuna güvenerek mümkün olduğunca çok suç işleme eğiliminde olacaktır<sup>94</sup>. Hakkında tek bir cezaya hükmedilen failin cezası, zincirleme suç çerçevesinde en yüksek oranda arttırılsa bile bir suçluyu suç işlemekten alıkoyan, korkutan bir etkiye sahip olmayacaktır. Bu nedenle bir suç işleme kararına ilişkin uygulamanın en kötü sonuçlarından birinin cezanın caydırıcılığında oluşan aşınma olduğu düşüncesindeyiz.

Cezanın caydırıcılığı faile ilişkin bir mevzudur. Yargıtay kararlarının bir de toplumsal etkisi bulunmaktadır. İşlenen pek çok suçun bir suç işleme kararı altına sokularak cezalandırılmadığı bir yerde toplumda güçlü bir cezasızlık algısı oluşacaktır. Cezasızlık algısı toplumda adalet duygusunun yitimine neden olmaktadır. Bu durumda adli mekanizmaların faili ödüllendirip, suç mağdurlarını, toplumu ve suçtan uzak duran vatandaşları cezalandırdığı hissiyatı topluma hakim olur<sup>95</sup>. Suçların cezasız kalması, suç korkusunu artıracak ve korkunun toplum psikolojisinde baskın bir duygu haline gelmesine neden olacaktır. Cezasızlık algısının, bireyleri suçtan alıkoyan psikolojik bariyerleri ortadan kaldırarak toplam suç oranını artırması ve bunun sonucunda toplumsal bağların zayıflayarak çözülmeye başlaması, ortaya çıkması muhtemel diğer sosyal sonuçlardır.

<sup>94</sup> Bu konuda farklı bir görüşe değinmekte fayda bulunmaktadır. Bir suç işleme kararı ile faile tek bir ceza verilmesini failin tehlikeliği üzerinden eleştiren görüşler bulunmaktadır. Özellikle pozitivist yazarlar plan yaparak seri hırsızlık suçu işleyen failin plansız ve arada bir hırsızlık işleyen kişilerden daha tehlikeli olduğunu, bu nedenle bir suç işleme kararının fail lehine değil bilakis aleyhine bir durum olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. YALÇIN SANCAR, *Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Zincirleme Suç*, s. 258.

<sup>95</sup> İşlenen suçların gerektiği gibi cezalandırılmaması, toplumda suçun yozlaştırıcı etkisi (*Korruptionswirkung*) olarak ifade edilen bir sonuca yol açmaktadır. Bkz. DENCKER, Friedrich, "Erfolg und Schuldidee, zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht", *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1989, s. 451.

Son olarak Yargıtay’ın mevcut yaklaşımının mağdur yönüne bakacağız. Yargıtay’ın yaklaşımı aynı zamanda fail ve mağdur arasındaki dengeyi gözetmeyen, mağduru dışlayan bir yaklaşıma sahiptir. Devlet ile birey arasındaki güç asimetrisi nedeniyle zayıf olan bireyin korunması kaygısı modern ceza hukukunun karakterini şekillendirmiştir. Aşırı güçlenen devlet aygıtı karşısında bireyleri gereksiz takibattan, haksız ithamlardan ve aşırı cezalardan korumak için modern ceza hukuku fail lehine pek çok ilke ve norm ihdas etmiştir. Fakat bu aşamada da mağdur ihmal edilmiştir. Nitekim mağdurun ceza sürecindeki konumunun yeniden ele alınması daha sonra önemli bir akım haline gelmiştir<sup>96</sup>. Zincirleme suç fail lehine olan kurumlardan biridir. Yargı pratiği de failin lehine olan bu kurumu geniş yorumlama eğilimindedir. Bu durum yukarıda bahsettiğimiz modern ceza hukukunun karakteri ile uyumlu gibi görünebilir. Fakat sosyal değişimlerin, devlet ve birey kavramlarındaki dönüşümlerin ceza hukukuna yansımaları kaçınılmazdır. 20. ve 21. yüzyılda ihtiyacımız olan yaklaşım fail ve onun haklarının yanında mağdura ve topluma da odaklanmak ve ikisi arasında adil bir denge kurmaktır. Nitekim işlenen pek çok suç doğrudan bir gerçek kişiyi mağdur etmektedir. Örneğin, müteaddit olarak aynı failin istismarına uğrayan bir çocuğun mağduriyetini, her bir suç fiilinde yaşadığı maddi ve manevi zararı bir suç işleme kararı ile bütünleştirmek ve sadece tek bir cezaya hükmedip arttırmak gidermeyecektir. Burada failin cezalandırılma biçimi, mağduru cezalandırma biçimine dönüşmemelidir. Yargıtay’ın bir suç işleme kararına ilişkin yaklaşımı bu nedenle mağduru da göz ardı etmektedir.

## SONUÇ

Bu çalışmamızda bir suç işleme kararının kuramsal ve uygulama boyutları eleştirel bir perspektifle incelenmiştir. Bu çerçevede ilk olarak bir suç işleme kararını açıklamaya çalışan görüşler değerlendirilerek en makul görüş tespit edilmeye çalışılmıştır. İkinci olarak da Yargıtay içtihatlarının içerik analizi yapılarak Yargıtay’ın bir suç işleme kararını nasıl yorumladığı araştırılmıştır.

Bir suç işleme kararının kuramsal boyutuna ilişkin incelemede bu kavramı; önceden kurulması gereken bir plan, fiillerin tümüne ilişkin bir tasavvur, failin hareketleri arasında bulunması gereken sübjektif bağ, birden çok suç işleme isteği ve amaç birliği olarak açıklayan görüşler ele alınmıştır. Bunun neticesinde söz konusu görüşlerin temel aldığı istek, tasavvur, amaç gibi kavramların belir-

<sup>96</sup> SOKULLU-AKINCI, Füsün, **Viktimooloji (Mağdurbilim)**, 2. Baskı, Beta Basım Yayın Dağıtım, 2008, s. 3 vd.

siz ve soyut nitelikte olduğu ve bir suç işleme kararının içeriğini somutlaştırmak açısından yetersiz kaldığı tespit edilmiştir. Plan görüşünün ise diğer görüşlere göre daha somut bir çerçeve sunması ve bir suç işleme kararını dar yorumlaması nedeniyle bir suç işleme kararı kavramına esas alınması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bir suç işleme kararına ilişkin Yargısal içtihatlar incelendiğinde; pek çok kararda plan görüşünün kabul edildiği ifade edilmesine rağmen somut uygulamanın bu kabul ile tutarsız ve çelişkili olduğu, bu kavramın Yargıtay içtihatlarında genel bir saik birliğine varacak ölçüde geniş yorumlandığı, zincirleme suçlu belirlerken başta süre kriteri olmak üzere objektif kriterlerin varlığına ağırlık verildiği, bir suç işleme kararının çoğu olayda incelenmeden bir karine olarak kabul edildiği tespit edilmiştir. Yargıtay'ın bir suç işleme kararına ilişkin yaklaşımının teknik olarak zincirleme suçun yanlış uygulanması, pek çok suçun cezasız kalması gibi doğrudan sonuçları bulunmaktadır. Ancak Yargıtay'ın bu konudaki yaklaşımının fail, mağdur ve toplum üzerinde oluşan dolaylı etkileri de önem arz etmektedir. Bu yaklaşım bir diğer yandan cezalandırmanın caydırıcılığını zedelemekte, toplumda cezasızlık algısına neden olmakta ve suç mağdurlarının göz ardı edilmesine neden olmaktadır.

Anlaşılabacağı üzere bir suç işleme kararına ilişkin tartışmalar zincirleme suç kavramını, cezanın işlevlerini, cezalandırmaya ilişkin toplumsal ve bireysel algıyı güçlü bir şekilde etkilemektedir. Bu uygulamanın doğrudan ve dolaylı sonuçları bir suç işleme kararının ceza hukukunun tali ve önemsiz bir konusu olarak değerlendirilemeyeceğini göstermektedir.

Bir suç işleme kararına ilişkin sorunların teşhisinden sonra tespit edilen sorunlara iki temel çözüm ileri sürülebilir. İlki zincirleme suçun kaldırılması, ikincisi de zincirleme suçlu bir suç işleme kararının dar bir yorumuyla benimseyip uygulamaktır. Biz de ikinci yaklaşımı benimsemekteyiz. Bu nedenle bir suç işleme kararının içeriğinde plan görüşünün temel alınması gerektiğini düşünüyoruz. Böylece Yargıtay'ın bir suç işleme kararını neredeyse genel bir saik birliğine kadar genişleten yaklaşımı yerine daha tutarlı ve adil bir uygulama mümkün olabilecektir. Yine benimsediğimiz yaklaşım zincirleme suçun alanını daraltarak cezanın caydırıcılığı, toplumdaki cezasızlık algısı ve mağdur üzerindeki olumsuz etkiler gibi dolaylı sorunların azalmasına katkıda bulunacaktır. Fakat bir suç işleme kararının dar yorumlanması tek başına yetersiz bir çözümdür. Bunun yanında zincirleme suç kapsamında hükmedilen cezanın artırım oranları arasındaki makasın genişletilmesi yerinde olacaktır. Bu şekilde işlenen suçların sayısına ve bu suçların oluşturduğu haksızlığa uygun bir ceza miktarının belir-

lenmesi imkânı ortaya çıkacaktır. Zira mevcut artırım oranlarının, özellikle seri işlenen suçlarda ortaya çıkan haksızlığı karşılayabilmesi mümkün değildir. Son olarak aşırı cezalandırma çekincesinin Yargıtay’ın bir suç işleme kararını geniş yorumlama ihtiyacında önemli bir dayanak olduğu görülmektedir. Bunun için bağımsız cezaların ayrı ayrı infazında bir üst sınırın kabul edilmesi veya aşırı cezalandırmayı önleyecek diğer alternatif düzenlemelerin uygulamaya konulması bu çekincenin ortadan kalkmasını sağlayacaktır.

Bir suç işleme kararına ilişkin bu çalışma eleştirel bir inceleme yoluyla sorunların teşhisine ve çözümüne yönelik bir çabanın ifadesidir. Bu çalışma ile bir suç işleme kararına ilişkin özellikle yargı içtihatlarında yer alan sorunlara dikkati çekmek ve literatürdeki bir eksikliğin giderilmesine katkı sağlamak amaçlanmıştır. Fakat literatürdeki eksikliğin giderilmesi için yeni ve özgün çalışmaların artması ve tartışmaların zenginleşmesi gerekmektedir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2024.

ARTUÇ, Mustafa, “Zincirleme Suç”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 3, Sa. 28, 2008, s. 45-66.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

BATI, Murat/İNÇİ, Zekiye Özen “7394 Sayılı Kanunla Vergi Kaçakçılığı Suçunda (VUK m.359) Yapılan Değişikliklere Dair Değerlendirmeler”, **Vergi Sorunları Dergisi**, C. 45, Sa. 406, 2022, s. 30-48.

BAUMANN, Jürgen/WEBER, Ulrich/MITSCH, Wolfgang/EISELE, Jörg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 13. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2021.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016.

DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

DEMİREL, Muhammed/KARTAL, Melik, “The Conditions for the Application of Successive Crime in the Turkish Criminal Code”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 77, Sa. 1, 2019, s. 451-462.

DENCKER, Friedrich, “Erfolg und Schuldidee, zur Diskussion um die systematische und sachliche Bedeutung des Erfolges im Strafrecht”, **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**, Köln, Carl Heymanns Verlag, 1989.

DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 15. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2021.

DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

ERDOĞAN, Yağmur Müge, **Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2023.

EREM, Faruk/DANIŞMAN, Ahmet/ARTUK, Mehmet Emin, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.



- FISCHER, Thomas, **Beck’sche Kurz-Kommentar- Strafgesetzbuch und Nebengesetze**, Verlag C. H. Beck, Münschen, 2015.
- GEDİK, Doğan, **Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, USA Yayınları, Ankara, 2022.
- HAKERİ, Hakan, “Alman Ceza Hukuku’nda Müteselsil Suç”, **Kamu Hukuku Arşivi**, C. 2, Sa. 3, 1999, s. 239-266.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag w. Kohlhammer, Stuttgart 2022.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- İÇEL, Kayıhan, **Suçların İçtimai (Genel Bilgiler - Fikri İçtima - Müteselsil Suçlar - Görünüşte İçtima)**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1972.
- JESCHEK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Duncker und Humboldt Verlag, Berlin, 1996.
- KARAKAŞ DOĞAN, Fatma, “Türk Ceza Hukukunda Cezaların İçtimai Kurumunun Düzenlenmesi Gerekliği Üzerine”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sa. 3, 2011, s. 86-104.
- KILIÇ, Ahmet, **Suçların İçtimai Bağlamında Fiil tekliği**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- KÜHL, Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Auflage, Verlag Franz Vahlen, Münschen, 2012.
- Lexpera Veri Tabanı, <https://www.lexpera.com.tr/>.
- MALKOÇ, İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 1-81)**, 1. Cilt, 4. Baskı, Ankara, 2013.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Cilt II-III, 2. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 1992.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAKSIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- ÖZEN, Mustafa, **Suçların İçtimai (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç)**, (Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı), 2008.

- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.
- ÖZTOP, Mustafa Necmeddin, **Yargıtay Kararları Işığında Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2013.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan **Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 24. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, **Ceza Hukukunda Zincirleme Suç**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ROXIN, Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band II**, Verlag C. H. Beck, München, 2003.
- SARI, İsmail, “Zincirleme Suç”, **Adalet Dergisi**, Sa. 47, 2013, s. 154-172.
- SARSIKOĞLU, Şenel/ŞİŞMAN, Gülden, “Vergi Kaçakçılığı Suçlarında Zincirleme Suç”, **Mali Hukuk Dergisi**, C. 19, Sa. 220, 2023, s. 627-656.
- ŞEKER, İdris, “Zincirleme Suç”, **Adalet Dergisi**, Sa. 36, 2010, s. 94-121.
- SOKULLU-AKINCI, Füsün, **Viktimoloji (Mağdurbilim)**, 2. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 10. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2022.
- TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, 24. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.
- TOSUN, Öztekin, “Müselnel Suçlar”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 22, Sa. 1-4, 1957, s. 124-149.
- USTA, Sinem, **Zincirleme Suç**, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2011.
- YALÇIN SANCAR, Türkan, “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Zincirleme Suç”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sa. 70, 2007, s. 244-259.
- YALÇIN SANCAR, Türkan, **Müteselsil Suç**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- YALVAÇ, Gürsel, **İçtihatlı Türk Ceza Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Yargıtay Karar Arama, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, **Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 1. Cilt (md.1.-144)**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YURTCAN, Erdener, **Yeni Türk Ceza Kanunu ve Yorumu**, 2. Baskı, Kazancı Kitap Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- ZAFER, Hamide, **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)**, 8. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.

# Digital Constitutionalism in Creating a New Constitutional Equilibrium<sup>(\*)</sup>

Yeni Bir Anayasal Denge Oluşturmada Dijital Anayasacılık

İlyas Fırat CENGİZ<sup>(\*\*)</sup>

## Abstract:

Digital technologies have reshaped society towards an online. The Internet is an essential launching pad for implementing and promoting human rights. Yet, digital technologies also create some conflicts with respect for human rights, such as the increase of digital surveillance infrastructures, dissemination of hate speech, cyberbullying, cyber terrorism and the growing spread of disinformation. Digital technology makes some changes in the constitutional ecosystem. Constitutional equilibrium relies on two essential functions of constitutional law: protecting fundamental rights and balancing powers. Technological advancements adopt their nature into a constitutional ecosystem, creating a new equilibrium between constitutional institutions/human rights and digital technology. They increase the potential for information transmission yet heighten the risk of threats to fundamental rights due to information exchange. The significant role of private companies in the digital realm increases the likelihood of human rights abuses by non-state actors. Therefore, how do constitutions in the digital age work with global digital companies? The dominant role of private companies is to limit arbitrary power and protect fundamental rights. Digital constitutionalism deals with constitutional challenges with the principles of the rule of law, legitimacy-representation, and remedies. The international human rights law system considers digital technology a drastic component of constitutionalism, which requires states to regulate digital technology on both counts of supporting and hindering human rights.

## Keywords:

Digital Constitutionalism, Constitutional Equilibrium, Human Rights, Constitutional Powers, and Digital Companies.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarihi: 26.11.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarihi: 29.01.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1591701>

Bu makaleye atf için: CENGİZ, İlyas Fırat, "Digital Constitutionalism in Creating a New Constitutional Equilibrium", *İMİHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 69-92

<sup>(\*\*)</sup> *Dr. Öğr. Üyesi*, Yalova Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Yalova - Türkiye  
E-posta: [ilyas.cengiz@yalova.edu.tr](mailto:ilyas.cengiz@yalova.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5367-8112>

**Öz:**

Dijital teknolojiler toplumu çevrimiçi bir topluma doğru yeniden şekillendirmektedir. İnternet, insan haklarının uygulanması ve teşviki için olmazsa olmaz bir hal almıştır. Ancak dijital teknolojiler, dijital gözetim altyapılarının artması, nefret söyleminin yaygınlaşması, siber zorbalık, siber terörizm ve dezenformasyonun giderek yaygınlaşması gibi insan haklarına saygıyla ilgili bazı zorlukları beraberinde getirmektedir. Gelişen dijital teknolojiler anayasal ekosistemde bazı değişimlere ve dönüşümlere neden olmaktadır. Anayasal denge temel hakların korunması ve güçler dengesi gibi anayasa hukukunun iki temel işlevine dayanmaktadır. Dijital teknolojiler anayasal ekosistemin bir parçası haline gelerek anayasal kurumlar ve insan hakları ile yeni bir denge oluşturmak durumunda kalmaktadır. Dijital teknolojiler bilginin iletim potansiyelini artırırken, aynı zamanda bilgi alışverişi nedeniyle temel haklara yönelik bazı riskleri ortaya çıkarmakta veya artırmaktadır. Özel şirketlerin dijital alanda oynadığı önemli rol nedeniyle, devlet dışı aktörler tarafından insan hakları ihlallerinin gerçekleşme olasılığını artırmaktadır. Dolayısıyla dijital çağda anayasaların küresel dijital şirketlerle nasıl işlediği, özel şirketlerin baskın rolü, keyfi gücün sınırlandırılması ve temel hakların nasıl korunacağı gibi hususlar önem arz etmektedir. Dijital anayasacılık, anayasal sorunlarla hukukun üstünlüğü, meşruiyet-temsil ve yasal yollar/düzeltilme yolları gibi ilkeleri kullanarak başa çıkabilir. Uluslararası insan hakları hukuku sistemi, dijital teknolojiyi anayasacılığın temel bir bileşeni olarak görmek durumundadır ve devletlerin dijital teknolojiyi hem insan haklarını desteklemesi hem de engellemesi açısından düzenlenmesi gerektirmektedir.

**Anahtar Kelimeler:**

Dijital Anayasacılık, Anayasal Denge, İnsan Hakları, Anayasal Erklar, ve Dijital Şirketler.

**INTRODUCTION**

Global access to the internet has been a new phenomenon since the 1990s, creating enormous digital space as a gateway for information and communication. Digital technologies have reshaped society towards an online. This process reshapes the domains of enacted rights and powers, leading to constitutional challenges. Online digital content has surged, making it easily accessible, consultable, and shareable through Information and Communication Technologies (ICTs). The modern world has become surprisingly wide due to these developments. The impacts of ICTs on the information and communication environments provide the advent of many-to-many communication systems, which differ from traditional media's "one-to-many" communication system<sup>1</sup>. Hereafter, the international system has developed around the expansion and dissemination of ICTs.

The internet is an essential launching pad for implementing and promoting human rights. Individuals enjoy the full range of online rights (such as privacy,

<sup>1</sup> AMBLE John Curtis, "Combating Terrorism in the New Media Environment", *Studies in Conflict & Terrorism*, Y. 2012, V. 35(5), p. 339-353, p. 340.

‘thought, conscience and religion’, association and peaceful assembly, education, culture and freedom from discrimination). Yet, digital technologies may also create conflicts with human rights, such as the increase of digital surveillance infrastructures, dissemination of hate speech, cyberbullying and the growing spread of disinformation. Governments have justified disrupting internet access through the arbitrary use of digital technologies. Legal interferences then cause profound adverse impacts on the freedom of expression and the enjoyment of economic, social, and cultural rights.

The core principles behind the rise of the constitutional system are to limit state power, create a separation of powers, oversee the application of fundamental rights and freedoms, emphasise national sovereignty via elections, and promote participation in governance through political engagement. Digital technology makes some changes in the constitutional ecosystem. Constitutional equilibrium relies on essential functions of constitutional law: 1) limiting power, 2) the protection of fundamental rights and 3) the balancing of powers<sup>2</sup>. For instance, digital technology expands the possibility of transmitting information, implying that all fundamental rights are based on freedom of expression, religion, assembly, and business conduct<sup>3</sup>. Yet, digital technology amplifies the risk of threats to fundamental rights due to the exchange of information<sup>4</sup>. The rise of digital technology tools among individuals, coupled with the predominant influence of private companies in the digital space, heightens the risk of human rights violations by non-state actors<sup>5</sup>. This disrupts existing power-balancing mechanisms focusing on relations between individuals and nation-states<sup>6</sup>.

Technology grinds its nature into a constitutional ecosystem, creating a new equilibrium between constitutional institutions/human rights and digital technology. The exercise of powers emerging from the digitalisation of society relies on online speech and ICT platforms governance, which encompasses other rights beyond freedom of expression, such as data protection, non-

---

<sup>2</sup> See, PETERS, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, *Leiden Journal of International Law*, Y. 2006, V. 19(3), p. 579-610, p. 579.

<sup>3</sup> CELESTE, Edoardo, **Digital constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology’s Challenges**, HIIG Discussion Paper Series 2018-02, p. 4. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3219905](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3219905), A.D. 10.10.2024.

<sup>4</sup> CELESTE, Edoardo, “Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation”, *International Review of Law, Computers & Technology*, Y. 2009, V. 33(1), p. 76-99, p. 79.

<sup>5</sup> CELESTE, **Digital constitutionalism: Mapping...**, p. 4.

<sup>6</sup> CELESTE, **Digital constitutionalism: Mapping...**, p. 4.

discrimination, property, security, or access to the internet, etc. Therefore, how constitutions in the digital age work with global ICT platforms, the dominant role of private companies, limiting arbitrary power and protecting fundamental rights. Digital constitutionalism is analysed to seek answers to these questions, with the principles of the rule of law, legitimacy-representation, and remedies. The international human rights law system considers digital technology as a drastic component of constitutionalism. This system is evaluated with consideration of its progressive reflection on digital technologies.

## I. DIGITAL TECHNOLOGY WITHIN CONSTITUTIONALISM

The digital revolution was achieved in the next wave after the industrial revolution in the 1980s. Technological “revolutions are rapidly transforming economic, social and personal domains, now and even more so in the imminent future”<sup>7</sup>. ICT is a product of progress and developments in computer science and telecommunication technology. ICTs are all forms of tools, techniques, and technology to transmit, store, process, and disseminate information<sup>8</sup>. This technology combines equipment and procedures to “facilitate the acquisition, creation, retrieval, storage, searching, viewing, updating and transmission of information using electronic means”, making communication more efficient, reliable, cost-effective and increasing coverage<sup>9</sup>. ICTs have enhanced the processes of data collection, analysis, and processing, shaping human opinions and thinking<sup>10</sup>. Today, ICTs have become the most critical tools for education, employment, commerce, health care, civic participation, entertainment, and more, creating an information society<sup>11</sup>. The web is a vital tool that enables individuals to communicate, interact, and access information in society<sup>12</sup>. The vital component of the digital revolution is artificial intelligence (AI), which is a machine or computer program that thinks and learns. Here, machine learning is the general name of the algorithms that a machine or computer program creates by model-

<sup>7</sup> ROCO, Mihail C. / BAINBRIDGE, William Sims, **Converging Technologies for Improving Human Performance: Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science**, Kluwer Academic Publishers, 2003.

<sup>8</sup> SHARMA, Dhiraj, **Communication in IT Age**, Himalaya Pub. House, Mumbai, 2020, p. 133.

<sup>9</sup> SHARMA, p. 133.

<sup>10</sup> SHARMA, p. 136.

<sup>11</sup> BREWER, Judy, “Standards Bodies, Access to Information Technology, and Human Rights”, **Disability, Human Rights, and Information Technology**, (Eds) Lazar Jonathan, and Stein Michael Ashley, University of Pennsylvania Press, 2017, p. 13.

<sup>12</sup> BREWER, p. 13.

ling a given problem according to the data it obtains from the environment related to the problem<sup>13</sup>. AI makes the digital revolution a more complex and unpredictable phenomenon in terms of constitutionalism.

ICTs have created a new status-quo and challenges for global governance. This created an enigma in regulating economic, cultural, legal, and political relations at all stages of relationships<sup>14</sup>. The internet has a global nature, which has made it difficult for national authorities to legislate cyberspace. The world's political momentums, such as the 'Global War on Terrorism', 9/11<sup>15</sup> and 7/7<sup>16</sup>, were the main reasons that ICTs must be regulated for security reasons<sup>17</sup>. Since the war on terror relocated to the digital world as a new battlefield, the complex and dialectic relationship between law and technology is a new phenomenon<sup>18</sup>. In the normative context, these two are not rivals, and the law must be adequately revised in the digital world<sup>19</sup>. Indeed, the law is mainly challenged by and often lags behind new technologies<sup>20</sup>. The capacity of legal institutions to adapt to changing technologies is slowing down<sup>21</sup>. The laws created before the internet are frequently referenced to resolve disputes regarding the use of ICTs and must adapt to the challenges posed by emerging technologies<sup>22</sup>.

<sup>13</sup> ATALAY, Muhammet / ÇELİK, Enes, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 2017, V. 9(22), p. 155-172, p. 161.

<sup>14</sup> CONWAY, Maura, "Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace", **Power and Security in the Information Age: Investigating the Role of the State in Cyberspace**, (Eds.) Dunn Myriam, Victor Mauer, & Felisha Krishna-Hensel, Ashgate, London, 2007, p. 308.

<sup>15</sup> The September 11 attacks, commonly known as 9/11, were four coordinated suicide attacks and carried out by al-Qaeda against the United States in 2001.

<sup>16</sup> The 7 July 2005 London bombings, also referred to as 7/7, were a series of four coordinated suicide attacks that targeted commuters travelling on London's public transport during the morning rush hour.

<sup>17</sup> CLIVE, Walker / CONWAY, Maura, "Online terrorism and online laws", **Dynamics of Asymmetric Conflict**, Y. 2015, V. 8(2), p. 156-175, p. 159.

<sup>18</sup> GOLUBIC, Martin Charles, **Fighting Terror Online the Convergence of Security, Technology, and the Law**, Springer, 2008, p. 10.

<sup>19</sup> ELKIN-KOREN, Niva, "Making Technology Visible: Liability of Intent Service Providers for Peer-to-Peer Traffic", **Journal of Legislation and Public Policy**, Y. 2006, V. 9(15), p. 15-74, p. 16-17.

<sup>20</sup> GOLUBIC, 2008, p. 10; MOSES Lyria Bennett, "Recurring dilemmas: The law's race to keep up with Technological Change", **University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy**, Y. 2007, V. 21, p. 239-285.

<sup>21</sup> MARCHANT, Gary E., "The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law", **The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight**, (Eds) Gary E. Marchant, Braden R. Allenby, Joseph R. Herker, Springer, 2011, p. 23.

<sup>22</sup> GOLUBIC, p. 11.

The digital revolution created a major transformation in fundamental rights and freedoms<sup>23</sup>. Indeed, certain countries now recognise Internet access as a distinct right, granting it independent status<sup>24</sup>. Digital technology is an ecosystem playing a central role in determining the extent of our fundamental freedoms. The ‘digital rights’ should also be included in the bundle of constitutional rights. These rights can be listed as providing the right to internet access, protection of personal data, the right to be forgotten, public monopoly of all kinds of data belonging to the state, digital public order, the right to digital participation, and the right not to use the internet<sup>25</sup>. These examples can be multiplied and associated with online safety, digital citizenship, the role of Artificial Intelligence, the Internet of Things, and education Technologies. The primary purpose of digital rights should be to eliminate threats from the digital environment and ensure the healthy existence of society and the state<sup>26</sup>. This also affects the constitutional ecosystem, protecting fundamental rights and regulating the exercise of power in contemporary constitutionalism<sup>27</sup>. Digital technology creates disorder in the constitutional ecosystem and disrupts constitutional stability<sup>28</sup>. Digital technology generates four effects: (1) “reinforces the power of states to control our digital lives;” (2) “promotes powerful tech multinationals to the level of dominant actors by allowing them to shape our digital selves;” (3) “enhances a broad range of fundamental rights based on the exchange of information;” and (4) “at the same time, increases the risk of violations of several individual rights.”<sup>29</sup>. Consequently, digital technology initiates a multilevel process of constitutionalisation, which extends from adopting traditional constitutional instruments to more innovative tools that emerge even beyond the realm of the state<sup>30</sup>. Thus, digital constitutionalism essentially appears as a response seeking better protection of fundamental rights, freedoms and public values in

<sup>23</sup> KAMA IŞIK, Sezen, “Klasik Anayasacılıktan Dijital Anayasacılığa: Anayasa Hukukunun Dönüşümü”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, p. 42.

<sup>24</sup> KAMA IŞIK, p. 44.

<sup>25</sup> ÇATLI, Mehmet, “Yapay Zekânın Anayasası: “Akıllı Anayasa” Üzerine”, **Adalet Dergisi**, Y. 2023/1, V. 70, p. 369-383, p. 373-4.

<sup>26</sup> ÇATLI, p. 373.

<sup>27</sup> CELESTE, Edoardo, **Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights**, Routledge, 2023, p. 92.

<sup>28</sup> CELESTE, **Digital Constitutionalism: The Role...**, p. 25.

<sup>29</sup> CELESTE, **Digital Constitutionalism: The Role...**, p. 25.

<sup>30</sup> CELESTE, **Digital Constitutionalism: The Role...**, p. 92-93.



the digital age<sup>31</sup>. This concept aims to protect fundamental rights and freedoms and appropriately limit the power of private corporations gaining increasing power due to these technologies<sup>32</sup>. In this new technological framework, private companies operating in the digital environment fulfil semi-public functions and compete with public actors in a transnational context<sup>33</sup>. As transnational corporations develop, state power is weakening<sup>34</sup>. The state cannot protect itself against the consequences of decisions taken by these actors that have roots outside its borders<sup>35</sup>.

The widespread availability of digital technology among individuals and the significant influence of private companies in the digital landscape heighten the risk of human rights violations by non-state actors<sup>36,37</sup>. The fundamental challenge facing constitutional democracies in the algorithmic society no longer comes solely from public authorities but mainly from the fact that they are formally private actors<sup>38</sup>. As Suzor observes, ‘*digital constitutionalism requires us to develop new ways of limiting abuses of power in a complex system that includes many different governments, businesses, and civil society organisations*’<sup>39</sup>. This disrupts existing power-balancing mechanisms focusing on relations between individuals and nation-states<sup>40</sup>. The international nature of the Internet has posed challenges to the traditional concepts of modern constitutionalism. New information and communication settings have questioned consolidated notions such as sovereignty and power<sup>41</sup> and enhanced the exercise of

<sup>31</sup> KAMA IŞIK, p. 49.

<sup>32</sup> KAMA IŞIK, p. 52.

<sup>33</sup> DE GREGORIO, Giovanni, “The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union”, **International Journal of Constitutional Law**, Y. 2021, V. 19(1), p. 41-70, p. 41-42.

<sup>34</sup> AKAD, Mehmet, / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 2021, p. 218.

<sup>35</sup> AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT, p. 217.

<sup>36</sup> Non-state actors are entities and individuals that frequently wield considerable political power and territorial control, operating independently of any sovereign government in terms of direction, affiliation, or funding. Non-state actors (NSAs) usually encompass corporations, private financial institutions, non-governmental organisations (NGOs), paramilitary groups, armed guerrilla resistance groups, and terrorist organisations, all of which may resort to violence to achieve their objectives.

<sup>37</sup> CELESTE, **Digital constitutionalism: Mapping...**, p. 4.

<sup>38</sup> DE GREGORIO, Giovanni, “Digital Constitutionalism across the Atlantic”, **Global Constitutionalism**, Y. 2022, V. 11(2), p. 297-324, p. 303-304.

<sup>39</sup> SUZOR, Nicolas, **Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives**, Cambridge University Press, 2019, p. 173.

<sup>40</sup> CELESTE, **Digital constitutionalism: Mapping...**, p. 4.

<sup>41</sup> SASSEN Saskia, “On the Internet and Sovereignty”, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Y. 1998, V. 5(2), p. 545-559.

fundamental rights and freedoms<sup>42</sup>. For instance, digital technology enhances the ability to transmit information, indicating that all fundamental rights rely on exchanging information, including freedom of expression, religion, assembly, and the freedom to conduct business<sup>43</sup>. Yet, digital technology increases the risk of threats to fundamental rights due to information exchange. Disinformation, defamation, hate speech, cyberbullying, cyber-terrorism, and child pornography such risks can be apparent when freedom of expression is abused illegally through digital instruments<sup>44</sup>.

## II. CONSTITUTIONAL EQUILIBRIUM BY DIGITAL CONSTITUTIONALISM

Cyberspace remained a largely unregulated jurisdictional outpost in the 2000s<sup>45</sup>. For instance, artificial intelligence cannot be adequately regulated and is the world's largest unmanaged area<sup>46</sup>. The trend towards introducing regulations on digital technologies should be viewed within the normative boundaries of constitutional and human rights perspectives<sup>47</sup>. Even though such regulations have extraordinary features due to technological reasons, these laws must be compatible with the general theory of the state and international human rights law. Whether the nation-state is melting down, disappearing, or the concept of sovereignty is entirely over is controversial<sup>48</sup>. Therefore, it is difficult to say that globalisation has rendered the state ineffective. Technology has even increased the state's capacity to monitor and control its citizens<sup>49</sup>.

The Constitution aims to establish a system of limitations on political powers and guarantee individuals' freedom from interference by public authorities<sup>50</sup>. The Constitution safeguards citizens' essential rights and liberties against the state; it serves to restrict authority, not essential rights and freedoms<sup>51</sup>. However,

<sup>42</sup> BALKIN, Jack, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *New York University Law Review*, Y. 2004, V. 79(1), p. 1-55.

<sup>43</sup> CELESTE, *Digital constitutionalism: Mapping...*, p. 4.

<sup>44</sup> CELESTE, *Digital constitutionalism: Mapping...*, p. 4.

<sup>45</sup> FRASER, Sampson, "Cyberspace: the New Frontier for Policing", *Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook*, Eds, Akhgar Babak, Staniforth Andrew, and Bosco Francesca, Elsevier, 2014, p. 1.

<sup>46</sup> ZUHOFF Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism*, Profile Books, Londra, 2019, p. 103.

<sup>47</sup> WALKER / CONWAY, p. 159.

<sup>48</sup> AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT, p. 225.

<sup>49</sup> AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT, p. 229.

<sup>50</sup> SAJÓ, András / UITZ, Renáta, *The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism*, Oxford Academic, 2017, p. 23.

<sup>51</sup> GÖZLER Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin Basım Yayın, 2024, p. 70.

this mission has traditionally focused on limiting public authorities. Modern constitutionalism aims to protect fundamental rights and limit the emergence of powers beyond control. Yet, the expression ‘digital constitutionalism’ refers to two dimensions<sup>52</sup>. The first concerns the focus on digital technologies (a specific time frame of the advent of the Internet). The second dimension is a constitutional theory that views powers as the exclusive expression of public authority. At the same time, rights and freedoms serve as safeguards against the discretionary exercise of these powers. Combining these two dimensions offers insight into how digital technologies and constitutional law influence one another. Digital constitutionalism establishes a new theoretical and practical field that explores the dynamic relationship between constitutionalism and technology<sup>53</sup>. It illustrates how constitutional law responds to the power exerted by public and private actors in the digital age. This also leads to a normative approach that reframes protecting fundamental rights and exercising powers within the algorithmic society<sup>54</sup>.

The digital revolution with algorithms influences the scope of constitutional rights, yet the misuse of algorithms leads to serious consequences for protecting human rights<sup>55</sup>. IA alters the concept of human rights while creating new ones in constitutions, such as the right to autonomy, choice and oversight, or demand transparency and explainability of artificial intelligence outputs<sup>56</sup>. A key aspect of states’ digital transformation initiatives is delivering services by public administrations in a digital setting. Yet, the main discussion revolves around how the possible opportunities and problems that arise with AI in the law-making process affect constitutions’ implementation and amendment processes<sup>57</sup>. AI presents opportunities (fast and transparent auditing, fast and problem-free alteration, ease of digital consensus, and more participatory democracy) and problems (biases and disagreements arise due to superficial information, weakening constitutional values, the idea that living together is limited to digital

---

<sup>52</sup> DE GREGORIO, p. 303.

<sup>53</sup> DE GREGORIO, p. 303.

<sup>54</sup> DE GREGORIO, p. 303.

<sup>55</sup> BEDUSCHİ, Ana, Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence, (2020), (Online), <https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificial-intelligence>, A.D. 18.01.2025.

<sup>56</sup> MULLER, Catelijne, The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (Cahai), (2020), (Online), <https://rm.coe.int/cahai-2020-06-fin-c-muller-the-impact-of-ai-on-human-rights-democracy-/16809ed6da>, A.D. 18.01.2025.

<sup>57</sup> ÇATLI, p. 378.

environments only, the formation of a mechanical constitution, and the erosion of the perception of the state) regarding the process of making and implementing constitutions<sup>58</sup>. Constitutional alterations are regarded as mechanisms to address the damages caused by AI, such as mass surveillance, indiscriminate facial recognition, and other forms of biometric identification.

The digital revolution must be subject to constitutional regulations as a factor transforming constitutionalism, so there should be a two-way interaction. Digital constitutionalism must rely on a normative perspective that proposes ways to protect fundamental rights and limit powers in the digital age<sup>59</sup>. Digital constitutionalism proposes a normative understanding that ensures the rule(s) of law, legitimacy-representation and remedies to set a constitutional equilibrium considering the digital revolution<sup>60</sup>.

### A. Rule of Law

The rule of law is a crucial reason for online laws to regulate digital technology. Human conduct within society may cause disputes even in the cyber world. There is no absolute freedom within society, so restrictions might be necessary. The actual issue here is who will make the regulation and who will set the limits comes to the fore<sup>61</sup>. According to the fundamental rule that has long been accepted and established in a democratic state governed by the rule of law, only the legislative body, through law, restricts freedoms<sup>62</sup>.

In the digital age, hierarchy rules and the separation of public and private are unclear; consequently, in digital constitutionalism, the rule of law frequently aims to limit specific powers of both public and private entities<sup>63</sup>. Some questions can be asked concerning the rules of law, such as: what distinguishes rules as “digitally constitutional” in a transnational setting occupied by public, private, or global normative orders? Who creates the rules as law? Does any rule affecting the digital realm instantly become “digital constitutionalism”?<sup>64</sup> To

<sup>58</sup> ÇATLI, p. 380.

<sup>59</sup> DUARTE Francisco de Abreu / DE GREGORIA Giovanni / GOLIA Angelo Jr, “Perspectives on Digital Constitutionalism”, **Research Handbook on Law and Technology**, Eds. Bartosz Brozek, Olia Kanevskaia, and Przemyslaw Palka, Edward Elgar Publishing, 2024, p. 317.

<sup>60</sup> DUARTE, DE GREGORIA and GOLIA, p. 317.

<sup>61</sup> KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 1993, p. 230.

<sup>62</sup> KAPANİ, p. 230.

<sup>63</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 323-4.

<sup>64</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 323.

secure the rule of law, public and private institutions must hand in their power. Whenever an organised power threatens fundamental rights, regardless of the nature of the force, principles such as transparency, accountability, representation or due process should be considered<sup>65</sup>. This also includes the intertwining of public and private powers that lead to forms of cooperation and conflict<sup>66</sup>. Constitutionalism, with the principle of the rule of law, has experience in eliminating the concentration of power and has ways and methods to turn threats created by the digital environment to the advantage of the state and citizens<sup>67</sup>.

Online laws resolve the boundaries of forbidden conduct and secure the rule of law<sup>68</sup>. The national laws applicable within the state's boundaries challenge cyber-space, which has no border within the infinite global communications network<sup>69</sup>. Thus, the rule of law is a challenging target to qualify at the national level due to the international nature of the cyber world. National jurisprudence within the national boundaries where national and international "principles, behaviour, and jurisprudence" have developed, applied and interpreted over time<sup>70</sup>. Not certainly, but states have been developing their selves in digital abilities<sup>71</sup>. However, this is not the case in cyberspace yet, where there have been initiatives to implement these legal norms in cyberspace<sup>72</sup>.

In the early stage of digitalising, state power declined and weakened due to the lack of traditional governmental tools in the new digital arena. Private entities in the digital world are powerful enough to push governments to change national laws according to their interest<sup>73</sup>. The state cooperates with these private entities to regulate and enforce cyberspace, report unwanted content, and implement various filtering systems<sup>74</sup>. This is the case, especially since international companies are subject. When the state does not enforce its law in the first place and hands over its power to private entities, it limits its power, while the

---

<sup>65</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 324.

<sup>66</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 324.

<sup>67</sup> ÇATLI, p. 373.

<sup>68</sup> WALKER / CONWAY, p. 160.

<sup>69</sup> AKHGAR, Babak / STANIFORTH, Andrew, / BOSCO, Francesca, **Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook**, Elsevier, 2014, p. 3.

<sup>70</sup> AKHGAR / STANIFORTH / BOSCO, p. 3.

<sup>71</sup> GOLUMBIC, p. 7.

<sup>72</sup> AKHGAR / STANIFORTH / BOSCO, p. 3.

<sup>73</sup> GOLUMBIC, p. 8.

<sup>74</sup> GOLUMBIC, p. 8.

state's power is based on the law and limited by the law<sup>75</sup>. Yet, as the natural law-maker, the state has kept this right. The state can regulate the digital space where digital platforms have become a centre of power, primarily through the principle of rule(s) of law.

## B. Legitimacy - Representation

Democracy is a phenomenon based on popular sovereignty, in which the people are the noble and supreme actors of political power<sup>76</sup>. It also considers the people participating in the functioning of the political order by placing them as the bearers and implementers of current political power. It requires active participation in political affairs or focusing more on policy outcomes. Indeed, the internet can be an extension of participatory democracy by expanding the boundaries of representative democracy as it facilitates the institution of representation and increases the means of representation. In this respect, it is important for direct democracy<sup>77</sup>. It is applied in two ways: 1) the administration shares information about its citizens, and 2) elections are held to determine public opinion<sup>78</sup>. Democracy involves a blend of an ideal and a procedural arrangement<sup>79</sup>.

The law serves as the language of an invisible handshake that relies on legitimacy. Legitimacy is needed for effectiveness and to limit power through the rule of law. This may consist of representation in rulemaking, adjudication or enforcement of regulations. It may mean representing individuals, private companies, social structures, or states<sup>80</sup>. So, if the state uses private entities to implement the law without constitutional check and balance settings, this is out of the context formed by legitimate actors in the state<sup>81</sup>. To maintain the existence of statehood and protect state sovereignty, states must establish a mechanism and operation that will not depend on private companies and process data belonging to their own country<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> GOLUMBIC, p. 8.

<sup>76</sup> DETLEF HORN Hans, "Demokrasi", Çev. Hüseyin Yıldız, içinde Anayasa Teorisi, Ed. Otto Depenheuer ve Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, p. 762.

<sup>77</sup> IŞIK, Alper, **Dijital Demokrasi**, Oniki Levha Yayınları 2020, p. 83.

<sup>78</sup> ZENGİN, Mehmet Ali. "Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, V. 17(4), p. 271-304. p. 274.

<sup>79</sup> CINI, Michelle, and NIEVES Pérez-Solórzano Borragán, **European Union Politics**. Oxford University Press, 2010, p. 379.

<sup>80</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 324-5.

<sup>81</sup> GOLUMBIC, p. 8.

<sup>82</sup> ÇATLI, p. 373.

Representation meant representation of citizens, legitimising the rule-making authority and giving the government the authority to make decisions on their behalf. Yet, representation is challenging for digital constitutionalism due to the powerful different actors in play. Without a defined territory in the digital age, “citizens’ representation”, one of the fundamental premises of classical liberal constitutionalism, disappears<sup>83</sup>. Online platforms develop community standards and rules, while norms at the international level are shaped by influences distant from the local dimension. In these cases, the user or citizen plays a marginal role<sup>84</sup>.

The rules of the digital environment are not determined primarily through transparent and democratic processes<sup>85</sup>. The digital revolution relies on single-sided imposition in terms of representation. During the process, some other parties (especially states) get involved in regulating, which might be regarded as representation. Digital technologies cause three core challenges to democratic participation: 1) digital platforms monopolise communication and the content by avoiding national regulatory measures, 2) algorithmic engines interfere with what we want to see and hear and influence what we think and do, with little transparency are using vast quantities of personal data to make ever more precise predictions about, 3) the dominant business model of digital platforms prioritises attention economy which amplifies the content that is best at capturing our attention<sup>86</sup>. Rights and powers are shaped and limited in a situation where the individual is weak. Given the limits of achieving full representation in a networked system of normativity and power, it is critical to rebalance the individual’s position in the digital age<sup>87</sup>. This is crucial for the representation of individuals. Digital platforms positively affect citizens to participate, improve government transparency and rebuild trust in democratic processes<sup>88</sup>. Yet, states are armed with myriad technologies to limit and constrain how dissidents can use ICTs. States can actively censor internet content, control the internet infrastructure, or combine the two<sup>89</sup>. This means that governmental filtering through

---

<sup>83</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 325.

<sup>84</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 325.

<sup>85</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 325.

<sup>86</sup> **Digital Threats to Democracy**, by, (Online) digitaldemocracy.nz, 2019, p. 34, A.D. 02.10.2024. See also, İŞİK, p. 84-88.

<sup>87</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 325.

<sup>88</sup> **Digital Threats to Democracy**, by, (Online) digitaldemocracy.nz, 2019, p. 35-6, A.D. 02.10.2024.

<sup>89</sup> MCLAUGHLIN, W. Sean, **The use of the Internet for Political Action by Non-State Dissident Actors in the Middle East**, (2007), (originally published in November 2003), (Online), <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1791/1671>, A.D. 21.11.2024.

an index of websites blocks citizens from accessing<sup>90</sup>. Filtering through private or public entities in both ways produces limitations and constraints for individuals' use of ICTs. The question here is which one is most legitimate.

### C. Remedies

A remedy has multiple meanings, yet it signifies a condition that requires improvement<sup>91</sup>. States are expected to identify the remedies (not only judicial remedies) available to individuals and show at least a prima facie case for their effectiveness. States are in charge of a negative obligation to refrain from violating rights and a positive obligation to ensure the enjoyment of rights. States' positive obligations mean that public authorities take necessary measures to protect persons from violating rights by private parties<sup>92</sup>. The possibility of horizontal expansion of the protection of fundamental rights or the state's positive obligation to protect rights and freedoms drives the courts and legislators to protect rights and freedoms actively in the digital age<sup>93</sup>. Giant digital companies claim to produce the remedies from autonomous orders and processes of constitutionalisation beyond the state. So, this progresses outside a system of transparency and accountability; the role of control and review, namely ensuring the constitutional values accepted by society, is losing its power and primary role<sup>94</sup>. If the national judicial system is outsourced and managed by private organisations' rules and standards, ICTs are beyond classical constitutionalism. In this case, states become less important for remedies, which is critical for users (citizens)<sup>95</sup>. Digital constitutionalism plays a role in developing a remedy system that ensures no lack or fragmentation of remedies in digital spaces for persons<sup>96</sup>. Redress mechanisms for persons through the review of content moderation is an example of how digital constitutionalism expands its boundaries by considering social and global changes. Remedies are carried by the party who set the rule. Thus, the private sector or state plays a significant role in remedying power. Here, digital technologies have made some advances in digital platforms regard-

<sup>90</sup> CONWAY, p. 327-28.

<sup>91</sup> ZAN, Qianglong. "Birks, Rights, Wrongs and Remedies." *Oxford Journal of Legal Studies*, Y. 2004, V. 20(1), p. 1-37, p. 9.

<sup>92</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80], The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant, (29 March 2004), (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13).

<sup>93</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 326.

<sup>94</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 326.

<sup>95</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 326.

<sup>96</sup> DUARTE / DE GREGORIA / GOLIA, p. 326.



ing remedies. Yet, states have progressed to some extent in ruling out digital technologies, which ensures the main state's duty of remedy. If the analogy between disease and medicine is taken into account, anything that alleviates, eliminates or prevents a violation of constitutional rights can be called a remedy<sup>97</sup>.

### III. INTERWEAVING DIGITAL CONSTITUTIONALISM AND INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

The UN Universal Declaration of Human Rights (UNDHR) 1948, the European Convention on Human Rights 1950 (ECHR), the International Covenant on Civil and Political Rights 1976, and the EU Charter of Fundamental Rights 2000 set key obligations for signatory states, no matter if the world is real or cyber. The legal challenge arises from factual differences between the "real" and "cyber" worlds<sup>98</sup>. There are technical differences between the two worlds, such as whether the current laws regulate the cyber world as they regulate the real world. However, as many countries have enacted online laws, this trend reveals that *"the internet requires specific legislation tailored to its specific characteristics which impart differences in terms of risk and legal attributes. The risk factors include quantity (potential audience size and accessibility without the intercession of editors or otherwise) as well as quality (the intensity and instantaneity of messages and the facility for personal interaction)"*<sup>99</sup>. While digital technology provides new ways to exercise human rights, they are too often used to breach them through data protection, privacy issues, digital identity, surveillance technologies, cyberterrorism, online violence, and harassment. Due to the dubious efficacy of many provisions for real-world conduct and the absence of more innovative responses<sup>100</sup>, online laws are criticised as creating a "surveillance society" that introduces disproportionate power of interference<sup>101</sup>. Introducing online laws disturbs human rights, not only the relevant person<sup>102</sup>.

---

<sup>97</sup> ZAN, p. 9.

<sup>98</sup> WALKER / CONWAY, p. 159.

<sup>99</sup> WALKER / CONWAY, p. 159-160.

<sup>100</sup> WALKER / CONWAY, p. 160.

<sup>101</sup> See FUCHS, Christian / BOERSMA, Kees / ALBRECHTSLUND, Andres / SANDOVAL, Marisol (eds), **Internet and Surveillance: The Challenges of Web 2. 0 and Social Media**, Taylor & Francis Group, London, 2011.

<sup>102</sup> WALKER, Clive / AKDENIZ, Yaman, "Anti-terrorism laws and data retention: War is over?", **Northern Ireland Legal Quarterly**, Y. 2003, V. 54, p. 159-182, p. 162.

International human rights instruments have not been considered alongside digital technology for decades since its birth. The UN-sponsored World Summit on the Information Society, which briefly references ‘rights to privacy, data, and consumer protection’, made a prior consideration of it in the Geneva Plan of Action (2003)<sup>103</sup>. In 2019, ‘Joint Declaration Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade by UN, OSCE, OAS and ACHPR’ recognised “*the right to access and use the Internet as a human right as an essential condition for the exercise of the right to freedom of expression*”<sup>104</sup>. This declaration relies on the concern that exercising freedom of expression requires a strong, universal and regulated digital infrastructure that ensures that it remains a free, accessible and open space for all parties<sup>105</sup>. Following a milestone in the discourse of the United Nations, the UN-HRC’s Resolution 20/8 of 5 July 2012 on the ‘promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet’ expressed the applicability of international human rights norms to the Internet<sup>106</sup>. This Resolution confirms that human rights, especially freedom of expression, have a place not only in the physical world but also in the digital world. In other words, ‘the same rights that people have offline must also be protected online’<sup>107</sup>. While the Human Rights Committee has adopted in 2011 General Comment No. 34 recommends that states ensure that information and communication technologies such as “*internet and mobile-based electronic information dissemination systems, all necessary steps to foster the independence of these new media and to ensure access of individuals thereto*”<sup>108</sup>. The Rabat Plan of Action developed by the UN OHCHR in 2013 highlights new technologies (such as digital

<sup>103</sup> World Summit on the Information Society Geneva 2003, Tunis 2005, Declaration of Principles: Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium, (WSIS-03/GENEVA/DOC/5-E).

<sup>104</sup> The United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, Twentieth Anniversary Joint Declaration: Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade.

<sup>105</sup> The United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, Twentieth Anniversary Joint Declaration: Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade.

<sup>106</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, (2011, 16 May), (A/HRC/17/27).

<sup>107</sup> Human Rights Council, Resolution 20/8, The Promotion, Protection, and Enjoyment of Human Rights on the Internet, (2012, 16 July), (A/HRC/RES/20/8).

<sup>108</sup> Human Rights Committee, General Comment No. 34 Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, 12 September 2011, (CCPR/C/GC/34).

broadcasting, mobile telephony, the Internet and social networks) enhancing the dissemination of information and opening new forms of communication<sup>109</sup>. With such UN materials, international human rights instruments must be considered in relation to digital technologies.

However, in the UN system, concerns are raised over digital technologies and the right to freedom of expression. The Human Rights Council and the General Assembly have emphasised that offline rights must be respected online, but online rights are deteriorating<sup>110</sup>. Private industries with possible authoritarian tendencies have tremendous influence in the digital realm, serving as mediators for online communication<sup>111</sup>. Private companies should be evaluated on supporting and hindering freedom of expression<sup>112</sup>. States and private actors facilitate or demand content removal, censorship and unnecessary or disproportionate restrictions on the right to freedom of expression. States regulate digital content through various legal, political and technical means of vague laws, excessive intermediary liability, extra-legal restrictions, filtering, network or service shutdowns, and non-neutral networks<sup>113</sup>. Terms of service, design and engineering choices of digital platforms are used as intermediary policies and rules that affect content delivery<sup>114</sup>. Digital communications and data stored or transmitted over private networks are increasingly vulnerable to surveillance and interference by both state and private entities<sup>115</sup>. Various communications surveillance modalities are identified as ‘targeted communications surveillance’, ‘mass communications surveillance’, ‘access to communications data’, ‘internet filtering and censorship’, and ‘restrictions on anonymity’<sup>116</sup>. Excessive and un-

<sup>109</sup> Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, 11 January 2013, (A/HRC/22/17/Add.4).

<sup>110</sup> The United Nations (UN) General Assembly, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 September 2016, (A/71/373), para 56.

<sup>111</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).

<sup>112</sup> VICTORIA, Ionita Claudia / MACHIKO, Kanetake, “International human rights law in the digital age: perspectives from the UN human rights system”, **Research Handbook on Law and Technology**, Eds. Bartosz Brozek, Olya Kanevskaia, and Przemyslaw Palka, Edward Elgar Publishing, 2024, p. 240.

<sup>113</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38), para 38-50.

<sup>114</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38), para 51.

<sup>115</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38), para 57.

<sup>116</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, (17 April 2013), (A/HRC/23/40).

warranted surveillance can jeopardise online safety and hinder access to information and ideas<sup>117</sup>. Surveillance can have a chilling effect on ordinary citizens' online freedom of expression, who may censor themselves for fear of being constantly monitored<sup>118</sup>.

The states are expected to be concerned about adapting their domestic law to global human rights standards<sup>119</sup>. They are responsible for complying with international standards in human rights. Digital constitutionalism interweaves with the international human rights system by adopting digital technology into the constitutional ecosystem. The global human rights system progressively considers digital technology as transforming relations between parties and powers. Digital technology generates some alterations to support and hinder human rights in the opposite ways. Thereby, states are responsible for complying with the international human rights system's concerns over digital technology in the practice of human rights. Digital constitutionalism, through these concerns, requires states to regulate private companies on both counts of supporting and hindering human rights.

## CONCLUSION

Digital technology brings about significant changes in the constitutional ecosystem. The widespread availability of digital tools among individuals, coupled with the dominant role of private companies in the digital environment, heightens the risk of human rights violations by non-state actors. This shift disrupts established power-balancing mechanisms that traditionally focus on the relationships between individuals and nation-states. Hence, digital technology integrates itself into the constitutional ecosystem, resulting in a new equilibrium between constitutional institutions, human rights, and the realities shaped by digital technology.

Digital constitutionalism must rely on a normative perspective, which proposes protecting fundamental rights and limiting powers in the digital age. It suggests that the state can regulate the digital space where digital platforms have become a central power, primarily through the principle of rule(s) of law,

---

<sup>117</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, (17 April 2013), (A/HRC/23/40).

<sup>118</sup> Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38), para 57.

<sup>119</sup> AKAD / VURAL DİNÇKOL / BULUT, p. 230.

the monopoly of legitimacy and remedies. First, establishing the rule of law at the national level is a complex challenge due to the international nature of the cyber world. This raises several important questions regarding the rules of law: What distinguishes rules as “digitally constitutional” in a transnational environment governed by public, private, or global normative orders? Who is responsible for creating these rules as law? Does any rule that affects the digital realm automatically qualify as “digital constitutionalism”? In the early stages of digitalisation, state power decreased as traditional governmental tools proved ineffective in the new digital landscape. While it is not certain, states have been working to enhance their digital capabilities. The legislative body must enact any restrictions on freedom through formal law. Second, legitimacy is crucial in ensuring effectiveness and limiting power through the rule of law. It serves as the basis for the invisible handshake of governance, relying on acknowledgement as legitimacy. However, the challenge of digital constitutionalism arises from the influence of powerful actors. When the state employs private entities to carry out the law without proper constitutional checks and balances, it strays from the framework established by legitimate state actors. Legitimacy is also essential for representation, as it involves validating the authority that creates rules and granting the government the power to make decisions on behalf of the people. Unfortunately, processes that lack transparency and democratic participation often shape the regulations of the digital landscape. As a result, the digital revolution tends to impose rules one-sided, undermining genuine representation. The evolution of remedies expands the protection of fundamental rights and the obligation of the state to uphold these rights and freedoms, particularly in the digital age. This has prompted courts and legislators to take an active role in safeguarding individual rights. In this context, digital constitutionalism is crucial for establishing a comprehensive remedy system that addresses gaps or inconsistencies in digital spaces. Remedies are typically provided by the entity that creates the regulations, which positions the private sector and the state as key players in enforcing these remedies. While digital technologies have led to advancements in the provision of remedies through various platforms, it is noteworthy that states have also made progress in integrating these technologies to fulfil their fundamental duty to provide remedies.

The international human rights law system recognises digital technology as a crucial aspect of constitutionalism. States are responsible for adapting their domestic laws to align with global human rights standards. They are accountable for adhering to international norms surrounding human rights. Digital constitutionalism integrates digital technology into the constitutional framework,

reflecting its influence on the international human rights system. The global perspective increasingly views digital technology as transforming interactions between individuals and authorities. This technology may support and hinder human rights in different ways. As such, states must address the concerns of the international human rights system regarding digital technology in their human rights practices. Digital constitutionalism mandates that states regulate private entities to ensure they neither impede nor undermine human rights.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## BIBLIOGRAPHY

- AKAD, Mehmet / VURAL DİNÇKOL, Bihterin / BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, Der Yayınları, 2021.
- AKHGAR, Babak / STANIFORTH, Andrew / BOSCO, Francesca. **Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator's Handbook**, Elsevier, 2014.
- AMBLE, John Curtis, "Combating Terrorism in the New Media Environment", **Studies in Conflict & Terrorism**, Y. 2012, V. 35(5), p. 339-353.
- ATALAY, Muhammet / ÇELİK, Enes, "Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları", **Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Y. 2017, V. 9(22), p. 155-172.
- BALKIN, Jack, "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society", **New York University Law Review**, Y. 2004, V. 79(1), p. 1-55.
- BEDUSCHİ, Ana, **Human Rights and the Governance of Artificial Intelligence**, (2020), (Online), <https://www.geneva-academy.ch/research/publications/detail/513-human-rights-and-the-governance-of-artificial-intelligence>, A.D. 18.01.2025.
- BREWER, Judy, "Standards Bodies, Access to Information Technology, and Human Rights", **Disability, Human Rights, and Information Technology**, Eds. Lazar Jonathan, and Stein Michael Ashley, University of Pennsylvania Press, 2017.
- ÇATLI, Mehmet, "Yapay Zekânın Anayasası: "Akıllı Anayasa" Üzerine", **Adalet Dergisi**, Y. 2023/1, V. 70, p. 369-383.
- CELESTE, Edoardo, **Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights**, Routledge, 2023.
- CELESTE, Edoardo, **Digital constitutionalism: Mapping the Constitutional Response to Digital Technology's Challenges**, HIIG Discussion Paper Series 2018-02, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3219905](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3219905).
- CELESTE, Edoardo, "Digital Constitutionalism: A New Systematic Theorisation", **International Review of Law, Computers & Technology**, Y. 2019, V. 33(1), p. 76-99.
- CINI, Michelle, and NIEVES Pérez-Solórzano Borragán, **European Union Politics**. Oxford University Press, 2010, p. 379.

- CLIVE, Walker / CONWAY, Maura, “Online terrorism and online laws”, **Dynamics of Asymmetric Conflict**, Y. 2015, V. 8(2), p. 156-175.
- CONWAY, Maura, “Terrorist Use of the Internet and the Challenges of Governing Cyberspace”, **Power and Security in the Information Age: Investigating the Role of the State in Cyberspace**, Eds. Dunn Myriam, Victor Mauer, & Felisha Krishna-Hensel, Ashgate, London, 2007.
- DE GREGORIO, Giovanni, “Digital Constitutionalism across the Atlantic”, **Global Constitutionalism**, Y. 2022, V. 11(2), p. 297-324.
- DE GREGORIO, Giovanni, “The Rise of Digital Constitutionalism in the European Union”, **International Journal of Constitutional Law**, Y. 2021, V. 19(1), p. 41-70.
- Digital Threats to Democracy, by, digitaldemocracy.nz, 2019.
- DUARTE, Francisco de Abreu / DE GREGORIA Giovanni / GOLIA Angelo Jr, “Perspectives on Digital Constitutionalism”, **Research Handbook on Law and Technology**, Eds. Bartosz Brozek, Olia Kanevskaia, and Przemyslaw Palka, Edward Elgar Publishing, 2024.
- ELKIN-KOREN, Niva, “Making Technology Visible: Liability of Intent Service Providers for Peer-to-Peer Traffic”, **Journal of Legislation and Public Policy**, Y. 2006, V. 9(15), p. 15-74.
- FRASER, Sampson, “Cyberspace: the New Frontier for Policing”, **Cyber Crime and Cyber Terrorism Investigator’s Handbook**, Eds. Akhgar Babak, Staniforth Andrew, and Bosco Francesca, Elsevier, 2014.
- FUCHS, Christian / BOERSMA, Kees / ALBRECHTSLUND, Andres / SANDOVAL, Marisol (eds), **Internet and Surveillance: The Challenges of Web 2. 0 and Social Media**, Taylor & Francis Group, London, 2011.
- GOLUMBIC, Martin Charles, **Fighting Terror Online the Convergence of Security, Technology, and the Law**, Springer, 2008.
- GÖZLER Kemal, **Anayasa Hukukunun Genel Esasları**, Ekin Basım Yayın, 2024.
- Human Rights Committee, General Comment No. 31 [80] The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant Adopted on 29 March 2004, (CCPR/C/21/Rev.1/Add.13).
- Human Rights Committee, General Comment No. 34 Article 19: Freedoms of Opinion and Expression, 12 September 2011, (CCPR/C/GC/34).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, (2011, 16 May), (A/HRC/17/27).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).



- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue, (17 April 2013), (A/HRC/23/40).
- Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, (11 May 2016), (A/HRC/32/38).
- Human Rights Council, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the expert workshops on the prohibition of incitement to national, racial or religious hatred, (11 January 2013), (A/HRC/22/17/Add.4).
- Human Rights Council, Resolution 20/8, The Promotion, Protection, and Enjoyment of Human Rights on the Internet, (2012, 16 July), (A/HRC/RES/20/8).
- İŞİK, Alper, **Dijital Demokrasi**, Oniki Levha Yayınları 2020.
- KAMA İŞİK, Sezen, “Klasik Anayasacılıktan Dijital Anayasacılığa: Anayasa Hukukunun Dönüşümü”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- KAPANİ, Münci, **Kamu Hürriyetleri**, Yetkin Yayınları, 1993.
- MARCHANT, Gary E., “The Growing Gap Between Emerging Technologies and the Law”, **The Growing Gap Between Emerging Technologies and Legal-Ethical Oversight**, Eds. Gary E. Marchant, Braden R. Allenby, Joseph R. Herker, Springer, 2011.
- MCLAUGHLIN, W. Sean, **The use of the Internet for Political Action by Non-State Dissident Actors in the Middle East** (2007) (originally published in November 2003), <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/1791/1671> A.D. 21.11.2024.
- MOSES, Lyria Bennett, “Recurring dilemmas: The law’s race to keep up with Technological Change”, **University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy**, Y. 2007, V. 21, p. 239-285.
- MULLER, Catelijne, **The Impact of Artificial Intelligence on Human Rights, Democracy and the Rule of Law**, Ad Hoc Committee on Artificial Intelligence (Cahai), (2020), (Online), <https://rm.coe.int/cahai-2020-06-fin-c-muller-the-impact-of-ai-on-human-rights-democracy-/16809ed6da>, A.D. 18.01.2025.

- PETERS, Anne, “Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures”, **Leiden Journal of International Law**, Y. 2006, V. 19(3), p. 579-610.
- ROCO, Mihail C. / BAINBRIDGE William Sims, **Converging Technologies for Improving Human Performance: Nanotechnology, Biotechnology, Information Technology and Cognitive Science**, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2003.
- SAJÓ, András / UITZ, Renáta, **The Constitution of Freedom: An Introduction to Legal Constitutionalism**, Oxford Academic, 2017.
- SASSEN, Saskia, “On the Internet and Sovereignty”, **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Y. 1998, V. 5(2), p. 545-559.
- SHARMA, Dhiraj, **Communication in IT Age**, Himalaya Pub. House, Mumbai, 2020.
- SUZOR, Nicolas, **Lawless: The Secret Rules That Govern Our Digital Lives**, Cambridge University Press, 2019.
- The United Nations (UN) General Assembly, Promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 6 September 2016, (A/71/373).
- The United Nations (UN) Special Rapporteur on Freedom of Opinion and Expression, the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Representative on Freedom of the Media, the Organization of American States (OAS) Special Rapporteur on Freedom of Expression and the African Commission on Human and Peoples’ Rights (ACHPR) Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information, Twentieth Anniversary Joint Declaration: Challenges to Freedom of Expression in the Next Decade, <https://www.osce.org/files/f/documents/9/c/425282.pdf>,
- VICTORIA, Ionita Claudia / MACHIKO, Kanetake, “International human rights law in the digital age: perspectives from the UN human rights system”, **Research Handbook on Law and Technology**, Eds. Bartosz Brozek, Olya Kanevskaia, and Przemyslaw Palka, Edward Elgar Publishing, 2024.
- WALKER, Clive / AKDENİZ, Yaman, “Anti-terrorism laws and data retention: War is over?”, **Northern Ireland Legal Quarterly**, Y. 2003, V. 54, p. 159-182.
- World Summit on the Information Society Geneva 2003, Tunis 2005, Declaration of Principles: Building the Information Society: a global challenge in the new Millennium, (WSIS-03/GENEVA/DOC/5-E).
- ZAN, Qianglong. “Birks, Rights, Wrongs and Remedies.” **Oxford Journal of Legal Studies**, Y. 2004, V. 20(1), p. 1-37.
- ZENGİN, Mehmet Ali. “Bilgi İletişim Teknolojilerinin Demokrasi İçerisinde Kullanımı ve Dijital Demokrasiye Geçiş”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2013, V. 17(4), p. 271-304.
- ZUHOFF Shoshana, **The Age of Surveillance Capitalism**, Profile Books, Londra, 2019.

# Hukuka Aykırı Delillerde Mutlak-Nispi ve Maddi-Şekli Hukuka Aykırılık Ayırımının Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

## Evaluation of Distinctions Between Absolute-Relative and Material-Formal Illegal Evidence

Alaaddin EGEMENOĞLU<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Suçun kanuni tanımına uygun olan eylemin gerçekleştirilmesinden sonra yargılamaya yapılması ve gerçeğin ortaya çıkarılması, Ceza Muhakemesi Hukuku bilim dalının konusunu oluşturmaktadır. Ancak burada amaç, katı olarak suçun sanık tarafından işlendiğini ortaya çıkarmak değildir. Asıl amaç, tarafların söylemlerinden etkilenmeden deliller vasıtasıyla maddi gerçeğe ulaşmaktır.

Delil olmadan ceza muhakemesi ilerleyemez. Ancak delillere ulaşırken insan hakları ihlallerine dikkat edilmeli, maddi veya şekli hukuka aykırılıktan kaçınılmalıdır. Bu şekilde delil elde edilmesi halinde muhakeme sürecinden dışlanacaktır. Deliller, gerek Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda gerekse 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mutlak hukuka aykırılık anlayışı benimsenerek güvence altına alınmıştır.

En önemli ispat vasıtası olan delillerin hüküm verilebilmesi için yeterli olmadığı ve şüphenin giderilemediği bir muhakemede hâkim, şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayarak sanığın beraatine karar vermektedir. Hukuka uygun yöntemler kullanarak delil elde edilmesi geçmişte ve günümüzde en büyük problemlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten özellikle geçmişte başvuru ile delil elde edilmesi gibi hukuka aykırılıklar maddi gerçeğe gölge düşürmekte ve masum kişilerin sırf eziyetten kurtulmak için suçu ikrar etme gibi haksız sonuçlara yol açmaktadır. Bu anlamda delildeki hukuka aykırılığın türü üzerine görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde maddi-şekli ve mutlak-nispi hukuka aykırılık ayırımı geliştirilmiştir. Kanunumuzda mutlak değerlendirme yasağı ön planda olsa da doktrinde ve bazı Yargıtay kararlarında Alman ceza muhakemesi sisteminden etkilenerek nispi değerlendirme yasağına imkân tanınan görüşler benimsenmiştir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Alman Ceza Muhakemesi Kanunu

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.01.2025

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2025

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1617371>

Bu makaleye atf için: EGEMENOĞLU, Alaaddin, "Hukuka Aykırı Delillerde Mutlak-Nispi ve Maddi-Şekli Hukuka Aykırılık Ayırımının Değerlendirilmesi", **İMHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 93-119

<sup>(\*\*)</sup> *Dr. Öğr. Üyesi*, İstanbul Medipol Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye

E-posta: [aegemenoglu@medipol.edu.tr](mailto:aegemenoglu@medipol.edu.tr)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9654-8796>

mutlak değerlendirme yasağını kabul etmektedir. Ancak doktrin ve Alman Federal Mahkemesi hukuka aykırı delillerin kullanılmasına imkân veren çeşitli kriterler ile istisnalar getirmiştir. Bu çalışmada, ceza muhakemesinde delil kavramı, özellikleri, delil yasakları ve hukuka aykırı delil ayrımları ile hukuka aykırı elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılıp kullanılmaması konusundaki farklı görüşler, doktrin ve yargı kararları ışığında incelenecek ve bu meseleye dair mevcut anlayışlar değerlendirilerek hukuki kanaat ortaya koyulacaktır.

#### **Anahtar Kelimeler:**

Delil, İspat, Mutlak-Nispi ve Maddi-Şekli Hukuka Aykırı Delil, Delil Yasakları, Delil Serbestisi İlkesi.

#### **Abstract:**

Conducting a trial and revealing the truth after the commission of the act in accordance with the legal definition of the crime constitutes the subject of Criminal Procedure Law. However, the aim here is not strictly to reveal that the crime was committed by the defendant. The main purpose is to reach the material truth through evidence without being influenced by the statements of the parties.

Criminal proceedings cannot proceed without evidence. However, while accessing the evidence, human rights violations should be taken into consideration and material or formal illegality should be avoided. If evidence is obtained in this way, it will be excluded from the judicial process. Evidence is secured by adopting the understanding of absolute illegality in both the Constitution of the Republic of Türkiye and the Criminal Procedure Code No. 5271.

In a proceeding where the evidence, which is the most important means of proof, is not sufficient for a verdict and the doubt cannot be eliminated, the judge decides on the acquittal of the accused by applying the principle that the accused benefits from the doubt. Obtaining evidence using lawful methods has been one of the biggest problems in the past and today. Indeed, unlawful methods such as obtaining evidence through torture, which have been used in the past, cast a shadow on the material truth and lead to unfair consequences such as innocent people confessing to the crime just to get rid of torture. In this sense, opinions have emerged on the type of illegality in evidence. In the doctrine, the distinctions of material-formal and absolute-quantitative illegality have been developed. Although the prohibition of absolute evaluation is at the forefront in our law, there are opinions in the doctrine and in some Court of Cassation decisions, which are influenced by the German criminal procedure system and allow for the prohibition of relative evaluation. Criminal Procedure Code No. 5271 and the German Criminal Procedure Code recognize the absolute prohibition of evaluation. However, the doctrine and the German Federal Court have introduced various criteria and exceptions that allow the use of unlawful evidence. In this study, the concept of evidence in criminal procedure, its characteristics, evidence prohibitions, and illegal evidence distinctions, as well as different opinions on whether evidence obtained illegally can be used in criminal proceedings will be examined in the light of doctrine and judicial decisions, and the legal opinion will be revealed by evaluating the current understanding of this issue.

#### **Keywords:**

Evidence, Proof, Absolute-Relative and Material-Formal Unlawful Evidence, Prohibitions of Evidence, Principle of Freedom of Evidence.

## GİRİŞ

Ceza muhakemesi, toplumun huzur ve güvenliğini sağlamak amacıyla adli kolluk vasıtasıyla toplanan delillerden yola çıkılarak suç işlendiği iddia edilen olayların ve şüphelilerin/sanıkların soruşturulduğu/kovuşturulduğu bir süreçtir. Bu süreçte, ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda maddi gerçeğe ulaşmak önem arz etmektedir.

Ceza muhakemesinde delil serbestisi ilkesi hâkimdir. Yani hukuka uygun yöntemlerle elde edilen her türlü delil, yargılamada kullanılabilir. Ancak, bu serbestinin de bir sınırı bulunmaktadır. Delil yasakları, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasını engeller ve adil yargılamanın tesisi için hukukun üstünlüğü ilkelerinin korunmasını sağlar.

Ceza muhakemesinin amacı işlenen suçun tespiti, suç işlediği iddia edilen kişinin bulunarak muhakemeye katılımının sağlanması ve nihayetinde hâkimin önüne gelen ihtilafı hüküm türlerinden bir ile neticelendirmesidir. Bu amaca ulaşmak adına maddi gerçek araştırılmaktadır. Bu noktada, maddi gerçeği bulabilmek için kullanılan delillerin hukuka uygunluğu büyük bir öneme sahiptir. Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller, sanığın haklarını ihlal etmekle kalmaz, aynı zamanda yargılama sürecinin adil bir şekilde yürütülmesini de tehlikeye atar. Bu nedenle, ceza muhakemesindeki delil değerlendirmeleri, yalnızca maddi gerçeği bulma amacına hizmet etmekle sınırlı değildir. Aynı zamanda insan hakları ihlallerinin önlenmesi, adil yargılanma hakkının korunması ve hukuk güvenliğinin sağlanması için de büyük bir rol oynar.

Yargılamada, her türlü delil, hâkim tarafından vicdani kanaat ile değerlendirilirken, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin hükme esas alınmaması gerektiği konusu, ceza yargılamasının temel ilkelerinden biridir. Zira delil elde etme sürecinde hukuka aykırı bir yöntem kullanılması yalnızca sanığın haklarına zarar vermekle kalmayıp, yargılamanın güvenilirliğini ve doğruluğuna da zedelemektedir.

Günümüz ceza muhakemesinde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere yaklaşım gerek Türk gerekse Alman uygulama ve doktrininde uzun süredir tartışılan önemli bir konudur. Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkı, delillerin hukuka uygun şekilde elde edilmesi gerektiğini vurgular. Ancak, uygulamada, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde nasıl değerlendirileceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuka aykırılık, sadece şekli bir eksiklik değil, aynı zamanda sanığın temel haklarının ihlali anlamına da gelebilir. Bu bağlamda, mutlak ve nispi değerlendirme yasağı gibi farklı yaklaşımlar, bu delillerin yargılamada nasıl kullanılacağına dair belirleyici olmaktadır.

## I. DELİL KAVRAMI VE ÖZELLİKLERİ

Ceza yargılamalarında, gerçeği arayan yargılama özneli belirli araçlara başvurmak zorundadır. Bu araçlara ispat araçları veya deliller denir<sup>1</sup>. Delil, yargılamaya konu olan olayın aydınlatılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için kullanılan araçlardır<sup>2</sup>.

Geçmişte meydana gelen olayla bir şekilde bağlantısı olan, olayı yansıtan ve olayın nasıl gerçekleştiğinin belirlenmesi açısından önem taşıyan, akıl ve mantık ile örtüşen her araç delildir<sup>3</sup>. Bu araçların türleri; şüpheli/sanık ifadeleri, tanık ifadesi, mağdur ve müşteki ifadesi, belgeler, uzman görüşleri, olay yerinin gösterilmesi, maktulün teşhisi ve adli muayene, otopsi, teşhis, bilimsel deliller, belirti delilleri ve bunların dışında yargılamada ispat aracı olarak kullanılabilen her türlü delil şeklinde sayılabilir<sup>4</sup>.

İspat vasıtasının delil olarak nitelendirilebilmesi adına bir şekilde olayı temsil etmesi veya yansıtması yeterli değildir. Delil olabilecek ispat vasıtalarının bazı özellikleri de taşıması gerekir. Bu özellikler şu şekilde sayılabilir<sup>5</sup>;

- 1- Deliller, ceza muhakemesine konu uyumsuzluğu doğuran olayın bütününe ya da bir parçasını ispat edebilecek nitelikte olmalıdır.
- 2- Deliller elde edilebilir olmalıdır.
- 3- Deliller akla ve gerçeğe uygun olmalıdır.
- 4- Deliller ispat bakımından önemli olmalıdır (CMK m.206/2-b).
- 5- Deliller hukuka uygun, genel ve vakıaları temsil edici nitelikte olmalıdır.

<sup>1</sup> ÇINAR, Ali Rıza, "Hukuka Aykırı Kanıtlar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2004, S. 55, s. 34.

<sup>2</sup> GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir, *Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 32.

<sup>3</sup> ERYILMAZ, Ali, *Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil*, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013, s. 23.

<sup>4</sup> GEDİK/TOPALOĞLU, s. 38-92.

<sup>5</sup> ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GEZER, Özge Sırma / KIRIT, Yasemin Saygılar / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ, Efser Erden / VİLLEMİN, Derya Altınok / TOK, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 295; CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 259; ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III*, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1775-1776; YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 542-544; ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 405-406.

Bu özellikleri taşımayan bir ispat vasıtasına teknik olarak delil denilemez<sup>6</sup>. Bu tür delillerin yargılamalarda kullanılması da mümkün değildir. Nitekim Yargıtay'ın bir kararında; iş yerinde yapılan arama sonucunda 200 paket güm-rük kaçağı sigara ele geçirildiği, aramanın ne mahkeme kararıyla ne de gecik-mesinde sakınca olduğu gerekçesiyle savcılık tarafından verilmiş bir karar ile gerçekleştirilmemesi yapılan aramanın usule ve yasaya aykırı olması, bu şekilde el koyulan delillerin hukuka aykırı olması, hukuka aykırı yöntemlerle elde edi-len delillerin hükme esas alınamaması hususları dikkate alınarak ilk derece mahkemesinin kararı bozulmuştur<sup>7</sup>.

## II. DELİL YASAKLARI VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Hukuka aykırı delil ile hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi kavramla-rı aynı amaca hizmet ediyor olsa da birbirinden farklı kavramlardır<sup>8</sup>. Delil ya-sakları kavramı, hem hukuka aykırı şekilde delil elde etme yasağını, hem de söz konusu delilin duruşmada ikame edilmesi ve değerlendirilmesi yasaklarını kap-samaktadır<sup>9</sup>. Hukuka aykırı delil kavramı ise, ceza muhakemesinin temel ilkele-rine ve ilgili yasal mevzuata aykırı şekilde elde edilen delilleri ifade etmektedir<sup>10</sup>. Bu deliller türü ne olursa olsun kapsam dışı kalmaktadır<sup>11</sup>.

AY m.38/6 ve CMK m.206/2-a dayanan delil yasakları, sanığın ceza muha-kemesinin bir objesi değil, aksine aktif bir süjesi olduğunu güvence altına alır. Bu yasaklar, sanığın haklarını koruyarak yargılamanın dürüst ve adil bir şekilde yürütülmesini sağlar<sup>12</sup>.

Özellikle şartlarını karşılamadan başvuru koruma tedbirleri ile delil elde edilmesi mutlak hukuka aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

<sup>6</sup> ÖZBOYACI, Alper, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 15.

<sup>7</sup> Yargıtay 7. CD, E. 2014/1059, K. 2015/21880, 18.11.2015, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 15.01.2025.

<sup>8</sup> ÖZDEMİR, Sibel Damla, "Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Zehirli Olur Kuralı)", **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 574.

<sup>9</sup> KOCA, Mahmut, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, C. 4, S. 1-2, s. 107.

<sup>10</sup> DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delille-rin Uzak Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 66.

<sup>11</sup> EISENBERG, Ulrich, **Beweisrecht der StPO**, 8. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2012, kn. 348.

<sup>12</sup> ÖZTÜRK, Berna, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, Ankara, 2008, s. 667.

Örneğin kolluk kuvvetleri sulh ceza hâkimi kararına istinaden belirli bir bölgede rutin kaba üst araması yaparken suçun maddi konusunu teşkil edecek bir delile ulaşılmışsa bu önleme araması kapsamındadır. Önleme araması ile delil elde edilmesi halinde hukuka aykırı delil söz konusu olmayacağından hükme esas alınabilecektir<sup>13</sup>. Ancak adli arama kararı alınması gereken bir durumla karşılaşılmaması halinde (CMK m.119) önleme aramasına istinaden yapılan arama üzerine delil elde edilirse hukuka aykırı delil olduğundan mutlak değerlendirme yasağı kapsamındadır<sup>14</sup>. Şartlarını taşımayan koruma tedbirine başka bir örnek maddede sınırlı sayılan suçlardan biri olmasa bile iletişimin tespiti kararı verilmesidir (CMK m.135)<sup>15</sup>.

Yargıtay, usulüne uygun arama kararı olmamasına rağmen arama yapılması halinde elde edilen delillerin hukuka aykırı olduğuna ve hükme esas teşkil etmeyeceğine karar vermiştir<sup>16</sup>. Başka bir kararında CMK m.134 kapsamında

<sup>13</sup> “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği’nin 27. maddesinde belirtilen önleme araması kararına istinaden sanığın aracında arama yapılabilmesi için umma derecesinde makul şüphenin kolluk görevlilerinde oluştuğunun ve Mahkemece verilen önleme araması kararı doğrultusunda ölçülü bir şekilde arama işlemi gerçekleştirilerek suça konu sigaraların ele geçirildiğinin, bu hâliyle hukuka aykırı yöntemle elde edilen bir delil bulunmadığının kabulü gerekmektedir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2022/7-514, K. 2023/327, 31.05.2023; Aynı yönde bkz. Yargıtay 7. CD, E. 2021/27520, K. 2024/8111, 01.10.2024; Yargıtay 7. CD, E. 2021/300, K. 2024/2206, 04.03.2024, (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>14</sup> “Somut bir suçun işlendiği şüphesi varsa önleme araması değil ancak adli arama yapılabileceği, adli arama kararı gerektiren bir olayda, önleme araması kararına dayanılarak ya da koşullarına uygun olmayan arama kararı üzerine yapılan aramanın hukuka aykırı olduğu, somut olayda, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 116, 117 ve 119. maddelerine uygun şekilde adli arama kararı alınmadan, olaydan önce verilen önleme araması kararına dayanılarak, sanığın işlettiği büfeye kolluk ekiplerince gidilerek arama yapılmasının hukuka aykırı olduğu, bu arama sonucu bulunan kaçak sigaralar ise hem suçun maddi konusu hem de suçun delili olup hukuka aykırı yöntemle elde edildiğinden, hükme esas alınmayacağından, tüm dosya kapsamına göre sanık hakkında kurulan beraat hükmünde sonucu itibarıyla bir isabetsizlik görülmemiştir.” Yargıtay 7. Ceza Dairesi, E. 2021/2853, K. 2024/5562, 21.05.2024; Aynı yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2023/10-255, K. 2023/499, 04.10.2023; Yargıtay 8. CD, E. 2021/11220, K. 2023/4209, 06.06.2023, (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>15</sup> “Dosya kapsamında alınan iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması kararının örgütlü hırsızlık suçundan verildiği, gerçekleştirilen iletişimin denetlenmesi sırasında elde edilen delillerin katalog suçlar arasında yer verilmeyen görevi kötüye kullanma suçunun ispatında kullanılmasına yasal olanak bulunmadığı, iletişimin tespiti tutanaklarına istinaden alınan ikrarların da kanunda gösterilen hukuka uygun yöntemlerle tespit edilmediğinden suçun sübutunda delil olarak değerlendirilemeyeceği ve 5271 Sayılı Kanun’un 217/2. maddesine göre hükme esas alınamayacağı, hukuka aykırı nitelikteki söz konusu deliller dışlandığında, sanıkların savunmalarının aksine mahkumiyetlerine yeterli her türlü kuşkudan uzak, somut ve yasal delil de elde edilemediğinden yüklenen suçtan beraatlerine karar verilmesi gerekirken yanlış değerlendirilmeler sonucu yazılı şekilde mahkumiyetlerine hükmolunması” Yargıtay 5. CD, E. 2021/14059, K. 2024/9633, 26.9.2024; Aynı yönde bkz. Yargıtay 5. CD, E. 2022/4752, K. 2024/2, 08.01.2024; Yargıtay 5. CD, E. 2021/9790, K. 2023/10649, 06.11.2023 (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>16</sup> “Sanığa ait iş yerinde vergi dairesi görevlilerince yapılan denetimde, masa çekmecesinde farklı markalarda 43 paket kaçak sigaranın ele geçirildiği olayda; denetim memurlarının yetkilerinin yalnızca iş yerinde açıkta bulunan tütün mamülleri üzerinde bandrol denetimiyle sınırlı olduğu, bu denetim yetkisinin gizlenmiş ya da saklanmış yerleri açtırma ve kontrol etmeyi kapsamadığı, direnme kararına konu sigara-



elkoyma yapılırken bütün verilerin yedeklenmesi ve istenilmesi halinde bu yedeklerin bir kopyasının sanığa verilmesi gereğinin yerine getirilmediği için elde edilen delilleri hukuka aykırı kabul etmiştir<sup>17</sup>.

Delil yasaklarının en önemli işlevi hukuk dışı yöntemlere başvurmak suretiyle insan haklarının ihlal edilmesinin önüne geçerek maddi gerçeğin bulunmasına hizmet etmesidir<sup>18</sup>. Delil yasakları işkence ile mücadelede kullanılan vasıtalarından birisidir. Nitekim işkence ile elde edilen deliller yargılamada kullanılmaz ve hükme esas teşkil etmez<sup>19</sup>. Zira bu şekilde elde edilen deliller maddi gerçeği yansıtmazlar. Bununla birlikte delil yasakları kolluk kuvvetlerini disipline etme işlevi de görür<sup>20</sup>; hukuka uygun davranmalarını teşvik ederek keyfi uygulamaların önüne geçer.

Günümüzde kolluk kuvvetlerinin hukuka aykırı olarak işkence ile delil elde etmesi eskiye göre azalmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) "Gäfgen" kararında<sup>21</sup> yakın zamana kadar kullanılmaya devam edildiği görülmektedir. Kararda, on bir yaşındaki bir çocuğun hayatını kurtarma amacıyla şüpheli Magnus Gäfgen'den işkence tehdidiyle alınan ifadenin yargılamanın adil olup olmadığı ve mahkemenin kararını etkileyip etkilemediği değerlendirilmiştir. Hem Alman mahkemeleri hem de AİHM, işkence tehdidiyle alınan

*ların çekmece içerisinde bulunması hâlinde ise kolluk görevlileri durumdan haberdar edildikten sonra Cumhuriyet Savcısı tarafından verilmiş bir yazılı arama izni, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması hâlindeyse kolluk amirince verilmiş yazılı arama emri alındıktan sonra dava konusu sigaralara el konulabileceği, idari denetimle sınırlı yetkisi olan memurlara sanığın kendi rızası ile masa çekmesinde bulunan kaçak ve bandrolsüz sigaraları teslim etmesinin de ele geçen eşyanın yasak delil niteliğinde olduğu gerçeğini değiştirmeyeceği, bu hâliyle CMK'nın 217. maddesine aykırı olan bu delilin hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir.*" Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2020/7-231, K. 2022/140, 01.03.2022; Aynı yönde değerlendirme için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2021/10-148, K. 2022/566, 20.09.2022 (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>17</sup> "Engel bir durum bulunmadığı hâlde el koyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi gerektiği ve istenmesi hâlinde bu yedekten bir kopya çıkartılarak arama sırasında hazır bulunan sanığa verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi suretiyle CMK'nın 134. maddesinin üç ve dördüncü fıkralarına aykırı hareket edilmesi sebebiyle usulüne uygun olmayan elkoyma işlemi sonucu suçta sabit disklerden elde edilen verilerin hukuka aykırı olarak elde edilen delil niteliğinde olduğu ve Anayasa'nın 38. maddesinin altıncı fıkrası ile CMK'nın 206. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi, 217. maddesinin ikinci fıkrası ile 230. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi uyarınca hükme esas alınamayacağı anlaşılacakla dosyada mevcut bulunan diğer delillerin karar yerinde gösterilip tartışılarak sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiği kabul edilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/8-544, K. 2020/127, 25.02.2020 (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>18</sup> AYDIN, Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 221.

<sup>19</sup> GÖKCEN, Ahmet / ÇAKIR, Kerim, "Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağanı, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2935.

<sup>20</sup> GÖKCEN/ÇAKIR, s. 2939.

<sup>21</sup> Strasbourg, 01.06.2010 tarihli ve 22978/05 başvuru numaralı AİHM'in Gäfgen v. Almanya Kararı, (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur/{%22itemid%22:\[%22001-99015%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur/{%22itemid%22:[%22001-99015%22]}), E.T. 03.01.2025.

ifadenin hukuka aykırı olduğunu ve yargılamada kullanılmayacağını şüpheliye önceden bildirdiklerini vurgulamalarına rağmen şüphelinin kendi rızasıyla verdiği ifadelerin doğruluğunu kontrol etmek amacıyla elde edilen maddi delillerin kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal etmediği sonucuna varmışlardır. AİHM hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilden yola çıkılmasa bile (uzak etki) ilgili delilin en nihayetinde ve kaçınılmaz bir şekilde ortaya çıkabileceği ifade edilebiliyorsa delil değerlendirme yasağı kapsamında olmaması gerektiğine karar vermiştir.

### III. DELİL SERBESTİSİ VE HUKUKA AYKIRI DELİLLER

Ceza muhakemesi, yargılama faaliyetinde bulunarak maddi ceza hukukunda yapılan suçun nitelendirilmesine ilişkin tespitlerin bir hükümlerle sonuçlandırılmasını amaçlar. Bu nedenle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na<sup>22</sup> (CMK) uygun olarak yapılan iddia, savunma ve yargılama niteliğindeki faaliyetler ceza muhakemesi hukukunun konusunu oluşturmaktadır<sup>23</sup>.

Hukuk davalarından farklı olarak, ceza davalarında, karar verilene kadar yargılamanın her aşamasında mahkemeye delil sunulabilir ve mahkemede tartışılabilir<sup>24</sup>. Karar verildikten sonra, kararın geçerliliğini etkileyebilecek yeni olgular veya yeni deliller ortaya çıkarsa ve bunlar sanığın yeniden yargılanması durumunda daha az ceza almasını gerektiriyorsa veya beraatle sonuçlanma olasılığı varsa, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabilir<sup>25</sup>. Bu nedenle ceza muhakemesinde deliller önemli bir ispat aracıdır ve delil serbestisi ilkesi geçerlidir. Ancak hiçbir delil hâkimi kati suretle bağlamaz. Delillerin ispat gücü hâkim tarafından değerlendirilir<sup>26</sup>. Hâkim yargılamaya konu somut olayla illiyet bağı bulunan her türlü belirti, beyan veya belge, delil olarak kullanılabilir. Delil serbestliğinin en önemli sınırı, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesiyle ortaya çıkar; ancak delilin hukuka aykırılığı yalnızca elde edilme yöntemiyle sınırlı olmayıp, örneğin delilin değerlendirilmesinde (teknik delilin bilirkişi tarafından incelenmemesi) ya da muhafazasında (delil güvenlik zincirinin bozulması) yaşanan sorunlar da delili hukuka aykırı veya değerlendirilemez hale getirebilir.

<sup>22</sup> RG. 17.12.2004, S. 25673.

<sup>23</sup> ÖZTÜRK, Bahri, vd. s. 27.

<sup>24</sup> KARABULUT, Ferhat / KARAPAZARLIOĞLU, Ersin / TOSUN, Hamza, "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2015, S. 120, s. 390.

<sup>25</sup> CENTEL/ZAFER, s. 967.

<sup>26</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 1871.

Ceza yargılaması delil olmadan başlayamaz ve devam edemez<sup>27</sup>. Ceza muhakemesine delil serbestisi ilkesi hakimdir. Bu ilke uyarınca iddia ve savunma süjeleri delil özelliklerini taşıyan her türlü ispat aracını yargılamada kullanabilir<sup>28</sup>. Hâkim, tüm bu unsurları göz önünde bulundurarak vicdani kanaatine göre delilleri değerlendirir (CMK m.217/1)<sup>29</sup>. Ancak, hukukun üstünlüğü ilkesinin bir gereği olarak, takdir yetkisi hukuk kurallarının belirlediği çerçevede ve keyfilikten uzak bir şekilde kullanılmalıdır. Aksi takdirde, insan haklarına saygı ve hukuk güvenliği ilkeleri anlamsız kalacaktır<sup>30</sup>.

Delil serbestisi ilkesinin sınırı delil yasaklarıdır. Her ne kadar amaç maddi gerçeğin elde edilmesi olsa da delilin her ne pahasına olursa olsun hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi durumunda hükme esas teşkil etmez<sup>31</sup>. Bu sebeple delillerin hukuk devleti ilkesiyle, adil yargılanma hakkıyla ve insan onurunun korunması ilkesiyle çatışmayacak şekilde hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesi gerekir<sup>32</sup>.

#### IV. HUKUKA AYKIRI DELİLLER VE İSPAT

Ceza muhakemesinde toplumun yararı ile bireyin yararı arasında orantılı bir denge kurulur ve bu denge korunmaya çalışılır<sup>33</sup>. Maddi gerçeğe ulaşmak adına hukuka uygun tüm araçlar kullanılmalıdır. Dolayısıyla olaya etki eden ve ilgisi olan her şey delil olabilir<sup>34</sup>. Hâkim önüne getirilen delillerle yetinmemeli, gerçeği ortaya çıkaracak tüm delilleri toplamalıdır<sup>35</sup>. Ceza muhakemesinde, gerçeğe ulaşmak için insan hakları ihlal edilerek hiçbir şekilde hukuk dışı yöntemlere başvurulamaz<sup>36</sup>.

Maddi gerçek arayışı mutlak değildir. Bu nedenle delil serbestisi ilkesine bazı sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan biri de delil yasağıdır. Delil yasakları, hukuk devleti ilkelerine uygun olarak yürütülen bir muhakemede, delil elde

<sup>27</sup> ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 401.

<sup>28</sup> GÖKCEN/ÇAKIR, s. 2913.

<sup>29</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 1872.

<sup>30</sup> AKYÜREK, Güçlü, "Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, S. 101, s. 62.

<sup>31</sup> ÖZTÜRK, Bahri, vd. s. 396; ŞAHİN/ÖZTÜRK, s. 463.

<sup>32</sup> KOCA, s. 105; SOYASLAN, Doğan, "Hukuka Aykırı Deliller", **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2003, C. 7, S. 3-4, s. 9; AKYÜREK, s. 61.

<sup>33</sup> DÜLGER, s. 35.

<sup>34</sup> ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 80.

<sup>35</sup> ÜNVER/HAKERİ, s. 1771.

<sup>36</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 84; KARAKEHYA, Hakan, "Ceza Muhakemesinin Amacı", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2007, C. 65, S. 2, s. 125.

etme ve bu delillerin değerlendirilme işlemine getirilen sınırlamalardır<sup>37</sup>. Gerçekten CMK m.217/2’de açık olarak düzenlendiği üzere, “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” Maddenin lafzı yorumlandığında, yüklenen suçun ispatının hukuka aykırı olarak elde edilen delille yapılamayacağı sonucuna varılır. Bu bakımdan, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerle yüklenen suçun ispat edilmesi mümkün değildir.

Temel hak ve hürriyetleri korumak delil yasaklarının en önemli görevidir. Bu sebeple CMK m.217/2 ile düzenlenen mutlak değerlendirme yasağı karar vermeye yetkili hâkimi, iddianame hazırlayacak savcüyı ve fezleke düzenleyecek kolluğu ilgilendirir. Dolayısıyla hukuka aykırı deliller kolluğu da disiplin altında tutma işlevi gösterir<sup>38</sup>.

Delil hukuka aykırı ise ister sanık lehine ister aleyhine olsun mutlak bir şekilde değerlendirme yasağı kapsamına girmeli, CMK m.217 ve m.289 uyarınca ispat aracı olarak muhakemede kullanılmamalıdır. Bunun en önemli sebebi, sanığın lehine kullanılacak olan delillere izin verilmesi halinde, ileride basit aykırılık gerekçesiyle aleyhine olanların da kullanılmasının önünü açma ihtimalidir<sup>39</sup>.

Ceza muhakemesinde hâkim gerek soruşturma aşamasında gerek kovuşturma aşamasında mahkemeye sunulan delilleri değerlendirir. Hâkim, delillerden sonuç çıkarıp hüküm kurarken, hükme esas olarak aldığı delillerin hukuka uygun yöntemlerle elde edilip edilmediğini ve ispat aracı olarak kullanılıp kullanılmayacağını değerlendirir<sup>40</sup>. Bu değerlendirme neticesinde bir karara varır. Delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmesi noktasında şüphe varsa şüpheden sanık yararlanır ilkesi bu durumda işlemez. Delil hukuka uygun kabul edilerek kullanılabilir<sup>41</sup>.

## V. HUKUKA AYKIRI DELİL AYRIMLARI

Bu başlık altında mutlak ve nispi ile maddi ve şekli hukuka aykırı delil ayrımı değerlendirilecektir.

<sup>37</sup> ÖZTÜRK, Bahri, vd. s. 396; KOCA, s. 105; AKYÜREK, s. 61.

<sup>38</sup> ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, İstanbul, 2010, s. 913; GÖKCEN/ÇAKIR, s. 2935.

<sup>39</sup> DÜLGER, s. 93.

<sup>40</sup> GEDİK, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 926.

<sup>41</sup> DÜLGER, s. 64.

## A. Mutlak - Nispi Hukuka Aykırı Delil Ayırımı

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan delillerin hangilerinin ve ne zaman değerlendirme kapsamında olduğunun belirlenmesinde mutlak ve nispi değerlendirme yasağı olmak üzere doktrinde iki ayırım bulunmaktadır.

Mutlak değerlendirme yasağı, tüm hukuka aykırı delillerin nasıl ve ne şekilde elde edildiğine bakılmaksızın içeriğinde bir hukuka aykırılık bulunması halinde değerlendirilmesinin yasaklanmasıdır<sup>42</sup>. Ceza muhakemesinde delillerin kabul edilebilirliği bakımından önkoşul hukuka uygun yöntemlerle elde edilmesidir<sup>43</sup>. Zira sanığın önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde hukuka uygun elde edilmiş delillerle yargılanma hakkı vardır.

Nispi hukuka aykırılıkta ise, sadece belirli deliller bakımından değerlendirme yasağı kabul edildiğinden ve kriterlere uyması halinde hukuka aykırı elde edilse de ceza muhakemesinde kullanılabilmesine olanak sağlandığından delil vasfının hukuka uygun olması önkoşulu geçerli değildir<sup>44</sup>. Bu nedenle, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ceza muhakemesinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği, benimsenen sisteme göre değişkenlik göstermektedir.

### 1. Ayırımı Kabul Eden Görüş

Öğretide bir görüş delillerin değerlendirilme yasağını mutlak ve nispi olarak ayırmakla birlikte nispi yasaklar ihlal edilerek elde edilen delillerin muhakemede istisnai olarak kullanılabileceğini belirtmiştir. Aykırılığın yalnızca temel haklara ilişkin olması durumunda delilin kullanılamayacağını, işlemlerin bir bütün olarak değerlendirilip kanuna aykırı yöntemlerle elde edilen delil kullanılmış olsa bile verilen hüküm AY m.36'ya uygun adil olması durumunda hüküm bozulmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>45</sup>.

Bir başka görüş, basit şekli aykırılıklar dâhil mutlak değerlendirme yasağının mağdurun hakları bakımından son derece ağır sonuçlar doğurabileceğini, olması gereken hukuk açısından bu kadar katı bir sınırlamanın bulunmaması gerektiğini ifade etmektedir<sup>46</sup>.

<sup>42</sup> CENTEL/ZAFER, s. 842-843.

<sup>43</sup> GEDİK, s. 959.

<sup>44</sup> ŞENOL, Cem, **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasağı**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 63; GEDİK, s. 924.

<sup>45</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 594.

<sup>46</sup> ÖZTÜRK, Bahri vd. s. 404-405; GÜLŞEN, Recep, "Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Adalet Yayınevi, 2015, C. 3, S. 2, s. 249.

Başka bir görüş ise, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesinde mutlak ve nispi delil yasağı ayrımı yaparak, hukuka aykırı elde edilen bir delilden hareketle elde edilen diğer delillerin başlangıç şüphesine dayanak oluşturabileceğini savunmaktadır. Bu anlayışa göre, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen dolaylı deliller, bir soruşturmanın başlatılmasında gerekli olan başlangıç şüphesini sağlamak amacıyla kullanılabilir<sup>47</sup>.

Özetle, bu grupta yer alan müellifler bu ayrımı kabul etmekle birlikte her ne kadar Türk hukukunda yasal düzenlemeler mutlak değerlendirme yasağını ön görmüş olsa da öğreti zenginliği açısından olması gereken hukuka göre yorumlamışlardır.

## 2. Ayrımı Kabul Etmeyen Görüş

Delil değerlendirme yasağında mutlak ve nispi hukuka aykırılık ayrımını kabul etmeyen yazarlar da bulunmaktadır. Bu yazarlar hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş delilin yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılmayacağı mutlak değerlendirme yasağının olduğunu ileri sürmektedir.

Öğretide mutlak değerlendirme yasağını çok katı bir şekilde savunan bir görüş, hiçbir suretle bu delillerin kullanılmayacağını savunmaktadır. Çünkü bu görüşte, hukuka aykırılığın derecelendirilemeyeceği ve hiçbir gerekçenin, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen bir delilin hukuka uygunmuş gibi kullanılmasını haklı ve mazur gösteremeyeceği savunulmaktadır<sup>48</sup>.

Bir başka görüş, CMK'nın ilgili maddeleri gereği bu ayrımın yapılamayacağını mutlak değerlendirme yasağının bulunduğunu savunmuştur. Mutlak değerlendirme yasağı hem soruşturma organlarının hem de özel kişilerin hukuka aykırı yöntemlerle elde ettiği deliller bakımından uygulanacağını belirtmektedir<sup>49</sup>.

Başka bir görüş, Türk ceza yargılamasında yasak mutlak nitelikte olduğundan, hâkimin inceleme esnasında yetkisinin delilin hukuka aykırı elde edilip edilmediğinin tespiti noktasında olduğunu, bunun dışında hâkimin hukuka aykırı delilin yargılamada kullanılması veya hükme esas alınmasında bir değerlendirme ve takdir yetkisi bulunmadığını ileri sürmektedir<sup>50</sup>. Bu deliller dosya içerisinden

<sup>47</sup> ÖZTUNÇ, s. 195-196.

<sup>48</sup> ÜNVER/HAKEKİ, s. 1964-1965; GEDİK/TOPALOĞLU, s. 192; ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, "Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı", *Terazi Hukuk Dergisi*, Temmuz 2021, C. 16, S. 179, s. 1351-1352.

<sup>49</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 692.

<sup>50</sup> ŞENOL, s. 411.

açıkça ve ayrıca hukuka aykırı delillerin gösterilmesi zorunluluğundan dolayı ve CMK'nın 230/1-b maddesi gereği çıkarılamayacağını ifade etmektedir.

Diğer bir görüş, CMK m.217/2'deki açık düzenleme göz önüne alındığında, mutlak-nispi hukuka aykırılık ayırımının uygulanabilir olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca bu görüş, hukuka bağlı bir devlette hiçbir zaman amacın, aracı haklı gösteremeyeceğini, bunun mazeretinin olamayacağını ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hukuka uygun hale getirilemeyeceğini savunmaktadır<sup>51</sup>.

### 3. Karma Görüş

Karma görüşü savunan yazarlar, her ne kadar hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılmayacağını söyleseler de delillerin elde edilmesinde yasak bulunan her halde, delilin mutlaka değerlendirme dışı tutulacağını söylenmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir. Temel hak ve hürriyetler ihlal edilmeden ikame edilen fakat basit bir hukuka aykırılık yüzünden geçerli delil sayılmayan bir anlayışla, temel hak ve hürriyetleri ölçüt alan diğer anlayışın bir arada değerlendirilmesi iki farklı görüşün de iyi noktalarının tespit edilip, ortak bir anlayışa ulaşılması daha hakkaniyetli olacağını savunmaktadırlar<sup>52</sup>.

## B. Maddi - Şekli Hukuka Aykırı Delil Ayırımı

Ceza hukukunda hukuk düzenine aykırı olan fiilin suç tanımına uygun olması halinde tipiklik unsuru gerçekleşmektedir. Hukuka aykırılık tipikliğinin yanında suçun bir unsurudur<sup>53</sup>. Ceza hukukunda hukuka aykırılık maddi ve şekli olmak üzere iki şekilde incelenmektedir.

Maddi hukuka aykırılık, pozitif hukukun yanı sıra esasen kanun ötesi kaynaklardan doğmuş hukuk tarafından korunan varlık veya menfaatler ile fiilin çatışmasını ifade eder<sup>54</sup>. Burada eylemin haksız olduğun kabulü için hukuk kuralı ile çatışması tek başına yeterli olmaz. Aynı zamanda ceza normu ile korunan hak ve yararın ihlal edilmesi ya da tehlikeye maruz bırakması gerekir<sup>55</sup>.

<sup>51</sup> DÜLGER, s. 89-90.

<sup>52</sup> CENTEL/ZAFER, s. 844.

<sup>53</sup> ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCAN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 457.

<sup>54</sup> KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 44; MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 39.

<sup>55</sup> DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019. s. 243.

Şekli hukuka aykırılık ise, bir fiilin ceza hukukunun emir ve yasaklarını ihlal etmesidir<sup>56</sup>. Yani suç tipi ihlal edilirse şekli hukuka aykırılık, ceza normunun iç bünyesi ihlal edilirse maddi hukuka aykırılıktır<sup>57</sup>.

Doktrinde bir görüş, maddi hukuka aykırılık ve şekli hukuka aykırılık ayrımı yapılarak şekli hukuka aykırılıkların delil yasağı oluşturmayacağına kabulünün mümkün olmadığını söyleyerek hukuka aykırı delillerde bu ayrımın yapılmaması gerektiğini belirtmiştir<sup>58</sup>.

Bir başka görüş, hukuka aykırılığın biçim ve içerik boyutlarının birbirinden bağımsız, hatta kopuk olarak ele alınmasının doğru olmadığını savunup bu ayrımın anlamsızlığından bahsetmektedir<sup>59</sup>.

Başka bir görüş ise, basit şekli hukuka aykırılık bulunan delilin muhakemede değerlendirme dışı bırakılmaması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>60</sup>.

Kanaatimce maddi-şekli hukuka aykırılık ayrımının yapılması sadece hukuka aykırılığın türünü belirlemeye yönelik yardımcı olmaktadır. Bunun dışında delilin hukuka aykırı olması dışlanması bakımından yeterlidir. Nitekim CMK mutlak hukuka aykırılığı benimsediği için hukuka aykırılık ister maddi olsun ister şekli değerlendirme dışı kalmalıdır. Bu görüşü savunan başka bir müellif koruma tedbirlerine ve ispat vasıtasına ilişkin kanunda yer alan şartlar bakımından esasın hukuka uygun elde edilmesi olduğuna dikkat çekmektedir. Bu yüzden kanunda yer alan herhangi bir hükmün amacını gözetenek ve bu hükmün hatalı uygulanması ile ilgili etkenlerden yola çıkarak meydana gelen hukuka aykırılık üzerinden maddi-şekli veya mutlak-nispi ayrımı yapmanın bir önemi olmaksızın mutlak hak ihlali kapsamında olduğunu ileri sürmektedir<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> KATOĞLU, s. 39.

<sup>57</sup> ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989, s. 150.

<sup>58</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 692.

<sup>59</sup> KATOĞLU, s. 73.

<sup>60</sup> YENİSEY/NUHOĞLU, s. 594; KAYA, Köroğlu, “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Ocak 2016, Y. 7, S. 24, s. 507.

<sup>61</sup> BİRTEK, Fatih, **AİHM Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 313.



### C. Alman Federal Mahkemesi Kararları Bağlamında Alman Ceza Hukukunda Delil Ayırımı Bakımından Kabul Edilen Sistem

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda (StPO) delil yasaklarına tanımlayan genel bir hüküm yoktur. StPO, hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesinde farklı maddelerde bunları ceza muhakemesinden dışladığı görülmektedir. Nitekim yasak sorgulama yöntemlerine ilişkin delillerin kullanılmasında yasaklar başlıklı 136a maddesinde yasak sorgu yöntemleri mutlak değerlendirme yasağı kapsamına alınmıştır<sup>62</sup>. Buna göre<sup>63</sup>: “(1) Sanığın karar verme ve iradesini kullanma özgürlüğü, kötü muamele, yorgunluk, fiziksel müdahale, ilaç verilmesi, işkence, aldatma veya hipnoz yoluyla engellenemez. Zorlama sadece ceza muhakemesi kanununun izin verdiği ölçüde kullanılabilir. Kanunla düzenlenmeyen bir tedbir tehdidi veya kanunla öngörülmemiş bir menfaat vaadi yasaktır.” Aynı maddenin üçüncü fıkrasında yasak sorgu yöntemine sanık rıza gösterse bile delil olarak kullanılamaz.

Ses ve/veya görüntü kayıtları keşif suretiyle gerçekliği saptanmadığı sürece belge delili olarak kabul edilmemektedir<sup>64</sup>. Bunun yanında ağırlıklı görüş kişilik hakları ile irtibatlı dolayısıyla delil yasağının kapsamında olduğundan kullanılmaması üzerinedir<sup>65</sup>.

Alman Federal Mahkemesi (yüksek mahkeme) kararlarında maddi ve şekli hukuka aykırılıklar bakımından benimsenen anlayış Yargıtay'a göre (mutlak hukuka aykırılık) farklılık arz etmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere bazı sınırlı hallerde yüksek mahkeme tarafından belirlenen kriterleri sağlaması halinde “haklar alanı” ve “çıkarların dengelenmesi” teorileri ile mutlak-nispi hukuka aykırılık ayırımını benimsediği kabul edilebilir.

Haklar alanı teorisine<sup>66</sup> (Rechtskreistheorie) göre hukuka aykırı delil elde edilerek gerçekleştirilen ihlalin sanığın hukuki alanını önemli ölçüde etkileyip etkilemediği ya da onun için önemsiz olup olmadığı değerlendirilir. Bu değer-

<sup>62</sup> BOZBAYINDIR, Gülşah Bostancı, “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Eylül 2019, C. 14, S. 157, s. 1751.

<sup>63</sup> 1950 Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 2021'de değişikliğe uğramış halidir, (çevrimiçi) [https://legislationline.org/sites/default/files/documents/3c/GERM\\_CPC\\_de.pdf](https://legislationline.org/sites/default/files/documents/3c/GERM_CPC_de.pdf), E.T. 28.08.2024.

<sup>64</sup> LÜCKING, Erika, “Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs”, **Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht**, Freiburg im Breisgau, 1992, s. 34.

<sup>65</sup> KÜPPER, Georg, “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate - Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverboten im Strafverfahren”, **Juristen Zeitung**, Mayıs 1990, C. 45, S. 9, s. 416; SCHAAL, Ingrid Maria, **Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren**, Tenea Verlag, Berlin, 2002, s. 113-114; SCHWABEN, Sylvia, **Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverboten**, Cuvillier Verlag, Göttingen, 2005, s. 178-179.

<sup>66</sup> ÇINAR, s. 44; OSMANOĞLU, Kerem, “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2012, S. 18, s. 147.

lendirmede, hükmün gerekçesi ve kimin yararına oluşturulduğu sorusu da dikkate alınmalıdır<sup>67</sup>.

Çıkarların dengelenmesi teorisi (Abwägungstheorie) ise, bazı hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesine kısmen olanak tanıyarak meseleye yaklaşmaktadır<sup>68</sup>. Burada hukuka aykırı delilin ceza muhakemesinde kabul edilmemesi halinde ihlal edilecek olan hak ile çıkar arasında dosya üzerinden somut olay dikkate alınarak<sup>69</sup> orantılı bir değerlendirmeye kullanıp kullanılmayacağı hususunda karar verilmektedir<sup>70</sup>. İhlal edilen hak devletin suçları cezalandırma çıkarından üstünse hukuka aykırı elde edilen delil ceza muhakemesinde değerlendirme dışı kalır<sup>71</sup>. Yüksek mahkemenin hukuka aykırı delillere ilişkin problemlerin çözümünde yerleşik içtihadı çıkarların dengelenmesi teorisi üzerine kurulmaktadır.

Örneğin, Flensburg Bölge Mahkemesi Büyük Ceza Dairesinin I Qs 29/21 dosya numaralı ve 10.01.2022 tarihli kararında<sup>72</sup> üçüncü kişiler hukuka aykırı yöntemlerle delil elde etmiş olsa da bunların ceza yargılamasında kullanılmayacağı anlamına gelmeyeceğini ifade ederek nispi hukuka aykırılık anlayışını benimsemiş ve delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğinden bahisle temyiz başvurusu yapan davalının başvurusunu reddedilmiştir. Ayrıca yüksek mahkeme hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin sanığın aleyhine kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin her somut olayda değerlendirilmesi adına birtakım kriterler getirmiştir. Bunlar;

- 1- Yasağın türü
- 2- Usule ilişkin ihlalin ağırlığı

<sup>67</sup> LIESCHKE, Michelle Nicole, **Ausgewählte Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess**, Diplomarbeit an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen Fachbereich Rechtspflege, Meißen, 2021, s. 11.

<sup>68</sup> ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck Verlag, 30. Auflage, München, 2022, s. 184; ELLERBROK, Torben / HARTMANN, Lucas, “Die Fernwirkung des öffentlich-rechtlichen Reaktionsrechts auf die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote”, C. 134, S. 3, **De Gruyter**, 2022, s. 716; RÖSSNER, Dieter, **30 Probleme aus dem Strafprozessrecht**, 2. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, 2007, s. 81; KRETSCHMER, Joachim, “Die Lehre Der Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote in Deutschland im Konflikt Zwischen Freiheit Und Sicherheit”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 1, S. 1, s. 18.

<sup>69</sup> AKYÜREK, s. 68; BOZBAYINDIR, s. 1752.

<sup>70</sup> LIESCHKE, s. 11.

<sup>71</sup> KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 263.

<sup>72</sup> LG Flensburg - Az.: I Qs 29/21 - Beschluss vom 10.01.2022 (çevrimiçi) <https://www.strafrechtsiegen.de/rechtswidrig-erlangte-beweismittel-beweisverwertungsverbot>, E.T. 20.11.2024.

## 3- Etkilenen hukuki menfaatlerin önemi

## 4- Etkili bir cezai kovuşturmadaki kamu menfaati ile çatışan menfaatlerin tartışılması

Yüksek mahkemeye göre<sup>73</sup>: Ceza Muhakemesi Kanunu ne pahasına olursa olsun gerçeği araştırmayı amaçlamasa bile, delillerin kullanılmasına ilişkin bir yasağın varsayılması, ceza hukukunun temel bir ilkesini, yani mahkemenin gerçeği araştırması ve bu amaçla delil toplamayı re'sen önemli olan tüm olgu ve delillere genişletmesi ilkesini kısıtlamaktadır. Bu nedenle, delillerin kullanılmasının yasaklanması, ancak istisnai durumlarda, bireysel hukuki menfaatlerin herhangi bir yasal dayanaktan uzak bir müdahale ile hukuk devleti ilkelerine göre düzenlenmiş bir usul olarak soruşturma usulünün kalıcı olarak zarar görmesine neden olacak kadar ciddi bir şekilde zarar görmesi halinde, bireysel davalarda önemli nedenleri geçersiz kılmak için açık bir yasal emir olmaksızın kabul edilebilir. Ayrıca, ihlal edilen hükmün bir sanığın usule dair konumunu güvence altına almayı amaçlayıp amaçlamadığına veya ihlalin sanık için önemsiz olup olmadığına da bağlıdır.

Yüksek mahkeme tüm bu koşullar değerlendirerek hukuka aykırı olduğu ileri sürülen görüntü kayıtlarının mevcut davada delil değerlendirme yasağına tabi olmayacağını belirtmiştir. Kararlara bakıldığında mutlak değerlendirme yasağının katı uygulanmadığı görülmektedir. Türk ceza muhakemesi hukukunda ise, ses ve/veya görüntü kayıtlarının muhakemede delil olarak kullanabilmesi için usulüne uygun elde edilmiş olması aranmaktadır. Bunun istisnası Yargıtay'ın sözlü işlenen hakaret, tehdit ile şantaj gibi suçların ispatındaki güçlük dolayısıyla ve başka suretle delil elde edilebilmesi mümkün olmadığından telefon görüşmelerinin ses kayıt programı ile kaydedilmesidir. Bu şekilde elde edilen delillerin konuşmanın tarafına hakaret veya tehditte bulunması için tuzak kurulmadığı sürece konuşmanın seyri içerisinde yapılan kayıtların muhakemede kullanılmasına izin vermektedir<sup>74</sup>. Örneğin, Yargıtay'ın bu minvalde verdiği bir

<sup>73</sup> OLG Stuttgart, 04.05.2016 tarihli kararı, 4 Ss 543/15, aynı yönde değerlendirme yapmış ve nispi hukuka aykırılığı benimsemiştir. Bu şekilde Alman Yüksek Mahkemenin birden fazla kararı bulunmaktadır. (Çevrimiçi) <https://www.verkehrsexikon.de/Urteile/Rspr8019.php>, E.T. 20.08.2024.

<sup>74</sup> “Katılanın, sanığın kendisine hakaret ettiğini iddia ettiği olaydan bir gün sonra bu durumu delillendirmek amacıyla sanıkla buluşma ayarlayıp aralarındaki konuşmayı gizlice kaydetmeye başlaması, konuşmayı yönlendirerek sanığın hakaret içerikli sözleri söylemesine neden olması ve kayıt oluşturulduktan sonra şikâyetçi olması karşısında, kayda alma esnasındaki durumun ani geliştiğinden ve katılana karşı işlenen bir suç bulunduğundan bahsedilemeyecek olup sırf delil oluşturmak amacıyla ve sanık yönlendirilerek elde edilen ses kaydının hukuka uygun olarak elde edildiğinden söz edilemeyeceği, CMK'nın 217. maddesine aykırı olan bu kayıtların belirleyici delil olarak kullanılmasının bir bütün olarak yargulamanın hakkaniyetini zedelediği ve hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir.” Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2018/18-39, K. 2020/485, KT. 01.12.2020, (çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025; Aynı

kararında, meşru savunma kapsamında değerlendirilebilecek durumlarda, mağdurun, hakaret, tehdit veya şantaj gibi suçlara maruz kaldığı anda konuşmaları kayıt altına almasının hukuka uygun olduğu belirtilmiştir. Somut olayda, ev sahibi olan katılanın, kiracısı ve aynı zamanda alacaklısı olduğunu iddia ettiği sanıklarla yaptığı telefon görüşmelerini kaydederek yetkili makamlara sunmak amacıyla bu kayıtları topladığı anlaşılmıştır. Yargıtay, bu kayıtların hukuka uygun delil olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiş ve kayıtların tüm dosya kapsamıyla birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumlarının belirlenmesi gerektiğini vurgulamıştır. Bu istisna dışında koruma tedbirine başvurulmadan alınan kayıtlar mutlak değerlendirme yasağı kapsamındadır.

Yüksek mahkemenin başka bir kararında<sup>75</sup> susma hakkının şüpheliye bildirilmemesi halinde alınan ifade hukuka aykırı olsa da şüpheli kendinde bu hakkın olduğunu biliyorsa delil kullanma yasağının kapsamında olmaz. Aynı durumu duruşmada rıza alınmadan verilen ifadeler için de yorumlamaktadır. Yüksek mahkeme bu hukuki değerlendirmeleri menfaat dengesini gözeterek ve somut olaya göre yapmıştır<sup>76</sup>.

#### **D. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Benimsenen Sistem ve Yargıtay Uygulaması**

Türk ceza muhakemesi hukukunda 1992 yılına kadar hukuka aykırı deliller ve delil yasakları ile ilgili normatif bir düzenleme bulunmamaktaydı. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda<sup>77</sup> (CMUK) 1992 yılında yapılan değişiklikle, mutlak değerlendirme yasağı hukukumuzda getirilerek tüm hukuka aykırı deliller değerlendirme dışı bırakılmıştır<sup>78</sup>. AY m.38/6 ile bu ilke 2001 yılında değişiklik yapılarak ek fıkra şeklinde getirilmiştir<sup>79</sup>. CMUK'daki hükümler benzer hali ile CMK'ya alınmıştır. CMK'nın 217'nci maddesinin 2'nci fıkrasında hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin suçların ispatlanmasında kullanılması yasaklanmıştır.

yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2010/5-187, K. 2011/131, KT. 21.06.2011; Yargıtay 4. CD, E. 2019/5283, K. 2021/27483, 24.11.2021, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 01.01.2025.

<sup>75</sup> BGH 5 StR 190/91 - Beschluss vom 27. February 1992 (OLG Celle), (çevrimiçi) <https://www.hrr-straftrecht.de/hrr/5/91/5-190-91.php>, E.T. 01.01.2025.

<sup>76</sup> KRETSCHMER, Joachim / FERENDECİ, Özden Özkaya, "Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı - Anlamı, İşlevi ve Şartları", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2018, C. 24, S. 1, s. 443.

<sup>77</sup> RG. 20.04.1929, S. 1172.

<sup>78</sup> CMK'nın Delillerin takdir salahiyeti başlıklı m.254/2 "Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz."

<sup>79</sup> "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez."

Ceza muhakemesinin hemen her aşaması ispata yönelik bir faaliyet olduğu için hukuka aykırı deliller, muhakemenin hiçbir aşamasında kullanılmamalıdır. CMK'nın mutlak hukuka aykırılığı kabul ettiği görülmektedir. Nitekim CMK m.148'de hukuka aykırı ifade ve sorgu yöntemleri düzenlenerek ceza muhakemesinde değerlendirilmesi yasaklanmıştır<sup>80</sup>. CMK'nın 289'uncu maddesinin 1'inci fıkrasının (i) bendinde ise, hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillere dayanması mutlak bozma sebebi olarak düzenlenmiştir. CMK m.217/2 ve AY. m.38/6'da delillerin hukuka aykırı yöntemlerle delil elde edilmesinin hükme esas teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun yerleşik içtihatlarında, mutlak-nispi hukuka aykırılık ayırımını dikkate alarak, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanması, sanığa haklarının hatırlatılmaması (susma hakkı, müdafî tayini isteme hakkı vb.), müdafî olmaksızın alınan ifadenin sanık tarafından muhakemede tekrar edilmemesine rağmen hükme esas alınması<sup>81</sup>, hayatın gizli alanına (özel hayatta değil) yapılan müdahaleler<sup>82</sup> gibi mutlak hukuka aykırılık hallerinin dışında kalan durumlarda hâkimin, orantılılık ve kamu yararı ilkelerini göz önünde bulundurarak bir değerlendirme yapması gerektiğine karar verilmektedir. Bu kararlarda, hak ihlaline yol açmayan ve yalnızca basit şekli bir ihlal olarak kalan hukuka aykırılığın, delilin geçerliliğini etkilemeyeceği vurgulanmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu minvalde yaptığı değerlendirmelerde Cumhuriyet savcısı, iki ihtiyar heyeti üyesi veya iki komşu bulunmadan yapılan aramada bulunması gereken kişilerin bulunmaması suretiyle CMK m.119 maddesi anlamında şekli bir aykırılık söz konusu olmasına rağmen hak ihlali görmemiş ve hukuka aykırı delil saymamıştır<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, "Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, C. 57, S. 3, s. 52.

<sup>81</sup> "Somut olayda, yasal düzenleme ile kolluk tarafından müdafî bulundurmadan alınan beyanın sanık tarafından mahkemede tekrar edilmemesi hâlinde hükme esas alınması yasaklandığı gibi, duruşmada okunmasına dahi izin verilmemiştir. Delil değerlendirilmesinde bu şekilde yapılan hukuka aykırılıkların basit bir şekil hatası olarak görülmesine olanak yoktur." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2015/1-396, K. 2018/323, 03.07.2018, (çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>82</sup> "Bir suçun ispatı amacını taşısa bile kamu görevlisi olmayan özel şahıs statüsünde bulunan katılanın, kamu görevlerine ilişkin hükümlere tabii olması nedeniyle suçüstü hâlinin gerçekleşmediği bir durumda, ... yeri dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle CMK. 116 ve 130/1 maddelerine aykırı şekilde delil ele geçirme yönteminin hukuka aykırı olduğu ve yasak delil niteliğindeki suç konu el notlarının Anayasanın 38/6. maddesi ve CMK'nın 206 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınmayacağı kabul edilmelidir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2019/12-311, K. 2023/13, 18.01.2023, (çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>83</sup> Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2011/8-278, K. 2012/96, 13.03.2012; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/21-1067, K. 2017/131, 07.03.2017; Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/18-1146, K. 2020/68, 06.02.2020; Yargıtay 8. CD, E. 2023/2219, K. 2023/8674, 08.11.2023 (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 05.03.2025.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun "hint keneviri" kararında<sup>84</sup> delillerin elde edilmesine yönelik şekilde ilişkin herhangi bir kurala aykırılığın delili hukuka aykırı hale getirmeyeceğini, ancak sanığın haklarını koruyan esasa ilişkin kural-lara aykırılık halinde hukuka aykırı delilin varlığının kabul edilebileceğine karar vermiştir. Şekli aykırılıkları değerlendirme dışı bırakmayarak mutlak ve nispi hukuka aykırılık ayrımı yapmıştır. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bu şekilde mutlak hukuka aykırılığı benimsediği başka kararları da bulunmaktadır. Buna göre aramada hazır bulundurulacak kimselerin bulunmamasını mutlak hukuka aykırılık olarak kabul etmekte ve bu suretle elde edilen delillerin muhakemede kullanılmaması gerektiğini kabul etmektedir.<sup>85</sup> Bunu destekler nitelikte bireysel başvuru üzerine AYM'nin önüne gelen dosyalarda hukuka aykırı delil kullanılmışsa adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir. Anayasa Mahkemesi bir kararında hükme esas teşkil eden delillerin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olması halinde mutlak hukuka aykırı olacağını ifade etmektedir<sup>86</sup>. Gerçekten mahkemeye göre; yargılamanın esas ve belirleyici delilleri, hukuka aykırı şekilde yapılan arama sırasında ele geçirilen post, trofe ve boynuzlar ile bunların niteliğini ve değerini tespit eden bilirkişi raporları ve kollukça düzenlenen tespit tutanaklarıdır. Ancak, bu delillerin hukuka aykırı bir

<sup>84</sup> "1-Hakim kararına dayalı olarak ancak hakim veya savcı katılmaksızın CMUK.nun 97/2. maddesinde belirtilen kişiler de bulundurulmadan yapılan arama yasaya aykırıdır ve bu şekilde yapılan arama sonucu elde edilen ürünler ve bunlarla ilgili bilirkişi raporu yargılamada kanıt olarak kullanılamaz. 2-Yasaya aykırılık nispi de olsa kullanılamaz. Kaldı ki, yasaya mutlak aykırılık vardır. Çünkü, yasanın aramada ihtiyar heyeti veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğunu araması aslında kişinin özel hayatının dokunulmazlığına yasa ile getirilmiş bir sınırlama olan arama işleminin yapılması sırasındaki yöntemi belirtmesi ve bu haliyle getirilen sınırlamanın sınırını çizmesi açısından çok önemli amaçlar taşımaktadır. Bu amaçlar iki şekilde ortaya çıkmaktadır; a-Kolluğun olası keyfi davranışlarını önleyici etkisi ile hak ihlallerini ortadan kaldırmak, b-Arama sonrasında, aramanın yönetime aykırı olarak yapıldığı savıyla bireyler tarafından kolluğa yöneltililecek haksız suçlamaları önlemek. Böyle olunca da kurala uyulmaması kanımızca yasaya mutlak aykırılık olarak değerlendirilmelidir. 3-Anılan düzenlemeye aykırılığı nispi aykırılık kabul edip bu şekildeki arama sonucu elde edilen kanıtları değerlendirilebilir olarak gören karar, örnek oluşturacak ve kolluğun disipline edilmesi amacının aracı olan bu kuralın bir daha hiç gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2005/7-144, K. 2005/150, 29.11.2005, (Çevrimiçi) <https://kazanci.com.tr>, E.T. 15.01.2025.

<sup>85</sup> "Aramanın, o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi hazır bulundurulmaksızın yapılması nedeniyle icrası bakımından hukuka aykırı olduğu ve bu arama işlemi sırasında ele geçirilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş olduğu, 5271 Sayılı CMK'nın 217. maddesinde hâkimin ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabileceğinin hüküm altına alındığı, anılan Kanun'un 206. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendinde de ortaya konulmak istenen delilin kamuna aykırı olarak elde edilmiş olması hâlinde reddolunacağına ifade edilerek hukuka uygun elde edilmeyen delillerin ispat aracı olarak kabul edilmeyeceği ve hükme esas alınmayacağına açıklandığı hususları karşısında arama işleminin ve bu işlem sonucunda elde edilen ve Yerel Mahkemece mahkûmiyet hükmüne esas alınan delillerin de hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil olduklarının kabulü gerekir." Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2016/18-1146, K. 2020/68, 06.02.2020, <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 05.03.2025.

<sup>86</sup> Başvuru Numarası: 2013/6183, Karar Tarihi: 19.11.2014 Yaşar Yılmaz kararı, (çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2013/6183>, E.T. 15.01.2025.

arama işlemi sonucunda elde edilmiş olması nedeniyle, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Yine başka bir kararında hukuka aykırı şekilde gerçekleştirilen aramanın sonucunda elde edilen delillerin belirleyici delil olarak kullanılmasının adil yargılanma hakkını ihlal eder nitelikte olduğunu kabul etmiştir<sup>87</sup>.

Kanaatimce pozitif normlar ve uygulamayı yansıtan yargısal kararlar değerlendirildiğinde hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller, Türk ceza yargılaması hukuku sisteminde mutlak suretle dikkate alınmamalıdır. Özellikle Yargıtay kararlarında ve doktrinde aramada hazır bulunabilecek kişiler arasında sayılanlardan birinin aramada hazır bulunmamasının basit şekli aykırılık görülmesine ilişkin görüşler haksız neticelere yol açabilir. Zira aramada hazır bulunması gerektiğine ilişkin düzenleme (CMK m.120) kolluk tarafından sırf şüpheli/sanığın suç işlediğini ispatlamak için olmayan bir delil üretilmesi veya şüpheli/sanık lehine ya da aleyhine bir delilin yok edilmesi ihtimallerinin önüne geçmektedir. Bir nevi CMK m.120 arama tanığı işlevi görmektedir. Aramanın güvenilirliği bakımından bu kişilerin aramada bulundurulması gereklidir. Dolayısıyla aramada hazır bulunacak kişiler göz önüne alınmadan sadece basit şekli aykırılık görülerek delilin kullanılması halinde hukuk devleti ilkesi zarar görecektir. Bu yüzden karar verirken hâkim, mutlak değerlendirme yasağını göz önünde bulundurmalıdır.

## SONUÇ

Ceza muhakemesi, suç işlendiği iddia edilen kişilerin yargılanması sürecidir ve toplumun huzur ve güvenliğinin sağlanması için büyük bir öneme sahiptir. Bu süreçte, her şeyden önce ceza hukukunun temel ilkeleri doğrultusunda, maddi gerçeğe ulaşmak adına deliller büyük bir rol oynamaktadır. Ceza muhakemesinin başarılı bir şekilde işleyebilmesi için, suçun ispatlanmasında kullanılan delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi ve adil yargılama ilkesine zarar verilmemesi gerekmektedir.

Delil yasakları, ceza muhakemesinde önemli bir yer tutar. Bu yasaklar, hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin kullanılmasını engeller ve dolayısıyla yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesini sağlar. Hukuka aykırı delillerin yargılama sürecine dahil edilmesi yalnızca sanığın haklarını ihlal etmekle kalmaz, aynı zamanda yargılama sürecinin adil bir şekilde yürütülmesini de tehdit

<sup>87</sup> Başvuru Numarası: 2019/21704, Karar Tarihi: 20.09.2023 Mehmet Cengiz ve Rıdvan Cengiz kararı, (çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/21704>, E.T. 05.03.2025.

eder. Bu bağlamda ceza muhakemesindeki delil değerlendirmeleri, sadece suçun tespiti amacıyla değil, aynı zamanda toplumsal adaletin sağlanması ve hukukun üstünlüğünün korunması amacıyla da büyük bir öneme sahiptir. Bu sebeple ceza muhakemesi hukukunda delil yasakları, önemli bir denetim mekanizması olarak işlev görmektedir.

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen deliller insan hakları ihlalleri göz önünde bulundurularak mutlak bir şekilde hükme esas teşkil etmemelidir. Kanunumuz mutlak hukuka aykırılığı kabul etmektedir. Basit şekli aykırılıkları göz ardı etmek bazı durumlarda sanık lehine olsa da sanık aleyhine olan durumlarda da kullanılacağı anlamına gelir. Bu şekilde kullanılması durumunda kanunda yer alan delil yasağının bir önemi kalmaz. Hukuka bağlı bir devlette hiçbir zaman amaç, aracı haklı göstermez ve hukuka aykırı davranmanın hiçbir mazereti olamaz. Bu şekilde, hukuka aykırı elde edilen delillere ceza muhakemesinde göz yumulması halinde hukuk devleti ilkesi zarar görür.

Kanunumuz, hukuka aykırı delillerin hükme esas teşkil etmeyeceğini düzenlemiş ve bu delillerin dosyada gösterilmesi zorunluluğunu getirmiştir. Delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilip edilmediği, yargılama yapan mahkemece takdir edildiğinden, hâkim hukuka aykırı olan delilden ister istemez etkilenmektedir. Bu nedenle, delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmeyi yapacak olan mahkeme, esasa bakan mahkeme olmamalıdır. Ceza muhakemesi evrelerinde, delillerin hukuka aykırılığını değerlendirecek bir üst mercii kurulmalı ve bu merciin kararı doğrultusunda delil, kapalı ve mühürlü bir zarf içinde muhafaza edilmelidir. Elde edilen deliller, bu mahkemece değerlendirildikten sonra hüküm için kullanılmalıdır. Bu şekilde, esasa bakan mahkeme hukuka aykırı delilden etkilenmemiş olur. Delilin hukuka aykırı yöntemlerle elde edildiğine ilişkin karar veren mahkemede aslı bulunmalı, esasa bakan mahkemedeki dosyada ise yalnızca hukuka aykırı olan delilin ne olduğu yazılmalıdır. Hukuka aykırı deliller, dava dosyasından ayrı olarak olağan veya olağanüstü kanun yolları için muhafaza edilmelidir. Esasa bakan mahkemenin önüne sadece hukuka uygun yöntemlerle elde edilen deliller gelmelidir. Bu şekilde, hukuka aykırı delilin hâkimin kanaatine etki etmeyeceği düşünülebilir.

Maddi hukuka aykırılık ve şekli hukuka aykırılık ayrımının yapılması anlamsızdır. Zira ister maddi olarak hukuka aykırı olsun ister şekli olarak hukuka aykırı olsun, delil elde edilmesi için hukuka aykırı yöntemlere başvurulduğundan hükme esas alınmamalıdır. Kaldı ki mevzuatımızda açıkça kabul edilen mutlak değerlendirme yasağı, kanunilik ilkesi ve hukuk devleti ilkesi gereği,



boyutu önem arz etmeksizin bu şekilde elde edilen delillerin hiçbir istisnaya yer verilmeksizin muhakemede kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Eğer böyle bir istisna tanınacaksa kanunla tanınmalı ve buna engel olacak hükümler çıkarılmamalıdır. Yasak delillerin mevzuatımızda yer almasının sebebi hak ihlallerinin önüne geçmek AİHS ve Anayasa ile güvence altına alınan adil yargılamayı tesis etmektir. Buna izin vermek geniş anlamda insan hakları ve temel özgürlüklere müdahale anlamını taşıyacaktır.

Türk ve Alman ceza muhakemesine ilişkin kanuna, doktrin görüşlerine ve yüksek mahkeme kararlarına bakıldığında hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi konusunda farklı kriterler ve hukuki değerlendirmeler ortaya konulduğu görülmektedir. Ceza muhakemesinin temel ilkelerinden biri olan adil yargılanma hakkı, delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesini zorunlu kılmaktadır. Bir tarafta, hukuka aykırı delillerin kesinlikle yargılamada kullanılmaması gerektiği görüşü savunulurken, diğer tarafta bu tür delillerin sınırlı koşullar altında kullanılabilmesi savunulmaktadır. Hukuka aykırılığın yalnızca şekli bir eksiklik değil, aynı zamanda sanığın temel haklarının ihlali anlamına da gelebileceği bir gerçekliktir. Bu noktada, delillerin elde edilmesinde kullanılan yöntemlerin, sadece suçun aydınlatılmasına katkı sağlaması değil, aynı zamanda sanığın haklarını ihlal etmeyecek şekilde düzenlenmesi gereklidir.

Hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin yargılamada kullanılmasına ilişkin doktrinde farklı görüşler ortaya konulmuş olsa da ceza muhakemesi hukukunun temel ilkeleri ve adil yargılanma hakkı çerçevesinde değerlendirildiğinde, bu tür deliller kanaatimce yargılamada kullanılmamalıdır. Mutlak değerlendirme yasağı sanığın haklarını korumakla kalmamakta, aynı zamanda toplumsal adaletin yerine getirilmesine katkı sağlamaktadır. Bu yüzden bazı kriterler ve istisnalar üretip buna cevaz vermek kötüye kullanmalara yol açacağından mutlak değerlendirme yasağından ayrılmamak gerekir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

AKYÜREK, Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, S. 101, s. 61-82.

ARTUK, Mehmet Emin / GÖKCAN, Ahmet / ALŞAHİN, Mehmet Emin / ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.

AYDIN, Devrim, **Ceza Muhakemesinde Deliller**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

BİRTEK, Fatih, **AİHM Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

BOZBAYINDIR, Gülşah Bostancı, “Karşılaştırmalı Hukukta Delil Değerlendirme Yasakları”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Eylül 2019, C. 14, S. 157, s. 1746-1765.

CENTEL, Nur / ZAFER, Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 19. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2020.

ÇINAR, Ali Rıza, “Hukuka Aykırı Kanıtlar”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2004, S. 55, s. 31-64.

DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II**, 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2019.

DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Dışlama Kuralı ve Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

EISENBERG, Ulrich, **Beweisrecht der StPO**, 8. Auflage, C.H. Beck Verlag, München, 2012.

ELLERBROK, Torben / HARTMANN, Lucas, “Die Fernwirkung des öffentlich-rechtlichen Reaktionsrechts auf die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote”, C. 134, S. 3, **De Gruyter**, 2022, s. 708-746.

ERYILMAZ, Ali, **Ceza ve Disiplin Hukukunda Hukuka Aykırı Delil**, HUKAB Yayınları, Ankara, 2013.

GEDİK, Doğan, “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 913-963.

GEDİK, Doğan / TOPALOĞLU, Mahir, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

- GÖKCEN, Ahmet / ÇAKIR, Kerim, “Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağanı, 2019, C. 21, Özel Sayı, s. 2911-2951.
- GÜLŞEN, Recep, “Yargıtay Kararları Işığında Hukuka Aykırı Aramada Elde Edilen Delillerin Ceza Muhakemesinde Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, Adalet Yayınevi, 2015, C. 3, S. 2, s. 227-251.
- İPEKÇİOĞLU, Pervin Aksoy, “Gözaltında Alınan İfadenin Önemi ve Delil Değeri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. 57, S. 3, s. 51-82.
- KARABULUT, Ferhat / KARAPAZARLIOĞLU, Ersin / TOSUN, Hamza, “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2015, S. 120, s. 386-422.
- KARAKEHYA, Hakan, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2007, C. 65, S. 2, s. 121-142.
- KATOĞLU, Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.
- KAYA, Köroğlu, “İnsan Haklarının Korunması ve Ceza Politikası Bağlamında İşkence Yasağı ve Hukuka Aykırı Deliller”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Ocak 2016, Y. 7, S. 24, s. 461-512.
- KAYMAZ, Seydi, **Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- KOCA, Mahmut, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2000, C. 4, S. 1-2, s. 105-146.
- KRETSCHMER, Joachim, “Die Lehre Der Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote in Deutschland im Konflikt Zwischen Freiheit Und Sicherheit”, **Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2019, C. 1, S. 1, s. 17-37.
- KRETSCHMER, Joachim / FERENDECİ, Özden Özkaya, “Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı - Anlamı, İşlevi ve Şartları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Haziran 2018, C. 24, S. 1, s. 440-445.
- KÜPPER, Georg, “Tagebücher, Tonbänder, Telefonate - Zur Lehre von den selbständigen Beweisverwertungsverböten im Strafverfahren”, **Juristen Zeitung**, Mayıs 1990, C. 45, S. 9, s. 416-424.
- LIESCHKE, Michelle Nicole, **Ausgewählte Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverböte im Strafprozess**, Diplomarbeit an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Rechtspflege, Fortbildungszentrum des Freistaates Sachsen Fachbereich Rechtspflege, Meißen, 2021.

- LÜCKING, Erika, “Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs”, **Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht**, Freiburg im Breisgau, 1992.
- MERAKLI, Serkan, **Ceza Hukukunda Kusur**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- OSMANOĞLU, Kerem, “Ceza Muhakemesi Açısından Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi”, **Ceza Hukuku Dergisi**, Nisan 2012, S. 18, s. 137-172.
- ÖNDER, Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler C. II**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- ÖZBEK, Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları”, **Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, C. III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan**, İstanbul, 2010.
- ÖZBEK, Veli Özer / DOĞAN, Koray / BACAŞIZ, Pınar, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- ÖZBOYACI, Alper, **Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Yasakları**, Kazancı Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2008.
- ÖZDEMİR, Sibel Damla, “Hukuka Aykırı Delillerin Uzak Etkisi (Zehirli Ağacın Meyvesi Zehirli Olur Kuralı)”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye 80. Yıl Armağanı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 569-589.
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / GEZER, Özge Sırma / KIRIT, Yasemin Saygılar / ALAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / TÜTÜNCÜ, Efser Erden / VİLLEMİN, Derya Altınok / TOK, Mehmet Can, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, 18. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ÖZTÜRK, Berna, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Ankara Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin Fakültelerine Armağanı**, Ankara, 2008.
- ÖZTÜRK, Mustafa Kağan, “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Temmuz 2021, C. 16, S. 179, s. 1339-1353.
- ROXIN, Claus / SCHÜNEMANN, Bernd, **Strafverfahrensrecht**, C.H. Beck Verlag, 30. Auflage, München, 2022.
- RÖSSNER, Dieter, **30 Probleme aus dem Strafprozessrecht**, 2. Auflage, Hermann Luchterhand Verlag, 2007.
- SCHAAL, Ingrid Maria, **Beweisverwertungsverbot bei informatorischer Befragung im Strafverfahren**, Tenea Verlag, Berlin, 2002.
- SCHWABEN, Sylvia, **Die personelle Reichweite von Beweisverwertungsverböten**, Cuvillier Verlag, Göttingen, 2005.
- SOYASLAN, Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Aralık 2003, C. 7, S. 3-4, s. 9-26.

- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 15. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ŞENOL, Cem, **Teori ve Uygulamada Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin Kullanılması ve Değerlendirilmesi Yasası**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÜNVER, Yener / HAKERİ, Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt III**, 20. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- YENİSEY, Feridun / NUHOĞLU, Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, 10. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.



# İdari Hakimin Kanuna Rağmen Dereceli Yargılamayı Sağlama Direnci: Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı Geri Göndermesi Hakkında Bir Etüd<sup>(\*)</sup>

The Administrative Judge's Resistance to Provide a Graded Trial Despite the Law: A Study on the Regional Administrative Court's Return of the File

Necip Taha GÜR<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

İstinaf kanun yolunun uygulanmaya başlamasından bugüne, üzerinde tartışmaların sürdüğü bazı konular bulunmaktadır. Bölge idare mahkemelerinin istinaf denetiminde kural ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp esas hakkında karar vermesi iken kanun genel olarak ilk derece mahkemesinin esasa dair inceleme yapmadığı durumlarda kararı geri göndermesi gerektiği şeklinde düzenlenmiştir. Hal böyle iken kanunda yazmayan geri gönderme sebepleri dışında, bölge idare mahkemeleri eliyle kanun yolunu genişletme izlenimi uyandıran uygulamalara rastlanılmaktadır. Bu tür uygulamayla bölge idare mahkemesi ile Danıştay ve ilk derece mahkemesi arasında bir gerilim meydana gelmektedir. Hem doktrin hem de yargı kararlarıyla eleştirilen bu uygulamayla ilgili olarak gelen noktada, İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK) 45/5 hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuş ancak mahkeme söz konusu hükmü temyize tabi kararlar bakımından anayasaya aykırı görmemiştir. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili değerlendirmesinin, idari yargı yerleri bakımından itibar görüp görmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bölge idare mahkemelerinin kanundaki açık hükmü ihmal ederek, dereceli yargılamayı sağlamak gayesiyle geliştirdikleri uygulamanın sürüp sürmediğinin Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve Bölge İdare Mahkemeleri kararları ışığında güncel olarak analiz edilmesi, kanun koyucunun yeni bir düzenleme yapma konusunda inisiyatif almasını da gerekli kılabılır. Ayrıca dereceli yargılamanın sağlanması amacıyla kanunda belirtilmeyen gönderme sebepleri dışında kararın geri gönderilmesinin diğer yargılama usulü ilkelerine de aykırılık gösterebileceğinin belirtilmesi önem arz etmektedir.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.01.2025  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 17.02.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1616688>

Bu makaleye atf için: GÜR, Necip Taha, "İdari Hakimin Kanuna Rağmen Dereceli Yargılamayı Sağlama Direnci: Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı Geri Göndermesi Hakkında Bir Etüd", **İMİHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 121-150

(\*\*) *Dr. Öğr. Üyesi*, Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı, Yalova - Türkiye  
E-posta: [necip.gur@yalova.edu.tr](mailto:necip.gur@yalova.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-6813-6180>

**Anahtar Kelimeler:**

İstinaf, Bölge İdare Mahkemesi, Gönderme Kararı, Dereceli Yargılama, Eksik İnceleme.

**Abstract:**

Since the implementation of the legal remedy of appeal, there are some issues on which discussions continue. While the rule in the appellate review of the Regional Administrative Courts is to lift the decision of the court of first instance and decide on the merits, the law generally regulates that the court of first instance should send the decision back in cases where the court of first instance has not examined the merits. However, there are practices that give the impression of expanding the legal remedy by the regional administrative courts, except for the reasons for sending the decision back, which are not stipulated in the law. Such practices create a tension between the regional administrative court, the Council of State and the Court of First Instance. Regarding this practice, which has been criticized by both doctrine and judicial decisions, the Constitutional Court has been applied to the Administrative Procedure Law (APL) 45/5 with the claim of unconstitutionality, but the court did not find the provision unconstitutional in terms of decisions subject to appeal. Nevertheless, it is necessary to examine whether the Constitutional Court's assessment on the subject is respected in terms of administrative jurisdictions. Therefore, an up-to-date analysis of whether the practice developed by the regional administrative courts with the aim of ensuring a graduated trial by neglecting the explicit provision in the law continues or not, in the light of the decisions of the Constitutional Court, the Council of State and the Regional Administrative Courts, may require the legislator to take the initiative to make a new regulation. In addition, it is important to state that the return of the decision, except for the reasons for the return that are not specified in the law in order to ensure trial by degrees, may also be contrary to other principles of judicial procedure.

**Keywords:**

Appeal, Regional Administrative Court, Referral Decision, Graded Trial, Incomplete Review.

**GİRİŞ**

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda<sup>1</sup> (İYUK) yapılan reformla birlikte genel kanun yolu olarak kabul edilen istinaf denetimine ilişkin kapsam ve sınırlar, kanunun 45. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Hükme göre bölge idare mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulursa istinaf başvurusunun reddine karar verir (md.45/3). İlk derece mahkemesinin kararını hukuka uygun bulmadığı takdirde ise istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verir. Bu hâlde bölge idare mahkemesi işin esası hakkında yeniden bir karar verir. İnceleme sırasında ihtiyaç duyulması hâlinde kararı veren mahkeme veya başka bir yer idare ya da vergi mahkemesi istinabe olunabilir. İstinabe olunan mahkeme gerekli işlemleri öncelikle ve ivedilikle yerine getirir (md.45/4). Kanun, bölge idare mahkemesinin istinaf denetimi sonucunda ilk derece mahkemesinin kararını hukuka aykırı bulduğu takdirde kararı kaldırarak esas hakkında kural olarak yeniden karar vereceğini düzenlemiştir.

<sup>1</sup> RG. 20.01.1982, S. 17580.



ve hatta bu kuralı kuvvetlendirici biçimde istinabe usulüne de işaret etmiştir. Bölge idare mahkemesinin yeniden yargılama yapmayıp kararı ilk derece mahkemesine gönderebileceği durumlar ise, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâlleri (md.45/5) olarak kanunda sınırlı biçimde düzenlenmiş görünmektedir. Kanundaki bu hükme rağmen bölge idare mahkemeleri, kanunda yazmayan sebeplerle ilk derece mahkemesi kararlarını geri gönderebilmektedir. Uygulamada yaşanan problemler, hükmün Anayasa Mahkemesi'ne intikaline sebep olmuştur.

Çalışmada Anayasa Mahkemesi'nin İYUK md.45/5 hükmüyle ilgili kararı ve bunun arka planı analiz edilerek mevcut ve muhtemel sorunların çözümü noktasında önerilerde bulunulmuştur. Bu minvalde bölge idare mahkemeleri ile ilk derece mahkemeleri arasındaki çatışmanın görünümü ortaya konmuş, ardından bölge idare mahkemelerinin dereceli yargılamanın şeklen sağlanmaması gerektiğine dair görüşüyle şekillenen “bozma görünümlü gönderme kararları”, Anayasa Mahkemesi, Danıştay ve bölge idare mahkemeleri kararları ışığında değerlendirme altına alınmıştır.

## I. ÇATIŞAN İKİ YAKLAŞIMIN İZLERİ: BÖLGE İDARE MAHKEMESİ VE İLK DERECE MAHKEMESİ ARASINDAKİ GERİLİM

### A. Mevcut İstinaf Düzenlemesinden Murad Edilen Gerçekleşmedi Mi?

İstinaf kanun yolu bir başka kanun yolu olan temyizden farklıdır<sup>2</sup>. İstinaf kanun yolu reformatif özellik gösterirken, temyiz kanun yolu rekraktif (kararı geri almaya yönelik) niteliktedir. İstinaf, ilk derece mahkemesinin kararını bozmak şeklinde olmadan o kararı daha mükemmelleştiren, eksiklerini gideren, gerekçelerini kuvvetlendiren bir boyuttadır<sup>3</sup>. Bu boyutu gösteren yargı kararında, “*Kanun yolu, davanın taraflarına tanınan hukuksal bir yol olup, bu yol ile yanlış verildiği ileri sürülen yargı kararlarının; yeniden incelenmesi ve değiştirilmesi*”

<sup>2</sup> Bu konuda bkz. ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020; AVCI, Mustafa, **İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017; BİLGİN, Hüseyin, **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvurusu Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016; KAYAALP, Mustafa, “Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2024; YAZICI, Gün, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2024.

<sup>3</sup> GÜLAN, Aydın, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 148. Yıl**, Ankara, 2016, s. 19-27, s. 20-21.

*rilmesi, daha yüksek seviyedeki yargı mercilerinin denetimine tabi tutulması suretiyle sağlanması mümkündür. (...) (İ)stinaf konusu karardaki ihtilaf, dosyadaki mevcut bilgi ve belgeye göre çözülebilecek nitelikte değilse, dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeden re'sen araştırma ilkesi uyarınca gerekli inceleme ve araştırmaları bizzat yaparak işin esası hakkında yeniden karar vereceği, bu durumun temyiz ile istinaf incelemesi arasındaki en önemli farkı oluşturduğu, temyiz incelemesi sonunda karar bozulduğunda dosya ilgili mahkemeye ya da daireye geri gönderilirken, istinaf incelemesi sonunda karar kaldırıldığında dosya ilgili mahkemeye geri gönderilmeyip işin esası hakkında bölge idare mahkemesince karar verecektir”<sup>4</sup> hususu vurgulanmıştır.*

İstinaf, yüksek mahkemelerin iş yükünü azaltmak gibi dolaylı bir sonuç üzerinden tartışılrsa da kanun koyucu, istinafin bu sonuçlarının kendiliğinden gerçekleşmeyeceği sonucuna ulaşmış olacak ki çok sayıda davanın istinaf incelemesiyle kesinleşmesini kanunda ayrıca düzenlemiştir. Aslında istinaf, hukuki güvenlikle ilgilidir. Böylece davanın taraflarına hukuki tatmin sağlama işlevini yerine getirmektedir. Zira ilk derece aşamasında sonuçlanan dava, tüm yönleriyle bir üst mahkemede yeniden ele alındığı takdirde önemli bir hukuki tatmin imkanı vermektedir<sup>5</sup>. Hal böyle iken istinaf, davanın tarafları bakımından hukuki tatminsizliğin bir sebebi de olabilmektedir. Zira bölge idare mahkemesinden beklenen “reformatif” ya da “yeniden yargılama” fonksiyonu arka plana itilerek, ilk derece mahkemesinin esasında “yargılama” yapmadığı şeklindeki bir kabul üzerinden, ilk derece mahkemesinin gerçek anlamda bir yargılama yapmasına imkan vermek için geri gönderilerek, yargılamanın hayli uzamasına neden olunabilmektedir.

Bölge idare mahkemelerine istinaf kanun yoluyla yüklenen işlevle birlikte, Danıştay’ın içtihat mahkemesi özelliğini güçlendirmesi planlanırken, bölge idare mahkemesi eliyle oluşturulan ve adeta yeni bir temyiz mercii konumu ihdas edilerek, ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararların, kanunda yazmayan sebeplerle yeniden incelemesi için ilk derece mahkemesine geri gön-

<sup>4</sup> Ankara BİM, 5. İDD, E. 2020/61 K. 2020/1376 T. 31.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 20.12.2024; “(İ)lk derece mahkemesince verilen kararda tespit edilen maddi veya hukuki eksikliklerin istinaf mercii tarafından tamamlanarak nihai kararın da istinaf mercii tarafından verilmesi genel kural olmakla birlikte, idare mahkemesinin ilk inceleme üzerine vermiş olduğu karara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı görüldüğü hallerde, bölge idare mahkemesince istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmak suretiyle dosyanın idare mahkemesine gönderilmesine kesin olarak karar verileceği yönünde istisna düzenleme getirilmiştir.” D.6.D., E. 2022/5684 K. 2023/5362 T. 30.5.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 20.12.2024.

<sup>5</sup> SEZGİNER, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrıklıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 150. Yıl**, Ankara, 2018, s. 111-135, s. 120-121.

derilebildiğine dair örnekler, bir vakıa olarak karşımızda durmaktadır. Bölge idare mahkemelerinin, Danıştay'ın prototipi örgütlenmeler olarak temyiz incelemesine girişerek kararı bozup geri göndermesi, istinaftan beklenen faydayı vermemektedir. Böyle bir durum aynı zamanda usul ekonomisine<sup>6</sup> ve makul sürede yargılanmaya aykırıdır<sup>7</sup>. Diğer taraftan dosyanın üzerinde karar verilmesini mümkün kılmayacak ölçüde eksik olması yani eksik inceleme yapılması durumunda ilk derece mahkemesinin kanaati de tam olarak oluşmayacaktır. Bu durumun da istinaf kanun yolunun amacına uygun olmadığı ileri sürülmektedir<sup>8</sup>. İşte bu gibi teorik tartışmaların yapıldığı alanda, yargı yerlerinin de farklı yönde karar vermeleri kaçınılmaz olmaktadır.

Bölge idare mahkemeleri istinaf incelemesi yaparken, bu kanun yolunun mahiyeti gereği uyusmazlığa konu maddi olayın tespiti ve değerlendirilmesi yanında uygulanacak hukuk kuralının belirlenmesi ve yorumlanmasında ilk derece mahkemeleriyle aynı yetkiye sahiptir. Dolayısıyla ilk derece mahkemesince değerlendirilmeyen bir hususun istinaf merci tarafından dikkate alınarak bu konuda hüküm kurulmasını engelleyen kanuni düzenleme de bulunmamaktadır<sup>9</sup>. Bu bakımdan bölge idare mahkemelerinin kanunda yazmayan sebeplerle kararı geri göndermesinin arka planı üzerinden bir okuma yapma ihtiyacı söz konusudur<sup>10</sup>.

## B. Bölge İdare Mahkemelerinin Kararı Geri Gönderme Eğiliminin Arka Planı

İdari Yargılama Usulü Kanunu 45/5 madde hükmü<sup>11</sup>, bölge idare mahkemelerinin gönderebileceği ilk derece mahkemesi kararlarını konu edinmektedir. Ancak kanunda sayılan gönderme sebepleri dışında başkaca sebeplerle de bölge

<sup>6</sup> GÜNDAY, Metin, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 496.

<sup>7</sup> ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 823.

<sup>8</sup> AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 694.

<sup>9</sup> YAZICI, s. 196.

<sup>10</sup> Benzer bir tartışmanın medeni yargılama hukukunda da mevcut olduğunu ifade etmek gerekir Bkz. AKİL, Cenk, "Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m.353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme", **TAAD**, Sa. 38, Nisan 2019, s. 1-18; AKKAYA, Tolga, "İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi", **MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği 15. Toplantı**, Ankara, 6-7.10.2017, s. 115-181; ÜLKÜ, Murat Fatih, "İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine", **Ankara Barosu Dergisi**, 2023, C. 81, S. Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, 2023, s. 533-556; TABAK, Onur, "HMK m.353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi", **AndHD**, C. 9, Sa. 1, Ocak 2023, s. 155-168.

<sup>11</sup> "Bölge idare mahkemesi, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde, istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vererek dosyayı ilgili mahkemeye gönderir. Bölge idare mahkemesinin bu fıkraya uyarınca verilen kararları kesindir".

idare mahkemesi kararlarının gönderildiği yargı kararlarında rastlanılan bir durumdur. Meseleyi bu minval özelinde ele alan çalışmalar<sup>12</sup> bulunmasına rağmen, bizi bu çalışmayı yazmaya iten sebep, Ankara Bölge İdare Mahkemesi, İzmir Bölge İdare Mahkemesi ve Van 2. İdare Mahkemesinin İYUK md.45/5 hükmünün anayasaya aykırılığı iddiasıyla yaptığı başvuru neticesinde verilen üç Anayasa Mahkemesi kararının düşündürdükleridir. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi kararları yapısöküme (*dekonstrüksiyon*) tabi tutularak, yargı pratiğindeki problem, mahkeme karar metninin arka planı üzerinden tartışmaya açılacaktır. Meselelerin yüksek yargı organları tarafından da tartışıldığı gözlenmektedir. Danıştay 2023 yılı faaliyet raporunda, gönderme kararlarıyla ilgili olarak “İdari Yargıda Temyiz Yolu Kapalı Olan Uyuşmazlıkların Değerlendirilmesi ve Bölge İdare Mahkemelerince Usule İlişkin Gerekçelerle veya Yeniden İnceleme ya da Keşif ve Bilirkişi İncelemesi Yapılması Gerektiği Gerekçesiyle Verilen Kaldırma, Gönderme Kararlarının Temyiz İncelemesinde Yaşanan Sorunlar”<sup>13</sup> konusunda bir sunum yapıldığı görülmektedir. Esasında sorun, bölge idare mahkemeleri cephesinden ilk derece mahkemesinin gereği gibi yargılama yapmaması, ilk derece mahkemesi cephesinden ise istinaf kanun yolunun gereği olarak bölge idare mahkemesinin kanunda sayılan sebepler dışında dosyayı ilk derece mahkemesine geri göndererek, yapması gereken yeniden yargılamayı yapmamasıdır.

Bölge idare mahkemelerinin kanunda yazmayan sebeplerle ilk derece mahkemesi kararını kaldırıp geri gönderme eğilimini, somut norm denetimi başvurusunda İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi, “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45. maddesinin 5. fıkrasında, istinaf aşamasında bölge idare mahkemeleri dava dairelerince, ilk derece mahkemelerinin kararlarının kaldırılarak yeniden incelenmek üzere dava dosyasının mahkemesine gönderilmesini gerektiren durumların bir kısmı kanunda sayıldığı halde, kanun maddesinde öngörülmemen, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden görüşülmek üzere dava dosyasının mahkemesine iadesini gerektiren durumların da olduğu, anılan düzenlemenin yürürlüğü girdiği 20/7/2016 tarihinden

<sup>12</sup> DURMUŞ, Neslihan Karataş, “Vergi Yargılamasında Bölge İdare Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, *TAAD*, Sa. 56, Ekim 2023, s. 229-262; ÇINARLI, Serkan/AZAK, Kerim, “Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi”, *SÜHFD*, C. 30, Sa. 2, 2022, s. 571-603; ERASLAN, Yunus, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme”, *AndHD*, C. 6, Sa. 1, Şubat 2020, s. 77-132; CANDAN, Turgut, “Eksik İncelemeyle Verilen Kararlar Üzerinde İstinaf İncelemesi”, <https://turgutcandan.com/2019/10/27/eksik-incelemeyle-verilen-kararlar-uzerinde-istinaf-incelemesi/>, E.T. 08.01.2025.

<sup>13</sup> Danıştay 2023 Yıllık Rapor, <https://www.danistay.gov.tr/assets/images/yayinlar/dergi/2024-05-22-10-52-1289140.pdf>, s. 123, E.T. 06.01.2025.

*bu yana ortaya çıkan uygulamalardan anlaşılması*"<sup>14</sup> biçiminde dile getirmektedir.

Bölge İdare Mahkemesi bakışını görebileceğimiz somut norm denetimi başvuru metnine göre, "Uyuşmazlığın bir kısmı hakkında inceleme yapılmadan hüküm kurulması, dava hakkında eksik hüküm kurulması, dava dosyasının tekemmül ettirilmeden uyuşmazlık hakkında karar verilmesi, davanın konusunun hatalı nitelendirilmesi suretiyle yargılama yapılması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, dava dilekçesinin reddini veya merciine tevdiini gerektiren sebeplerin bulunmasına rağmen esas hakkında karar verilmiş olması, dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına veya davanın incelenmeksizin reddine dair kararların hukuka aykırı bulunması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usule ilişkin durumlarda ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının bu mahkemeye gönderilmesi gerektiği, bu eksikliklerin istinaf merciince giderilerek işin esası hakkında bir karar verilmesinin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkesine, adil yargılanma hakkına, gerekçeli karar hakkına, kanuni hâkim ve iki dereceli yargılama ilkelerine aykırılık teşkil"<sup>15</sup> ettiğinden İYUK 45/5 hükmünün anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık iddiasıyla başvuran Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dairesi yaptığı başvuruyla esasında İYUK md.45/5 hükmünde belirtilen gönderme sebepleri dışında, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesi uygulamasının Anayasa'ya aykırı olduğunu da kabul etmiş görünmektedir. Ancak buna rağmen kanunda sayılmayan gönderme sebepleri dışında ilk derece mahkemesi kararlarını geri göndererek, İYUK md.45/5 hükmünün anayasaya aykırı olduğunu kabul edip hükmü ihmal ederek<sup>16</sup> uygulamamakta ve ayrıca içtihatla kanun yolunu genişletme çabası içerisine girmektedir. Halbuki Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, "İtiraz konusu kuralda, bölge idare mahkemesinin istinaf başvuru-

<sup>14</sup> "Somut olayda olduğu gibi uyuşmazlığın esası hakkında hiç inceleme yapılmadan hüküm kurulması ya da birçok davada görüldüğü şekilde dava hakkında eksik hüküm kurulması, dava dosyası tekemmül ettirilmeden uyuşmazlık hakkında karar verilmesi, davanın konusunun hatalı nitelendirilmesi suretiyle yargılama yapılması, duruşma yapılmadan karar verilmesi, dava dilekçesinin reddini veya merciine tevdiini gerektiren sebeplerin bulunmasına rağmen esas hakkında karar verilmiş olması, eksik veya yanlış hasımla davanın görülmesi, gerekçe ile hüküm fıkrası arasında uyumsuzluk bulunması, görüşme tutanağı ile kararın çelişkili olması ve benzeri usuli durumlar örnek olarak gösterilebilir".

[https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA\\_TR/AN801D20231011E202360K2023176\\_1.pdf](https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA_TR/AN801D20231011E202360K2023176_1.pdf), E.T. 06.01.2025.

<sup>15</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 16.

<sup>16</sup> ÇINARLI / AZAK, s. 600.

rusunun kabulü üzerine dosyayı yeniden bir karar verilmek üzere ilk derece mahkemesine göndereceği hâller davaya görevsiz veya yetkisiz mahkemece yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması durumlarıyla sınırlandırılmıştır. Böylece belirtilen hâllerin dışındaki usul hatalarının bulunması durumunda bölge idare mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyecek ve işin esasını da kendisi karara bağlayacaktır”<sup>17</sup> biçimindeki ifadeyle hükmün anayasaya aykırı olmadığına açıkça işaret etmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, hükmün anayasaya aykırı olmadığına “temyize tabi kararlar” bakımından karar vermiştir. Dolayısıyla “temyize tabi olmayan kararlar” bakımından İYUK md.45/5 hükmünün anayasaya aykırılığı noktasında bir tereddüt bulunmaktadır.

Nitekim daha sonra İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi'nin yaptığı somut norm denetimi başvurusunda benzer şekilde anayasaya aykırılık iddiasında bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise kararında, “*istinaf merciinin hukuka uygun bulmadığı kararları kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeye ilişkin yetkilerinin genişletilmesi kanun koyucunun yargılama usullerini belirleme konusundaki takdir yetkisi kapsamında yapmış olduğu düzenlemeleri uygulanamaz hâle getirebilir. Bu bağlamda kuralda belirtilen hâller dışında da istinaf incelemesi sırasında tespit edilen ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadaki maddi ve usule ilişkin eksiklerin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve hükmün denetlenmesi hakkının bu yolla tesisinin zorunlu olduğu söylenebilir*”<sup>18</sup> gerekçeleriyle yine hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Bu kararlar birlikte Anayasa Mahkemesi, bölge idare mahkemelerinin dereceli yargılamayı bir gerekçe biçiminde kullanmasını ve dolayısıyla istinaf kanun yolunun reformatif özelliğinin gösterilmemesini de eleştirmiştir.

Daha sonra ise ilk derece mahkemesi olarak somut norm denetimine başvuran Van 2. İdare Mahkemesi kararına konu olan olayda “*arama ve kurtarma faaliyetlerinde görevli iken çığ düşmesi sonucunda yaralanan davacı tarafından maddi ve manevi zararlarının tazmini talebiyle açılan davada Van 2. İdare Mahkemesi tarafından davanın kısmen kabulüne, kısmen reddine karar verildiği, istinaf aşamasında Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi tarafından dava dosyasında yer alan sağlık raporları arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla maluliyet durumunun tespitine yönelik olarak yeni bir bilirkişi raporu alınması gerektiği belirtilerek istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve dosyanın yeniden bir karar ve-*

<sup>17</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 26.

<sup>18</sup> AYM, E. 2023/60, K. 2023/176, 11.10.2023, § 28.

*rilmek üzere ilk derece mahkemesine gönderilmesine karar” verilmiş ve bu sefer ilk derece mahkemesi somut norm denetimine başvurmuştur. Bu durum esasında ilk derece mahkemesi direnci olarak kendini göstermektedir. Anayasa Mahkemesi burada esas bakımından bir denetim yapmaksızın, İYUK 45/5 hükmünün mahkemenin baktığı davada uygulanma imkanı bulunmadığına, bu sebeple mahkemenin yetkisizliği sebebiyle reddine karar vermiştir<sup>19</sup>. Ancak ilk derece mahkemesi hakiminin somut norm denetimi başvurusunda<sup>20</sup> ifade ettiği, “uygulamada, İlk derece mahkemeleri tarafından uyumsuzluğun esasına ilişkin verilen kararların (iptal, kabul, ret v.s.) kanun yolu denetimi yapılırken, yine uyumsuzluğun esasına ilişkin bir gerekçeyle kararın kaldırılarak dosyanın iadesine karar verilmesi sıklıkla uygulanan bir adım haline gelmiştir. İşin esasına yönelik kararlar yönünden oluşan bu uygulama 2577 sayılı Yasanın 45. maddesinin 4. ve 5. fıkralarını işlevsiz hale getirmektedir” biçimindeki hususlar, sözü-nü ettiğimiz direnci bariz biçimde göstermektedir.*

Anayasa Mahkemesi kararlarına konu olan ancak anayasaya aykırı görül-meyerek iptal edilmeyen İYUK 45/5 hükmü, dereceli yargılama önünde bir engel midir ya da bölge idare mahkemelerinin “bozma görünümlü geri gönder-me” kararlarının dayanak noktası olarak kalmaya devam edecek midir? İşte tüm bu meseleyi güncel Danıştay ve bölge idare mahkemeleri kararları ışığında ince-lemek gerekir. Bu incelemede yukarıda sözü edilen Anayasa Mahkemesi karar-larının idari yargı uygulamasına etki/katkı durumu da analiz edilmelidir.

## II. ŞEKLEN İKİ DERECELİ YARGILAMA SORUNU

### A. Derece Yargılama Hakkına Yargının Bakışı

Anayasa Mahkemesi kararlarına göre dereceli yargılama hakkı ya da hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, Anayasa’nın 36 maddesinde düzenleme altına alınan hak arama özgürlüğünü güvenceye kavuşturmakta ve mahkemelerce verilen hükmün bir başka yargı mercii tarafından denetlenmesini içermektedir<sup>21,22</sup>.

<sup>19</sup> AYM, E. 2024/77, K. 2024/89, 04.04.2024.

<sup>20</sup> [https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA\\_TR/AN801D20240404E202477K202489\\_1.pdf](https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA_TR/AN801D20240404E202477K202489_1.pdf), E.T. 06.01.25.

<sup>21</sup> AYM, E. 2018/71, K. 2018/118, 27.12.2018, §§ 8-10; AYM, E. 2020/21, K. 2020/53, 01.10.2020, § 19; AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 22.

<sup>22</sup> Bu konuda bkz. GÜNDÜZ Fatma Ebru / GÜNDÜZ, Hakan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükmün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı”, **TAAD**, Sa. 49, Ocak 2023, s. 1-28; ÖZEKES, Muhammet / GÜ-NEYSU, Nilüfer Boran, **Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 35-45.

Anayasa Mahkemesine göre, “*Usul ekonomisi ve makul sürede yargılama ilkeleri açısından önemsiz sayılabilecek bazı davalarda verilen kararların kesin olması hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırılık teşkil etmez*”<sup>23</sup>. Ayrıca ilk derece mahkemesi kararlarına karşı yapılan istinaf başvurusunun reddine ilişkin kararlar da hükmün denetlenmesi hakkına aykırılık teşkil etmez. Ancak bölge idare mahkemesince istinaf başvurusu kabul edilerek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılması ve işin esası hakkında karar verilmesi halinde bölge idare mahkemesinin ilk elden verdiği bu karara karşı temyiz kanun yoluna başvurulamaması hükmün denetlenmesi hakkına aykırılık teşkil edebilir<sup>24</sup>. Diğer taraftan temyiz kanun yolu açık olmakla birlikte, bölge idare mahkemesi tam olarak görevini yapmayıp dosyayı değerlendirme yetkisi dahilinde incelemeyen bir karar veriyorsa, dosya üst yargı organına şeklen gitse de orada gerçek bir istinaf incelemesine tabi tutulmuyorsa dereceli yargılama hakkının şeklen sağlandığından bahsedilebilir<sup>25</sup>.

Anayasa Mahkemesi İYUK 45/5 hükmünü denetlediği kararında “*istinaf merciinin hukuka uygun bulmadığı kararları kaldırarak dosyayı ilk derece mahkemesine göndermeye ilişkin yetkilerinin genişletilmesi kanun koyucunun yargılama usullerini belirleme konusundaki takdir yetkisi kapsamında yapmış olduğu düzenlemeleri uygulanamaz hâle getirebilir. Bu bağlamda kuralda belirtilen hâller dışında da istinaf incelemesi sırasında tespit edilen ilk derece mahkemesinde yapılan yargılamadaki maddi ve usule ilişkin eksiklerin giderilmesi için dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi ve hükmün denetlenmesi hakkının bu yolla tesisinin zorunlu olduğu söylenemez*”<sup>26</sup> ifadesiyle, kanun hükmünü ihmal ederek uygulamamanın gerekçesi olarak, dereceli yargılama hakkının ileri sürülmemesine işaret etmektedir. Bu bakımdan dereceli yargılamanın sağlanması için bölge idare mahkemelerinin kanunda düzenlenmeyen sebeplerle kararı geri göndermenin bir çözüm yolu olarak kabul edilmesi ve uygulanmasının sakıncalı olabileceğine ulaşılabılır. Ancak Anayasa Mahkemesi hükmü, anayasaya aykırı görmeyerek iptal etmemiştir. Kararın karşı oyunda Başkan Zühtü Arslan<sup>27</sup>, mahkemenin aynı kuralı daha önce “*temyize tabi karar-*

<sup>23</sup> AYM, E. 2022/135, K. 2023/30, 16.2.2023, § 35.

<sup>24</sup> AYM, E. 2023/36, K. 2023/142, 26.7.2023, § 22.

<sup>25</sup> ÖZEKES / GÜNEYSU, s. 38.

<sup>26</sup> AYM, E. 2023/60, K. 2023/176, 11.10.2023, § 28.

<sup>27</sup> “Çoğunluk kararında, bölge idare mahkemeleri tarafından verilen kararların temyizi hususunun Kanun’un 46. maddesinde düzenlenmiş olduğundan hareketle, “*istinaf mercii tarafından yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilebileceği hâlleri düzenleyen kuralın hükmün denetlenmesi hakkıyla ilgisinin bulunmadığı sonucuna varılmıştır*” (§ 27).



lar” yönünden incelediğini<sup>28</sup>, somut başvuruda ise “*istinaf mercii tarafından işin esasına ilişkin olarak ilk kez ve temyize kapalı şekilde verilen kararların denetlenmesinin talep edilip edilemeyeceği*” hususunun anayasaya aykırı olması sebebiyle başvuruya konu olduğunu ifade ederek, dereceli yargılama hakkı bakımından hükmün Anayasa md.36’a aykırı olduğunu belirtmiştir.

## B. “Dereceli Yargılanmadan Yargılama” Problemi Var mı?

İzmir Bölge İdare Mahkemesi 4. İdari Dava Dairesi somut norm denetimi başvurusunda, “*2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 5. fıkrasında sayılan haller dışında kalan, ancak yukarıda belirtilen nedenlerle, uyumsuzluğun esası incelemeden verilecek ilk derece mahkemesi kararı kaldırılarak, istinaf mercii tara-*

3. Bu görüşe katılmak mümkün değildir, zira kuralın aynı zamanda işin esasının ilk kez bölge idare mahkemesince kesin olarak karara bağlanması durumunu da düzenlediği anlaşılmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi, daha önce aynı kuralı “*temyize tabi kararlar*” yönünden incelemiş ve şu tespiti yapmıştır: “*Bu bağlamda işin esasının ilk defa bölge idare mahkemesince karara bağlandığı ve söz konusu hükmün kesin nitelikte olduğu durumlarda bunun hükmün denetlenmesini talep etme hakkına müdahale oluşturması mümkündür*”. Bkz. AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 28.

4. Bununla birlikte, anılan kararda kural bölge idare mahkemelerinin kesin olmayan, başka bir ifadeyle Danıştay denetimine tabi olan kararları yönünden incelendiği için doğal olarak hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik bir müdahalenin bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır (AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 28). Somut başvuruda ise iptali istenen kuralda öngörülen hususlar dışında istinaf mercii tarafından işin esasına ilişkin olarak ilk kez ve temyize kapalı şekilde verilen kararların denetlenmesinin talep edilip edilemeyeceği hususu söz konusudur.

5. Kanun’un 46. maddesinde bölge idare mahkemelerinin temyize açık kararları tahdidi ve tadadi olarak sayılmış, bunun dışındaki kararların kesin olduğu öngörülmüştür. Bölge idare mahkemesinin işin esasına ilişkin olarak ilk kez vereceği kesin kararların kişilerin aleyhine olabileceği açıktır. Temyize tabi olmayan bölge idare mahkemesinin kararları arasında başta mülkiyet hakkı olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerine ağır müdahalelerin söz konusu olabileceği izahtan varestedir.

6. Anayasa Mahkemesi, yakın tarihli 2023/36 esas sayılı kararında konusu yüz bin TL’nin (2023 yılı itibarıyla beş yüz seksen bir bin TL) altında kalan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalarda istinaf mercii tarafından verilen kararların temyize tabi olmamasını hükmün denetlenmesini talep etme hakkına aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre “*kural nedeniyle bu hükmün denetlenmesi kişilere aşırı külfet yüklemekte, Danıştayın iş yükünün azaltılması amacı ile davacıların hükmün denetlenmesini talep etme haklarını kullanmadaki menfaatleri arasındaki denge davacılar aleyhine bozulmakta*”, dolayısıyla bu durum “*hükmün denetlenmesini talep etme hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir*” (AYM, E. 2023/36, K. 2023/142, 26.07.2023, § 23).

İtiraz konusu kural yönünden de bu sonuçtan ayrılmayı gerektiren bir durum tespit edilememiştir. Kural uyarınca ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâlleri dışındaki usul hatalarının bulunması durumunda bölge idare mahkemesi dosyayı ilk derece mahkemesine gönderemeyecek ve işin esasını da kendisi karara bağlayacaktır. Bölge idare mahkemelerinin bu kapsamdaki kesin kararlarının denetlenememesi sonucunu doğuran bu durum kişiler açısından ağır bir külfete neden olmakta ve hükmün denetlenmesini talep etme hakkına orantısız bir sınırlama getirmektedir.

Açıklanan gerekçelerle, kuralın Anayasa’nın 36. maddesine aykırı olduğunu düşündüğümüzden çoğunluğun aksi yöndeki kararına katılmıyorum”.

<sup>28</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 28.

*findan ilk defa uyuşmazlığın esasının incelenmesi suretiyle verilen kararın temyiz kanun yoluna kapalı olduğu durumlarda kanun koyucu, kural olarak iki dereceli yargılama usulü öngörmesine rağmen, dava tek dereli incelenmiş ve kesin olarak karara bağlanmış olacaktır. Netice itibarıyla, temyiz yolu kapalı uyuşmazlıklarda yargılama tek dereceli yargılamaya dönüşmüş olacak ve hükümün denetlenmesini talep etme hakkı sınırlandırılacaktır. Bu durum ise kanun yoluna başvurma hakkının özü ile bağdaşmamaktadır”<sup>29</sup> biçimindeki ifadeyle temyize tabi olmayan kararlar bakımından dereceli yargılamanın yapılmama durumlarının olabileceğine işaret etmiştir.*

Bölge idare mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararından önce genel yaklaşımında ise, *“İstinaf konusu edilen kararda; ilk derece mahkemesince davanın konusu hatalı kurgulanmış veya maddi olayın çözümünde dayanılan olguların dava konusu işlem yönünden hatalı olarak dayanak alınmış veyahut da uyuşmazlığın çözümü teknik bilgiyi gerektirdiği halde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılmadan veya eksik yaptırılmak suretiyle gerekli teknik bilgiye dayalı veriler değerlendirilmeden ya da dava konusu edilen işlemlerden birisi veya birkaçı hakkında inceleme ve değerlendirme yapılmadan karar oluşturulma yönüne gidilmiş olması ile davacıardan bir kısmı yönünden esasa ilişkin oluşmuş karar bulunmaması gibi nedenlerle ilk derece mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında asgari doğru tespit ve olgular ile teknik bilgiyle oluşan deliller hiç tartışılmadan karar oluşturulmuş ise bu uyuşmazlık hakkında genel usul kuralları bağlamında verilmiş bir ilk derece mahkemesi kararının bulunduğu hukukten kabul edilemeyeceği gibi istinaf mahkemesine ilk derece mahkemesi sıfatı da verilmediği, zaten aksi kabulün tabii hakim ilkesine de aykırılık oluşturacağı hususları bir bütün olarak dikkate alındığında, genel usul anlamında hukukten verilmiş bir karar bulunmadığı durumlarda, istinaf mahkemesinin özel usul kurallarına yönelik durumda olduğu gibi istinafa konu kararı kaldırarak dosyayı mahkemesine gönderilebileceği tabidir”<sup>30</sup> gerekçeleri ileri sürülerek, istinaf mahkemesinin esasa dair değerlendirme yapması durumları dereceli yargılama hakkına bir müdahale olarak görülmüştür. Bu mahkeme kararı Anayasa Mahkemesi kararları öncesinde bölge idare mahkemelerinin gönderme kararları arkasındaki yatan düşüncüyü göstermesi bakımından önemlidir. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarından önce de Danıştay:*

<sup>29</sup> [https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA\\_TR/AN801D20231011E202360K2023176\\_1.pdf](https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA_TR/AN801D20231011E202360K2023176_1.pdf), E.T. 06.01.2025.

<sup>30</sup> Ankara BİM, 5. İDD, E. 2020/61 K. 2020/1376, 31.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 25.12.2024.

“Dolayısıyla Kanun’un 45. maddesi uyarınca istinaf merci’i tarafından, kural olarak; inceleme evrak üzerinde yapılarak, varsa maddi yanlışlıklar düzeltilip, gerekirse maddi olaylara ilişkin bilgilere yönelik gerekli inceleme ve araştırma yapılmak suretiyle işin esası hakkında karar verilmelidir. Açıklanan nedenle; mezkur kanun hükmünde ancak tahdidi olarak sayılan hususlarda verilen kararlar hakkında dosya Vergi Mahkemesine gönderilebileceğinden temyize konu Vergi Dava Dairesi kararında hukuki isabet görülmemiştir”<sup>31</sup> şeklindeki kararıyla kanunda belirtilmeyen sebepler dışında gönderme kararı verilemeyeceğine de işaret etmekteydi. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin gündemine gelen İYUK 45/5 hükmüyle ilgili tartışmalardan önce Danıştay’ın, bölge idare mahkemelerinin dereceli yargılamayı sağlamak için kanunda sayılan sebepler dışında gönderme kararı verilmesi uygulamasını kabul ettiği söylenebilir. Bu bakımdan Danıştay, İYUK 45/5 hükmüne bağlı kalınarak ancak düzenlenen sınırlı sebeplerle kararın geri gönderilmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.

Anayasa Mahkemesi kararında hükmün denetlenmesini talep etme hakkı olarak ifade edilen dereceli yargılamamanın sağlanması ile gönderme kararları arasındaki irtibat şu şekilde ifade edilmiştir: “Hükmün denetlenmesini talep etme hakkı, işin esasının ilk derece mahkemesince karara bağlanmadığı veya işin esasının maddi olguların eksik araştırılmasına dayalı olarak hatalı bir şekilde karara bağlandığı hâllerde istinaf mahkemesince dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesini garanti etmemektedir. İlk derece mahkemesince işin esasıyla ilgili olarak hüküm kurulmadığı veya işin esasıyla ilgili olarak kurulan hükmün eksik incelemeye dayalı olduğu durumlarda işin esasının istinaf mahkemesince mi karara bağlanacağı veya dosyanın ilk derece mahkemesine geri mi gönderileceği hususunun belirlenmesi bir hukuk politikası sorunu olarak kanun koyucunun takdirindedir. Bununla birlikte kanun koyucunun bu konudaki tercihinin diğer anayasal güvencelere aykırı olmaması gerekir”<sup>32</sup>.

“Bu bağlamda işin esasının ilk defa bölge idare mahkemesince karara bağlandığı ve söz konusu hükmün kesin nitelikte olduğu durumlarda bunun hükmün denetlenmesini talep etme hakkına müdahale oluşturması mümkündür. Ancak

<sup>31</sup> D4D, E. 2020/5622 K. 2020/4642, 19.11.2020. Aynı yönde bkz. D4D, E. 2021/482, K. 2021/1079, 18.2.2021; D4D, E. 2023/553, K. 2023/791, 16.2.2023; D6D, E. 2022/7504, K. 2022/8829, 19.10.2022; D4D, E. 2022/5748 K. 2022/5205, 27.9.2022; D4D, E. 2021/2192, K. 2022/865, 17.2.2022, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 26.12.2024.

<sup>32</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 27. Aynı gerekçe, Anayasa Mahkemesi’nin E. 2023/60 K. 2023/176, 11.10.2023 kararının karşı oyunda üye Engin Yıldırım tarafından, hükmün anayasaya aykırı olmasına sebep olarak gösterilmiştir.

*bölge idare mahkemesi kararlarından 2577 sayılı Kanun'un 46. maddesi uyarınca temyize tabi olanlar yönünden bunların Danıştay tarafından gözden geçirilmesi ve denetlenmesi imkânı bulunduğundan hükmün denetlenmesini talep etme hakkına yönelik herhangi bir müdahalenin varlığı söz konusu değildir*<sup>33</sup>. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'ne göre eğer temyize açık bir karar söz konusu ise ve ilk derece mahkemesi kararını eksik inceleme ile vermiş olması durumunda, bölge idare mahkemesinin yapacağı yeniden yargılamada dosya ilk defa incelenmiş olsa dahi, Danıştay'ca temyiz kanun yolunda incelenmek suretiyle dereceli yargılamanın sağlanabilmesi mümkündür. Bu bakışa göre temyize kapalı bir uyumsuzlukta, istinaf merciinin ilk derece mahkemesinin eksik incelemesi üzerine yapacağı yeniden yargılamada, karar başkaca bir makam tarafından denetlenemeyeceğinden, dereceli yargılama hakkına aykırılık teşkil edebilecektir<sup>34</sup>. Nitekim Anayasa Mahkemesi sözü edilen kararında İYUK 45/5 hük-

<sup>33</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 28.

<sup>34</sup> Anayasa Mahkemesi kararından önce bu hususa işaret eden Danıştay 4. Dairesi kararı karşı oyu şu şekildedir: "Hukuk sistemimizde olması gereken ilk derece mahkemesi tarafından delillerin toplanıp değerlendirilmesi ve bu yargılamanın yanlış olduğunu tarafların ileri sürdüğü hususlarda istinaf mahkemesinin inceleme yaparak karar vermesidir. İstinaf mahkemelerinin hem denetim hem de maddi vakta incelemesi yapan mahkemeler olarak kurulmuş olması, denetim sonucu eksik bulunduğu tahkikat işlemi tamamlayarak yargının gecikmeden bir karar verme amacını sağlamaya yöneliktir. Yoksa kanun koyucunun amacı ilk derece mahkemelerinin yapması gereken tahkikat işlemlerini istinaf mahkemesinin yapmasını sağlamak değildir. Aksini kabul eden yorum ilk derece mahkemelerinin tahkikatı özensiz yapması sonucunu doğuracaktır. Makul bir düşünce tarzı içerisinde ilk derece mahkemelerinin önüne gelen bir uyumsuzlukta ileri sürülen delillerin hiç toplanmaması veya hiç değerlendirilmemiş olması düşünülemez.

Örneğin; dava konusu edilen istemlerin tamamı hakkında değerlendirme yapılmayarak eksik hüküm kurulması, dava konusunun yanlış nitelendirilmesi, dosyanın usulüne uygun olarak tekemmül ettirilmeden karar verilmesi, dosyanın yanlış hasımla tekemmül ettirilmesi, heyetle karar verilmesi gerekirken tek hakimle karar verilmesi, görüşme tutanağının ve kararın aynı heyet tarafından imzalanmaması, vergi inceleme raporu veya vergi tekniği raporunun ihbarname ekinde mükelleflere tebliğ edilmediği gerekçesiyle tarhiyatın kaldırılması yönünde verilen bir karar olması durumlarında ilk derece mahkemesince verilmiş temyizden incelenebilir nitelikte bir karar bulunmayacaktır.

2577 sayılı Kanun'un 45. maddesi hükümlerine göre de; ilk derece yargı yerlerince verilen kararın, bölge idare mahkemelerince incelenebilmesi için mahkemece, uyumsuzluğun konusuna ve maddi olayın özelliğine göre inceleme yapmak suretiyle dava konusu edilen işlemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi ve konuya ilişkin net yaklaşımını açıklayan, denetlenebilir bir hükmün kurulmuş olması gerekmektedir.

Aksi durum ilk derece mahkemesince herhangi bir yargılama yapılmadan istinaf mahkemesince ilk yargılamanın yapılması, temyiz sınırının altında kalan davalarda da ilk ve son derece yargılama yapılması sonucunu doğurur ki bu da ilk derece mahkemesinin hata yapabileceği yanlış ve eksik karar verebileceği düşüncesiyle ortaya çıkan kanun yolu incelemesinin olmaması demektir.

Her ne kadar, 2577 sayılı Kanun'un yukarıda anılan düzenlemesi uyarınca, dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilebilmesi bir kısım usule ilişkin kararlarla sınırlandırılmış gibi görünmekte ise de, mahkemece verilen karar, anılan maddede sayılan usul kararlarına ilişkin olmasa dahi, defter ve belgeler üzerinde inceleme yapılmak suretiyle esasa yönelik bir yargılama yapıp hüküm oluşturulmaması nedeniyle mevcut kademeli yargılama sürecinde verilecek olan kararların gerekçelerine uygun istinaf sebepleri ile tarafların kanun yollarına başvurma haklarını kısıtlamamak bakımından, mahkemece, davanın konusuna uygun olarak gerekçeli bir karar verilmesinden sonra kanun yolu sürecinin başlatılması, tarafların "adil yargılanma hakkının" korunması açısından önemlidir. Hukuk devletinin çağdaş standartları,

münün temyize tabi kararlar bakımından anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir<sup>35</sup>. Dolayısıyla bölge idare mahkemesinin anayasaya aykırılık iddiası yerinde görülmeyerek, esas itibarıyla bölge idare mahkemelerinin kanunda yazılı olmayan sebepler dışında dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme uygulamasının -temyize açık kararlar bakımından- anayasaya aykırı olmadığına ulaşılmıştır.

Yukarıda zikredilen Anayasa Mahkemesi kararına konu somut norm denetimine başvuran Ankara Bölge İdare Mahkemesi 1. Vergi Dairesi'nin 2020 yılında (somut norm denetimine başvurmadan önce) verdiği bir kararında<sup>36</sup>, “*tarh ve ceza kesme işlemlerinin diğer yönlerden hukuka uygunluğunun incelenmesi suretiyle karar verilmesi gerektiği, bu nedenle, zaman aşımına uğradığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptali yolunda verilen mahkeme kararında hukuki isabet bulunmadığı, öte yandan, ilk derece yargı yerince, yani davanın kanuni hakimi (doğal yargıcı) tarafından hiç hüküm kurulmamış bir konuda, istinaf merciince esastan bir karar verilmeyip mahkeme kararı kaldırılarak dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmesi, Anayasanın 37. maddesi hükmünde korumaya alınan kanuni hakim güvencesinin ve kanun koyucu tarafından İdari Yargılama Usulü Kanununda öngörülmüş bulunan dereceli yargılama sisteminin de gereği olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Belirtilen gerekçelerle davalı idare istinaf başvurusunun kabulü ile Vergi Mahkemesi kararı kaldırılarak dava konusu tarh ve ceza kesme işlemlerinin hukuka uygunluğunun incelenmesi suretiyle karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir*”. Esasında temyizi kabil bir kararda dahi, İYUK md.45/5 hükmünde belirtilmeyen sebepler dışında gönderme kararı verilebildiğini Anayasaya aykırı-

---

(temyiz incelemesi hesaba katılmazsa) tarafların en az iki dereceli bir yargılamadan yararlanmalarını gerektirmektedir. Bu nedendir ki, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (95) 5 sayılı Tavsiye Kararı, “Kural olarak alt mahkeme tarafından verilmiş olan her karar bir üst mahkemenin kontrolüne tabi kılınabilmelidir.” hükmünü sevk etmek suretiyle istinaf sisteminin uygulanmasını insan hakları ve temel hürriyetlerin korunması bakımından bütün üye ülkelere tavsiye edilmiştir. İlk derecede verilmiş bir karar olmaksızın, ikinci derece yargılama yapılamayacak olması nedeniyle, İçtihadı Birleştirme Kurulu kararına uygun olarak ilk derece mahkemesince eksiklikler giderilerek yeniden bir karar verilmesi istinaf sisteminin doğasına da daha uygundur.

İlk derece mahkemesince, esastan verilmiş bir kararın bulunduğu, dolayısıyla defter belge incelemesinin istinaf merciince yapılmasının mümkün olduğu düşünülebilir de, böyle bir durumda, bu yönde daha önce ilk derece mahkemesince yapılmış bir inceleme ve değerlendirme bulunmaması nedeniyle karar ilk defa istinaf merciince verilmiş olduğundan, şeklen iki dereceli yargılama yapılmış olmakla birlikte, gerçekte uyuşmazlığın esası tek derecede karara bağlanmış ve davanın taraflarının ikinci derece yargılanma hakları fiilen ellerinden alınmış olacaktır”. D4D, E. 2019/7150, K. 2020/2866, 10.9.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, 25.12.2024.

<sup>35</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022, § 39.

<sup>36</sup> Ankara BİM, 1. VDD, E. 2019/1609, K. 2020/313, 10.06.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 27.12.2024.

rılık iddiasının sahibi mahkeme nezdinde de görebilmekteyiz. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin temyize tabi ya da temyize tabi olmayan karar ayrımının ötesinde, gönderme kararlarında bölge idare mahkemelerinin İYUK 45/5 hükmünü ihmal eden bir yaklaşımla, kararları geri gönderme eğiliminde hareket edildiği kolaylıkla tespit edilebilir.

Anayasa Mahkemesi kararından önce verilen Vergi Dava Daireleri lu'nun bir kararında<sup>37</sup>, Bölge İdare Mahkemesi “(İ)lk derece yargı yerince, yani davanın kanuni hakimi (doğal yargıcı) tarafından uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak hiç hüküm kurulmamış bir konuda, istinaf merciince esastan bir karar verilmeyip mahkeme kararı kaldırılarak dosyanın mahkemesine iadesine karar verilmesi, Anayasa'nın 37. maddesi hükmünde korumaya alınan kanuni hakim güvencesinin ve kanun koyucu tarafından 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda öngörülmüş bulunan dereceli yargılama sisteminin gereğidir. Vergi Dava Dairesi, bu gerekçeyle davalının istinaf istemini kabul ederek ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın mahkemeye gönderilmesine 2577 sayılı Kanunu'nun 46. maddesi uyarınca temyiz yolu açık olmak üzere” karar vermiş ancak Danıştay, “İncelenen dosyada, ilk derece mahkemesince, dava konusu cezalı tarhiyatların hukuka uygun olup olmadığı incelenmek suretiyle cezalı tarhiyatların kaldırılması yolunda karar verilmiştir. Uyuşmazlıkta, 2577 sayılı Kanun'un 45. maddesinin 5. fıkrasında istisnai olarak sayılmış olan hallerden herhangi birinin bulunmaması karşısında, ilk derece mahkemesi kararında tespit edilen maddi ve/veya hukuki eksikliğin anılan Kanun'un 45. maddesinin 4. fıkrası uyarınca bölge idare mahkemesince tamamlanarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, bölge idare mahkemesince, ilk derece mahkemesi kararı kaldırıldıktan sonra yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi yolunda verilen temyize konu kararın yargılama usulü kurallarına aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır” gerekçesiyle bölge idare mahkemesi kararını bozmuştur.

Dolayısıyla esasında bölge idare mahkemelerinin dosyayı gönderme eğilimine Danıştay direnci Anayasa Mahkemesi kararları öncesinde de bir vakıa olarak ortada idi<sup>38</sup>. Ancak Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra Danıştay, bu

<sup>37</sup> DVDDK, E. 2021/25 K. 2021/124, 10.2.2021, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 27.12.2024.

<sup>38</sup> “2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinin 4. fıkrasıyla genel kural konulmuştur, buna göre kural olarak; istinaf merciinin, ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulması halinde istinaf başvurusunun reddine, aksi hâlde ise kararın kaldırılmasına karar vermesi, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verdiği durumlarda ise mahkeme kararında tespit edilen maddi veya hukuki eksiklikleri tamamlayarak işin esası hakkında nihai karar vermesi gerekmektedir. Aynı Kanunun maddesinin 5. fıkrası ile tek tek sayma yoluna gidilerek istisnalar getirilmiştir, istisnai olarak; ilk inceleme üye-

kararlara da atıf yaparak bölge idare mahkemelerinin dosyayı kanunda sayılmayan geri gönderme durumlarını daha sesli bir biçimde ifade etmiştir<sup>39</sup>. Fakat esas mesele Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra da bölge idare mahkemelerinin geri gönderme kararları konusundaki yaklaşımının değişik değişikliği değildir.

### III. BOZMA GÖRÜNÜMLÜ GÖNDERME KARARLARININ ANALİZİ

#### A. Gönderme Kararını Denetleme Çabaları

İYUK 45/5 hükmü uyarınca verilen gönderme kararları kesindir. Bu hükmün ilk derece hakimi yönünden ilk anlamı, bölge idare mahkemesi tarafından

rine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunu haklı bulduğu, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hâllerinde ise dosyayı ilgili mahkemeye gönderecektir.

Bu durumda; davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı yolun verilen İdare Mahkemesinin kararının kaldırılarak, yeniden karar verilmek üzere dava dosyasının Mahkemesine geri gönderilmesi yurtdışı sayılan istisnalar arasında bulunmadığından, Bölge İdare Mahkemesince işin esasına girilerek, kamulaştırmadan sorumlu idare/idareler belirlenmek suretiyle nihai kararın verilmesi gerekmektedir.” D6D, E. 2019/592, K. 2022/6152, 25.05.2022, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 28.12.2024.

<sup>39</sup> Emsal içtihat için bkz. D4D, E. 2024/139, K. 2024/410, 18.01.2024, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 29.12.2024; “İlk derece mahkemesi kararının kaldırılarak yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesini gerektiren sebepler ise anılan maddenin 5. fıkrasında, ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması şeklinde taahhidi olarak sayılmış olup bu hallere yorum yoluyla ilave yapılması mümkün değildir. Bakılan uyumsuzlukta; İdare Mahkemesince uyumsuzluğun esası incelenmek suretiyle davacıların maddi tazminat istemleri yönünden davanın reddine ve manevi tazminat istemleri yönünden davanın kısmen kabulüne kısmen reddine karar verilmiş olup, bu kararın 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen ilk inceleme üzerine verilen kararlardan olmadığı açıktır. Hal böyle olunca, Bölge İdare Mahkemesince 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 3. veya 4. fıkrası uyarınca bir karar verilmesi gerektiği kuşkusuzdur”. D10D, E. 2019/12527, K. 2023/6182, 31.10.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 29.12.2024. **Danıştay**, “*İstinaf mercii tarafından, ilk derece mahkemesi kararı hukuka uygun bulunursa istinaf başvurusunun reddine, aksi hâlde ise kararın kaldırılmasına karar verilmesi, istinaf mercii tarafından ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar verildiği durumlarda ise kural olarak, mahkeme kararında tespit edilen maddi veya hukuki eksiklikler tamamlanarak nihai karar verilmesi gerekmektedir*” açıklamalarından sonra yukarıda bahsi geçen Anayasa Mahkemesi kararına da atıf yapmak suretiyle, “*ilk inceleme üzerine verilen kararlara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması, davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması istisnai hâllerinin gerçekleşmediği; bu bakımdan Bölge İdare Mahkemesi’nce ilk derece mahkemesi kararının hukuka uygun bulunmadığı gerekçesiyle, istinaf başvurusunun kabulü ile İdare Mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermekle birlikte, davanın esası hakkında yeniden bir karar vermesi gerektiği; başka bir anlatımla, tarafların ileri sürdüğü iddialar dikkate alınmak suretiyle uyumsuzluğun esasının incelenmesi görevinin istinaf mercii olan Erzurum Bölge İdare Mahkemesi 3. İdarî Dava Dairesi’ne ait olduğu anlaşılmaktadır*. Bu itibarla, maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddi yönündeki İdare Mahkemesi kararına yönelik istinaf başvurularının kabulü ile Mahkeme kararının kaldırılmasına ve dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere İdare Mahkemesine gönderilmesine ilişkin temyizle konu Bölge İdare Mahkemesi kararında usul kurallarına uygunluk bulunmamaktadır” gerekçesiyle Bölge İdare Mahkemesi kararını bozarak, yeniden karar vermek üzere geri göndermiştir. Bkz. D13D, E. 2022/3904, K. 2023/9, 09.01.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 29.12.2024. **Aynı yönde bkz.** D13D, E. 2022/4523, K. 2023/4, 09.01.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 29.12.2024.

verilen gönderme kararına ısrar imkanının bulunmamasıdır<sup>40</sup>. Anayasa Mahkemesi'ne anayasaya aykırılık iddiasında bulunan<sup>41</sup> Van 2. İdare Mahkemesi hakimi, gönderme kararlarına ısrar etme imkanının olmamasını “2577 sayılı Kanun’un istinaf kanun yolunu düzenlediği 45. maddesinde mahkemeye ilk kararında ısrar etme yetkisi tanınmaması, Bölge İdare Mahkemelerinin kanunda öngörülme-yen sebebe dayalı gönderme kararlarına karşı ilk derece mahkemesinin hangi kararları verebileceği kanunda yer almaması da (esas kaydının kapatılması- dosyanın iadesi vb.) anılan düzenlemeyi hakim bağımsızlığı ilkesine aykırı hale getirmiştir” gerekçeleriyle dile getirerek “hakimlerin ısrar hakkının olma(ma)sı hakimlerin (iç) bağımsızlığı ilkesiyle doğrudan alakalı bir durum”<sup>42</sup> olarak nitelendirmiştir. Gerçekten, bölge idare mahkemesinin kanunda sayılan sebepler dışında ilk derece mahkemesi kararını geri göndermesine, ilk derece hakiminin gösterebileceği hukuki direnç bulunmamaktadır.

Gönderme kararı kesin bir karar olduğundan davanın taraflarının da bu kararı temyiz edebilmesi kural olarak mümkün değildir. Diğer taraftan temyize tabi bir karar olmamasına rağmen temyiz yolunun açık olarak belirtilmesi, kararı temyizi kabil bir karar haline de dönüştürmemektedir. Danıştay’a göre “temyiz istemine konu Bölge İdare Mahkemesi kararının hüküm fıkrasında, temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiş ise de bu durumun kanunen temyiz yolu öngörülme-yen davalarda ilgisine temyiz hakkı vermeyeceği açıktır. Ayrıca, her ne kadar istinaf kararında, kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gün içinde temyiz yoluna başvurabileceği belirtilmişse de anılan kanun yolunun yargı yerince genişletilmesi ya da daraltılmasının mümkün olmadığı açıktır”<sup>43</sup>

<sup>40</sup> BİLGİN, Hüseyin, “Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu”, **AHBVHFD**, C. XXV, Sa. 3, 2021, s. 637-686, s. 648.

<sup>41</sup> AYM, E. 2024/77, K. 2024/89, 04.04.2024.

<sup>42</sup> [https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA\\_TR/AN801D20240404E202477K202489\\_1.pdf](https://www.lexpera.com.tr/Appendix/ANAYASA_TR/AN801D20240404E202477K202489_1.pdf), E.T. 06.01.25.

<sup>43</sup> D4D, E. 2024/2194, K. 2024/4467, 04.07.2024, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 30.12.2024. “Temyiz istemine konu kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 46. maddesinde tahdidi olarak sayılan davalar arasında yer almadığı, istinaf incelemesi sonucu Bölge İdare Mahkemesinin temyiz yolu açık olmayan “kesin” kararlarından olduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Öte yandan, temyiz istemine konu Bölge İdare Mahkemesi kararının hüküm fıkrasında, temyiz yolunun açık olduğu belirtilmiş ise de, bu durumun kanunen temyiz yolu öngörülme-yen davalarda ilgisine temyiz hakkı vermeyeceği açıktır”. Bkz. D4D, E. 2024/2194, K. 2024/4467, 04.07.2024, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 30.12.2024. “Uyuşmazlığın 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun uygulanmasından kaynaklandığı, bakılan davada Kültür Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulunca itiraz üzerine verilen bir kararın dava konusu edilmediği anlaşıldığından, bu uyuşmazlıkla ilgili bölge idare mahkemesi idare dava dairesince yapılan istinaf incelemesi neticesinde verilen kesin nitelikli kararın temyiz edilmesinin, yukarıda anılan Kanun hükümleri kapsamında mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır”. Bkz. D4D, E. 2024/2005, K. 2024/3933, 12.06.2024, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 30.12.2024.



gerekçeleriyle temyiz talebinin incelenmesinin reddine karar verilerek, idari hakimın kanun yolunu daraltması ya da genişletmesinin mümkün olmadığına işaret edilmiştir<sup>44</sup>.

Bölge idare mahkemesinin gönderme kararı İYUK md.45/5 gereğince kesin nitelikte kararlardır ve temyize tabi değildir. Ancak göndermenin bu madde kapsamında olup olmadığına nasıl denetleneceği bir problem olarak karşımızda durmaktadır.

Danıştay, “*Davanın konusunun kalmadığı gerekçesiyle verilen karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararların, ilk inceleme üzerine verilen kararlardan olmaması ve yukarıda alıntısı yapılan 2577 sayılı Kanun’un 45/5. maddesinde sayılan sınırlı haller arasında yer almaması nedeniyle 2577 sayılı Kanun’un 45/4. madde hükmü uyarınca Bölge İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45. maddesinin 5. fıkrasına göre dava dosyasının ilk derece mahkemesine gönderilmesine ilişkin temyize konu kararda usule ve hukuka uyarlılık görülmemiştir*”<sup>45</sup> gerekçeleriyle, bölge idare mahkemesi kararının bozulmasına ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın bölge idare mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir<sup>46</sup>. Ancak kararın karşı oyunda, “*temyiz yoluyla ince-*

<sup>44</sup> Benzer gerekçeler, tek hakimle verilen kararların yargısal denetiminde de kullanılmaktadır. Bkz. “Dosyanın incelenmesinden, Vergi Mahkemesinin tek hâkimle verilen kararının Bölge İdare Mahkemesinde istinaf edildiği, istinaf isteminin reddedildiği, kararın iki dereceli yargılama aşamasından geçmek suretiyle kesinleştiği görülmüştür. Bu durumda, Vergi Mahkemesince tek hakimle verilen temyiz edilmeyecek nitelikteki mahkeme kararına yönelik istinaf başvurusunun reddine dair kararın bozulması istemiyle yapılan temyiz isteminin, incelenmesine olanak bulunmamaktadır. Ayrıca, her ne kadar istinaf kararında, kararın tebliğ tarihini izleyen günden itibaren otuz gün içinde temyiz yoluna başvurabileceği belirtilmişse de anılan kanun yolunun yargı yerine genişletilmesi ya da daraltılmasının mümkün olmadığı açıktır”. Bkz. D9D, E. 2024/4268, K. 2024/3914, 10.07.2024, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 30.12.2024.

<sup>45</sup> D2D, E. 2021/8575, K. 2023/5571, 27.11.2023. *Benzer yönde bkz.* D4D, E. 2023/5004, K. 2024/1560, 06.03.2024; D8D, E. 2022/7232, K. 2023/7477, 20.12.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 25.12.2024.

<sup>46</sup> “Buna göre; davanın konusu kalmadığı gerekçesiyle verilen karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararların, ilk inceleme üzerine verilen kararlardan olmadığı ve yukarıda alıntısı yapılan 2577 sayılı Kanun’un 45/5. maddesinde sayılan sınırlı haller arasında yer almaması nedeniyle, 2577 sayılı Kanun’un 45/4. madde hükmü uyarınca Bölge İdare Mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, Dava Dairesince 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 45. maddesinin 5. fıkrasında yer alan **gönderme kararı gibi kabul edilerek** dava dosyasının İlk derece Mahkemesine gönderilmesine ilişkin temyize konu kararda usule ve hukuka uyarlılık bulunmamaktadır”. D12D, E. 2019/2957, K. 2023/900, 07.03.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 26.12.2024. **Aksi yönde Bölge İdare Mahkemesi kararı şu şekildedir:** “Bu durumda; bakılan davanın esas hakkında bir karar verilmesi gerekirken, davanın konusunun kalmadığı gerekçesiyle, karar verilmesine yer olmadığına dair verilen kararda hukuki isabet bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, istinaf başvurularının kabulüne, İstanbul 3. İdare Mahkemesi’nce verilen 29/04/2022 tarih ve E: 2021/2319, K: 2022/870 sayılı kararın kaldırılmasına, yukarıda belirtilen gerekçe dikkate alınarak yeniden bir karar verilmek üzere 2577 sayılı Yasa’nın 45/5. maddesi uyarınca dosyanın mahkemesine gönderilmesine”. Bkz. İstanbul BİM, 3. İdare Dava Dairesi, E. 2022/1116, K. 2022/992, 13.10.2022, UYAP, E.T. 07.01.2025.

lenmesi talep edilen uyuşmazlık hakkında, ... Bölge İdare Mahkemesi ... İdari Dava Dairesince, 2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesi uyarınca yapılan istinaf incelemesi sonucunda verilen karar - her ne kadar temyiz yolu açık olmak üzere verilmişse de- kesin olduğundan; kararın, uyuşmazlığın bu aşamasında temyizden incelenmesine hukuki olanak bulunmadığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerektiği oyu ile çoğunluk kararına katılmıyoz" gerekçesiyle, esasında kesin bir karar olan gönderme kararının temyizi kabil bir karar olmadığına işaret edilmiştir<sup>47</sup>. Sözü edilen Danıştay kararında, çalışmanın başında ifade edilen Anayasa Mahkemesi kararına<sup>48</sup> doğrudan atıf yapılması da dikkat çekicidir. Dolayısıyla çoğunluk görüşü, Anayasa Mahkemesi kararından sonraki düzlemde -ki bu süreç E. 2022/89 kararıyla başlamış, devamında E. 2023/60 ve yetkisizlik sebebiyle red kararının verildiği E. 2024/77 kararıyla sürmektedir - İYUK 45/5 hükmünde sayılan sınırlı haller dışında gönderme kararı verilmeyeceği hususunu vurgulamaktadır.

Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluştuğunu düşündüğümüz düzenden önce ise farklı yönde bir kararın verildiği göze çarpmaktadır. Danıştay kararına konu olayda "somut olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının Mahkemesince değerlendirilerek uyuşmazlık hakkında yeniden bir karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle Mahkemece işin esası hakkında eksik incelemeye dayalı karar verildiğinden istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmak suretiyle dosyanın mahkemesine gönderilmesine ilişkin kararın kesin nitelikte bir karar olduğu, anılan kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanu-

<sup>47</sup> Karşı oy yönünde karar için bkz. "Mahkemece para cezası hakkında verilecek yeni karar doğrultusunda ödeme emri hakkında bir karar verilmesi gerektiği sonucuna varıldığından, istinaf talebinin kabulü ile Mahkeme kararının kaldırılması ve yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği, temyize konu Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesinin bu kararın nihai, temyiz edilebilir bir karar niteliğinde olmadığı, ilk derece Mahkemesi tarafından dava konusu hakkında güncel duruma göre (dayanak para cezasına karşı açılan davanın reddi kararının kaldırılarak yeniden verilecek karara göre ödeme emri hakkında da karar verilmesinin gerekmesi durumu) yeniden bir karar vermesi gerektiğine ilişkin kesin nitelikli bir karar olduğu, anılan kararın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca temyiz edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varıldığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir." D6D, E. 2022/5684, K. 2023/5362, 30.05.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 25.12.2024; "Bölge idare mahkemelerinin bu aşamada verdikleri kararlar temyiz kanun yoluna tabi olmayıp, şayet davanın konusu temyiz olunabilecek davalar arasında ise, mahkemelerin kaldırma kararı üzerine uyuşmazlığın esası hakkında verecekleri kararın istinaf incelemesinden geçmesi suretiyle verilecek bölge idare mahkemesi kararları, yani 2577 sayılı Kanun'un 45/5. maddesi kapsamında olmayan kararları temyiz kanun yoluna tabidir. Bu durumda; ...İdari Dava Dairesince her ne kadar Danıştaya temyiz yolu açık olmak üzere karar verilmiş ise de, temyiz istemine esas teşkil eden kararın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 46. maddesi kapsamında sayılan işlemlerden olmadığı ve temyiz yolu açık olmayan "kesin" kararlardan olduğu anlaşıldığından, temyiz isteminin incelenmesine yasal olanak bulunmamaktadır". D2D, E. 2023/114, K. 2023/387, 15.02.2023, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, 26.12.2024.

<sup>48</sup> AYM, E. 2022/89, K. 2022/129, 26.10.2022.

nu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca temyiz edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varıldığından, temyiz isteminin incelenmeksizin reddine karar verilmesi gerekmektedir. Öte yandan; temyiz istemine konu Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi kararının hüküm fıkrasında, temyiz yolunun açık olduğunun belirtilmesinin, kanunen temyiz yolu öngörülmeven davalarda ilgisine temyiz hakkı veremeyeceği de açıktır<sup>49</sup> biçiminde karar verilerek<sup>50</sup>, gönderme kararının kesin olması sebebiyle temyizen incelenecek kararlardan olmadığına ve dolayısıyla yukarıdaki karardan farklı olarak gönderme kararının kesin karar olması sebebiyle temyizde incelenemeyeceğine karar verilmiştir. Bu yönüyle Anayasa Mahkemesi kararlarıyla meselenin daha derin irdelenmesinin, Danıştay kararlarına bir etki olarak "bozma görünümlü gönderme kararlarının" temyize tabi olarak denetlenebileceğine ulaştırıldığı iddia edilebilir. Bozma görünümlü geri gönderme kararlarının, İYUK 45/5 hükmünde belirtilen "gönderme kararları gibi değerlendirilemeyeceği" düşüncesinden hareket eden Danıştay'ın bu kararlarında hareket noktasının, sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararları olduğunu ifade etmek gerekir.

<sup>49</sup> D6D, E. 2021/8019, K. 2022/11757, 21.12.2022; D6D, E. 2021/9662, K. 2022/11758, 21.12.2022, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 27.12.2024.

<sup>50</sup> Ancak kararın karşı oyunda, "2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesine göre Bölge İdare Mahkemesinin kararının kesin nitelikte bir karar olabilmesi için;

1-İlk derece mahkemesince,

a) İlk inceleme üzerine verilen karar olması,

b) Davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması.

2-İlk derece mahkemesince (a) ve (b) kapsamında verilen karara karşı yapılan istinaf başvurusunun haklı bulunması gerekmektedir.

Olayda ise Bölge İdare Mahkemesince 2577 sayılı Kanunun 45/4. maddesine göre ilk derece mahkemesi kararını hukuka uygun bulmayıp kaldırılmasına karar verildiği, bu durumda ilk derece mahkeme kararına karşı istinaf başvurusunu kabul etme nedeni 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi kapsamında olmaması nedeniyle işin esası hakkında yeniden bir karar vermesi gerekirken ilk derece mahkemesince ilk inceleme üzerine verilmiş bir karar gibi yahut davaya görevsiz veya yetkisiz mahkeme yahut reddedilmiş veya yasaklanmış hâkim tarafından bakılmış olması hali gibi değerlendirme yapılarak işin esası hakkında yeniden karar vermek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesine karar verildiği görülmektedir.

Bölge İdare Mahkemesinin verdiği bu karar 2577 sayılı Kanunun 45/5. maddesi kapsamında kesin bir karar olmadığından yine 2577 sayılı Kanunun 46. maddesi kapsamında (Konusu yüz bin Türk lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalar) da temyiz sınırları içinde olduğundan temyize tabi bir karar olduğu açıktır.

Nitekim Bölge İdare Mahkemesince de dava konusu miktar itibarıyla temyize açık olduğundan Danıştay'a temyiz yolu açık olmak üzere karar verildiği görülmektedir.

Böyle olunca da temyize konu Bölge İdare Mahkemesi kararı hakkında temyizen incelenerek Dairemizce bir karar verilmesi gerekmektedir.

Bu durumda, kesin nitelikte olmayan temyize konu edilen Bölge İdare Mahkemesi İdari Dava Dairesi kararının temyizen incelenerek karar verilmesi gerektiği oyu ile aksi yöndeki Dairemiz çoğunluk kararına katılmıyorum." D6D, E. 2021/9662, K. 2022/11758, 21.12.2022; D6D, E. 2021/8019, K. 2022/11757, 21.12.2022, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, E.T. 26.12.2024.

## B. İYUK 45/5 Hükümüne Yönelik Anayasaya Aykırılık İddialarından Sonra Bölge İdare Mahkemelerinin Gönderme Kararlarında Değişiklik Var mı?

Gönderme kararını veren bölge idare mahkemelerinin Anayasa Mahkemesi kararlarıyla oluşan yeni tartışma alanından sonra ne yönde karar verdiğinin incelenmesi gerekmektedir. İstanbul Bölge İdare Mahkemesi güncel bir kararında, dereceli yargılamaya atıfta bulunarak istinaf aşamasında ilk derece mahkemesinin bıraktığı eksikliklerin giderilmemesi ve bunun fikir çatışması/karşılaştırılması yapılabilmesi için hedeflenmesi gerektiğine şu şekilde işaret etmektedir:

*“(İ)ki dereceli yargılama usulünde istinaf mercilerine ilk derece mahkemesi kararı yanında maddi olayı da hukuka uygunluk denetimine tabi tutma görevinin verilmesi, ilk bakışta istinaf merciince gerekçesiz yahut şekli ve/veya usuli gerekçelerle işin esasını incelenmeksizin verilmiş bir karara konu maddi olaydaki olgu ve bulguların ayrı ayrı irdelenmesi suretiyle yaptığı hukuki değerlendirmelere dayalı esasa dair bir gerekçeyi istinaf konusu karara ekleyerek, belirtilen eksikliği giderebileceği düşünülebilir ise de, yasa koyucunun, iki dereceli yargılama usulü ile “Fikir çatışması/karşılaştırılması suretiyle en doğru ve adil sonuca ulaşmak” sonucuna ulaşmayı hedeflediği gözetildiğinde; bu sonuca varmanın öncelikli şartı, istinaf konusu kararın, ilk derece Mahkemesince uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak yapılmış değerlendirmeleri ihtiva etmesidir. Bu durumda; gerekçesi yukarıda izah edildiği üzere, davacıya atfedilen eyleminin, disiplin amirince nihai olarak cezaya dayanak alınan mevzuat hükmü çerçevesinde değerlendirilmek suretiyle uyuşmazlığın esasına yönelik bir karar verilerek, iki dereceli yargılama usulünden beklenen yararı sağlamak üzere istinaf konusu kararın kaldırılması ve belirtilen hususlara riayet edilmek suretiyle yeniden bir karar verilmesi için dosyanın ilk derece Mahkemesine gönderilmesi gerekmektedir”<sup>51</sup>.*

Karar, üzerinde düşünülerek yazılmış görünmektedir. Kanundaki hükmü ihmal etmenin haklı sebeplerini ortaya koyarak dosyanın neden ilk derece mahkemesine iade edilmesi gerektiğini açıklamaktadır.

Daha önce bozma görünümlü gönderme kararı verilip ilk derece mahkemesine dosyanın geri gönderilmesine rağmen yeniden eksik inceleme yapılmasını gerekçe göstererek ikinci kez kanunda yazmayan sebeplerle dosyayı geri gönde-

<sup>51</sup> İstanbul BİM 2. İdari Dava Dairesi, E. 2024/631, K. 2024/2558, 30.09.2024, UYAP; Aynı yönde bkz. İstanbul BİM 2. İdari Dava Dairesi, E. 2023/2591, K. 2024/1787, 12.07.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

ren Adana Bölge İdare Mahkemesi kararında ise, “*istinaf merci olarak Dairemiz tarafından verilen karara karşı ısrar hakkı bulunmamasına rağmen, ilk derece mahkemesince yerindelik denetimi, tarafsızlık, hak arama hürriyeti ve adil yargılanma hakkı gibi olayla ilgisi olmayan genel hukuk ilkelerinin ihlal edildiği gibi şahsi mülahazalarla kanunun açık hükmüne aykırı olarak uygulanmamasının hukuk zemininde izah edilebilir bir yanı bulunmamaktadır*” ifadesinden sonra “*davacının dava dilekçesinde yer verdiği ve yukarıda izah edilen bir talebi hakkında, Dairemizin önceki kaldırma-gönderme kararında belirtilmiş olmasına rağmen, hüküm kurulmayıp, gerekçe oluşturulmaması da nazara alınarak, 2577 sayılı Kanun’un öngördüğü usullere tabi olarak yargısal incelemenin ve hukuki değerlendirmenin eksik yapılarak, uyumsuzluğun bir kısmı hakkında gerekçe oluşturulmaması ve hüküm kurulması nedeniyle eksik irdeleme ve gerekçeden oluşan kararın bu kısmı bakımından doğrudan üst derece mahkemesince ilk kez yargılama yapılarak bir hükme varılması, kanunun öngördüğü iki aşamalı yargısal denetime aykırılık teşkil ettiğinden, ilk derece yargısal denetimin gerçekleştirilmesi için dosyanın belirtilen eksiklikler yönüyle irdelenip hüküm kurulmak üzere kaldırılıp mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır*”<sup>52</sup> denilerek, 2577 sayılı Kanun’un 45. maddesinin 5. fıkrası gereğince kesin (temyiz yolu kapalı) olmak üzere oybirliğiyle karar verilmiştir. İlk derece mahkemesinin gönderme kararına ısrar hakkı olmamasını yinelemesi ve dereceli yargılamaya atıfla meseleyi çözme gayreti yönüyle karar dikkate değerdir.

Bir başka bölge idare mahkemesi kararında, “*(İ)lk derece mahkemesi sıfatıyla uyumsuzluğa bakan idare mahkemesince, niteliği itibariyle keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasının zorunlu olması ve keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaksızın dava konusu işlemin hukuki incelemesinin taraf iddiaları çerçevesinde incelenmesi ve maddi olayın tüm unsurları ile aydınlatılması suretiyle yargısal incelemesinin yürütülmesinin mümkün bulunmaması nedeniyle, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri uyarınca Dairemizce işin esasına girilmesi mümkün görülmemiş, kararın kaldırılması ve 2577 sayılı Yasanın 45/5. maddesi gereği yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna*

<sup>52</sup> Adana BİM, 1. İdari Dava Dairesi, E. 2024/1164, K. 2024/1404, 3.10.2024, UYAP, E.T. 10.02.2025. Aynı yönde bkz. “*İlk derece mahkemesi sıfatıyla uyumsuzluğa bakan İdare Mahkemesi’nce yukarıda belirtilen hususlara göre hukuki irdeleme yapılmadan hüküm kurulmuş olması, kararın oluşumunu etkileyen esaslı bir noksanlık olduğundan, Dairemizce işin esasına girilmesi mümkün görülmemiş, kararın bu yönüyle bozulması ve 2577 sayılı Yasanın 45. maddesi gereği yeniden bir karar verilmesi için dosyanın Mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır*”. Erzurum BİM, 2. İdari Dava Dairesi, E. 2024/3405, K. 2025/289, 23.01.2025, UYAP, E.T. 10.02.2025.

*ulaşmıştır. Açıklanan nedenlerle, istinaf talebinin kabulüne, İstanbul 14. İdare Mahkemesi'nin 04/07/2024 tarih ve E: 2023/1214, K: 2024/1011 sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine iadesine, Mahkemece yapılacak yargılama sonucunda verilecek karar ile yargılama giderleri hakkında da hüküm kurulacağından bu konuda ayrıca hüküm kurulmasına yer olmadığına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45/6. ve 46. maddeleri uyarınca temyizi kabil olmamak üzere kesin olarak 18/12/2024 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”<sup>53</sup> şeklindeki hükümlerle, keşif ve bilirkişiye başvurmadan sonuca bağlanan ilk derece mahkemesi kararı, kanunda gönderme sebepleri arasında sayılmasa da yeniden karar verilmek üzere iadesine karar verilmiştir<sup>54</sup>.*

<sup>53</sup> İstanbul BİM 4. İdari Dava Dairesi, E. 2024/2206, K. 2024/2713, 18.12.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

<sup>54</sup> Aynı yönde bkz. “(İ)lk derece mahkemesi sıfatıyla uyuşmazlığa bakan idare mahkemesince, niteliği itibarıyla keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmasının zorunlu olması ve keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmaksızın dava konusu işlemin hukuki incelemesinin taraf iddiaları çerçevesinde incelenmesi ve maddi olayın tüm unsurları ile aydınlatılması suretiyle yargısal incelemesinin yürütülmesinin mümkün bulunmaması nedeniyle, 2577 sayılı Kanunun istinaf kanun yoluna ilişkin hükümleri uyarınca Dairemizce işin esasına girilmesi mümkün görülmemiş, kararın kaldırılması ve 2577 sayılı Yasanın 45/5. maddesi gereği yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınarak yeniden bir karar verilmesi için dosyanın mahkemesine iade edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Açıklanan nedenlerle,

1-) İstinaf taleplerinin kabulüne, İstanbul 6. İdare Mahkemesi'nin 30/04/2024 tarih ve E: 2023/194, K: 2024/853 sayılı kararının kaldırılmasına,

2-) Dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine iadesine,

3-) Mahkemece yapılacak yargılama sonucunda verilecek karar ile yargılama giderleri hakkında da hüküm kurulacağından bu konuda ayrıca hüküm kurulmasına yer olmadığına,

4-) 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45/6. ve 46. maddeleri uyarınca temyizi kabil olmamak üzere kesin olarak 26/09/2024 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. İstanbul BİM 4. İdari Dava Dairesi, E. 2024/1858, K. 2024/2088, 26.09.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025; “İdare Mahkemesince, davacı şirketin işyerinde yapılacak keşif sonrası konusunda uzman bilirkişi heyetinden bilirkişi raporu alınarak yeniden bir karar verilmesi gerekmektedir. Açıklanan nedenlerle; istinaf talebinin kabulüne, Kocaeli 2. İdare Mahkemesinin 30/12/2022 tarih ve E: 2022/1166, K: 2022/2200 sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere mahkemesine gönderilmesine, işbu karar üzerine mahkemece yeniden verilecek kararlar birlikte yargılama giderleri de hüküm altına alınacağından bu hususta ayrıca hüküm tesisine gerek bulunmadığına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45. maddesinin 6. fıkrası ve 46. maddesi uyarınca kesin olarak 07/02/2024 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”. İstanbul BİM 6. İdari Dava Dairesi, E. 2023/923, K. 2024/432, 07.02.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025; “Mahkemesince, aktüerya hesabı yapılmasına yönelik bilirkişi raporu alınmadan önce tarafların kusur oranının belirlenmediği, bu kusur oranları dikkate alınarak aktüerya bilirkişi incelemesi yaptırılmadığı, dosyaya ibraz edilecek aktüerya bilirkişi raporunun nihai olarak hükme alınabilecek nitelikte bulunması durumunda davacıya ıslah hakkının tanınması gerekmekte iken, tarafların kusur oranı belirlenmeden yaptırılan aktüerya bilirkişi raporu esas alınarak davacı tarafından yapılan ıslah ile dava değeri belirlenmesi suretiyle hüküm kurulması yoluna gidildiği anlaşılmış olup, bu hususlar gözetilmeksizin yapılan yargılama sonucunda verilen kararda usul hükümleri yönünden hukuki isabet bulunmadığından anılan eksikliklerin giderilerek yeniden bir karar verilmek üzere dosyanın Mahkemesine gönderilmesi gerektiği sonuç ve kanaate varılmıştır”. İstanbul BİM 7. İdare Dava Dairesi, E. 2024/1785, K. 2024/2208, 03.10.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

Tabii hakim ilkesine atfla meseleyi değerlendiren karara göre, “*istinaf mahkemesine ilk derece mahkemesi sıfatı da verilmediği, zaten aksi kabulün tabii hakim ilkesine de aykırılık oluşturacağı hususları bir bütün olarak dikkate alındığında, genel usul anlamında hukuken verilmiş bir karar bulunmadığı durumlarda, istinaf mahkemesinin özel usul kurallarına yönelik durumda olduğu gibi istinafa konu kararı kaldırarak dosyayı mahkemesine gönderilebileceği tabidir*”<sup>55</sup>.

Bir başka kararda, “*Davanın devamı sırasında kişinin ölümü halinde dosyanın işlemde kaldırılması, mirasçılardan davayı takip hakkını kullanabilmeleri amacıyla getirilmiş bir hak olup, birden fazla davacının olması durumunda tüm davacılar yönünden dosya işlemde kaldırılamayacağından ve nihai kararlar birlikte dosyanın bir kısmı işlemde kaldırılamayacağından Mahkemece ölen tarafın mirasçıları araştırılarak davaya devam etmek isteyip istemedikleri ara kararı ile açıklığa kavuşturulduktan sonra işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerektiği tabiidir. Zira dosyanın işlemde kaldırılması kararları davayı sonlandırmayan nihai karar niteliğinde bir karar olmayıp, istinaf ve temyiz incelemesine de tabi değildir. Bu özelliği gereği dosyanın işlemde kaldırılması kararının nihai kararlar birlikte verilmesi kararın niteliği itibarıyla hukuken mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle; istinaf taleplerinin kabulüne, İstanbul 3. İdare Mahkemesi’nin 30/04/2024 tarih ve E: 2022/108, K: 2024/899 sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine iadesine, Mahkemece yapılacak yargılama sonucunda verilecek karar ile yargılama giderleri hakkında da hüküm kurulacağından bu konuda ayrıca hüküm kurulmasına yer olmadığına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45/6. ve 46. maddeleri uyarınca temyizi kabil olmamak üzere kesin olarak, 27/11/2024 tarihinde oybirliğiyle karar verildi*”<sup>56</sup>

Başka bir kararda ise “ *tarafların hepsine duruşma davetiyesi gönderilmek suretiyle duruşmanın yeniden yapılması gerektiğinden İdare Mahkemesince duruşma yapılmadan işin esası hakkında karar verilmesinde usul hükümlerine uygunluk bulunmamaktadır.*

Öte yandan; 06.01.2021 kayıt tarihli bilirkişi raporunun da İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı’na tebliğ edilerek karar verilmesi gerektiği de açıktır.

<sup>55</sup> Ankara BİM, 5. İdari Dava Dairesi, E. 2024/1368, K. 2025/96, 05.02.2025, UYAP, E.T. 10.02.2025.

<sup>56</sup> İstanbul BİM 4. İdari Dava Dairesi, E. 2024/1432, K. 2024/2567, 27.11.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025. Aynı yönde bkz. İstanbul BİM 4. İdari Dava Dairesi, E. 2024/1951, K. 2024/2504, 13.11.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

*Açıklanan nedenlerle, istinaf talebinin kabulüne, İstanbul 9. İdare Mahkemesi'nin 10/05/2024 tarih ve E: 2023/1314, K: 2024/1219 sayılı kararının kaldırılmasına, dava dosyasının yeniden bir karar verilmek üzere Mahkemesine iadesine, Mahkemece yapılacak yargılama sonucunda verilecek karar ile yargılama giderleri hakkında da hüküm kurulacağından bu konuda ayrıca hüküm kurulmasına yer olmadığına, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 45/6. ve 46. maddeleri uyarınca temyizi kabil olmamak üzere kesin olarak 16/10/2024 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”<sup>57</sup>.*

Diğer bir olayda, “Davacının adli yardım talebinin reddi üzerine itiraz aşaması beklenilmeksizin Mahkemece 05.12.2023 tarihinde para isteme yazısının yazıldığı ve adli yardım ret kararı ile birlikte tebliğ edildiği görüldüğünden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 6/4. maddesinde yer alan sürecin usulüne uygun şekilde işletilmediği sonucuna varılmış olup, istinafa konu kararda hukuki isabet görülmemiştir.

*Açıklanan nedenlerle; davacının istinaf başvurusunun kabulüne, İstanbul 16. İdare Mahkemesi'nce verilen 18/07/2024 tarih ve E: 2023/12997, K: 2024/4739 sayılı kararın kaldırılmasına, yukarıda belirtilen hususlar dikkate alınıp yeniden yargılama yapılması amacıyla dosyanın 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 45. maddesinin 5. fıkrası uyarınca mahkemesine gönderilmesine”<sup>58</sup> şeklinde karar verilmiştir.*

2024 ve 2025 yılları içerisinde verilmiş yukarı gösterilen bölge idare mahkemesi kararları göstermektedir ki Danıştay'ın ve ilk derece mahkemelerinin gösterdiği dirence rağmen bölge idare mahkemeleri kanunda sayılan sebepler dışında gönderme kararı vermeye devam etmektedir. Esasında dayandıkları hukuki argüman noktasında da isabetsiz bir yaklaşım içerisinde de değillerdir<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> İstanbul BİM 4. İdari Dava Dairesi, E. 2024/2068, K. 2024/2292, 16.10.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

<sup>58</sup> İstanbul BİM 9. İdare Dava Dairesi, E. 2024/3534, K. 2024/2304, 15.11.2024, UYAP, E.T. 07.01.2025.

<sup>59</sup> “2577 sayılı Kanun'un 45/4. maddesinin ikinci cümlesinde yer alan “bölge idare mahkemesi için esası hakkında yeniden bir karar verir” hükmünde geçen “işin esası hakkında yeniden bir karar”dan anlaşılması gereken, davaya konu edilen işlemlerin ilk derece yargı yeri olarak hukuka uygunluk denetiminin yapılması ve bu konularda verilmiş nihai bir kararın varlığına işaret etmekte olup, işin esası hakkında daha önce verilmiş bir karar bulunmaması halinde bölge idare mahkemesince verilecek karar ile yapılanın “işin esası hakkında yeniden bir karar vermek” değil, “işin esasını ilk defa karara bağlamak” olduğundan, dolayısıyla uyuşmazlık ile ilgili hukuka uygunluk denetimi yapılmadığı ve hüküm kurulmadığı durumlarda, ilk derecede uyuşmazlıkla ilgili verilmiş nihai bir karardan söz edilmesi mümkün olmayıp, istinaf aşamasında Bölge İdare Mahkemesince ilk derecede işin esası hakkında hüküm kurulmayan dava konusu işlemle ilgili olarak uyuşmazlığın esası incelenerek hüküm kurulması halinde Kanunun öngördüğü iki aşamalı yargısal denetimin gerçekleşmeyeceği açıktır”. Gaziantep BİM 3. İdari Dava Dairesi, E. 2023/893, K. 2025/239, 29.01.2025, UYAP, E.T. 10.02.2025.



## SONUÇ

İYUK 45/5 hükmü üç defa Anayasa Mahkemesi önüne getirilmek suretiyle tartışmaların odağına gelmiş bulunmaktadır. Bölge idare mahkemesi bakışı, bu düzenlemenin anayasaya aykırılığı iddiasından vazgeçmeyerek, kanun koyucuya düzenleme içeriğinde değişiklik yapılması gerektiğini hatırlatmaktadır. Ancak bunun yanında kanun hükmünü ihmal ederek, eksik inceleme yapıldığı ve bu sebeple istinaf kanun yolundan beklenen amacın gerçekleşmeyeceği, bu durumun dereceli yargılama hakkının ihlali anlamına gelebileceği gibi gerekçelerle kanunda sayılan sebepler dışında dosyayı ilk derece mahkemesine geri gönderme uygulamasına devam etmektedir. Ancak bölge idare mahkemelerinin bu sebepleri birer perde olarak kullanmak suretiyle mevcut ve muhtemel dosya yükünü hafifletmek şeklindeki bir gaye üzerinden ileri sürebilme ihtimalleri üzerinde de dikkatlice durmak gerekir. Halbuki istinaf kanun yolunun reformatif özelliği, ilk derece mahkemesi kararının eksiklerinin giderilmesi, daha da mükemmelleştirilmesi ve gerekçelerinin kuvvetlendirilmesi anlamını ihtiva etmektedir. Diğer taraftan ilk derece mahkemesinin dosya üzerinde gereği gibi inceleme yapmayarak, bölge idare mahkemesinin “işin esası hakkında yeniden karar vermek” şeklinde değil de “işin esasını ilk defa karara bağlamak” yönünde hareket etmesi de istinaf kanun yolundan beklenen bir durum değildir.

Anayasa Mahkemesinin bu konudaki kararları -ki bu süreç E. 2022/89 kararıyla başlamış, devamında E. 2023/60 ve yetkisizlik sebebiyle red kararının verildiği E. 2024/77 kararıyla devam etmiştir- yargı yerlerinde içtihat değişikliğine sebep olmamış görünmektedir. Diğer taraftan temyize tabi kararlar bakımından hükmün anayasaya uygun olduğu noktasında karar verilmişken halen temyize tabi olmayan kararlar bakımından durum tereddüt doğurmaktadır.

İYUK 45/5 hükmünün uygulanması noktasında ilk derece mahkemesi ile bölge idare mahkemesi, bölge idare mahkemesi ile Danıştay arasında bir gerilim olduğu yargı kararları ışığında görülmektedir. İki bölge idare mahkemesi ve bir ilk derece mahkemesinin İYUK 45/5 madde hükmüne yönelik somut norm denetimi başvurusunda bulunmaları bunun bir sonucudur. İlk derece mahkemesinin direnci, bölge idare mahkemesinin kanunda sayılan sebepler dışında dosyayı geri göndermesine ısrar imkanının olmaması ve bunun da hakimın iç bağımsızlığına aykırı olduğuna dair inançta kendini göstermektedir.

İstinaf denetimin sınırlarını gösteren İYUK 45. madde hükmünü genişletecek biçimde verilen bölge idare mahkemelerinin “bozma görünümlü geri gönderme kararları” İYUK md.45/5 hükmü gereğince kesin karar kabul edildiğinin

den kural olarak temyiz denetimine tabi değildir. Hatta temyiz yolunun açık bulunduğu hüküm fıkrasında ifade edilse dahi temyiz imkanı vermemektedir. Sözü edilen Anayasa Mahkemesi kararlarından sonra diğer bir ifadeyle hükmün dereceli yargılama hakkı bakımından anayasaya aykırı olduğu iddialarının yüksek sesle dile getirilmesinden sonra Danıştay, İYUK 45/5 hükmünde belirtilen sebeplerin yorum yoluyla genişletilemeyeceğini ifade ederek, esas itibariyle bu hüküm kapsamında olmayan gönderme kararlarının temyiz denetimini gerçekleştirmiş ve kararları bozmuştur. Bu durumu aslında, kanun hükmünü ihmal eden bölge idare mahkemesi eliyle oluşan duruma, kanunu yorumlamak suretiyle geliştirilen bir direnç olarak görmek gerekir. Bunu gerçekleştirirken de Danıştay, 2577 sayılı Kanun'un 45/4. madde hükmü uyarınca bölge idare mahkemesince işin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, İYUK 45/5 hükmünde yer alan gönderme kararı gibi kabul edilerek dosyanın geri gönderilmesini hukuka aykırı görerek, bozma görünümlü gönderme kararının 45/5'teki gönderme kararlarından olmaması sebebiyle temyiz incelemesine tabi olduğunu ifade etmektedir. Güncel Danıştay kararlarında tespit ettiğimiz bu durum ışığında bu yöndeki Danıştay kararının, kanun koyucunun bir değişiklik yapması gündemi olana kadar bölge idare mahkemeleri bakımından "ikna edici bir karar" olarak kabul edilmesi elzemdir. Dolayısıyla burada esas nokta Danıştay'ın Anayasa Mahkemesi kararına atıf yapması değil, bölge idare mahkemelerinin bu kararın ikna edici kuvvetine dayanarak, kanunda sayılan sebepler dışında gönderme kararı vermemeleridir. Ancak 2024 ve Şubat 2025 tarihi itibariyle görünen o ki bölge idare mahkemeleri, gerekçelerini yine dereceli yargılama hakkı temelinde daha da sağlamlaştırarak mevcut uygulamaya devam etme eğilimindedirler. Bu durum bir taraftan idari hakim eliyle kanun yolunun genişletilmesi olarak kabul edilmelidir. Ancak Danıştay kararlarına göre ise hakim eliyle kanun yolunun daraltılması ya da genişletilmesi mümkün değildir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk, “Bir İstinaf Sebebi Olarak HMK m.353/1-a-6 Üzerine Değerlendirme”, **TAAD**, Sa. 38, Nisan 2019, s. 1-18.
- AKKAYA, Tolga, “İstinaf İncelemesi Sonunda İlk Derece Kararının Kaldırılması ve Dosyanın İlk Derece Mahkemesine Gönderilmesi”, **MİHBİR Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçular Birliği 15. Toplantı**, Ankara, 6-7.10.2017, s. 115-181.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, **İdari Yargılama Hukuku**, 2. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- AVCI, Mustafa, **İdari Yargılama Usulündeki Son Yenilikler ve İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- BİLGİN, Hüseyin, “Bölge İdare Mahkemesi Kararları Arasındaki Aykırılık ve Uyuşmazlığın Giderilmesi Sorunu”, **AHBVHFD**, C. XXV, Sa. 3, 2021, s. 637-686.
- BİLGİN, Hüseyin, **99 Soruda İdari Yargıda İstinaf Başvurusu Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- CANDAN, Turgut, “Eksik İncelemeyle Verilen Kararlar Üzerinde İstinaf İncelemesi”, <https://turgutcandan.com/2019/10/27/eksik-incelemeyle-verilen-kararlar-uzerinde-istinaf-incelemesi/>, E.T. 08.01.2025.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdari Yargılama Hukuku**, 15. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- ÇINARLI, Serkan, **İdari Yargılamada İstinaf ve Bölge İdare Mahkemeleri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- ÇINARLI, Serkan / AZAK, Kerim, “Bölge İdare Mahkemesinin Dosyayı İlgili Mahkemeye Göndermesi Meselesi”, **SÜHFD**, C. 30, Sa. 2, 2022, s. 571-603.
- Danıştay 2023 Yıllık Rapor, <https://www.danistay.gov.tr/assets/images/yayinlar/dergi/2024-05-22-10-52-1289140.pdf>, s. 123, E.T. 06.01.2025.
- DURMUŞ, Neslihan Karataş, “Vergi Yargılamasında Bölge İdare Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir Değerlendirme”, **TAAD**, Sa. 56, Ekim 2023, s. 229-262.
- ERASLAN, Yunus, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu Aşamasında Verilen Gönderme Kararları Üzerine Bir İnceleme”, **AndHD**, C. 6, Sa. 1, Şubat 2020, s. 77-132.

- GÜLAN, Aydın, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 148. Yıl**, Ankara, 2016, s. 19-27.
- GÜNDAY, Metin, **İdari Yargılama Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- GÜNDÜZ Fatma Ebru / GÜNDÜZ, Hakan, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Hükümün Denetlenmesini Talep Etme Hakkı”, **TAAD**, Sa. 49, Ocak 2023, s. 1-28.
- KAYAALP, Mustafa, “Türk İdari Yargılama Hukukunda İstinaf Kanun Yolu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2024.
- ÖZEKES, Muhammet / GÜNEYSU, Nilüfer Boran, **Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı (HMK m.353/1-a-6)**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- SEZGİNER, Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Ayrılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdarî Yargı Günü Sempozyumu: 150. Yıl**, Ankara, 2018, s. 111-135.
- TABAK, Onur, “HMK m.353/1-a Uyarınca Verilen Kararların Kesinliği Meselesi”, **AndHD**, C. 9, Sa. 1, Ocak 2023, s. 155-168.
- ÜLKÜ, Murat Fatih, “İstinaf Mahkemelerinin Yeniden Karar Vermekten Kaçınmasının Yarattığı Sorunlar Üzerine”, **Ankara Barosu Dergisi**, C. 81, Sa. Cumhuriyet 100. Yıl Özel Sayısı, 2023, s. 533-556.
- YAZICI, Gün, “İdari Yargıda İstinaf Kanun Yolu”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, **Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2024.

# Stoa Düşüncesinde Doğal Hukuk ile Kozmopolis Kavramları ve Yansımaları<sup>(\*)</sup>

## Concepts of Natural Law and Cosmopolis in Stoic Thought and Their Reflections

Alper IŞIK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Helenistik dönemde ortaya çıkan önemli düşünce okullarından biri olan ve Zenon tarafından kurulduğu kabul edilen Stoacılık Antik Yunan dünyasında etkili olmuş önemli düşünce okullarından biridir. Stoa düşüncesinin ilk dönemlerine ilişkin yazılı kaynaklar sınırlıdır. Ancak bu döneme ilişkin olarak Zenon'un öğretileri kabul görmektedir. Sonrasında ortaya çıkan orta dönem Stoa düşüncesi ise yönünü pratik felsefeye çevirmiştir. Stoacı düşüncenin özünde insanların akıllarını kullanarak doğa yasalarını keşfetmesi ve bu yasalara uygun olarak yaşamaları yatmaktadır. Dolayısıyla bu yetiye sahip olan insanlar bir dünya devletinin yurttaşları olabileceklerdir. Bu dünya devletinde ise akılla erişilen doğal yasalar hakim olacaktır. Stoacı düşüncenin buradan yola çıkarak ortaya attığı kozmopolis düşüncesi ve doğal hukuk anlayışı Roma İmparatorluğunda sıklıkla kabul görmüştür. Temel olarak siyasi düşünceye mesafeli duran Stoacılık, özellikle Roma dönemine denk düşen ve geç dönem Stoacılık olarak adlandırılan dönemde siyasi açıdan önem kazanan bir düşünce okulu olmuştur. Bunun en temel sebebi Stoacılığın içinde yer alan kozmopolis düşüncesiyle Roma İmparatorluğu'nun bir dünya devleti olma iddiasının örtüşmesidir. Özellikle düşünsel anlamda Cicero ve Seneca bu düşüncenin Roma'da tanınmasını ve yayılmasını sağlamıştır. Bir Roma İmparatoru olan Marcus Aurelius da Stoacı düşüncenin önemli bir temsilcisi olarak kabul edilmektedir. Roma sonrasında Hıristiyanlığın etkisi artmış ve bu durum Stoacı düşüncüyü de başka şekillerde var olmaya itmiştir. Tarihsel sürecin farklı dönemlerinde doğal hukuk ve kozmopolis düşünceleriyle etkisini sürdüren Stoa düşüncesinin günümüzde de etkili olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

### Anahtar Kelimeler:

Stoacılık, Kozmopolis, İnsan Hakları, Doğal Hukuk, Roma İmparatorluğu.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.01.2025  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 14.02.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1627119>

Bu makaleye atf için: IŞIK, Alper, "Stoa Düşüncesinde Doğal Hukuk ile Kozmopolis Kavramları ve Yansımaları", *İMHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 151-170

(\*\*) *Dr. Öğr. Üyesi*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [alper.isik@medeniyet.edu.tr](mailto:alper.isik@medeniyet.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3784-8297>

**Abstract:**

Stoicism is one of the important schools of thought that emerged during the Hellenistic period and is believed to have been founded by Zeno. It has significantly influenced the Ancient Greek world. Although written sources from the early periods of Stoic thought are limited, Zeno's teachings are widely accepted as foundational. The later middle period of Stoicism shifted towards practical philosophy. The essence of Stoic thought is that individuals should use their reason to discover the laws of nature and live in accordance with these laws. As a result, those who develop this ability become citizens of a cosmopolitan world state, where natural laws, understood through reason, prevail. The concepts of cosmopolis and natural law proposed by Stoicism were frequently embraced by the Roman Empire. While Stoicism originally maintained a distance from political thought, it gained political importance during late Stoicism, which coincided with the Roman period. This shift was largely due to the alignment between Stoicism's idea of a cosmopolitan society and the Roman Empire's claim to be a world state. Notable thinkers such as Cicero and Seneca played a significant role in popularizing these ideas in Rome. Marcus Aurelius, a Roman Emperor, is also regarded as an important representative of Stoic thought. Following the rise of Christianity, Stoicism's influence diminished but transformed into different forms. It is fair to say that Stoic thought, which has continued to impact various historical periods through concepts like natural law and cosmopolitanism, remains relevant today.

**Keywords:**

Stoicism, Cosmopolis, Human Rights, Natural Law, Roman Empire.

**GİRİŞ**

Stoacılık Antik Yunan dünyasının önemli düşünce okullarından biri olarak kabul edilmektedir. Ortaya çıktığı tarihsel dönem, Antik Yunan sitelerinin çöküşü dönemine denk gelir. Ancak Stoacılık sadece doğduğu tarihsel dönemle sınırlı kalmamış bir düşünce ekolüdür. Kendi içinde dönemlere ayrılan Stoacılık, her dönemde daha farklı bir niteliğe sahip olmuştur. Özellikle Antik Yunan'ın sonrasına rastlayan orta ve geç dönem Stoa düşüncesi ağırlıklı olarak Roma İmparatorluğu'nun etkisini taşımaktadır. Roma İmparatorluğu'nun tarih sahnesinden silinmesiyle birlikte Stoacı düşünce kendisi Hıristiyanlık düşüncesi içinde de var etmeyi başarmıştır. Sonraki tarihsel süreçte ise özellikle düşünürler Stoacı düşüncesinin kozmopolis düşüncesinden esinlenerek yeni küresel devlet tasarımları ortaya koymuştur. Kuşkusuz ütopyik bir nitelik taşıyan bu tasarımlar uygulama imkanı bulamamıştır. Ancak Stoacı düşüncesinin temel tezleri olan insanların dünya devletinin yurttaşları olduğu ve haklar bakımından eşit oldukları düşüncesi özellikle insan hakları düşüncesinin belirmesi açısından önem taşımıştır. Böylelikle insan hakları, doğal hukuk temelli olarak ve devletten bağımsız ve hatta onu aşan bir öneme sahip olmuştur. Makalede ilk olarak Stoa düşüncesinin ortaya çıkışı ve dönemleri ele alınacak, ardından Stoa düşüncesinde devletin nasıl ele alındığı üzerinde durulacaktır. Son olarak da Stoacılığın günümüze uzanan boyutuna değinilecektir.

## I. STOACILIK

### A. Stoa Düşüncesinin Ortaya Çıkışı ve Dönemleri

Stoacılık, M.Ö. 5. Yüzyıldan sonra Antik Yunan sitelerinin çöküşüyle birlikte ortaya çıkan Makedon hakimiyetinin sonuçlarından biri olarak kabul edilmektedir. Bu dönem Helenistik dönem olarak adlandırılmaktadır. Helenistik dönemde ortaya çıkan felsefe okulları, Antik Yunan sitelerinin çöküşü sonrası dönemde insanlar arasındaki huzuru ve barışı sağlamaya odaklanmışlardır. Epikürcülükle birlikte Stoacılık bu okullardan en önemlileri olarak ele alınmaktadır<sup>1</sup>. Epikürcülük, site sonrası dönemde mutluluğu kişinin iç dünyasında bulması gerektiğini ifade ederken, Stoacılık, iç dünyayla birlikte evrensel yasayla yönetilen kozmopolis yurttaşlığına vurgu yapmaktadır<sup>2</sup>.

Antik Yunan'da ortaya çıkan bu düşünce ekolleri Aristoteles'in ölümünün sonrasına rastlamış ve birkaç yıl içinde Atina'nın baskın felsefe ekolleri olmuştur<sup>3</sup>. Stoacılığın kurucusu Zenon, Kıbrıs'ta, arasına Fenikelileri de kabul eden bir Yunan kenti olan Kition'da doğmuştur<sup>4</sup>. Zenon'un verdiği derslerde siyaset felsefesi, site ve yurttaşlık ödevleri gibi toplumsal görevler hiç yer almamaktadır. Bu derslerin devamında hiyerarşinin yerini eşitlik, uzmanların bilgisinin yerini ise herkesin kendi çabasıyla gerçeği keşfedebileceği ve iyi bir yaşam sürebileceği düşüncesi almıştır<sup>5</sup>. Ancak ilk dönem Stoacılarının genelinde olduğu gibi Zenon'un da günümüze ulaşan eseri olmamıştır. Zenon'un öğretilerine ilişkin en temel kaynaklardan biri Laertios'un eseridir. Stoa ismi, Zenon'un bir aşağı bir yukarı yürüyerek ders verdiği ve Polygnotos'un resimlerinin olduğu boyalı sütunlu salondan gelmektedir. Öncesinde Stoacılar, Zenoncular olarak da anılmıştır<sup>6</sup>. Stoacı düşüncenin oluşumunda Kinikler ve Sokrates'in önemli bir etkisi vardır. Zenon başlarda Kiniklerin görüşlerini benimser gibi görünse de eklektik bir anlayışa sahiptir<sup>7</sup>. Ayrıca Sokrates, Stoacı düşüncede bir nevi baş

<sup>1</sup> AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023, s. 31.

<sup>2</sup> UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 135.

<sup>3</sup> WATSON, Peter, **Fikirler Tarihi: Ateşten Freud'a**, Çev: Kemal ATAKAY, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 215.

<sup>4</sup> LAERTİOS, Diogenes, **Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri**, Çev: Candan ŞENTUNA, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007, s. 302.

<sup>5</sup> WATSON, s. 215.

<sup>6</sup> LAERTİOS, s. 304.

<sup>7</sup> RUSSELL, Bertrand, **Batı Felsefesi Tarihi 3**, Çev. Muammer SENCER, Say Yayınları, İstanbul, 2004, s. 404.

aziz olarak kabul edilmektedir. Özellikle Sokrates'in yargılanma sürecindeki tutumu, Atina'dan kaçmayı reddetmesi ve ölümü kabullenmesiyle birlikte adalet dışı işler yapmanın mağdur ettiği kişiden çok kişinin kendisine zarar vereceğini ifade etmesi Stoacı düşünceyle tamamen bir uyum içindedir<sup>8</sup>.

Stoa düşüncesi, ilk dönem Stoa, orta dönem Stoa ve geç dönem Stoa (Roma Stoası) olarak üç ayrı dönemde ele alınmaktadır. İlk dönem Stoa, okulun kurucusu Zenon'un, Kleantes ve Khryssippos'un etkili olduğu dönemdir ve M.Ö. 300-130 yılları arasını kapsar. Kleantes Zenon'dan sonraki dönemde Stoa okulunun başına geçmiştir. Onun ardından görevi devralan Khryssippos, Stoa öğretilerini yeniden ortaya koyup sistemleştirdiği için okulun ikinci kurucusu olarak kabul edilmektedir<sup>9</sup>. Orta Stoa dönemi ise M.Ö. 130-50 yılları arasını kapsamaktadır. Bu dönemde Panaitios ve Poseidonios öne çıkan düşünürlerdir. Orta dönem Stoacılık ilk dönemden bazı farklarla ayrılmaktadır. Bunlardan ilki pratik felsefe ya da ahlak felsefesine ilk döneme göre daha fazla önem verilmesidir. Bunun sonucunda Stoa öğretisinin dini karakteri de yavaş yavaş ortaya çıkmaya başlamıştır. Ayrıca bu dönemde Platoncu ya da Aristocu ekoller tarafından yöneltile eleştirilerin bir sonucu olarak daha eklektik bir felsefi okul ortaya çıkmıştır<sup>10</sup>. Son olarak da bu döneme kadar Yunan etkisi taşıyan Stoa okulu bu dönem sonrasında Roma üzerinde etkisini kurmaya başlamış ve bir anlamda Roma dünyasının resmi felsefesi haline gelmiştir<sup>11</sup>. Roma Stoası olarak da adlandırılan geç Stoa dönemi ise M.Ö. 50- M.S. 300 yıllarına denk düşmektedir. Bu dönemde ünlü Roma düşünürleri Cicero, Seneca, Epiktetos ve Marcus Aurelius öne çıkan düşünürlerdir<sup>12</sup>. Cicero bir Stoacı olmamakla birlikte Stoa felsefesi hakkında bilgiler veren eserler kaleme almıştır. Bu kitaplar arasında “*İyiler ve Kötülerin Sınırları Üzerine (De Finibus Bonorum et Malorum)*”, “*Tanruların Doğası Üzerine (De Natura Deorum)*” ve “*Academica*” eserleri Stoacılıkla birlikte Helenistik dönemin diğer felsefe okullarına da yer vermektedir<sup>13</sup>. Bunların dışında özellikle Stoa felsefesine odaklanan “*Stoacıların Paradoksları (Paradoxa Stoicorum)*”, “*Kader Üzerine (De Fato)*” ve “*Ödevler Üzerine (De Offi-*

<sup>8</sup> RUSSELL, s. 404.

<sup>9</sup> ARSLAN, Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi 4: Helenistik Dönem Felsefesi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s. 165.

<sup>10</sup> ARSLAN, s. 166.

<sup>11</sup> ARSLAN, s. 166.

<sup>12</sup> ÇELİKKOL, Suat, “Stoa Felsefesinin Temel Görüşleri Üzerine Bir İnceleme”, **Bilimname**, S. 37, 2019, s. 1225-1245, s. 1227.

<sup>13</sup> ARSLAN, s. 173.



*ciis*)” eserleri de önemlidir<sup>14</sup>. Cicero’nun “*Devlet Üzerine (De Republica)*”<sup>15</sup> ve “*Yasalar Üzerine (De Legibus)*”<sup>16</sup> adlı eserleri ise Stoacıların doğa yasası ve adalet gibi konularla birlikte genel olarak Stoacıların siyaset felsefesini anlamak için önemli kaynaklardır<sup>17</sup>. Bunlara ek olarak Seneca’nın inceleme ve mektupları, Epiktetos ve Marcus Aurelius’un kendi düşüncelerine yer verdikleri eserleri Roma Stoası dönemi için önemli kaynaklardır. Ayrıca Stoa düşüncesinde değinilmesi gereken önemli bir isim Roma İmparatoru Marcus Aurelius’tur. Aurelius hem bir filozof hem de bir imparator olarak bilinmektedir. Felsefesinde dinginliğe duyulan özlem ve topluma hizmet etme görevi arasındaki gerilim önemli bir yer tutar. Ayrıca eserlerinde yer alan bir diğer önemli tema ise ölüm ve insanın ölüm karşısındaki çaresizliğidir. Bu yüzden “*Kendime Düşünceler*” adlı eseri kendini teselli etme ve vicdana odaklanmakla birlikte diğer okuyuculara değil kendine yönelik bir günlük şeklinde kaleme alınmıştır<sup>18</sup>.

Stoacılığın son dönemi olarak isimlendirilen bu dönem tümüyle Roma’nın imparatorluk dönemine denk düşmektedir<sup>19</sup>. Ayrıca Stoa düşüncesine dair günümüze ulaşan yazılı kaynakların büyük bir çoğunluğu bu döneme ait olduğu için Stoa düşüncesine dair en çok bilgi sahibi olunan dönem bu dönemdir. Bu dönemde Stoacılıkta dini ilginin yüksek olduğu görülmektedir. Çünkü bu dönemde Stoacılık hem bir ahlak felsefesi hem de yaşam sanatına ilişkin kural ve öneriler içeren bir kılavuz olarak görülmekteyken bir yandan da bir felsefi din olarak görülmektedir<sup>20</sup>. Stoacılığın genelde ahlaki yönünün bilinmesinin önemli bir sebebi de günümüze erişen eserlerinin, özellikle Epiktetos ve Marcus Aurelius’un eserlerinin, bu konulara yoğunlaşmış olmasıdır<sup>21</sup>.

## B. Genel Hatlarıyla Stoa Düşüncesi

Stoacılar, Antik Yunan sitelerinin ardından ortaya çıkan imparatorluk düşüncesiyle birlikte yaşanan dönüşümün bir sonucudur. Bu dönemde Yunanlıların sahip olduğu üstünlük, özgürlük ve eşitlik düşüncesi yerini artık tüm insan-

<sup>14</sup> ARSLAN, s. 173.

<sup>15</sup> CİCERO, *Devlet Üzerine*, Çev. Cengiz C. ÇEVİK, İthaki Yayınları, İstanbul, 2014.

<sup>16</sup> CİCERO, *Yasalar Üzerine*, Çev. Cengiz C. ÇEVİK, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.

<sup>17</sup> ARSLAN, s. 174.

<sup>18</sup> COLISH, Marcia L., *The Stoic Tradition From Antiquity to the Early Middle Ages*, E. J. Brill, Leiden, 1990, s. 21.

<sup>19</sup> ARSLAN, s. 166.

<sup>20</sup> ARSLAN, s. 167.

<sup>21</sup> ARSLAN, s. 172.

ların bu ilkelerden yararlanabilecekleri düşüncesine bırakmıştır. Stoacılar bu düşünce geçişini sağlamada önemli bir fonksiyona sahiptir<sup>22</sup>. Sonrasında bu düşünce Roma ve Hıristiyanlık düşüncesini de fazlaca etkilemiştir<sup>23</sup>. Stoacılar açısından felsefe temelde üç alana ayrılır. Zenon'un yapmış olduğu ayrıma göre bu alanlar; fizik, ahlak ve mantıktır. Diğer Stoacı düşünürler de bu ayrımı takip etmişlerdir<sup>24</sup>. Bu ayrımı bir metaforla anlatmak gerekirse; mantık, kemik ve sinirlere; ahlak vücudun etli kısımlarına; fizik de ruha benzemektedir. Üstelik hiçbir parça ötekenden ayrı değerlendirilmez, hepsi iç içe olarak görülür. Bu anlayış felsefe öğreniminde de geçerlidir<sup>25</sup>.

Zenon, "İnsan Doğası Üzerine" adlı eserinde insanın amacını doğaya uygun yaşamak olarak belirlemiştir ve bu amaç aynı zamanda erdemli yaşamak anlamına gelir<sup>26</sup>. Stoacılar için felsefenin buradaki fonksiyonu, insanı mutluluğa götüren yolu ifade etmesidir. Bunun koşulu ise bilgidir. Zenon'a göre de felsefe, hayatın nihai amacı için hakikati ve fazileti bilme sanatı olarak tanımlanmaktadır<sup>27</sup>. Temeline doğaya uygun bir şekilde yaşamayı koyan Stoacı düşünce doğaya uygun yaşamak için önce doğanın tanınması gerektiğini kabul etmektedir. Doğanın tanınması için de kişinin iyi bir muhakeme gücüne sahip olması gerekir<sup>28</sup>. Aslında burada vurgulanmak istenen insanın düşünce gücüyle doğayı tanıyabileceğidir. Stoacılar açısından bu doğada her şey sonsuza kadar aynı döngüye dahildir ve sebep ile sonuç kusursuz bir şekilde birbirini takip eder. Bu döngüde her şey kader ve ilahi takdir olan doğanın evrensel yasalarına göre gerçekleşmektedir<sup>29</sup>.

Evrensel yasaları keşfetmek için Stoacıların Dünya tasavvuruna değinmek gerekmektedir. Stoacılar için Dünya iki ilkedен oluşmaktadır. Bunlardan ilki edilgin bir ilke olan maddedir. Diğeri ise etkin bir ilke olan Logos'tur. Logos, maddeyi etkileyen akıl olarak tanımlanır, bir başka deyişle Tanrıdır<sup>30</sup>. Logos, Stoacı felsefe açısından evreni yöneten en önemli güçtür ve evren ile logos öz-

<sup>22</sup> AKAD/DİNÇKOL/BULUT, s. 34.

<sup>23</sup> UYGUN, s. 135.

<sup>24</sup> LAERTİOS, s. 316.

<sup>25</sup> LAERTİOS, s. 316.

<sup>26</sup> LAERTİOS, s. 332.

<sup>27</sup> ÇELİKKOL, s. 1228.

<sup>28</sup> ÇELİKKOL, s. 1229.

<sup>29</sup> FOLSCHIED, Dominique, **Les Grandes Philosophies**, Presses Universitaires de France, Paris, 2011, s. 31.

<sup>30</sup> BRUN, Jean, **Stoa Felsefesi**, Çev: Medar ATICI, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003, s. 53.

deştir. Bu yüzden evren, doğası gereği akla dayanmalı, bir başka deyişle makul olmalıdır. Logos, evreni rasyonel doğa yasalarına göre düzenlemektedir<sup>31</sup>. Stoacıların insanı, diğer varlıklardan farklı olarak evrensel ruh adını verdikleri Logos'un bir parçacığı olarak görmektedirler. Bu durum insanın doğayla mükemmel bir uyum içinde yaşamakla yükümlü kılmaktadır<sup>32</sup>. Doğayla uyum içinde olmak Stoacı düşünceye göre mutluluğu yaratan şeydir çünkü aklın yönetimi ile doğaya uygunluk yaşam birliğini sağlar. Bunun sonucunda da insan, doğayı tamamlamaktadır<sup>33</sup>. Stoacılar doğaya uygun yaşamayı bir metaforla anlatırlar. Buna göre insan bir arabaya bağlanmış bir köpektir; eğer akıllıysa onunla birlikte koşar<sup>34</sup>. Burada birlikte koşulması gereken şey doğayı ifade eder ve bunu yapan insan akıllı insandır<sup>35</sup>.

Stoa düşüncesi dünyanın rasyonel bir düzene sahip olduğunu ve insanın da doğası gereği rasyonel bir varlık olduğunu savunmaktadır. Bunun anlamı, yasanın insan aklına ölümsüz harflerle kazınmış olduğudur<sup>36</sup>. Zenon insanın kötülük de dahil birçok şeyi uyumun bir parçası olarak görmesi gerektiğini ve akıl veya doğaya göre yönetilen bir hayata kendisini adanması gerektiğini, evrensel aklın bir gereği olarak görmektedir<sup>37</sup>.

## II. STOACILARIN DEVLET DÜŞÜNCESİ

### A. Devletin Kökeni

Stoacı düşünce temel odağını bireyin niyetlerine ve onun ahlaki boyutuna çevirmiş bir düşünce hareketidir. Kuşkusuz böyle bir düşünce odağının, devlete özel bir ilgi göstermesi beklenmemelidir. Ancak Stoacılar bu beklentinin aksine siyaset felsefesi ve devlet düşüncesine ilişkin düşünceler geliştirmişlerdir<sup>38</sup>. Antik Yunan sitelerinin bağımsızlıklarını kaybederek Makedon hakimiyetine girmeleri ve bu dönemin arkasından gelen Roma dönemi küçük devletlerin tarih sahnesinden inmesine sebep olmuştur. Bu dönemlerde merkezi devlet otoritelerinin güçlenmesiyle birlikte Doğu ile Batı arasında ortak bir kültür de yaratıl-

<sup>31</sup> COLISH, s. 31.

<sup>32</sup> FOLSCHIED, s. 31.

<sup>33</sup> FOLSCHIED, s. 31.

<sup>34</sup> RUSSELL, s. 406.

<sup>35</sup> BERLIN, Isaiah, *Liberty*, Ed. Henry HARDY, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 308.

<sup>36</sup> BERLIN, 307.

<sup>37</sup> BERLIN, 307.

<sup>38</sup> ARSLAN, s. 413-14.

mıştır<sup>39</sup>. Bunun bir sonucu olarak Stoacı düşüncenin odağı bağımsız devletlerden dünya devletine; site yurttaşlığından evrensel bir dünya yurttaşlığına yönelmiştir<sup>40</sup>. Ancak yalnızca bu etkenler Stoacı düşüncenin devlet teorisine değinmesinde yeterli etkenler değildir. Stoacıların doğa felsefesi de bu tür bir gelişmeyi mümkün kılmaktadır. Çünkü Stoacılar ortak doğa kavramından yola çıkarak bütün insanların bu ortak doğadan pay aldıklarını kabul etmektedir<sup>41</sup>. Bu ortaklıkla erişilen ve tüm evreni idare eden Ateş, Logos ya da Tanrı olarak ortaya konulan ortak akıl, bütün insanlar arasındaki dil, din, ırk, cinsiyet gibi ayrımları aşmakta ve tüm insanların uyacağı ortak yasaları ortaya çıkartmaktadır<sup>42</sup>.

Stoacılar göre birbirinden farklı olan yasalar ve anayasal düzenlemeler devletlerin değil, insanlık ailesinin hükümran olduğu bir dünya devleti tarafından idare edilmelidir. Ortak bir yasanın egemen olduğu bu devlete tanrılar da dahil edilebilir<sup>43</sup>. Diğer yandan Cicero ise devletin bir halk unsuru olduğunu belirtir ve halkın tanımını yaparken adalete uygun ve ortak çıkar için bir araya gelmenin önemini vurgular ve herhangi bir biçimde bir araya gelmiş olmanın halkı ortaya çıkarmayacağını ifade eder<sup>44</sup>. Stoacılar ayrıca Epikürcülerin aksine adaletin fayda temelli ele alınmasına karşı çıkarlar. Onlar için adaletin kaynağı doğadır. Aksinin kabulü halinde toplumun dayandığı erdemler de varlığını sürdüremez. Buradan yola çıkan Stoacılar, toplumun veya devletin kökenine evrensel yasayı; evrensel yasanın kökenine de evrensel adaleti; evrensel adaletin kökenine de doğayı ve doğada içkin olan evrensel akli yerleştirmişlerdir<sup>45</sup>. Devletin kökenini bu şekilde açıkladıktan sonra Stoacıların ideal yönetim biçimine ilişkin görüşlerini ele almak yerinde olacaktır.

## B. İdeal Yönetim Biçimi

Stoacılar bir düşünce okulu olsa da tarihsel süreçte uzun bir zamana yayılmıştır. Bu yüzden ideal devlet arayışları tarihsel dönemlere göre farklılık göstermektedir. Örneğin erken Stoa dönemi olarak adlandırılan dönemde Stoacılar, ideal yönetim biçimi olarak tüm iyi insanların bir araya geldiği ve “siyasi olmayan” bir cumhuriyeti idealize etmişlerdir. Zenon ve Kleanthes gibi düşünürlerde

<sup>39</sup> ARSLAN, s. 414.

<sup>40</sup> ARSLAN, s. 414.

<sup>41</sup> ARSLAN, s. 414.

<sup>42</sup> ARSLAN, s. 414.

<sup>43</sup> ARSLAN, s. 416.

<sup>44</sup> CİCERO, *Devlet Üzerine*, s. 137.

<sup>45</sup> ARSLAN, s. 415.

somutlaşan bu ideal, cumhuriyetin evrensel ve sevgiye dayalı bir birlik olduğunu vurgulamaktadır<sup>46</sup>.

İlk dönem Stoacılar göre yalnızca bilgi olanlar barış ve uyum içinde yaşayabilirler. Yaşanılan şehrin bir önemi yoktur çünkü bilgeler tutku taşımadıkları için herhangi bir topluluğa özel bir bağlılık duymazlar. Erken Stoacılar göre ideal şehirde tanrıların, tapınakların, heykellerin, mahkemelerin, orduların ve paranın yeri yoktur. Çünkü bilgeler akıl ışığında yaşayan insanlar olduğu için bu kurumların var olması için yapılan çatışmalarla birlikte kurumlar da ortadan kalkar<sup>47</sup>. Bunun bir diğer sebebi de Stoacıların dünya devleti fikrini benimsemiş olmalarıdır. Çünkü bir bölgeyi dış güçlere karşı savunmak, dünya devletinin olduğu bir düzende gerekli değildir. İnsanlar farklı bölgelerde yaşasalar da başka bölgelerde yaşayanlarla rakip olmayacaklar, diğerlerini paylaşılan bir bütünün parçaları olarak görecektirler<sup>48</sup>. Ancak burada belirtilmesi gereken önemli bir nokta, Stoacıların tek bir dünya devleti kurma düşüncesinde olup olmadıklarının net olmadığıdır. Zenon'un önerdiği ideal bir site vardır ama bu sitenin kurumsal yapısı belirgin değildir. Ayrıca Stoacılar için önemli olan devlet değil kişinin ahlaki ve sosyal dünyadaki yeridir<sup>49</sup>. Dolayısıyla bu düşünce yerel politik organizasyonlarla da uyum içindedir.

Orta Stoa döneminde ise özellikle Panaitios'un etkisinin bir sonucu olarak Stoacı düşüncenin pratik boyutu ağırlık kazanmış ve Roma etkisiyle birlikte karma yönetimin en iyi yönetim şekli olduğu savunulmuştur. Bu dönemde özellikle adaleti en iyi karma yönetimin sağlayacağı ifade edilmiş ve mevcut siyasi yapılar arasında en iyisinin karma yönetim olacağı ifade edilmiştir<sup>50</sup>. Kuşkusuz burada da bir Roma etkisinden söz etmek mümkündür. Ancak Stoa düşüncesine esas damgasını vuracak olan kozmopolis düşüncesi bu dönemin sonuna doğru ortaya çıkacaktır. Çünkü bu dönemde kozmopolis düşüncesi Roma dünyasında doğrudan politik bir boyut kazanmıştır<sup>51</sup>. Orta Stoa dönemi düşünürlerinden Panaetius'un takip eden Cicero, Roma yönetiminde Stoacı ilkeleri uygulamak-

<sup>46</sup> DEVINE, Francis Edward, "Stoicism on the Best Regime", *Journal of the History of Ideas*, C. 31, S. 3, 1970, s. 323-336, s. 324.

<sup>47</sup> BERLIN, s. 308.

<sup>48</sup> WILDBERGER Julia, *The Stoics and the State : Theory - Practice - Context*, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 17.

<sup>49</sup> NUSSBAUM, Martha C., "Kant and Stoic Cosmopolitanism", *The Journal of Political Philosophy*, C. 5, S. 1, 1997, s. 1-25, s. 6.

<sup>50</sup> DEVINE, s. 330-32.

<sup>51</sup> NUSSBAUM, s. 6.

tadır. Seneca, Nero döneminde imparatorun naibi olarak görev yapan Stoacı bir filozof ve nihayet Roma Stoasının önemli isimlerinden Marcus Aurelius Roma İmparatorudur. Dolayısıyla Roma dönemindeki Stoacılık, önceki dönemlerin aksine politik düzeyi artmış bir düşünce okulu haline gelmiştir<sup>52</sup>. Bu dönemde ideal yönetim biçimi olarak monarşi ön plana çıkmaktadır. Özellikle Seneca ve Marcus Aurelius gibi düşünürler, monarşinin bu dönemin yönetim biçimi olarak kabul edilmesinde etkili olmuşlardır. Çünkü onlara göre monarşi hem doğanın hem de tanrıların yönetimine uygun bir sistemdir<sup>53</sup>.

Stoacıların doğa ve ahlak felsefesine ilişkin görüşlerinin geliştirilmesi, siyaset felsefesi bakımından önemli tespitlerin ortaya çıkmasıyla sonuçlanmıştır. Bu bağlamda insanlık kavramı ve onun devamında insanların ortak doğasından kaynaklanan ihtiyaçlarını karşılayacak tek bir evrensel yasa, doğal hukuk ve doğal hukuk üzerine kurulmuş bir dünya devleti/evrensel devlet (kozmpolis) kavramı ortaya çıkmıştır<sup>54</sup>. Bu kavramlar Zenon'dan başlayarak neredeyse tüm Stoacı düşünürlerde mevcuttur<sup>55</sup>. Stoacı düşünce kader, doğa ve logosun özdeşliğini kozmpolisin anayasası olarak görmektedir. Çünkü yüce bir güç her şeyi düzenlediğinde o gücün iradesi yasa haline gelmektedir. Bu yüzden kozmostaki her şeyi ilahî yasa belirlemektedir<sup>56</sup>. Cicero da bu görüşlere paralel olarak Roma ve Atina örneklerinden yola çıkarak gelecekte bütün halklar ve bütün zamanlar için geçerli olan ezeli-ebedi ve değişmez tek bir yasa olacağını ifade etmektedir<sup>57</sup>.

Stoacıların devletinin yasa koyucusunun kim olacağı sorusu da Stoacı düşünce içinde önemli bir sorudur. İlk olarak akla Tanrı'nın yasa koyucu olması gerektiği fikri gelse de bilge insanlar Tanrı'nın ve Logos'un dilini en iyi bilenler olacağı için yasa koyucu olmaları olağandır<sup>58</sup>. Laertios, Stoacılar için en iyi yönetim biçiminin, demokrasi, krallık ve aristokrasinin karışımından oluşan karma yönetim olduğunu ifade etmektedir<sup>59</sup>. Ancak Stoacıların metafizik ve ahlak felsefeleri incelendiğinde Platon'un bilge-kral tasarımına daha yakın bir

<sup>52</sup> NUSSBAUM, s. 6.

<sup>53</sup> DEVINE, s. 332.

<sup>54</sup> ARSLAN, s. 416.

<sup>55</sup> ARSLAN, s. 416.

<sup>56</sup> WILDBERGER, s. 67.

<sup>57</sup> CİCERO, *Devlet Üzerine*, s. 202.

<sup>58</sup> ARSLAN, s. 418.

<sup>59</sup> LAERTİOS, s. 346.

düzen idealine yakın oldukları da görülmektedir<sup>60</sup>. Cicero ise bu noktada bilgelikğin yönetimde olmasından yana tavır alırken bunu tek bir kişiyle sınırlamaz. Onun tercihi en iyilerin yönetimde olmasıdır, çünkü yönetim için onlardan daha iyisi bulunamaz<sup>61</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki Cicero, *De Republica*'da doğaya uygun olan gerçek yasayı değiştirmenin günah olduğunu ve ne Senato ne de halk tarafından bu yasanın bir parçasının bile değiştirilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır<sup>62</sup>. Bu yasa tanımını bizi doğal hukuk düşüncesine götürmektedir.

### C. Doğal Hukuk

Stoacılar, doğal olmayan veya yapay ve sözleşmesel olan diğer yasalara zıt olarak doğal olan bir yasa öne sürmemişlerdir. Onlara göre doğru veya yanlış, adil veya adaletsiz olan şey doğası gereği öyledir ve yasa aslında doğanın söylediği şeydir<sup>63</sup>. Stoacılar için yasa, zihin, doğa ve ilahi takdir aslında Tanrı'dır<sup>64</sup>. Stoacı düşünceye genel olarak bakıldığında doğal hukuk teorisinin doğa yasalarına göre yaşama ilkesinin bir uzantısı olduğu kabul edilir. Ayrıca doğal hukuk yasaların öngördüğü davranışların ahlaki değeriyle ilgili düşüncelerle temellendirilir. Bu yüzden de doğal hukuk logostan ve insanın rasyonel doğasından kaynaklanmaktadır<sup>65</sup>.

Stoacılar Platon'un bilge-kral tasarımına yaklaşmakla birlikte sınıflı bir toplum öngörece kadar ileri gitmezler<sup>66</sup>. Stoacılar bakıldığında köleden imparatora kadar çok çeşitli sosyal statülerden geldikleri görülmektedir. Buna rağmen köleliğe karşı çıkmışlardır. Yaşadıkları siyasal ortamlara bakıldığında da son derece dar görüşlü bir politik ortamda var olmalarına rağmen evrensel kurallar ve ahlaki normal için mücadele ettikleri görülmektedir<sup>67</sup>. Aksi halde seçkinler ve sıradan insanlar arasındaki statü farklarının kabulü gerekir. Oysa Stoacılar insanların doğaları bakımından ortaklığına ve eşitliğine vurgu yapmaktadırlar. Bütün insanların evrensel akıldan pay almaları bu düşüncenin bir yansı-

<sup>60</sup> ARSLAN, s. 418.

<sup>61</sup> CÍCERO, *Devlet Üzerine*, s. 209.

<sup>62</sup> CÍCERO, *Devlet Üzerine*, s. 202.

<sup>63</sup> WILDBERGER, s. 72.

<sup>64</sup> WILDBERGER, s. 73.

<sup>65</sup> VALDEZ, Juan, "Stoic Philosophy: Its Origins and Influence", *Journal of Social Philosophy Research*, S. 4, 2014, s. 56-68, s. 68.

<sup>66</sup> ARSLAN, s. 418.

<sup>67</sup> BECKER, Lawrence C., *A New Stoicism*, Princeton University Press, Princeton, 2017, s. 47.

masıdır. Ancak bu ortaklık mutlak bir eşitlik olarak kabul edilmez<sup>68</sup>. Stoacılığın kurucusu Zenon da insanları iki sınıfa ayırmıştır. Bunlar ilahi akla göre yaşayanlar ve yaşamayanlar olarak ayrılır ve ilk sınıfa bilge, ikincisine de akılsız ya da bilge olmayan adı verilir. Bu iki sınıfın dışında Stoacı filozofların eserlerinde birkaç kez sözü edilen, henüz erdemli olmayan ama erdeme doğru ilerleyen bireylerin oluşturduğu büyük grup olan üçüncü bir sınıf daha vardır<sup>69</sup>. Dolayısıyla Stoacılar da bilge insan geri kalanlar arasında kategorik bir ayrım yaparlar ancak kadın-erkek, Atinalı-barbar, özgür insan-köle gibi ayrımları değerli ve önemli bulmazlar<sup>70</sup>. Bu durum Seneca'nın düşüncelerinde de dayanak bulmaktadır. Seneca, kölelerinden de ortak adaletten yararlanacaklarını, yalnızca bedenlerinin sahiplerinin mülkiyetinde olduğunu ifade ederken kalplerinin kendilerine ait oldukları belirtmektedir. Stoacı düşünür Hekaton da benzer şekilde insanın bedeninin köle olsa da zihninin özgür kalabileceğini ifade etmektedir<sup>71</sup>. Bu görüşler Stoacı evrensel hümanizmi ortaya koymakla birlikte sonrasında Hıristiyanlığın başarı göstermesine de kapı aralayan bir görüş olacaktır<sup>72</sup>.

Zenon aile kavramına da karşıdır. Ona göre tüm çocuklar bu devletin sakinlerinin ortak çocukları olmalıdır ve tüm insanlar ayrı şehirlerde değil, birlikte yaşamalıdır. İnsanlar, kendi yasalarına sahip küçük şehirlerde değil, doğal hukuk altında tek bir evrensel devlette yaşamalıdır<sup>73</sup>. Zenon bu durumu bir hayat ve bir dünya olduğu ve insanların tıpkı birlikte otlayan ve ortak bir meradan (*nomos/pasture*) beslenen bir sürü gibi olması gerektiği benzetmesiyle ifade etmektedir<sup>74</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki Zenon'un bu benzetmede kullandığı *nomos/pasture* kelimesi aynı zamanda hukuk anlamına da gelmektedir<sup>75</sup>. Dolayısıyla kastedilen ortak bir çevrede aynı yasayı paylaşan bir sürüdür. Zenon'a göre hayati ihtiyaçların karşılanması ile toplumsal olarak bir araya gelmeye yatkın insanlar arasında bir bağlantı vardır ve bu topluluk her bireyin geçimini sağlayacağı kozmosu ifade etmektedir<sup>76</sup>. Burada kastedilenin tam olarak bir

<sup>68</sup> ARSLAN, s. 418.

<sup>69</sup> REESOR, Margaret E., **The Political Theory of the Old and Middle Stoa**, J. J. Augustin, New York, 1954, s. 10.

<sup>70</sup> ARSLAN, s. 418.

<sup>71</sup> REESOR, s. 36.

<sup>72</sup> ARSLAN, s. 419.

<sup>73</sup> REESOR, s. 10.

<sup>74</sup> BERLIN, s. 308.

<sup>75</sup> BERLIN, s. 308.

<sup>76</sup> WILDBERGER, s. 77.



devlet ya da polis olduğu belirgin değildir ancak belirgin olan bu siyasal yapının ortak bir yasa çerçevesinde orada yaşayan herkesin meskeni olduğudur. Dolayısıyla Zenon tarafından formüle edilmemiş olsa da onun tarif ettiği kozmos, yasa ile yönetilen bir halkı ve onların ortak meskenini ifade etmektedir<sup>77</sup>.

Doğal hukuk düşüncesinin köklerinin Cicero'ya dayandığı da kabul edilmektedir. Cicero özellikle *De Legibus* ve *De Republica* eserlerinde devletin yönetiminde doğal hukukun öneminden bahsetmektedir<sup>78</sup>. Cicero, yasayı tanımlarken logos kavramının akılla donatılmış bir zihni ifade ettiğini, yasanın da doğru akıl yürütmeye ortaya çıkan ve yapılacak olan ve olmayan şeyleri tespit etmek olduğunu ifade etmektedir<sup>79</sup>.

Doğal hukuk düşüncesinin günümüzdeki halini alması özellikle 16. Yüzyıldan başlayarak Stoacı düşüncenin tekrar canlanmasıyla mümkün olmuştur<sup>80</sup>. Stoacılar, doğal hak ile topluluk hakkını birbirinden ayırmış ve doğal yasayı, bütün genel bilginin temelinde bulunan ilk ilkelerden türetmiştir. Doğaya göre bütün insanlar eşittir. Marcus Aurelius da bu düşüncüyü takip ederek kendi devlet tasarımında herkes için aynı yasaların olduğu, herkesin eşit haklar ve konuşma özgürlüğüne sahip olduğu bir yönetimden bahsetmektedir<sup>81</sup>. Stoacı öğretinin bu boyutu 17. Yüzyılda Hıristiyanlık tarafından da kabul görmüş ve despotluğa karşı mücadele sayesinde pratik bir güç kazanmıştır<sup>82</sup>.

Kişi yalnızca kendine baktığında, bazı kuralların doğa tarafından kalbine kazındığını, diğerlerinin ise sadece insan icadı olduğunu, geçici ve mantıksız amaçlara yöneldiğini görecektir. Stoacılık daha sonradan bu anti-politik tutumunu terk eden ve Roma İmparatorluğu'nun kullanımına kendini uyarlayan bir düşünce ekolüne dönüşecektir<sup>83</sup>. Bu dönüşümde özellikle Stoacı düşüncenin tüm insanlığı kapsamına alan doğal hukuk öğretisi ve sade bir yaşamı salık veren erdem anlayışı etkili olmuştur<sup>84</sup>. Stoacı devlet anlayışında kurumlar, hukukun kendisinin ayrı olarak marjinal ve belirsiz bir role sahiptir. Örneğin Max We-

<sup>77</sup> WILDBERGER, s. 77.

<sup>78</sup> VALDEZ, s. 68.

<sup>79</sup> WILDBERGER, s. 73.

<sup>80</sup> RUSSELL, s. 423.

<sup>81</sup> RUSSELL, s. 423.

<sup>82</sup> RUSSELL, s. 423.

<sup>83</sup> BERLIN, s. 309.

<sup>84</sup> SAÇ, Selman, "Yazgı ile Özgürlük Arasında Antik Bir Gelenek: Stoacılık", *Mukaddime*, C. 14, S. 1, 2023, s. 48-72, s. 66.

ber'in bahsettiği şiddet tekeli ya da Bon Jessop'un bahsettiği kurumsal güç gibi unsurlar Erken Stoacı döneme yabancı kavramlardır<sup>85</sup>.

Doğal hukuk ile yasanın özdeş olması konusu Stoacı düşüncenin farklı yönlerinden biridir. Onlara göre evrensel devlet doğal yasa tarafından yönetilir ve insanlar bu yasa'yı gözlemleyerek yönetime katılırlar. Herkes bunu yapabildiği ölçüde doğal yasa altında eşitlenmiş olur<sup>86</sup>. Bu doğal yasa aynı zamanda ahlaki yasadır ve doğaya göre yaşamının bir uzantısıdır. Khryssippos bu yüzden yasanın doğru ve yanlışın standardı olduğu öne sürer. Bu standardı keşfedebilen bilgiler sayesinde de doğal yasa, bilgiler tarafından izlenen ve onlar tarafından belirlenen bir yönergeler kümesi olarak karşımıza çıkar<sup>87</sup>.

#### D. Evrensel Devlet (Kozmopolis)

Stoacıların devlet teorisi bağlamındaki en bilinen katkısı şüphesiz kozmopolis düşüncesidir. Bununla birlikte gözden kaçan noktalardan birisi de Stoacıların bu ideali belirli bir denge mekanizması üzerine kurduğudur. Özellikle ABD Anayasasının temel karakteristiği olan denge ve denetim sistemine ilişkin argümanların çoğunun kökeni böyle bir hükümet biçiminin savunulmasından kaynaklanmaktadır<sup>88</sup>. Birbirinden oldukça farklı olan kozmopolis ve denge-denetim mekanizmalarına sahip bir hükümet biçimi düşünceleri yıllardır Stoacı düşünce içinde varlığını sürdürmektedir<sup>89</sup>.

Stoacı felsefenin temelinde yer alan kozmopolis kavramı toplumsal ve siyasi bir kullanıma sahiptir. Bilge kişi yalnızca doğduğu ülkenin değil, dünyanın da yurttaşıdır. Stoacıların bilge kişiye yüklediği bu anlam, onları Kiniklerden ayırmaktadır<sup>90</sup>. Stoa düşüncesinin belirlediği yerler olan Atina ve Roma'nın yabancı etkileşimine açık yerler olduğunu belirtmek gerekir. Eski Stoacıların da genellikle bu coğrafyaların dışından geldiği görülmektedir<sup>91</sup>. Kuşkusuz bu durum Stoacı düşüncenin evrensellik düşüncesinin bir sebebi olarak okunabilir.

Stoacı "bir kovandaki arılar topluluğuna yararlı olmayanın, arıya da yararlı olmayacağını" bilen kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>92</sup>. Bu yüzden evrensel yasa

<sup>85</sup> WILDBERGER, s. 16.

<sup>86</sup> ROGERS, Tristan J., "Stoicism", içinde, **Research Handbook on the History of Political Thought**, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, s. 99-109, s. 104.

<sup>87</sup> ROGERS, s. 104.

<sup>88</sup> DEVINE, s. 323.

<sup>89</sup> DEVINE, s. 323.

<sup>90</sup> BRUN, s. 107.

<sup>91</sup> BRUN, s. 107.

<sup>92</sup> BRUN, s. 108.

hem doğada hem de sitelerde hüküm sürmektedir. Bu düşünce, içinde bulunan siteleri ve farklı yasalara sahip olan yabancıları dışlayan bir devlet düzenine karşı çıkarak, bütün insanları Zeus'un devletinin eş yurttaşları ve adeta bir çoban tarafından yönetilen bir sürü gibi, ortak bir yasada birleşmiş şekilde yaşamaları gerekir<sup>93</sup>. Bu durum dünya yurttaşlığı kavramını gündeme getirmektedir. Bonnard'a göre ise Zenon'un dünya yurttaşlığı kavramının ardında İskender'in eylemleri yatmaktadır. Plutarkhos'a göre Zenon'un bu düşünceyi İskender'in yaptıklarına bakarak kurması çok olasıdır<sup>94</sup>. Çünkü İskender'in yapmış olduğu fetihler Mısır'a, İran'a ve Hindistan'a kadar dayanmış ve Çin'in yolunu açmıştır. Ardından Zenon, insanların birliği düşüncesini ortaya atmıştır. Bonnard'a göre bunun devamı Aziz Pavlus'un Hıristiyanların kardeş olduğu düşüncesidir. Son olarak Fransız Devrimi'nin kardeşlik (fraternité) ilkesi de bu düşünce serüveninin devamı olarak okunabilir. Çünkü İskender en temelde, uygarlığın herkese sunulmadığı halde kalıcı olamayacağını ifade etmektedir<sup>95</sup>.

Berlin'in ifade ettiğine göre Zenon'un bir dünya devletini savunduğu iddiası Plutarkhos'un metninin yanlış yorumlanmasının bir sonucudur. Aslında Zenon devlet kavramına ilgi duymamakta ve bilgeliğin ideal devlette değil, bilge insanlarla dolu bir dünyada edinileceğine inanmaktadır<sup>96</sup>. Toplum, insanın kendine yetmesinin önünde engel olsa da toplumdan tamamen kaçmak mümkün değildir. Erdemli kişi kamusal yaşamın çalkantılarını umursamamay, kendi içine yönelmeyi ve önemsiz olan kamusal şeyleri görmezden gelmeyi öğrenmelidir<sup>97</sup>. Hatta bu görüşün daha ileri götürülmüş halinde kişinin kurtuluşu kamusal ihtiyaçlara da üstün gelmektedir. Kişinin yapabileceği en ölümcül hata, kurtuluşunu kamusal ihtiyaçlara feda etmektir<sup>98</sup>. Dolayısıyla Stoacı kozmopolis düşüncesi devleti değil, bireyi önceleyen bir boyuta sahiptir.

### III. STOACILIĞIN ETKİLERİ

Stoacı düşüncenin Helenistik dönemde ve Roma İmparatorluğunda sahip olduğu geniş etki Hıristiyanlığın yükselişiyle birlikte kaybolmuştur. Ancak sonraki dönemlerde düşünürler üzerinde Stoacı düşüncesinin etkisi devam etmiştir.

<sup>93</sup> BRUN, s. 108.

<sup>94</sup> BONNARD, André, *Antik Yunan Uygarlığı Cilt 3: Euripides'ten İskenderiye'ye*, Çev: Kerem KURTGÖZÜ, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2004, s. 193.

<sup>95</sup> BONNARD, s. 196-97.

<sup>96</sup> BERLIN, s. 309.

<sup>97</sup> BERLIN, s. 310.

<sup>98</sup> BERLIN, s. 310.

Özellikle Batı siyasal düşüncesinde Dante ve Immanuel Kant gibi düşünürlerin yapıtlarında Stoa düşüncesinin izlerini bulmak mümkündür.

Dante, “*Monarşi*”<sup>99</sup> adlı eserinde barışın sağlanmasının ancak evrensel bir monarşiyle mümkün olacağını ve bu evrensel monarşinin de Roma İmparatorluğu olduğunu savunmuştur. Kuşkusuz Dante’nin bu düşüncesi Stoa düşüncesiyle benzerlik taşısa da farklılaşan yönleri daha fazladır. Çünkü Dante evrensel ya da doğal yasalara vurgu yapmamakta, Roma devletinin evrensel monarşi olarak dünyada çok başlılığı engelleyeceğine vurgu yapmaktadır. Bu yüzden Kant’ın dünya devleti düşüncesinde Stoa düşüncesine daha yakın bir noktada durduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Kant’ın pratik felsefesinde özellikle etik, Tanrı’nın varlığı ve ruhun ölümsüzlüğü temaları Stoacı düşünceyle benzerlik taşımaktadır<sup>100</sup>. Buna kozmopolis düşüncesi de eklenebilir. Özellikle “*Ebedi Barış Üzerine Deneme*”<sup>101</sup> isimli eseri bu konudaki görüşlerini ele aldığı eserdir. Bu eserde Kant, kozmopolis kavramını da sıkça kullanmaktadır. Kant’ın kavrama yaklaşımı Antik Yunan ve Roma Stoacılığından izler taşır ve Kant Stoacı fikirleri ayrıntıya girmeden inceleme konusu yaparak kendi fikirlerini geliştirmiştir<sup>102</sup>.

Sosyal sözleşmeci düşünürlerden John Locke da bir Stoacı olmamasına rağmen doğal hukuk konusunda Stoacı düşünürlerin öncü rolünden bahsetmektedir. Locke, doğa yasasının kaynağının Tanrı’nın aşkın gücü olduğunu ancak felsefi bir yasa olarak doğa yasasının temellenmesinde Stoacı filozofların en aktif ve yetenekli filozoflar olduğunu kabul etmiştir<sup>103</sup>. Stoacı düşünce, düşünürler üzerindeki bu etkilerinin yanı sıra özellikle küreselleşme ve evrensel insan hakları anlayışıyla günümüzde hala etkisini sürdürmektedir. Özellikle insani değerlere biçtiği evrensel anlam ve insanların farklı devletlerin yurttaşı olmasının aralarında bir fark yaratmadığını savunması, Stoacı düşüncenin görüşlerini evrensel insan hakları ve küreselleşme düşüncelerine yaklaştırmaktadır<sup>104</sup>.

<sup>99</sup> DANTE, *Monarşi*, Çev: Begüm YİĞİT, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017.

<sup>100</sup> VALDEZ, s. 69.

<sup>101</sup> KANT, Immanuel, *Ebedi Barış Üzerine Deneme*, Çev: Yavuz ABADAN/Seha L. MERAY, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.

<sup>102</sup> NUSSBAUM, s. 4.

<sup>103</sup> NUOVO, Victor, “Aspects of Stoicism in Locke’s Philosophy”, içinde, *Studies on Locke: Sources, Contemporaries, and Legacy*, Ed. Sarah HUTTON/Paul SCHUURMAN, Springer, Dordrecht, 2008, s. 1-26, s. 15.

<sup>104</sup> BULUT, Nihat, “Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52, S. 2, 2003, s. 173-197, s. 181.

Stoacı düşünce insanın bir devletin yurttaşı olmasından öte bir yasal düzene bağlı olduğunu, bu düzenin de insan doğasından kaynaklandığını savunmaktadır. Dolayısıyla insan doğasından türetilen bütün görevler, haklar ve adalete dair ilkeler tüm insanlığı kuşatmaktadır. Bu gerçeğin kabulü kozmopolis düşüncesi için de sağlam bir temel oluşturmaktadır. Böylelikle doğal hukuk ile küresel yönetim ya da dünya yurttaşlığı arasında bir paralellik kurulabilmektedir<sup>105</sup>. Ayrıca doğal hukuk düşüncesi yakın tarihli siyasi gelişmelerin sonucunda da talep edilen bir kavram olmuştur. Özellikle insanlığa karşı suçların adalet önünde yargılanması talebi ya da İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, yirminci yüzyılın doğal yasası olarak görülmektedir<sup>106</sup>. Dolayısıyla doğal hukuk düşüncesi aslında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta olmak üzere normatif bir temele de sahip olmuştur. Düşünce tarihi açısından bakıldığında ise Marcus Aurelius'tan Nürnberg Mahkemesi'ne kadar etkili olmuş bir düşünce ortaya çıkmıştır. Ayrıca devletlerin hukuka olan saygılarına duyulan güvensizlik de evrensel etik ve adalet düşüncelerini ayakta tutmaktadır. Ancak bunun için kapsayıcı bir siyasi yapıya ihtiyaç vardır<sup>107</sup>. Bunun anlamı Stoacı düşüncenin özellikle kozmopolis düşüncesi bağlamında yapmış olduğu tespitlerin işaret ettiği dünya devletinin despotik bir devlet olması değildir. Çünkü Stoacı düşünce tek bir dünya devletini siyasi birliğin sağlanması ya da dünya üzerindeki kargaşanın sona ermesi için gerekli bir şart olarak öne sürmemektedir. Bu devlet, insan doğasına ve insan aklıyla erişilen doğal yasalara alan açtığı müddetçe meşruluğunu muhafaza etmektedir. Dolayısıyla küresel bir dünya devletine yönelen her düşünce Stoacı düşüncenin bir yansıması olarak kabul edilmemelidir. Stoacı düşüncede önemli olan doğal yasaların egemenliği etrafında şekillenen bir siyasi birliktir.

## SONUÇ

Stoacı düşünce Antik Yunan düşüncesinde önemli bir dönüşümü temsil etmektedir. Özellikle Makedon hakimiyetinin ardından ortaya çıkan bu okul, sitenin öncelendiği anlayışın yıkılmasının ardından bireye yönelen bir düşünce ekolüdür. Bu bağlamda Stoacılık insanlar arasındaki birliği sitenin dışındaki siyasi bağlarla açıklayan ve insanlar arasındaki statü farklarına değil de ortak noktalara odaklanan bir anlayışı temsil etmektedir. Kendi içinde dönemlere

<sup>105</sup> HEATER, Derek, **World Citizenship and Government**, Palgrave Macmillan, London, 1996, s. 204.

<sup>106</sup> WATSON, Gerard, "The Natural Law and Stoicism", içinde, **Problems in Stoicism**, Ed. A. A. Long, The Athlone Press, London, 1971, s. 216-238, s. 216.

<sup>107</sup> HEATER, s. 204.

ayrılan Stoa düşüncesinde ilk dönem genellikle doğa yasalarının keşfi ve ona uygun bir yaşam etrafında şekillenmiştir. Orta Stoa dönemi ise daha çok pratik felsefeyle ilgilenmektedir. Stoacı düşüncenin son dönemi ise Roma İmparatorluğu dönemine denk düştüğü için Roma Stoası olarak adlandırılmıştır. Stoacı düşüncenin önemli katkılarından biri olan kozmopolis düşüncesi Roma'nın evrensellik iddialarının felsefi bir dayanağı olarak görülmüş ve Roma devleti tarafından benimsenmiştir. Oysa yukarıda açıklandığı gibi Stoacıların kozmopolis düşüncesi bir hakimiyet iddiasından ziyade, ortak bir alan bulunması çabasıdır. Çünkü bu düşünce dünya üzerinde var olan bir devletin her şeyi düzenlemesi anlamına gelmemektedir. Doğa yasaları zaten ortaya konmuş yasalardır, bunun için ayrı bir yasa yapan siyasi organizasyonlara ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla aklını kullanan herkes doğa yasalarını keşfetme ve buna uygun yaşama imkanına sahiptir. Bu görüş hem siyasi iktidarın sınırlı yapısını hem de insanlar arasındaki statü ayrımlarının doğal olmadığını ortaya koymaktadır. Böylelikle akıl sahibi insanlar hiçbir aracıya ihtiyaç duymadan, hiçbir siyasi otoritenin baskısı olmaksızın bir arada yaşayabileceklerdir. Kuşkusuz bu baskı imkanlarına sahip olmayan bir devleti, mutlak bir iktidar olarak kabul etmek zordur. Dolayısıyla Stoacı düşünce bize iktidarın sınırları bağlamında önemli tespitlere götürmektedir. Ayrıca Stoacı düşüncenin savunmuş olduğu insanlar arasındaki statü farklarının yapay olduğu düşüncesi de insan haklarının evrenselliği tezini güçlendiren bir anlama sahiptir. Stoacı düşünürlere bakıldığında toplumun her kademesinden düşünürlere rastlanmaktadır. Bazı Stoacı düşünürlere köle, bazıları ise imparatorudur. Hepsini birleştiren ortak payda, evrensel akıldan (logos) pay almış olmaları ve akılla doğa yasalarına erişmeleridir. Bu durum Stoacı düşünceyle doğal hukuk ve evrensel insan hakları arasında bir köprü kurmamızı sağlamaktadır. Çünkü özellikle İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi özelinde bakıldığında bu belgede sayılan hakların doğal hukuk temelli olduğu kabul edilmektedir. Stoacılar için ise bunların kaynağı insan aklına kazınmış olan evrensel doğa yasalarıdır.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet/DİNÇKOL, Bihterin/BULUT, Nihat, **Genel Kamu Hukuku**, 19. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2023.
- ARSLAN, Ahmet, **İlkçağ Felsefe Tarihi 4: Helenistik Dönem Felsefesi**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.
- BECKER, Lawrence C., **A New Stoicism**, Princeton University Press, Princeton, 2017.
- BERLIN, Isaiah, **Liberty**, Ed. Henry HARDY, Oxford University Press, Oxford, 2002.
- BONNARD, André, **Antik Yunan Uygarlığı Cilt 3: Euripides'ten İskenderiye'ye**, Çev: Kerem KURTGÖZÜ, Evrensel Basım Yayın, İstanbul, 2004.
- BRUN, Jean, **Stoa Felsefesi**, Çev: Medar ATICI, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003.
- BULUT, Nihat, "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 2, 2003, s. 173-197.
- CİCERO, **Devlet Üzerine**, Çev. Cengiz C. ÇEVİK, İthaki Yayınları, İstanbul, 2014.
- . **Yasalar Üzerine**, Çev. Cengiz C. ÇEVİK, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2018.
- COLISH, Marcia L., **The Stoic Tradition From Antiquity to the Early Middle Ages**, E. J. Brill, Leiden, 1990.
- ÇELİKKOL, Suat, "Stoa Felsefesinin Temel Görüşleri Üzerine Bir İnceleme", **Bilim-name**, S. 37, 2019, s. 1225-1245.
- DANTE, **Monarşi**, Çev: Begüm YİĞİT, Pinhan Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- DEVINE, Francis Edward, "Stoicism on the Best Regime", **Journal of the History of Ideas**, C. 31, S. 3, 1970, s. 323-336.
- FOLSCHEID, Dominique, **Les Grandes Philosophies**, Presses Universitaires de France, Paris, 2011.
- HEATER, Derek, **World Citizenship and Government**, Palgrave Macmillan, London, 1996.
- KANT, Immanuel, **Ebedi Barış Üzerine Deneme**, Çev: Yavuz ABADAN/Seha L. MERAY, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.

- LAERTİOS, Diogenes, **Ünlü Filozofların Yaşamları ve Öğretileri**, Çev: Candan ŞENTUNA, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2007.
- NUOVO, Victor, “Aspects of Stoicism in Locke’s Philosophy”, içinde, **Studies on Locke: Sources, Contemporaries, and Legacy**, Ed. Sarah HUTTON/Paul SCHURMAN, Springer, Dordrecht, 2008, s. 1-26.
- NUSSBAUM, Martha C., “Kant and Stoic Cosmopolitanism”, **The Journal of Political Philosophy**, C. 5, S. 1, 1997, s. 1-25.
- REESOR, Margaret E., **The Political Theory of the Old and Middle Stoa**, J. J. Augustin, New York, 1954.
- ROGERS, Tristan J., “Stoicism”, içinde, **Research Handbook on the History of Political Thought**, Edward Elgar, Cheltenham, 2024, s. 99-109.
- RUSSELL, Bertrand, **Batı Felsefesi Tarihi 3**, Çev. Muammer SENCER, Say Yayınları, İstanbul, 2004.
- SAC, Selman, “Yazgı ile Özgürlük Arasında Antik Bir Gelenek: Stoacılık”, **Mukaddime**, C. 14, S. 1, 2023, s. 48-72.
- UYGUN, Oktay, **Devlet Teorisi**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- VALDEZ, Juan, “Stoic Philosophy: Its Origins and Influence”, **Journal of Social Philosophy Research**, S. 4, 2014, s. 56-68.
- WATSON, Gerard, “The Natural Law and Stoicism”, içinde, **Problems in Stoicism**, Ed. A. A. Long, The Athlone Press, London, 1971, s. 216-238.
- WATSON, Peter, **Fikirler Tarihi: Ateşten Freud’a**, Çev: Kemal ATAKAY, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.
- WILDBERGER Julia, **The Stoics and the State : Theory - Practice - Context**, Nomos, Baden-Baden, 2018.



# Islamic Constitutionalism in Theory and Practice: The Case of Islamic Republic of Iran<sup>(\*)</sup>

Teorik ve Pratik Boyutlarıyla İslami Anayasacılık:  
İran İslam Cumhuriyeti Örneği

İsmail MUTLU<sup>(\*\*)</sup>

## Abstract:

This article explores the theoretical and practical dimensions of Islamic constitutionalism, questioning its feasibility within modern state frameworks. It first examines two major perspectives in legal thought on the compatibility of Islamic principles with constitutional values. The first viewpoint, represented by scholars like Kamali and Quraishi-Landes, argues that Islam inherently supports principles like democracy, rule of law, and the separation of powers. The second perspective, advocated by El-Fadl, Hamoudi, and Emon, highlights fundamental differences, suggesting that Islamic law is often incompatible with Western constitutionalism. The article suggests that perspectives on Islamic and Western constitutional compatibility may oversimplify the unique philosophical foundations of Islamic governance and under the danger of anachronism. In contrast, a more nuanced approach highlights the deep-seated tensions between pre-modern Islamic concepts and modern constitutional frameworks, which are illustrated in the Iranian case. The article then analyses Iran as a case study, focusing on the 1979 Islamic Revolution and the Iranian Constitution. Through an in-depth examination of the “velayat-e faqih” (guardianship of the jurists) concept, it explores the interplay between Islamic doctrine and state governance. Ultimately, the article suggests that Islamic governance in Iran has transformed from a religious doctrine into a form of modern political ideology, where Sharia functions more as a state tool than a constitutional foundation. It has also been addressed that the concept of ‘Velayat-e Faqih’, central to Iran’s constitutional system, itself emerged as a divergence from classical Shiite doctrine.

## Keywords:

Islamic Constitutionalism, Velayat-e faqih, Sharia and Constitution, Iranian Constitution, The Rule of Law.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.11.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 12.12.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1582222>

Bu makaleye atf için: MUTLU, İsmail, “Islamic Constitutionalism in Theory and Practice: The Case of Islamic Republic of Iran”, **İMHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 171-188

(\*\*) *Dr. Öğr. Üyesi*, Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: ismail.mutlu@bogazici.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0049-3725>

**Öz:**

Bu makale, İslami anayasacılığın teorik ve pratik boyutlarını inceleyerek, modern devlet yapıları içinde uygulanabilirliğini sorgulamaktadır. İlk olarak, İslam ve Batı hukuk düşüncesinde İslami ilkelerin anayasal değerlerle uyumuna dair iki ana yaklaşımı ele alır. Kamali ve Quraishi-Landes gibi isimlerin temsil ettiği ilk görüş, İslam'ın demokrasi, hukukun üstünlüğü ve güçler ayrılığı gibi ilkeleri doğasında barındırdığını savunur. El-Fadl, Hamoudi ve Emon'un savunduğu ikinci görüş ise İslami hukukun Batı anayasacılığı ile genellikle uyumsuz olduğunu ileri sürer. Makale, İslami ve Batı anayasal uyumluluğuna ilişkin bakış açılarının İslami yönetimin farklılaşan felsefi temellerini aşırı basitleştirebileceğini ve anakronizm tehlikesi altında olduğunu öne sürüyor. Buna karşılık, daha nüanslı bir yaklaşım, İran örneğinde gösterildiği gibi, modern öncesi İslami kavramlar ile modern anayasal çerçeveler arasındaki köklü gerilimleri vurguluyor. Makale, ardından 1979 İran İslam Devrimi ve İran Anayasası üzerinde durarak İran'ı bir vaka çalışması olarak analiz eder. "Velayet-i Fakih" kavramını derinlemesine inceleyerek, İslami öğreti ile devlet yönetimi arasındaki etkileşimi ortaya koyar. Sonuç olarak, makale İran'da İslami yönetimin dini bir doktrinden çok yani Şeriatın anayasal bir temel olmaktan ziyade, modern devletin bir aracı haline geldiği modern bir politik ideolojiye dönüştüğünü öne sürmektedir. Bu hususta İran anayasal sisteminin merkezinde bulunan 'Velayet-i Fakih' düşüncesinin kendisinin bizatihi klasik Şii doktrininden bir farklılaşma olarak ortaya çıktığı da ele alınmıştır.

**Anahtar Kelimeler:**

İslami Anayasacılık, Velayet-i Fakih, Şeriat ve Anayasa, İran Anayasası, Hukukun Üstünlüğü.

**INTRODUCTION**

In 1876, the Ottoman Empire introduced its first constitution, known as 'Kanun-i Esasi' (the Fundamental Law), modelled after the constitutions of Belgium and France. Despite being a Muslim-majority empire governed by a caliph, the Ottomans adopted the Western concept of a constitution, initiating a pivotal shift in governance that would later influence other Muslim-majority nations, including Iran, which enacted its first constitution in 1906. This adoption of Western constitutional structures within an Islamic context raised critical questions and stirred extensive debate: Why did the Ottomans, and later other Muslim nations, turn to a framework seemingly foreign to Islamic governance traditions? Were the values embodied in constitutionalism compatible with the principles and moral foundations of Islamic tradition, which had its own deeply rooted legal and ethical systems? Scholars have long debated these questions, and they remain points of contention today. This essay seeks to address foundational inquiries, such as whether Islam possesses inherent principles sufficient to support a constitutional framework and whether a constitution can, in essence, be characterized as Islamic. Furthermore, it examines the case of Iranian constitutionalism through the lens of Islamic legal theory to explore the compatibility between traditional Sharia law and the structure of the Iranian state.

Western constitutional thought is grounded in a distinct historical and philosophical background, shaped by the influences of Greek philosophy, Roman law, and Judeo-Christian theology<sup>1</sup>. Central to this tradition is the notion of ‘fundamental law’, a cornerstone of constitutional thought. Theories such as the social contract are products of specific political and social environments, evolving in response to the unique circumstances of Western societies. Similarly, Islamic legal theory has developed within its own historical and contextual landscape, marked by distinctive features and methodologies. For instance, Islamic law is characterized as a ‘jurist law’-a system where codified rules are largely absent, and jurists’ decisions, made through ‘ijtihād’, play a pivotal role in interpreting and applying the law in accordance with the evolving contexts of time and place<sup>2</sup>. As Western powers established dominance over much of the world, they exported not only their political systems but also their legal frameworks, including concepts of constitutionalism. This influence prompted responses from Muslim societies, particularly those, like the Ottoman Empire, that sought to engage with Western advancements while preserving their Islamic heritage. In contemporary discourse, constitutionalism offers a structured framework for examining the interactions, distinctions, and overlaps between Western and Islamic legal traditions, particularly as they manifest in efforts toward modernization in nations such as Iran, and Egypt<sup>3</sup>.

This essay is divided into two main sections. The first section explores the concept of ‘Islamic constitutionalism’ through the perspectives of Islamic and Western legal theory, focusing on the views of scholars from different approaches within the literature. The second section presents Iranian constitutionalism as a case study, examining the developments following the 1979 Islamic Revolution and the establishment of the Islamic Republic’s constitution. The essay concludes that the secular structure of the modern state poses challenges to merging Islamic principles, suggesting that in Iran, Islamic governance has transformed from a religious doctrine into a form of modern political ideology, where Sharia functions less as a constitutional foundation and more as a tool of the state.

---

<sup>1</sup> BERMAN, Harold, **Law and Revolution**, Harvard University Press, 1983, p. 5.

<sup>2</sup> HALLAQ, Wael, **An Introduction to Islamic Law**, Cambridge University Press, 2009, p. 8.

<sup>3</sup> TIBI, Bassam, “The Return of the Sacred to Politics as a Constitutional Law the Case of the Shari’atization of Politics in Islamic Civilization”, **Theoria**, 2008, p. 91-119, p. 106.

## I. ISLAMIC CONSTITUTIONALISM IN THEORY: A BRIEF OVERVIEW

Western values have significantly permeated many regions, including the Muslim-majority countries of the Middle East. In response, Muslim scholars have explored the extent to which these values align with their own traditional beliefs. Constitutionalism provides a productive framework for analysing these interactions, where constitutionalism may be understood as the imposition of limitations on government power, adherence to the rule of law, and the safeguarding of fundamental rights<sup>4</sup>. In this chapter, I examine key theoretical issues regarding Islamic constitutionalism as explored by contemporary scholars.

Contemporary Muslim scholarship on constitutionalism presents two main perspectives. The first, represented by figures like Kamali<sup>5</sup>, Hibri<sup>6</sup>, and Qurai-shi<sup>7</sup> posits that Islam and Sharia law are fundamentally compatible with Western constitutional concepts. The second, championed by scholars like El-Fadl<sup>8</sup> and Zubaida<sup>9</sup>, questions this compatibility, arguing that Islamic and Western traditions have distinct foundations. In this chapter, I examine scholars from both perspectives to explore their conceptual innovations and challenges, while also clarifying my own position within this contested topic.

Proponents of the first perspective argue that foundational values of modern constitutionalism, such as the separation of powers, democratic governance, and the rule of law, can also be found within Sharia law. Kamali, for example, views the *Dustur al-Madinah* (Charter of Madinah) as an early constitutional document and notes that principles of consultative governance and civilian authority within Islamic governance reflect limited government principles<sup>10</sup>. He acknowledges the differences between Islamic and Western constitutionalism,

<sup>4</sup> MARTIN, Vanessa, "Trends in the Shi'i Response to Constitutionalist Ideology in Iran", *Journal of the Royal Asiatic Society*, 1992, p. 347-361, p. 347.

<sup>5</sup> KAMALI, Mohammed Hashim, "Constitutionalism in Islamic Countries: A Contemporary Perspective of Islamic Law", *Constitutionalism in Islamic Countries*, Ed. Rainer Grote and Tilmann J Roder, Oxford University Press, 2012, p. 19-35.

<sup>6</sup> AL-HIBRI, Azizay, "Islamic Constitutionalism and the Concept of Democracy", *Case W. Res. Journal of International Law*, 1992, p. 1-27.

<sup>7</sup> QURAIISHI-LANDES, Asifa, "Islamic Constitutionalism: Not Secular, Not Theocratic, Not Impossible", *Rutgers Journal of Law and Religion*, 2015, p. 553-579.

<sup>8</sup> EL-FADL, Khaled Abou, "The Centrality of Shari'ah to Government and Constitutionalism in Islam", *Constitutionalism in Islamic Countries*, Ed. Rainer Grote and Tilmann J. Roder, Oxford University Press, 2012, p. 35-63.

<sup>9</sup> ZUBAIDA, Sami, *Law and Power in the Islamic World*, IB Tauris, 2003.

<sup>10</sup> KAMALI, p. 20.

recognizing that Western constitutionalism is rooted in Enlightenment secularism, which separates religion from politics. He argues that secularism in this context signifies “the independence of ‘secular’ truth from metaphysical truth,” and suggests that Islam’s acceptance of scientific truth, coupled with its emphasis on morality and transcendent faith, complements rather than contradicts rational inquiry<sup>11</sup>. Consequently, Kamali concludes that scientific inquiry and faith are mutually enriching within Islamic thought and can coexist harmoniously. Kamali further contends that Islamic principles such as representative governance, equality, and the rule of law inherently oppose arbitrary rule and dictatorship. He aligns the Islamic concept of *maslaha* (public good) with the democratic ideal and equates the principle of *shura* (consultation) with democratic practices, demonstrating Islam’s alignment with constitutional principles<sup>12</sup>.

In a similar vein, Asifa Quraishi-Landes argues that Islamic governance traditionally supports legal pluralism, in contrast to the European model of legal monism, where a single legal framework governs all<sup>13</sup>. The coexistence of *siyasa* (ruler-made law) and *fiqh* (scholarly interpretation of sharia) provides flexibility and diversity within Islamic governance, accommodating various schools of thought. Quraishi-Landes emphasizes that sharia, which encompasses both *siyasa* and *fiqh*, represents a rule of law system rather than a rigid legal code.

According to Quraishi-Landes, Islamic constitutionalism rests on three pillars, each reflecting principles similar to those found in modern constitutionalism. The first pillar, *maslaha* (public interest), enables the government to act in the public’s best interest, supporting democratic governance within an Islamic constitutional framework. The second pillar, *fiqh*, exists as an autonomous realm, allowing for diverse interpretations without imposing them on the entire populace, thereby balancing individual choice with state law. The third pillar is *maqasid al-sharia* (objectives of sharia), which guides the legitimacy of state actions, ensuring they align with Islam’s higher objectives, such as preserving life, intellect, and property<sup>14</sup>.

In contrast, the second perspective challenges the presumed compatibility between Islamic and Western legal traditions. Khaled Abou El-Fadl contends

---

<sup>11</sup> KAMALI, p. 21.

<sup>12</sup> KAMALI, p. 23-25.

<sup>13</sup> QURAIISHI-LANDES, p. 559.

<sup>14</sup> QURAIISHI-LANDES, p. 564-575.

that constitutionalism evolved from unique historical practices that cannot be transplanted across cultures without significant adaptation, cautioning against the anachronistic application of Western constitutional norms to Islamic contexts<sup>15</sup>. While El-Fadl acknowledges that the principle of government constrained by law is present within Islamic tradition, he clarifies that this does not imply the rule of law in its Western sense, which necessitates that government is bound not only by legal standards but also by institutional frameworks and procedural norms. Thus, El-Fadl concludes that Islamic governance aligns more closely with the notion of “rule by law” rather than the comprehensive “rule of law.”

El-Fadl critiques some modern Muslim scholars for attempting to align Islamic principles with constitutionalism by assembling concepts like *shura* in a “laundry list” fashion, then claiming Islam’s inherent compatibility with constitutionalism<sup>16</sup>. For El-Fadl, such arguments reflect a modern intellectual anxiety to reconcile Islamic heritage with contemporary ideals, often bypassing the distinct foundations of Islamic thought. He argues that since constitutional practices are anchored in specific cultural and intellectual traditions, it is a fallacy to assert that Islamic principles can directly equate to constitutionalism, particularly when *shura* has traditionally been advisory rather than compulsory in governance<sup>17</sup>.

To gain a nuanced understanding of the relationship between Islamic and Western legal traditions, one must begin with the foundational structures and concepts within each system. For example, the concept of a state that claims exclusive legal authority was a distinctly European innovation and unfamiliar to the Islamic world, which never conceptualized the state as a sovereign entity with inherent rights<sup>18</sup>. Similarly, notions of individual rights and the dynamics between individual and community in Western thought do not align seamlessly with Islamic tradition. In Islam, all concepts, including rights, are understood as aspects of divine will. Sharia, encompassing general legal and moral principles, methodological frameworks for deriving law, and specific rulings (*ahkam*), serves as a holistic system that governs all aspects of life<sup>19</sup>. However, contempo-

---

<sup>15</sup> EL-FADL, p. 54.

<sup>16</sup> EL-FADL, p. 38.

<sup>17</sup> EL-FADL, p. 53.

<sup>18</sup> EL-FADL, p. 44-50.

<sup>19</sup> EL-FADL, p. 42.

rary interpretations often reduce Sharia to a set of positive rules, overlooking its broader ethical dimensions. This reductionism has impacted debates on Islamic constitutionalism, limiting the scope of comparison with Western traditions.

El-Fadl delves deeper into the intricate comparisons between Islamic and Western legal traditions, particularly examining two key concepts from Western constitutionalism: the “original condition” and the “social contract.” He suggests that in Islamic thought, human beings are viewed as inherently vulnerable and in need of cooperation to establish justice. Humans are united in their pursuit of justice through divine guidance, analogous to the “original condition” in Western theory, where a shared pursuit of justice underpins constitutional structures. Additionally, while Western social contract theory envisions a binding agreement between rulers and the ruled, Islamic governance includes a comparable but less formalized contract, where the ruler, or caliph, pledges to uphold Islamic values through *bay’ah* (oath of allegiance) with the *ahl al-hall wa al-aqd* (those qualified to select a leader)<sup>20</sup>. However, this contract lacks the detailed contractual terms seen in Western sources.

Aligned with El-Fadl’s perspective, Haider Ala Hamoudi highlights the inconsistency in implementing sharia within contemporary Muslim states. While some aspects of sharia are enforced, especially in personal status law, many areas (such as commercial law) are governed by transplanted Western legal codes<sup>21</sup>. This selective adoption challenges the coherence of an Islamic legal identity. In this respect, many Muslim countries include constitutional clauses preventing legislation that contradicts sharia, yet these clauses are rarely enforced across all legal domains. Instead, they often serve as a symbolic nod to sharia without substantial impact on areas like corporate or criminal law.

Furthermore, for Hamoudi, the codification of sharia, as seen historically with the Ottoman ‘Mecelle’ and later with hybrid codes like the Egyptian Civil Code, often involves incorporating Western legal structures<sup>22</sup>. This codification alters sharia’s original juristic plurality, aligning it more closely with Western legal monism, where state law governs all. Even Islamist regimes, including Iran, exhibit selective codification. Although Iran’s post-revolutionary state asserted the importance of sharia, it continues to apply Western-influenced laws

<sup>20</sup> EL-FADL, p. 46.

<sup>21</sup> HAMOUDI, Haider Ala, “The death of Islamic law”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, V. 38 (2), 2010, p. 294-337, p. 307.

<sup>22</sup> HAMOUDI, p. 306.

in commercial and public sectors, reserving strict adherence to sharia in family law. This inconsistency highlights the complex negotiation between sharia as divine law and pragmatic state governance. Hamoudi argues that even staunchly Islamic governments often adopt Western legal frameworks, which indicates an inherent tension in asserting Islamic supremacy while borrowing from secular legal traditions<sup>23</sup>.

Emphasizing the distinctions between pre-modern and modern states, Anver M. Emon argues that incorporating pre-modern sharia rules into modern state constitutions often creates tension with contemporary human rights norms, especially in regard to religious freedom<sup>24</sup>. Emon suggests that these rules, once suited to a pre-modern Islamic empire, lack coherence when retrofitted into a modern nation-state framework that interacts with international norms and values of equality. Emon advocates for a historicist approach to Islamic jurisprudence to contextualize sharia rules and their applicability within modern governance. Such an approach acknowledges the historical context of Islamic law, offering a pathway to reinterpret these rules in a way that aligns with the present-day values of constitutionalism and human rights<sup>25</sup>.

In critique of the first perspective, represented by Kamali and Quraishi-Landes, I find that their arguments tend to overly simplify the compatibility between Islamic and Western constitutional frameworks. Kamali's interpretation of the Charter of Madinah as a constitutional document and his emphasis on parallels between Islamic principles, such as *maslaha* and *shura*, with democratic ideals, risks overlooking the distinct philosophical and cultural foundations that underlie Islamic governance. Similarly, Quraishi-Landes' framework of Islamic constitutionalism, grounded in *siyasa* and *fiqh* pluralism, assumes a level of alignment with modern legal pluralism that may not fully account for the complexities of Islamic law's integration within a modern nation-state. While both scholars provide valuable insights into Islamic governance, their models appear to harmonize Islamic principles with Western constructs in ways that may oversimplify deep-seated differences. Also, this perspective faces the risk of anachronism by retrofitting modern concepts onto historical Islamic jurisprudence. This issue, often termed "anachronism," is prevalent among mod-

---

<sup>23</sup> HAMOUDI, p. 337.

<sup>24</sup> EMON, Anver M., "The Limits of Constitutionalism in the Muslim World: History and Identity in Islamic Law", *NYU Research Paper*, 2008, p. 1-37, p. 4.

<sup>25</sup> EMON, p. 5-10.



ern scholars who interpret Sharia through a contemporary lens without fully considering its original context and historical nuances.

Conversely, I find the perspectives of El-Fadl, Hamoudi, and Emon to resonate more closely with my own stance. El-Fadl's critique of modern scholars' "laundry list" approach to aligning Islam with constitutionalism, Hamoudi's emphasis on the selective application of sharia in contemporary states, and Emon's historicist approach to contextualizing sharia's relevance to modern governance all provide a nuanced framework for understanding Islamic constitutionalism. These scholars acknowledge the inherent tensions between pre-modern Islamic concepts and the modern constitutional framework, especially in areas such as human rights and legal pluralism. My subsequent chapter on Iran's constitutional model will build on these insights, illustrating the practical implications of these theoretical challenges within a modern state structure.

## II. ISLAMIC CONSTITUTIONALISM IN PRACTICE: CASE OF ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN

The demand for Sharia has surfaced from a variety of groups, each shaped by unique circumstances and complexities involving elements such as identity claims, social class conflicts, responses to Western influence and colonial histories, or reactions to authoritarian leaders. Additionally, each group has pursued its goals through distinct approaches: while some, like Al-Qaeda, have adopted violent means, others, such as the Muslim Brotherhood, have opted to engage through political and social channels. Examining the motivations and underlying factors driving the call for Sharia, the Islamic Republic of Iran offers a valuable framework for analysis.

In this chapter, I examine the historical context surrounding the Islamic Revolution to understand the ideological forces that motivated Khomeini and the clergy to establish an Islamic government, as well as the social conditions that enabled the formation of the Islamic Republic. Following this, I analyse Khomeini's ideological perspectives, the Revolution itself, and the resulting Constitution.

Religious scholars, known as ulama, have consistently held influential positions in Iranian society, deriving their power not from the state but from their standing within religious institutions and among local elite groups<sup>26</sup>. Unlike

---

<sup>26</sup> ZUBAIDA, p. 4.

organized systems such as the Christian Church, Iranian religious institutions remain decentralized. The ulama wield significant influence through their control over educational institutions, or madrasas, and their authority to exercise independent reasoning, or *ijtihad*, on social and legal matters. This interpretative authority provides them with flexibility, allowing them to adapt Islamic principles to evolving social conditions. This adaptability is notably evident in key historical moments, such as the Constitutional Revolution of 1906 and the Islamic Revolution of 1979, where the ulama played a pivotal role in steering political change<sup>27</sup>.

The ulama first realized their influential power during the Tobacco Régie of 1881<sup>28</sup>. The Shah's decision to grant exclusive tobacco trade rights to the Imperial Tobacco Company had devastating effects on local growers and merchants. In response, the most senior mujtahid, Mirza Hassan Shirazi, issued a fatwa prohibiting tobacco consumption, leading to a widespread boycott that ultimately forced the Shah to cancel the monopoly. This event marked a significant moment, showcasing the ulama's capacity to mobilize popular resistance. They continued to play a crucial role in Iran's transformation, particularly during pivotal events like the 1906 Constitutional Revolution and the 1979 Islamic Revolution. Additionally, the ulama maintained strong ties with the merchant class in the bazaar, a relationship that provided essential social support and funding, especially during the 1979 Revolution<sup>29</sup>.

As the first constitutional revolution unfolded, Shi'ite religious leaders entered political discussions regarding the compatibility of Sharia with constitutional governance. Sheikh Fazl Allah Nuri (d. 1909), a prominent mujtahid, represented a strong opposition to constitutionalism. Nuri argued that Islam had divine law as the sole valid law, leaving no room for legislation or secular legislative bodies<sup>30</sup>. According to him, the ulama were the only legitimate guardians and interpreters of this divine law. Nuri expressed deep reservations about aspects of the constitution, such as freedom of expression, equality between Muslims and non-Muslims, and compulsory education for girls, viewing them as incompatible with Sharia principles. This perspective set a precedent for religious opposition to constitutional elements like the rule of law, legislative pro-

---

<sup>27</sup> ZUBAIDA, p. 2.

<sup>28</sup> ZUBAIDA, p. 185.

<sup>29</sup> ZUBAIDA, p. 185.

<sup>30</sup> ZUBAIDA, p. 186.

cesses, and democracy. Khomeini himself was influenced by Nuri's ideas, admiring him as a principled jurist<sup>31</sup>.

In contrast, Mirza Mohammed Hossain Na'ini (d. 1936) provided the most comprehensive Shi'ite defence of constitutionalism in his work, *Tanbih al-umma wa tanzih al-milla*. Na'ini argued that replacing a despotic regime with a constitutional one was essential, as despotism usurped both the authority of God and that of the Hidden Imam, ultimately oppressing the people<sup>32</sup>. Though Na'ini regarded constitutionalism as the "lesser evil," he did not see it as ideal; rather, he considered it a pragmatic alternative to tyranny. He proposed that, if the constitutional ruler acknowledged the custodial role of the ulama as deputies of the Hidden Imam, there would be no usurpation of divine authority. Na'ini thus represents a form of "Sharia constitutionalism," though he held that the true ideal was an Imam Sharia government. In its absence, constitutionalism, though imperfect, was preferable to absolute despotism<sup>33</sup>.

The Iranian Constitution of 1906-07 embodied a compromise between Western principles of constitutionalism, influenced by the Belgian Constitution of 1831, and the ulama's demand to preserve Sharia as a central element of governance<sup>34</sup>. This balance reflected the complex interplay between imported constitutional ideals and indigenous religious traditions. The Qajar dynasty came to an end in 1924, and Reza Khan sought to establish a republic modelled after the secular Turkish Republic under Atatürk<sup>35</sup>. Reza Khan's vision for Iran included secular reforms that clashed with the ulama's religious authority and independence.

One distinct feature of Iranian Shi'ism is its institutional autonomy<sup>36</sup>. Unlike in other Muslim-majority countries, the mujtahids in Iran maintained financial independence, drawing support from followers not only within Iran but also in Iraq, India, and Lebanon. The ulama's close alliance with the merchant class in the bazaars provided additional influence, posing a continual challenge to the Pahlavi dynasty's efforts to subordinate religious authority. This alliance between the ulama and the bazaars eventually became a central force in the 1979 Islamic Revolution<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> ZUBAIDA, p. 186.

<sup>32</sup> ZUBAIDA, p. 186.

<sup>33</sup> ZUBAIDA, p. 186.

<sup>34</sup> ARJOMAND, Said Amir, *Constitutional Politics in the Middle East*, Hart Publishing, 2009, p. 25.

<sup>35</sup> ZUBAIDA, p. 187.

<sup>36</sup> ZUBAIDA, p. 188.

<sup>37</sup> ZUBAIDA, p. 189.

In 1941, Reza Shah was succeeded by his son, Mohammed Reza Shah, who introduced limited intellectual, economic, and political reforms, including the formation of trade unions and political parties<sup>38</sup>. However, the Shah's rule faced a significant challenge in 1953, when the CIA orchestrated a coup d'état against Prime Minister Mohammad Mosaddegh, whose government had moved to nationalize Iran's oil industry. This event restored the Shah's power but also reinvigorated constitutionalist sentiment among the ulama, particularly figures like Ayatullah Mahmud Taliqani (d. 1979), who promoted constitutional ideas and supported liberal approaches to governance<sup>39</sup>.

Post-coup, religious discourse became increasingly prominent in Iranian politics. Ayatollah Ruhollah Khomeini (1902-89) emerged as a pivotal figure, shaping the political landscape through his writings and teachings, which emphasized opposition to secularism and the pro-Western policies of the Shah. In *Kashf al-Asrar*, Khomeini argued for an Islamic government rooted in both Sharia law and ulama authority, dismissing constitutionalism as foreign and un-Islamic<sup>40</sup>. His strong criticisms of the Shah's regime led to his arrest by the Shah's security forces in 1962, which elevated Khomeini to the status of a national hero. His close ties with bazaar-based religious groups further solidified his influence, establishing a foundation for the 1979 Revolution and the politics of the subsequent Islamic Republic<sup>41</sup>.

Throughout the Pahlavi era, various opposition groups emerged, particularly after the 1953 coup<sup>42</sup>. However, secular opposition was largely disorganized and lacked strong leadership, while the clergy, under Khomeini, had the advantage of institutional structure, hierarchical order, and cohesive leadership. These organizational advantages enabled the clergy to mobilize supporters effectively and ultimately facilitated their central role in the revolution<sup>43</sup>.

The core principle of the Iranian Revolution, *velayat-e faqih* (Guardianship of the Jurist), was fundamentally Khomeini's own ideological contribution. This concept drew on the belief that Prophet Muhammad had established governance

<sup>38</sup> ZUBAIDA, p. 188.

<sup>39</sup> MARTIN, p. 352-353.

<sup>40</sup> MARTIN, p. 351.

<sup>41</sup> ZUBAIDA, p. 185.

<sup>42</sup> BAYAT, Asef, "Revolution without Movement, Movement without Revolution: Comparing Islamic Activism in Iran and Egypt", *Comparative Studies in Society and History*, 1998, p. 136-169, p. 143.

<sup>43</sup> BAYAT, p. 137.

based on Sharia, or divine law, a system that Khomeini argued transcends all temporal and spatial limitations, asserting its applicability universally and perpetually. According to his doctrine, the authority to interpret and implement divine law initially belonged to the Prophet and the twelve Imams. Following the occultation of the twelfth Imam, this interpretive authority passed to the qualified jurist, or faqih, regarded as the “shield of Islam”<sup>44</sup>. Although the faqih lacks the infallibility attributed to the Imam, his deep knowledge of the law and interpretive skill empowers him to serve a similar role, drawing upon the foundational texts and traditions of both the Prophet and the Imams<sup>45</sup>.

Distinct from his predecessors, Khomeini’s ideology starkly opposed Western institutions and legal norms, although some scholars have framed his approach as a form of modern populism rather than strict fundamentalism<sup>46</sup>. The concept of velayat-e faqih is inherently tied to the framework of the nation-state, where the ummah (Muslim community) is reimaged as a nation bound by citizenship, central to shaping political life and even driving revolutionary change. Khomeini integrated “the people” into his doctrine as allies of the clergy in defending Islam, adopting the modern notions of revolution and republic while distancing from traditional Shi’ite theology. Historically, Shi’ism held that authority would remain dormant until the return of the Hidden Imam, with adherents practicing taqiyya-dissimulation under oppressive regimes. Khomeini diverged from this position, urging active resistance to anarchy and tyranny. He redefined taqiyya as a means for personal safety, irrelevant once Islam attained power, referring to a statement from the sixth Imam, Jafar al-Sadiq<sup>47</sup>.

In essence, Khomeini’s slogan of “Islamic government” (hokumat-e eslami) became the defining rallying cry of his revolutionary movement, positioning Islam as the state’s guiding ideology. Under his leadership, the Iranian ulama were the first to successfully mobilize a revolutionary movement. Consequently, the Iranian Constitution became a complex ideological document, situating Sharia as the constitution’s foundation and the state’s defining feature rather than its restraint<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> CUDSI, Alexander and DESSOUKI, Hilla, **Islam and Power**, Routledge, 2013, p. 83.

<sup>45</sup> ZUBAIDA, Sami, **Islam, the People and the State**, IB Tauris, 2009, p. 17.

<sup>46</sup> CUDSI AND DESSOUKI, p. 84.

<sup>47</sup> CUDSI AND DESSOUKI, p. 85.

<sup>48</sup> SCHIRAZI, Asghar, **The Constitution of Iran**, IB Tauris, 2007, p. 10.

The Constitution of the Islamic Republic of Iran, a direct outcome of the revolution, embodies a broad spectrum of political forces, reflecting the diverse revolutionary coalition. These forces, many of whom had different goals, contributed to a constitution rife with contradictions, offering a microcosm of theoretical dilemmas in Islamic constitutionalism. Schirazi categorizes these contradictions into two main groups. The first is between Islamic legalist elements and secular elements: the government is structured on Shi'a law, ruled by faqih, relying on divine sources for solutions, yet the constitution incorporates secular principles. The second contradiction lies in the dual claims to sovereignty—sovereignty of the people versus divine sovereignty, exercised by Islamic jurists. This juxtaposition of democratic and anti-democratic elements illustrates the profound tension within the constitutional framework and invites further examination of these intertwined aspects<sup>49</sup>.

The Iranian Constitution embeds Islamic legal principles prominently, particularly in Articles 2 and 4, which emphasize the foundational role of Shi'ite doctrines. Article 2 asserts core Islamic tenets: “There is only one God who, by right, is ruler and lawgiver, and humanity must submit to His command,” and proclaims that “the Imamate will lead and be pivotal in advancing the Islamic revolution”<sup>50</sup>. Article 4 further operationalizes these principles, stipulating that “all laws and regulations must align with Islamic criteria. This principle applies universally to all articles of the Constitution and other laws, with the Guardian Council jurists acting as judges in this matter.” This article thus mandates that all state institutions align their functions with Sharia as interpreted within Shi'ite Islam (referenced explicitly in Article 72). Accordingly, all rights enshrined in the Constitution are prefaced by the requirement that they remain consistent with Islamic ideals and law. Additionally, the Constitution envisions the Islamic Republic as a state governed by Islamic jurists (*fuqaha*), exemplified by Article 98, which vests constitutional interpretation in the Guardian Council and constrains legislation within the limits of Sharia as determined by the Council and the Supreme Leader. The role of the Leader is paramount, with Article 57 affirming that “the powers of government in the Islamic Republic are vested in the legislature, judiciary, and executive under the direction of the Supreme Leader of the Muslim community.” The Guardian Council, an influential governmental body, holds veto power over parliamentary decisions, and half of its members are appointed by the Leader. The influence of the Sharia on gov-

<sup>49</sup> SCHIRAZI, p. 8-12.

<sup>50</sup> SCHIRAZI, p. 9.

ernance is further solidified by Ayatollah Montazari's assertion that even secular legislative provisions are "Islamic" once ratified by the Guardian Council, thereby institutionalizing Islamic law within the governmental structure<sup>51</sup>.

The Constitution also incorporates democratic elements. From its preamble, the document attempts to reflect the collective will of the Iranian people, as evidenced by Section 5, titled "The Sovereignty of the People and the Powers Thereby Conferred." However, this concept meets a theological counterpoint in Article 56, which declares, "Absolute sovereignty over the world and humankind belongs to God," exposing an inherent conceptual tension. Despite this, the Constitution contains references to democratic norms. Article 6 mandates electoral processes for government positions, while Articles 76-83 empower Parliament to investigate and scrutinize national affairs. Additionally, Article 14 stipulates that "all Muslims must treat non-Muslims according to principles of Islamic justice and equity, respecting their human rights," acknowledging, albeit partially, universal rights.

The highest degree of constitutional contradiction arises in its secular components. While the Islamic Republic claims Sharia as the ideal governmental foundation, justifying rule by *fuqaha*, the Constitution is laden with elements derived from secular, Western sources. The concept of a "constitution" (*qanun-e esasi*) itself, along with essential terms like "sovereignty of the people," "nation," "legislature," and "parliament," all have roots in secular traditions. The overall state structure, including the separation of powers into three branches, various councils, and procedural rules, reflects Western secular systems. The secular principles of codified law and judicial adherence to statutory codes remain integral to Iran's legal system, inherited from the Pahlavi dynasty. Following the revolution, the initial implementation of Sharia remained largely symbolic, as seen in restrictions on alcohol and mandatory veiling-measures aimed at visibly distinguishing the new regime from its predecessor. However, much of the Pahlavi-era legislation persisted, and reformers faced challenges in reconciling certain laws, such as labour laws, with Sharia<sup>52</sup>.

In response to these challenges, Khomeini endorsed pragmatic governance, aligning with figures like Rafsanjani to relax Sharia's constraints on state policy through the concept of *maslaha* (interest), a principle commonly employed by Sunni reformers. The establishment of the Council for the Assessment of the

---

<sup>51</sup> SCHIRAZI, p. 30-31.

<sup>52</sup> SCHIRAZI, p. 67.

Interest (*maslaha*) on Khomeini's initiative marked a significant development in Iranian governance, allowing greater legislative flexibility. Although the term *maslaha* traditionally aligns with Sunni jurisprudence rather than Shi'ite *fiqh*, Khomeini strategically invoked it to reconcile Sharia with societal needs and streamline government operations, underscoring a more adaptable application of Islamic law<sup>53</sup>.

## CONCLUSION

Iran offers a compelling case study of the complexities involved in applying Sharia within a modern state framework. The Iranian experience illustrates a tension: on one side, the clergy's insistence on incorporating Sharia as a constituent element; on the other, the pervasive influence of modernisation affecting all sectors of society. As discussed in the theoretical section, Western values have permeated numerous societies, including those with Muslim majorities, and Iran has not remained untouched by these forces. In my view, Islam in Iran does not freely express its own conceptual world or unique *Weltanschauung*. Instead, Islam, as wielded in Iranian politics, functions less as a religious system and more as a political ideology, allowing the clergy to exert dominion over other political entities and assert their authority over the populace.

In this context, Islam ceases to function solely as a faith and instead becomes a modern political ideology, marking what can be seen as a profound shift toward secularism. This transformation of Islam from religion to political ideology aligns with the needs of state governance rather than purely divine injunctions. For instance, institutions such as the Guardian Council serve as embodiments of Islam as sanctioned by the state, rather than as custodians of a divine mandate. Consequently, despite the clergy's persistent assertion of Sharia as their guiding principle, post-revolutionary governance in Iran has diverged significantly from Sharia's traditional application, anchoring instead in the prerogatives of state control<sup>54</sup>.

Furthermore, certain scholars have sought to demonstrate compatibility between Islamic and Western legal frameworks, but their approach has often involved recontextualizing Islamic concepts outside of their historical and conceptual origins to fit modern conditions. In the case of the Islamic Republic of Iran, the clergy-under Khomeini's leadership-leveraged Islamic rhetoric and

<sup>53</sup> SCHIRAZI, Chapter 12 in general.

<sup>54</sup> ZUBAIDA, p. 222.



symbols to mobilize support and structure the republic. However, this adaptation of Islamic discourse was fraught with contradictions, frequently detaching key notions from their original context. The central doctrine of the revolution, *velayat-e faqih* (guardianship of the jurist), exemplifies this detachment, as it signifies a substantial departure from Shi'ite tradition and its conceptual underpinnings<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> ZUBAIDA (n. 39), p. 58-59.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## BIBLIOGRAPHY

ARJOMAND, Said, **Constitutional Politics in the Middle East**, Hart Publishing, 2009.

AZIZAY, Y. al-Hibri, “Islamic Constitutionalism and the Concept of Democracy”, **Case Western Reserve Journal of International Law**, C. 24, p. 28-38, 1992.

BAYAT, Asef, “Revolution without Movement, Movement without Revolution: Comparing Islamic Activism in Iran and Egypt”, **Comparative Studies in Society and History**, C. 40, p. 136-169, 1998.

BERMAN, Harold, **Law and Revolution**, Harvard University Press, 1983.

COTRAN, Eugene / SHARIF, Adel Omar, **Democracy, the Rule of Law and Islam**, Kluwer Law International, 1999.

CUDSI, Alexander / DESSOUKI, Ali., **Islam and Power**, Routledge, 2013.

GROTE, Rainer / RÖDER, Tilmann, **Constitutionalism in Islamic Countries**, Oxford University Press, 2012.

HAIRI, Abdul-Hadi, **Shi’ism and Constitutionalism in Iran**, EJ Brill, 1977.

HALLAQ, Wael B., **The Origins and Evolution of Islamic Law**, Cambridge University Press, 2011.

MARTIN, Vanessa, “Trends in the Shi’i Response to Constitutionalist Ideology in Iran”, **Journal of the Royal Asiatic Society**, C. 2, p. 50-75, 1992.

QURAIISHI-LANDES, Asifa, “Islamic Constitutionalism: Not Secular, Not Theocratic, Not Impossible”, **Rutgers Journal of Law and Religion**, C. 16, p. 553-578, 2015.

SCHIRAZI, Asghar, **The Constitution of Iran**, IB Tauris, 2007.

TIBI, Bassam, “The Return of the Sacred to Politics as a Constitutional Law: The Case of the Shari’atization of Politics in Islamic Civilization”, **Theoria**, C. 55, p. 91-112, 2008.

ZUBAIDA, Sami, **Islam, the People and the State**, IB Tauris, 2009.

ZUBAIDA, Sami, **Law and Power in the Islamic World**, IB Tauris, 2003.

# Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük<sup>(\*)</sup>

## Voluntariness as the Subjective Condition of Voluntary Abandonment in Criminal Law

Ozan SELEK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Türk Ceza Kanunu'nun 36'ncı maddesinde düzenlenen gönüllü vazgeçme kurumundan failin yararlanabilmesinin sübjektif koşulu, vazgeçmenin gönüllü olmasıdır. Vazgeçmenin hangi durumlarda gönüllü olduğunun tespiti konusunda öğretide farklı görüşlere, uygulamada ise çelişkili kararlara sıklıkla rastlanmaktadır. Çalışmada Türk ve Alman mahkeme kararları üzerinden bu çelişkiyi göstermek amaçlanmıştır. Ayrıca bu kararlara konu olan olaylarda gönüllülük mevzusunun nasıl ele alınması gerektiğiyle ilgili bir çözüm ortaya koymak hedeflenmiştir. Çalışmada Alman öğretisinde, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde ileri sürülen psikolojik ve normatif teorilerden söz edilmiş, akabinde Türk öğretisinin konuya yaklaşımı ele alınmıştır. Gerçekten de bu meselenin ele alınmasında psikolojik ve normatif teorilerden hangisine başvurulması gerektiği bazı olaylarda irdelenmesi gereken bir problemdir. Bilhassa failin, icra hareketlerini sonuna kadar götürme imkânına sahip olmasına rağmen, icrayı yarıda bıraktığı, ancak bu vazgeçme davranışı ile hukuk düzeniyle çatışma hâlinde olmayı sürdürdüğü durumlar burada önem taşır. Keza failin, yakalanma ve cezalandırılma korkusu ile icrayı yarıda bıraktığı hâllerde nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiğini netleştirmek icap eder. Yine herhangi bir harici zorlayıcı engel olmadığı hâlde failin içsel baskılar sebebiyle suç yolundan döndüğü durumlar irdelenmelidir. Failin suçu daha sonra tamamlamak için vazgeçtiği durumlarda meselenin nasıl ele alınması gerektiğine de değinilmelidir. Ayrıca Yargıtay'ın cinsel suçlarda, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı meselesiyle ilgili bazı kararlarında psikolojik teorileri, doğru yorumlayıp yorumlamadığının değerlendirilmesi gerekir. Çalışmada gönüllülükle ilgili bu özel durumların incelenmesi amaçlanmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

Teşebbüs, Gönüllü Vazgeçme, Gönüllülük, Hür İrade, İçsel Baskı.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.01.2025  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 22.02.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1611624>

Bu makaleye atf için: SELEK, Ozan, "Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Şartı Olarak Gönüllülük", *İMİHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 189-235

<sup>(\*\*)</sup> *Arş. Gör. Dr.*, Pamukkale Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Denizli - Türkiye  
E-posta: ozans@pau.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4049-9339>

**Abstract:**

The subjective condition that a perpetrator could benefit from voluntary abandonment as regulated in the 36th article of Turkish Criminal Law is that abandonment be voluntary. While determining under which conditions abandonment is voluntary, various views in the doctrine and contradictory decisions in practice are frequently encountered. It is aimed in this study to illustrate this contradiction based on Turkish and German court decisions. Additionally, it is aspired to provide a solution on how the issue of voluntariness should be handled in the facts subjected to these decisions. The current study includes the psychological and normative theories proposed in German doctrine to determine whether any abandonment is voluntary. Following that, the approach adapted by Turkish doctrine to address the issue has been investigated. Indeed, what psychological and normative theories should be applied while dealing with this issue appears as a problem to be scrutinized through specific cases. Particularly, the cases in which a perpetrator, despite having the opportunity to carry out executive acts to the end, has abandoned their execution, but maintained to conflict with the legal system become significant. Likewise, it is necessary to clarify how to evaluate the cases where a perpetrator has abandoned an executive act with the fear of being caught or punished. Additionally, the cases where a perpetrator abandons committing a crime due to internal pressures without any external hindrance forcing them, should be examined. It should also be addressed how to approach the issue when a perpetrator abandons a crime as to carry it out to the end later. Furthermore, if the Court of Cassation has accurately interpreted the psychological theories in their decisions on whether abandonment is voluntary in some sexual crimes should be evaluated. In short, it is aimed in the present study to investigate these special cases regarding voluntariness.

**Keywords:**

Attempt to Crime, Voluntary Abandonment, Voluntariness, Free Will, Internal Pressure.

**GİRİŞ**

Türk ceza hukukunda, failin suç yolundan gönüllü olarak dönmesine oldukça önemli sonuçlar bağlanmıştır. Gerçekten de TCK'nın 36'ncı maddesinde failin, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçmesi ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi hâlinde teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacağı, ancak tamam olan kısım başka bir suç oluşturuyorsa, bundan dolayı sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir. Ancak, kişinin iç dünyasını yakından ilgilendiren soyut ve sübjektif bir kavram olan gönüllülükten ne anlaşılması gerektiği her somut olayda kolay bir şekilde belirlenememektedir. Çalışmada esasen, gönüllülükle ilgili özellik arz eden durumları incelemek suretiyle bu belirsizliğin giderilmesine katkı sağlanmak amaçlanmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde gönüllü vazgeçme kurumunun hukuki dayanağı, hukuki niteliği, kurumun varlık amacını açıklayan teoriler ve teşebbüs ile gönüllü vazgeçme düzenlemeleri arasındaki ilişki ele alınmıştır. İkinci bölümde gönüllü vazgeçmenin şartları değerlendirilmiştir. Kurumun tatbiki için sübjektif şart niteliğinde olan vazgeçmenin gönüllülüğü meselesi, çalışmanın konusunu teşkil eder. Çalışmada gönüllülük haricindeki şartlardan kısaca bahsedilmiştir.

Bunlar, kasten işlenen bir suçun icra hareketlerinin başlaması, bu hareketlerin yarıda bırakılması ya da suçun tamamlanmasının veya neticenin gerçekleşmesinin önlenmesi için çaba gösterilmesi şeklinde açıklanabilir<sup>1</sup>. Akabinde gönüllülük kavramından genel olarak ne anlaşılması gerektiği ve bu kavramın iradilikle ilişkisinden söz edilmiştir. Daha sonra vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespiti için Alman öğretisinde ortaya konulan psikolojik ve normatif teoriler<sup>2</sup> inceleme konusu yapılmış ve Türk öğretisinin bu teorilere yaklaşımına değinilmiştir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde vazgeçmenin gönüllülüğü meselesinde bazı özel durumlar ele alınmıştır. Bunlar, a.) vazgeçme saiklerinden yakalanma veya cezalandırılma korkusunun üzerinde bıraktığı tesir sebebiyle failin suç yolundan döndüğü durumlar; b.) suç yolunda ilerlemesini önleyen herhangi bir harici zorlayıcı sebep olmadığı hâlde içsel psikolojik baskıdan dolayı failin vazgeçtiği durumlar; c.) failin hukukiliğe geri dönüş fikrine<sup>3</sup> taban tabana zıt bir yaklaşımla vazgeçtiği hâller ve d.) suçu daha sonra tamamlamak amacıyla icra hareketlerinden vazgeçtiği durumlar şeklinde açıklanabilir. Ayrıca, e.) cinsel suçlarda, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığına ilişkin Yargıtay kararlarında psikolojik teorilerin doğru uygulanıp uygulanmadığıyla alakalı tespitlerimize yer verilmiştir.

## I. GÖNÜLLÜ VAZGEÇME KURUMUNA GENEL BİR BAKIŞ

### A. Hukuki Dayanağı

Gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği, TCK'nın 36'ncı maddesinde, “*Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*” denilmiştir. Yeni sistemde yalnızca icra hareketlerinin bırakılması hâlinde değil, icra hareketlerinin tamamlanması, an-

<sup>1</sup> AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 854 vd.

<sup>2</sup> Bilgi için bkz. HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, § 24 Rücktritt in: **Münchener Kommentar zum StGB**, 5. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2024, (MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24), kn. 103 vd.; CORNELIUS, Kai, § 24 Rücktritt in: **Beck'scher Online-Kommentar**, 63. Baskı, C.H. Beck, München, 2024, (BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24), kn. 37 vd.; ENGLÄNDER, Armin, § 24 Rücktritt in: **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023, (NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24), kn. 54 vd.; TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 284 vd.

<sup>3</sup> Vazgeçmenin “gönüllü” olup olmadığının tespitinde psikolojik teorilere eleştiri olarak ortaya çıkan normatif teorilerin ortak noktası, failin vazgeçme saikinin, hukukiliğe geri dönüş mahiyetinde olmasını aramalarıdır. Bkz. BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, Sa. 1, 2018, s. 87-169, s. 106.

çak neticenin gerçekleşmesinden önce de vazgeçme durumunda ilgili hükümler tatbik edilebileceği için 765 sayılı TCK'dan farklı bir düzenleme öngörülmüştür<sup>4</sup>. Eski kanunda ise, sadece icra hareketlerinin tamamlanmasından önceki aşamada vazgeçme (eksik teşebbüsten vazgeçme) durumunda “ihtiyariyle vazgeçme”nin söz konusu olacağı belirtilmişti (765 sayılı TCK m.61/2)<sup>5</sup>. Failin icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin oluşmasını önlemesi (tam teşebbüs hâli) gönüllü vazgeçme değil, faal nedamet olarak görülmüş, ancak bu durum, genel anlamda cezadan kurtaran bir neden olarak düzenlenmemiştir<sup>6</sup>. Hâl böyle olunca fail, tam teşebbüsten sorumlu tutulmuş, ancak ilgili kanunun 59'uncu maddesinde bu husus, takdiri indirim sebebi olarak öngörülmüştü<sup>7</sup>.

5237 sayılı TCK'da eksik-tam teşebbüs ayrımı kaldırıldığı için gönüllü vazgeçmenin tatbik sahası, eski kanunda faal nedamet (etkin pişmanlık) kapsamında görülen alanı da içine alacak şekilde genişletilmiştir<sup>8</sup>. Yeni sistemde etkin pişmanlık<sup>9</sup>, kanunda özel olarak düzenlenen belirli suçlar bakımından, ancak suçun tamamlanmasından sonra söz konusu olabilen cezayı ortadan kaldıran ya da cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebep mahiyetindedir<sup>10</sup>. Gönüllü vazgeçme ise yukarıda bahsettiğimiz üzere, ancak suçun tamamlanmasından önce söz konusu olabilir.

5237 sayılı TCK, iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçme meselesini ayrıca düzenlemiştir. Kanunun 41/1'inci maddesinde, “*İştirak halinde işlenen suçlarda, sadece gönüllü vazgeçen suç ortağı, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yarar-*

<sup>4</sup> PARLAR, Ali/ÖZTÜRK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık, Gönüllü Vazgeçme ve Şahsi Cezasızlık Sebepleri**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 527-528.

<sup>5</sup> Bu konuda bkz. AKYÜREK, Güçlü, “Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?” **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, Sa. 2, 2013, s. 183-202, s. 191; DİMDİK, Hakan, “Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevi Unsuru: Gönüllülük”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sa. 2, 2013, s. 272-294, s. 274.

765 sayılı TCK'da ihtiyariyle vazgeçme; “*Müteşebbis, cürmün ef'ali icrayesinden ihtiyariyle vazgeçtiği, fakat tamam olan kısım esasen bir suç teşkil ettiği halde ancak o kısma mahsus ceza ile cezalandırılır*” şeklinde düzenlenmişti (m.61/2).

<sup>6</sup> Detaylı bilgi için bkz. TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 239-240; benzer DİMDİK, s. 274.

<sup>7</sup> AKDAĞ, Hale, “Gönüllü Vazgeçme”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sa. 2, 2013, s. 91-126, s. 92. Ayrıca 765 sayılı TCK'nın 523, 432 gibi maddelerinde faal nedamet durumunda cezada indirim içeren özel düzenlemeler vardı. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. PARLAR/ÖZTÜRK, s. 527-528.

<sup>8</sup> AKYÜREK, s. 191.

<sup>9</sup> Gönüllü vazgeçmede icra hareketlerinin tamamlanmasından önce failin pasif bir davranışı, yani icra hareketlerini yarıda bırakması yeterli kabul edilirken, etkin pişmanlıktan yararlanmak isteyen failin samimi davranarak aktif bir davranış sergilemesi gerekir. Bkz. BABA, Yasemin, **Türk Ceza Kanunu'nda Etkin Pişmanlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 105-106.

<sup>10</sup> İÇER, Zafer, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK m.110)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu'na Armağan, C. 23, Sa. 3, 2017, s. 773-792, s. 774; BAKİ, Ensar, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sa. 2, 2016, s. 27-55, s. 29.

lanır” denilmiş, aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, “Suçun; a) gönüllü vazgeçenin gösterdiği gayreti dışında başka bir sebeple işlenmemiş olması, b) gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması, hâllerinde de gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır” denilmiştir. Kanun koyucu, mahiyeti itibarıyla daha yüksek tehlikeliliğe sebep olan iştirak hâlinde işlenen suçlarda, icra hareketlerinin salt yarıda bırakılmasını yeterli kabul etmemiş, vazgeçen suç ortağının, suçun tamamlanmasını önlemek için gayret göstermesini aramıştır<sup>11</sup>. Çalışmamızda gönüllülük hususunu incelemek amaçlandığı için iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeyle alakalı detaylı açıklamalara yer verilmemiştir<sup>12</sup>.

Alman Ceza Kanunu (Al.CK), 23’üncü maddede teşebbüse, 24’üncü maddede ise vazgeçme kurumuna yer vermiştir. 24/1’inci maddede, “Her kim, başlamış olan fiilin icra hareketlerine devam etmekten gönüllü olarak vazgeçer veya fiilin tamamlanmasını önlerse, suça teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz. Şayet suç vazgeçenin katkısı olmadan tamamlanmamış idi ise, fiilin tamamlanmasını önlemek için, gönüllü ve ciddi bir şekilde çaba göstermiş olan fail cezalandırılmaz” denilmiştir<sup>13</sup>. Alman kanun koyucu hem icra hareketlerinin bırakılmasını (eksik teşebbüsten vazgeçme) hem de icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin gerçekleşmesinin önlenmesini (tam teşebbüsten vazgeçme) bu maddede düzenlemiş ve “gönüllülük” unsurunu ortak bir şart olarak aramıştır<sup>14</sup>. Bu kapsamda eksik teşebbüsten vazgeçme için failin başladığı fiilin icrasına devam etmemesi yeterli iken, tam teşebbüsten vazgeçme durumunda failin, kendi çabalarıyla neticenin gerçekleşmesini önlemesi veya en azından bunun için gönüllü ve ciddi bir çaba sarf etmesi icap eder<sup>15</sup>. Al.CK’nın 24/2’nci maddesi ise iştirak hâlinde işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeye ilişkindir<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> YILMAZ, Enes, “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, Sa. 4, 2016, s. 2553-2603, s. 2590-2591.

<sup>12</sup> İştirak hâlinde işlenen suçlarda suç ortağının göstermesi gereken gayretin derecesi hakkında bilgi için bkz. BOZDAĞ, Ahmet, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, Sa. 2, 2020, s. 79-102, s. 88 vd.; ayrıca bkz. ŞENOL, Cem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 10, 2017, s. 507-552, s. 518 vd.

<sup>13</sup> YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)*, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 21.

<sup>14</sup> Bkz. BABA, Yasemin, “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sa. 14, 2013, s. 1125-1150, s. 1128.

<sup>15</sup> BGH, 4 StR 289/23 - 18.1.2024, kn. 16, (NWB Datenbank, E.T. 21.12.2024).

<sup>16</sup> Bu konuda bkz. BABA, *Gönüllülük*, s. 1128. 5237 sayılı TCK’nın 41’inci maddesinden farklı olarak, Al.CK’nın 24/2’nci maddesinde, gösterilmesi gereken çabanın “ciddi” olması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Ayrıca Al.CK’da TCK’nın aksine, müstakil fail tarafından işlenen ve iştirak hâlinde işlenen suçlarla ilgili vazgeçme düzenlemesine aynı maddede (m.24) yer verilmiştir. Bu konuda bkz. ŞENOL, s. 508, dn. 6.

## B. Gönüllü Vazgeçmenin Varlık Amacını Açıklayan Teoriler ve Kurumun Hukuki Niteliği

Gönüllü vazgeçmenin varlık amacını açıklayan teoriler hem kurumun tatbikinde gönüllülük şartından ne anlaşılması gerektiği<sup>17</sup> hem de kurumun hukuki niteliğiyle alakalı görüşleri derinden etkilediği<sup>18</sup> için çalışmanın bu bölümünde ilgili teorileri ele almak amaçlanmıştır. Ancak çalışmanın kapsamı itibarıyla, hepsini ele almak mümkün olmayacağı için bu teorilerin özetlenmesi ile yetinilmiştir.

Önceleri savunulan ve günümüzde taraftar bulamayan hukuk teorileri, teşebbüsten vazgeçme durumunda, teşebbüsün tipikliğe uygunluğu ve hukuka aykırılığının veya kusurun ortadan kalktığı yaklaşımından hareket ederler. Buna göre, vazgeçme ile teşebbüsle birlikte ortaya çıkan olayın “geriye doğru feshedilmesi” söz konusudur<sup>19</sup>. Öğretide *Tozman*’ın haklı bir şekilde belirttiği üzere, fail, suçun icrasına bir şekilde başlamışsa bu icraya devam edip etmemesinden bağımsız şekilde ortada cezalandırılabilir bir davranış söz konusudur ve vazgeçme anına kadar mevzubahis olan teşebbüs durumunun, geriye doğru feshetme yoluyla hukuk dünyasından kaldırılması mümkün değildir<sup>20</sup>.

Günümüzde kabul gören suç politikası teorilerinden de söz etmek gerekir. *Liszt* tarafından ortaya atılan “altın köprü” teorisine göre, faile suçun icra hareketlerini tamamlamaması için bir sebep ve teşvik sunulması gerekmektedir. Bu teşvikin sonucu olarak failin suç yolundan dönmesi için önüne altın köprüler serilmektedir<sup>21</sup>. Altın köprü teorisi, Alman öğretisinde mağdurun korunmasına ilişkin yaklaşımlarla paralel olarak inceleme konusu yapılmaktadır<sup>22</sup>. Burada mağdurun korunmasını sağlama umuduyla failin icra hareketlerini bırakması için bir teşvik sağlanması söz konusudur<sup>23</sup>.

<sup>17</sup> *Sözüer*, gönüllü vazgeçmenin varlık amacıyla alakalı olarak suç politikası teorilerini benimsemiş, vazgeçmenin gönüllü olduğunun tespitinde ise normatif teorilerden suçlu mantığı teorisini dikkate almıştır. Yazar, normatif değerlendirmenin, suç politikası görüşlerine uygun bir ölçüt ortaya koyduğu kanaatindedir. Bkz. SÖZÜER, Adem, **Suç Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 249.

<sup>18</sup> Söz gelimi, *İçel*, gönüllü vazgeçmeyi suç politikası amaçlarına dayanan “kişisel cezasızlık sebebi” olarak nitelendirmiştir. Bkz. İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 541.

<sup>19</sup> Görüşler hakkında bilgi için bkz. TOZMAN, **Suç Teşebbüs**, s. 246-247; ayrıca SÖZÜER, s. 235-238.

<sup>20</sup> TOZMAN, **Suç Teşebbüs**, s. 257.

<sup>21</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 489; WELZEL, Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1969, s. 196; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 20; NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 8.

<sup>22</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 20.

<sup>23</sup> GERHOLD, Sönke, “Schwere Körperverletzung bei Rücktritt von einer versuchten Tötung auf Verlangen”, **Juristische Schulung (JuS)**, Sa. 2, 2010, s. 113-116, s. 114; benzer NK-StGB/ ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 8.



Ödül teorisine göre, gönüllü vazgeçme kurumunun *ratio legis* suçun icra hareketlerini bırakarak övgüye değer bir davranışta bulunan failin ödüllendirilmesidir<sup>24</sup>. Buna göre, teşebbüsten vazgeçen failin, vazgeçmeyen faile göre daha iyi durumda olması, normal şartlarda adalet anlayışının bir gereğidir ve ödül teorisi, bu gerekliliği izah edebilir<sup>25</sup>. *Puppe*, vazgeçme düzenlemesinin esasını, suç yolundan dönen failin ödüllendirilmesi şeklinde açıklayan görüşlere karşı çıkarak burada esas amacın, mağdurun suçtan kurtulma imkânı uğruna, failin önüne altın köprüler inşa edilmesi ve bunun mümkün olduğunca uzun şekilde sürdürülmesi olduğunu savunmuştur<sup>26</sup>.

Bir diğer suç politikası teorisi ise cezanın amacıdır. Bu konuda *Roxin*'in açıklamalarına değinmek gerekir. Yazara göre, fail, karar anında hukuka saygılı davrandığını kanıtlamak suretiyle kötü bir örnek oluşturmamıştır, cezanın genel önleme amacı bakımından vazgeçen faile ceza verilmemesi bu şekilde açıklanabilir. Aynı yazar, cezanın özel önleme amacı bakımından hukukiliğe geri dönüş yapan failin cezalandırılmasına gerek kalmadığını belirtmiştir<sup>27</sup>. Cezanın amacı teorilerinde cezasızlık, kanun koyucu tarafından sağlanan bir imtiyaz değil, cezanın amacı ve sebebinin ortadan kalkmasının bir sonucu olarak açıklanmıştır<sup>28</sup>.

Çalışmanın ikinci bölümünde görüleceği üzere *Roxin*, cezanın amacı üzerinden yola çıkarak vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde normatif teorilerden biri olan suçlu mantığını ortaya atmıştır<sup>29</sup>. Bu da kurumun varlık amacını açıklayan teorilerin, vazgeçmenin gönüllülüğü meselesinin tespitinde nasıl rol oynadığını açık bir şekilde göstermektedir.

Türk öğretisinde gönüllü vazgeçmenin amacını açıklama noktasında suç politikası teorileri dikkate alınmaktadır<sup>30</sup>. Bu teorilere göre, failin icra hareketle-

<sup>24</sup> Teori hakkında bilgi için bkz. MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 29; ayrıca NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 8; BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 7.

<sup>25</sup> Teori hakkında bilgi için bkz. MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 29.

<sup>26</sup> PUPPE, Ingeborg, "Der halbherzige Rücktritt Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sa. 11, 1984, s. 488-491, s. 490.

<sup>27</sup> ROXIN, Claus, "Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch", in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, s. 251-276, s. 270; teori hakkında bilgi için ayrıca bkz. NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 6.

<sup>28</sup> Bilgi için bkz. BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 8.

<sup>29</sup> ROXIN, s. 256 vd.

<sup>30</sup> Bkz. DEMİRBAŞ, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 513; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 322; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAŞIZ, Pınar/BAŞBÜYÜK, İsa, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 492; YEĞRİM, V. Korhan, "Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme", *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Sa. 17, 2021, s. 167-197, s. 182.

rinden vazgeçmesi, o ana kadar gerçekleştirilen eylemleri suç olmaktan çıkarılmasa da<sup>31</sup> kanun koyucu, suç politikası gereğince, faili cezalandırmamayı tercih etmektedir<sup>32</sup>. TCK'nın 36'ncı maddesinin gerekçesinde, “*failin suçu tamamlamaktan gönüllü olarak vazgeçmesini teşvik etmek modern suç politikasının temel araçlarından biridir*” denilmek suretiyle bu yöndeki teorilerin benimsendiği açıkça ortaya konulmuştur.

Kanun koyucunun bu yöndeki tercihi, gönüllü vazgeçmenin hukuki niteliğinin tespitinde de etkilidir. Bu minvalde öğretide, bizim de katıldığımız görüşe göre, gönüllü vazgeçme, cezayı kaldıran şahsi sebeplerden biridir<sup>33</sup>. Fail, kanuni tanıma uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olarak fiilini işlemesine rağmen, ilgili kanun maddeleri gereğince cezalandırılmaz<sup>34</sup>. Gönüllü vazgeçme failin, kusurluluğuna etki etmediği için ortada kusurluluğu kaldıran bir hâlden söz edilemez<sup>35</sup>.

Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerlerinin cezalandırılmasını engelleyen kişisel nedenler dikkate alınmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır (TCK m.40/1'in 2'nci cümlesi). Hâl böyle olunca, iştirak hâlinde işlenen suçlarda yalnızca vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanabileceğine ilişkin hükmün (TCK m.41/1) varlığı göz önüne alınırsa, kurumun cezayı kaldıran şahsi sebep olarak nitelendirilmesine hak vermek gerekir<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Suç politikası teorilerini savunanlar, failin vazgeçmesiyle hukuka aykırılığın veya kusurun kalkmadığını, ancak ceza siyaseti sebebiyle failin cezalandırılmadığını ifade etmektedirler. Bkz. HAKERİ, s. 488-489.

<sup>32</sup> DEMİRBAŞ, s. 512.

<sup>33</sup> AKBULUT, s. 854; ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 737; KREY, Volker/ESSER, Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022, s. 563, kn. 1263; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 439; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 491; ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 584; DİMDİK, s. 274-275; HERRMANN, Mareike, **Der Rücktritt im Strafrecht: Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013, s. 18 vd.; FÜGLEIN, Frank/PERPELITZ, Sabrina, **Strafrecht Allgemeiner Teil - echt verständlich!**, Boorberg, Stuttgart, 2018, s. 59. YEĞRİM, Vakkas Korhan, **Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 42-43. Karşı yönde bir görüşe göre, teşebbüs hükümleri varken gönüllü vazgeçme düzenlenmesi gereksizdir, icra hareketlerini elinde olan sebeplerle tamamlamayan fail, teşebbüs hükümleri karşısında zaten cezalandırılmaz. Bu sebeple, kurumun şahsi cezasızlık sebebi olarak nitelendirilmesi yerinde değildir. Bkz. AKYÜREK, s. 194-197.

<sup>34</sup> KREY/ESSER, s. 563, kn. 1263; AKBULUT, s. 854; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 371.

<sup>35</sup> DİMDİK, s. 274; benzer ERDOĞAN, Yavuz, “Gönüllü Vazgeçme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 5, Sa. 13, 2010, s. 93-124, s. 98-99.

<sup>36</sup> ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAKSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 491; YILMAZ, s. 2568-2569.

### C. Teşebbüs ile Gönüllü Vazgeçme Düzenlemeleri Arasındaki İlişki

İcra hareketleri başladığı hâlde failin elinde olmayan sebeplerle suçun tamamlanmadığı durumlarda teşebbüs gündeme gelirken, failin özgür iradesiyle suç yolundan döndüğü hâllerde gönüllü vazgeçme söz konusu olur<sup>37</sup>. Öğretide bir görüşe göre, failin vazgeçmesinin elde olmayan sebeplerle olması, yani gönüllü olmaması, zaten teşebbüsün bir unsurudur. Bu sebeple, vazgeçmenin gönüllü olduğu durumlarda teşebbüsün söz konusu olmayacağı tersten formüle edilerek ulaşılan bir sonuçtur<sup>38</sup>. Cezalandırılabilir bir teşebbüs bulunmasına rağmen, kanun koyucu, gönüllü vazgeçmenin varlık amacını teşkil eden suç politikası yaklaşımları sebebiyle faili cezalandırmamayı tercih etmiştir<sup>39</sup>.

Teşebbüs ile gönüllü vazgeçme arasındaki bu yakın ilişki, teşebbüs ile ilgili düzenlemelerin, doğrudan gönüllü vazgeçme kurumunu etkilemesinde kendini gösterir. Bilhassa hazırlık hareketleri ve icra hareketlerinin ayırımında söz konusu olan objektif ve sübjektif teorilerden hangisinin benimsendiği burada önem taşır<sup>40</sup>. Bu noktada özetlemek gerekirse, sübjektif teoriler, icra hareketlerinin başlangıcını failin suç işleme kastına göre belirlemeye odaklanırken, objektif teoriler hareketin, suçun konusunu tehlikeye uğratıp uğratmamasına göre bir değerlendirmeyi tercih etmektedir<sup>41</sup>. Failin suç işlemeye yönelik kastını dikkate alan sübjektif teorilerde bu kastını ortadan kaldırdığını gösteren bütün durumlarda hakkında cezasızlık ya da en azından ceza indirimi tatbiki söz konusu olur<sup>42</sup>. Teşebbüs bakımından objektif yaklaşımın benimsendiği bir sistemde, vazgeçme davranışı, sadece neticenin meydana gelmesini önleyici mahiyette ise gönüllü vazgeçmenin varlığı kabul edilmektedir<sup>43</sup>. Söz gelimi, TCK'nın 35'inci maddesinde “doğrudan doğruya icraya başlama” şeklinde ölçüt benimsenmiş, aynı maddenin gerekçesinde ise “suç tipiyle belirli bir yakınlık ve bağlantı içindeki hareketlerin yapılması durumunda suçun icrasına başlanılmış” sayılacağı

<sup>37</sup> BALCI, Meral, “İcraî Suçlarda Gönüllü Vazgeçmede Failin Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını Önlemesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 73, Sa. 3, 2024, s. 1573-1638, s. 1575; AKBULUT, s. 853; benzer AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 124-125; İÇEL, s. 539; TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 239 vd.

<sup>38</sup> EPÖZDEMİR, Rezan, “Gönüllü Vazgeçme”, *TBB Dergisi*, Sa. 138, 2018, s. 79-106, s. 95-96.

<sup>39</sup> AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 55, Sa. 1, 2006, s. 85-113, s. 103.

<sup>40</sup> BOZBAYINDIR, s. 90-91.

<sup>41</sup> Detaylı bilgi için bkz. İÇER, Zafer, *Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 84 vd. Ayrıca bkz. TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 92 vd.

<sup>42</sup> Bu konuda bilgi için bkz. BOZBAYINDIR, s. 92.

<sup>43</sup> Bkz. BOZBAYINDIR, s. 92.

belirtilmiştir. Bu yönüyle TCK'nın maddi objektif teorii benimsediği ifade edilmiştir<sup>44</sup>. Sonuçta TCK'nın 36'ncı maddesinde icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra neticenin önlenmesine yönelik vazgeçme hareketleri, ancak neticeyi önlerse, gönüllü vazgeçme kapsamında mütalaa edilecektir<sup>45</sup>.

## II. GÖNÜLLÜ VAZGEÇMENİN ŞARTLARI

### A. Objektif Şartlar

#### 1. Suçun İcra Hareketlerinin Başlaması

Gönüllü vazgeçme hükümleri, icra hareketlerinin başladığı, ancak tamamlanmadığı veya neticeli suçlar bakımından icra hareketlerinin tamamlandığı, ancak neticenin gerçekleşmediği durumlarda gündeme gelebilir<sup>46</sup>. Bir başka deyişle, gönüllü vazgeçme, sadece suçun teşebbüs aşamasına ulaştığı durumlarda söz konusu olabilir<sup>47</sup>. Taksirli suçlara teşebbüs mümkün olmayacağına göre, bu suçlarda gönüllü vazgeçme hükümleri de tatbik edilemez<sup>48</sup>.

Hazırlık hareketleri aşamasında<sup>49</sup> ve tamamlanmış bir suçta gönüllü vazgeçme hükümlerine gidilmesi mümkün değildir<sup>50</sup>. Söz gelimi, bir başkasını öldürmek için silah satın alan fail, daha sonra bundan vazgeçip silahı köprüden attığında, kasten öldürme suçunun icra hareketlerine başlamadığı için cezalandırılabilir alana geçiş yapmamıştır. Bu sebeple, gönüllü vazgeçme hükümlerine gidilmesine ihtiyaç yoktur.

Sırf hareket suçlarında icra hareketleri kısımlara bölünebiliyorsa hem teşebbüs hem de gönüllü vazgeçme mümkün olacaktır<sup>51</sup>. Yani, sırf hareket suçları bakımından şartları varsa, icra hareketlerinin başlamasından tamamlanmasına kadar gönüllü vazgeçme gündeme gelebilir<sup>52</sup>. Mütemadi suçlarda suç tamamlandıktan sonra teşebbüs mümkün olmadığı gibi bu andan itibaren gönüllü vazgeçme de söz konusu olmaz<sup>53</sup>. Mütemadi suçlar tamamlandıktan sonra kanunda

<sup>44</sup> IŞIKA, Sertaç, *Gönüllü Vazgeçme*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 55.

<sup>45</sup> AYDIN, s. 104.

<sup>46</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 441-442.

<sup>47</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 371; benzer ERDOĞAN, s. 100; EPÖZDEMİR, s. 92.

<sup>48</sup> EPÖZDEMİR, s. 94.

<sup>49</sup> YEĞRİM, *Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu*, s. 181.

<sup>50</sup> Benzer yönde BABA, *Etkin Pişmanlık*, s. 104; benzer AKBULUT, s. 855.

<sup>51</sup> YEĞRİM, *Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu*, s. 183.

<sup>52</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 740.

<sup>53</sup> Aynı yönde AKBULUT, s. 855; aksi yönde ÖZTÜRK/ERDEM, s. 372.

özel olarak düzenlenmişse, etkin pişmanlık hükümlerinin (söz gelimi, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu için TCK m.110) tartışılması gerekir<sup>54</sup>. Yine kalkışma suçlarında başlı başına hazırlık hareketleri veya suça teşebbüs cezalandırıldığı için gönüllü vazgeçme hükümlerine gidilemez<sup>55</sup>.

## 2. İcra Hareketlerinin Yarıda Bırakılması

Kanun koyucu, icra hareketleri devam ederken gerçekleştirilen vazgeçme ile icra hareketleri tamamlanıp, neticenin gerçekleşmediği durumlardaki vazgeçmeyi birbirinden ayırmıştır. İcra hareketlerini tamamlayan fail, 36'ncı maddeden yararlanabilmek için aktif bir çabaya girişerek neticeyi önlemelidir, buna karşılık icra hareketleri henüz tamamlanmadan vazgeçmede, failin iradi ve gönüllü olarak icrayı yarıda bırakması yeterli kabul edilmektedir<sup>56</sup>. Bu bakımdan icra hareketlerinin yarıda bırakılması, pasif (negatif) bir özelliği muhtevasında barındırmaktadır<sup>57</sup>. Ancak ihmal suretiyle icra suçları bakımından farklı bir değerlendirme yapmak gerekir. İhmal suretiyle icra suçlarına teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden görüşe göre, icra hareketlerini yarıda bırakarak suç yolundan dönecek olan failin, aktif davranışta bulunarak neticeyi önlemesi gerekir<sup>58</sup>. Söz gelimi, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi bakımından garantör yükümlülüğü bulunan anne, icra hareketlerini yarıda bırakmak istiyorsa çocuğunu emzirmek zorundadır<sup>59</sup>.

İcra hareketlerinin yarıda bırakılması, bu hareketlerin tamamlanmasından önceki aşamaları ihtiva eder. Söz gelimi babasını öldürmek için icra hareketlerine başlayan, ancak babasının öldürücü olmayan mahiyette yaralandığını gören fail, eylemi yarıda bırakır. Örnekte, fail, icra hareketlerini tamamlamadığı için salt icra hareketlerinin yarıda bırakılması gönüllü vazgeçmeden yararlanması için yeterlidir<sup>60</sup>. Ancak, fail, o ana kadar gerçekleştirdiği hareketlerle, sonucun meydana geleceğini düşünüyorsa, icra hareketleri tamamlanmış olacağı için suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini aktif çaba göstererek önlemelidir<sup>61</sup>.

<sup>54</sup> AKBULUT, s. 855.

<sup>55</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 372; benzer EPÖZDEMİR, s. 94.

<sup>56</sup> BABA, **Etkin Pişmanlık**, s. 105.

<sup>57</sup> ERDOĞAN, s. 100; AKDAĞ, s. 99; TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 243.

<sup>58</sup> TOZMAN, Önder, "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", **TBB Dergisi**, Sa. 84, 2009, s. 160-187, s. 184; benzer EPÖZDEMİR, s. 95.

<sup>59</sup> Görüş için bkz. DİMDİK, s. 279; ayrıca ERDOĞAN, s. 101; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 130.

<sup>60</sup> Örnek ve bu konudaki teoriler hakkında detaylı bilgi için bkz. AKBULUT, s. 856-857.

<sup>61</sup> AKBULUT, s. 857.

### 3. Suçun Tamamlanmasını veya Neticenin Gerçekleşmesini Önlemek İçin Çaba Gösterme

Kanunda suçun tamamlanması için bir neticenin varlığının arandığı neticeli suçlarda fail, icra hareketleri safhasında veya icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra gönüllü vazgeçebilir<sup>62</sup>. Ancak icra hareketlerinin tamamlanmasının akabinde gönüllü vazgeçmeden söz edilebilmesi için failin pasif bir bırakma hareketi yeterli değildir, kanuna göre, aktif hareketlerle suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlemesi icap eder<sup>63</sup>. Müstakil faillik hâllerinde vazgeçen failin aktif hareketine rağmen netice gerçekleşmişse, faile 36'ncı maddenin uygulanması mevzu bahis olamaz, ancak bu durumda TCK'nın 62'nci maddesinde yer alan, takdiri indirim nedenlerinin gözetilmesini engelleyen bir husus yoktur<sup>64</sup>. Öte yandan, iştirak hâlinde işlenen suçlara ilişkin, TCK'nın 41/2'nci maddesinin (b) bendinde “suçun gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmiş olması” hâlinde de gönüllü vazgeçmenin söz konusu olacağı ifade edilmiştir.

TCK'nın 36'ncı maddesinin gerekçesinde “icra hareketlerinin bitmesinden sonra gönüllü vazgeçmenin kabulü için, vazgeçenin suçun tamamlanmasını önlemek bakımından ciddi bir çaba göstermesi” gerektiği ifade edilmiştir. CGK'nın bir kararına göre, ciddi çabadan, “failin içinde bulunduğu şartlarda sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik mevcut olan bütün imkanlarını seferber etmesi” anlaşılmalıdır<sup>65</sup>. Kanaatimizce “eldeki bütün imkânların seferber edilmesi” şeklinde uç bir ölçüt kullanmak yerine, failin gönüllü ve ciddi bir çaba içerisine girerek gerek kendisi gerekse başkaları tarafından kurtarma hareketinin yapılmasını sağlaması yeterli kabul edilmelidir<sup>66</sup>. Öğretide failin neticenin önlenmesine yol açan nedensel sürece “bilerek ve isteyerek” müdahale etmesinin aranması gerektiği, gösterilen birden fazla çabadan birinin faile ait olmasının yeterli olduğu, bu çabanın da olası araçlardan en iyisi olarak tezahür

<sup>62</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 740; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 442; ERDOĞAN, s. 100.

<sup>63</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 442. Failin suçun tamamlanmasını önlemek için çaba göstermesi, gönüllü vazgeçmenin maddi (objektif) şartıdır. Bkz. BALCI, s. 1631.

<sup>64</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 376.

<sup>65</sup> CGK, E. 2013/126, K. 2014/364, 11.7.2014, (Lexpera, E.T. 15.12.2024).

<sup>66</sup> Benzer AYDIN, s. 104-105. Öğretide kurtarma hareketinin bizzat fail tarafından yapılması gerekmediği ifade edilmiştir. Bkz. ERDOĞAN, s. 100. Kaldı ki, CGK'nın zikrettiğimiz kararında, aktif davranıştan, mutlaka fail tarafından bizzat yapılmak zorunda olunan müdahalenin anlaşılması gerekmediği, failin iradesi dahilinde neticeyi önlemeye yönelik her türlü çabanın bu kapsamda olduğu, bu minvalde üçüncü kişinin gerçekleştirdiği kurtarma hareketine, fail tarafından sebep olduğu sürece bunun da yeterli olduğu belirtilerek ilk açıklamalarla çelişkiye düşülmüştür. Bkz. CGK, E. 2013/126, K. 2014/364, 11.7.2014.

etmesinin gerekmediği haklı olarak ifade edilmiştir<sup>67</sup>. Kurtarma hareketi, üçüncü kişiler tarafından yapılacaksa failin bu kişilerin harekete geçmesinde bir rolünün olması gerektiği aşikârdır. Buna göre, üçüncü kişiler tarafından kurtarma hareketinin yapılması için failin ciddi bir çaba göstermesi, söz gelimi yardım çağırmak suretiyle ölüm neticesini engellemesi de vazgeçme niteliğindedir<sup>68</sup>. Yargıtay’a göre, bıçakla mağduru yaralayan, daha sonra tişörtü ile mağdurun yarasına tampon yapan, orada bulunanlardan 112 acil servisin aranmasını isteyen, kolluk ekipleri ve sağlık personeli gelene kadar mağdurun başından ayrılmayan fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilmelidir<sup>69</sup>.

Yargıtay’ın bir kararında, sanığın birden fazla kişinin olduğu bir ortamda katılanı, mutfak bıçağıyla göğüs bölgesinden yaralaması, sanığın annesinin acil servisi arayarak ambulans çağırması, ambulans gecikince ortamda bulunan diğer kişilerin ve sanığın da bulunduğu, katılana ait araçla hastaneye gittikleri ve yol üstünde katılanın ambulansa sevkini sağlayarak neticeyi önledikleri olayda, katılanın ambulansa sevkine dek aracın bizzat sanık tarafından kullanıp kullanmadığının tespitini, kullanıldığı takdirde aktif olarak neticenin önlenmesine katılarak olay sebebiyle pişmanlık gösterdiği için hakkında 36’ncı maddenin tatbikinin gerektiğine karar vermesi<sup>70</sup> yerinde değildir. Yüksek Mahkeme tarafından “katılanı, ambulansa sevk eden aracın bizzat sanık tarafından kullanılması” gibi bir şartın aranması, hükmün oldukça sınırlı bir şekilde tatbikini sonuçlar. Keza TCK’nın 36’ncı maddesinde yer almayan, “pişmanlık gösterme” şeklinde ifadelerin kullanılması<sup>71</sup> da hükmün tatbik sahasını oldukça daraltacaktır.

<sup>67</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 374-376. Aksi yönde ve optimal prensip olarak adlandırılan görüşe göre, failin neticeyi önleme noktasında mümkün olan en iyi kurtarma davranışını gerçekleştirmesi gerekir. Bu konudaki görüşler hakkında bilgi için bkz. AKBULUT, s. 860.

<sup>68</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 740-741; benzer AYDIN, s. 104.

<sup>69</sup> Yar. 1. CD, E. 2022/11196, K. 2023/7526, 5.12.2023, (Lexpera, E.T. 20.12.2024). Alman Federal Mahkemesinin bir kararında da öldürmek için icra hareketlerine başlayan failin, suçun henüz keşfedilmediği bir aşamada, ağır yaralı mağdurun durumunu görmesi ve artık onun kan kaybından ölmesini istemediği için doktoru araması şeklinde gelişen olayda Al.CK’nın 24’üncü maddesinde aranan şartların gerçekleştiği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. BGH, 5 StR 38/67 - 9.3.1967 (LG Lüneburg) (Beck-online, E.T. 10.12.2024). Ayrıca karar hakkında bkz. MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 108; NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 62.

<sup>70</sup> Yar. 1. CD, E. 2023/1332, K. 2024/6208, 2.10.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>71</sup> Bu şekilde ifadelerin kullanıldığı başka bir karar için bkz. Yar. 1. CD, E. 2022/9062, K. 2024/5506, 12.9.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

## B. Sübjektif Şart: Gönüllülük

### 1. Gönüllülük Kavramı ve İradilikle İlişkisi

Gönüllü, TDK sözlüğünde, “*Bir işi yapmayı hiçbir yükümlülüğü yokken isteyerek üstlenen*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>72</sup>. TCK’nın 36’ncı maddesinde düzenlenen kurum bakımından, öğretide gönüllülük ve ihtiyarilik kavramları eşanlamli olarak kullanılmakta ve gönüllülük, seçme imkânının mevcut olduğu hâllerde eldeki imkânlardan birinin tercih edilmesi şeklinde açıklanmaktadır<sup>73</sup>. CGK’nın bir kararında, gönüllü ifadesinin, genel olarak “zorlama” kelimesinin karşıtı olduğu belirtilerek gönüllü vazgeçme, “*failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketleri tamamladıktan sonra iradi etkin davranışlarıyla tipik neticenin meydana gelmesini önlemesi*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>74</sup>.

Vazgeçmenin iradi ve gönüllü olması birbirinden farklıdır. Zira failin iradesinin maddi ve manevi olarak zorlandığı durumlarda da bir irade mevcuttur<sup>75</sup>. Zorlanmış irade de sonuçta bir iradedir (coacta voluntas tamen est voluntas)<sup>76</sup>. Ancak maddi ve manevi baskı altında iradenin hür olarak tezahür ettiği söylemez<sup>77</sup>. Oysa vazgeçmenin gönüllü (ihtiyari) olarak ortaya çıkabilmesi için serbest, yani zorlanmamış bir kararın ürünü olması gerekir, neticede ihtiyarilik kavramı, iradilikle kıyaslandığında hukuken daha dar anlaşılmalıdır<sup>78</sup>. İradilik ve gönüllülüğün öğretide aynı kavram gibi ele alınması<sup>79</sup> bizce yerinde değildir.

Öldürmek amacıyla mağdura zehirli çay veren fail, mağdurun çayı tam içeceği esnada, yanlışlıkla mağdura çarparak çayın dökülmesine sebep olursa, iradi olarak icra hareketlerinin yarıda bırakılması mevzubahis olmadığından, gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz<sup>80</sup>. İcra hareketlerinin tesadüfen yarıda bırakılması da iradilik unsurunu taşımayacağı için burada kanunda aranan şartlar sağlanmamıştır<sup>81</sup>. Nihayetinde iradiliğin, gönüllülük unsurunun bir ön şartı ola-

<sup>72</sup> TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 29.12.2024.

<sup>73</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; YEĞRİM, *Türk Ceza Hukukunda*, s. 193.

<sup>74</sup> CGK, E. 2014/183, K. 2015/62, 24.3.2015, (Lexpera, E.T. 17.12.2024).

<sup>75</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 742.

<sup>76</sup> ERRA, Carlo, “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev. Sahir Erman), *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. X, Sa. 1-2, 1944, s. 679-720, s. 707-708.

<sup>77</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 742.

<sup>78</sup> ERRA, s. 708.

<sup>79</sup> Bkz. AKDAĞ, s. 101.

<sup>80</sup> Örnek için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443.

<sup>81</sup> AKDAĞ, s. 101.



rak ele alınması gerekir. İlk olarak vazgeçme iradi olmalıdır. Ancak bu yeterli değildir. İradenin hür, zorlanmamış bir şekilde tezahür etmesi, yani gönüllü olması da icap eder<sup>82</sup>.

Al.CK'nın 24'üncü maddesinde başvuru "Freiwilligkeit" kavramı, öğretilerde bir görüşe göre, "hür irade" anlamına gelir ve salt psikolojik bir karar alma sürecini ihtiva eder<sup>83</sup>. Aynı yazara göre, mehz Al.CK'da kullanılan "hür irade" kavramı ile 5237 sayılı TCK'nın 36'ncı maddesinde başvuru "gönüllü" kavramı arasında benzerlikler olsa da neticede bunlar tam anlamıyla birbirini karşılamamaktadır<sup>84</sup>. "Freiwilligkeit" ifadesinin hürriyet (Freiheit) ve gönüllülük (Willigkeit) kelimelerinin bir araya gelmesi ile oluştuğu<sup>85</sup> düşünüldüğünde, 5237 sayılı TCK bakımından kanun koyucunun, mehz Al.CK'daki ifade ile gönüllülük ifadesi arasında böyle bir ayrıma gitmeyi amaçlamadığı sonucuna ulaşmak gerekir. Bu sebeple, Al.CK'da geçen söz konusu ifade için de bu çalışmada "gönüllülük" kavramı kullanılmıştır.

Alman ceza hukuku bakımından da gönüllülük şartının, vazgeçmenin sübjektif unsuru olduğu ifade edilmiştir<sup>86</sup>. Vazgeçmenin gönüllülüğe dayanması şartı, Al.CK'nın 24'üncü maddesi bakımından bütün vazgeçme türlerinde ortak olarak aranmıştır<sup>87</sup>.

## 2. Gönüllülükle Alakalı Teoriler ve Türk Öğretisinin Konuya Yaklaşımı

Gönüllülüğün tespitiyle alakalı olarak Alman öğretilerinde ortaya konulan psikolojik ve normatif yaklaşımlar arasındaki görüş ayrılıkları oldukça dikkat çekicidir<sup>88</sup>. Bu başlık altında, gönüllülüğün esasını tespitte çalışan teorilere kısaca değinilmiş, bu kapsamda psikolojik teori ve normatif teori inceleme konusu yapılmış, akabinde Türk öğretisinin bu konuya yaklaşımı ele alınmıştır.

<sup>82</sup> SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2024, s. 306.

<sup>83</sup> BOZBAYINDIR, s. 95.

<sup>84</sup> Görüş için bkz. BOZBAYINDIR, s. 95.

<sup>85</sup> HERRMANN, s. 75.

<sup>86</sup> AMELUNG, Knut, "Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, C. 120, Sa. 2, 2008, s. 205-245, s. 207.

<sup>87</sup> MURMANN, Uwe, § 24 **Rücktritt in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Zweiter Band §§ 19 bis 31, 13. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, (LK StGB/MURMANN StGB § 24), s. 548, kn. 232; BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 36; PUPPE, Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2016, s. 280, kn. 29.

<sup>88</sup> OTTO, Harro, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 6. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 2000, s. 264, kn. 34.

### a. Psikolojik Teoriler

Alman öğretisinde bir dönem sıklıkla başvuru ve psikolojik teori kapsamında mütalaa edilen Frank formülüne göre, fail, “suçu işleyebileceğim hâlde artık bunu yapmayacağım” diyorsa vazgeçmesi gönüllü iken; “fiili işlemek istediğim hâlde artık bunu yapamıyorum” diyorsa vazgeçmesi gönüllü değildir<sup>89</sup>. Ancak, son dönemde Frank formülü, ciddi eleştirilere maruz kalmış ve gönüllülüğün tespitinde artık dikkate alınmaz olmuştur<sup>90</sup>. Zira Alman öğretisi ve uygulamasındaki yaklaşımlara göre, başarısız teşebbüs (Der fehlgeschlagene Versuch) var olduğu durumlarda gönüllü vazgeçmenin mevcut olması mümkün değildir<sup>91</sup>. Özellikle Frank formülünde geçen “fiili işlemek istediğim hâlde artık bunu yapamıyorum” şeklindeki ölçütün başarısız teşebbüse ilişkin kriterle örtüştüğü, neticede bu iki kurum arasındaki sınırları çizmeyi zorlaştırdığı belirtilmiştir<sup>92</sup>.

Başarısız teşebbüs olarak nitelendirilen hâllerde gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmayacağını ifade etmiştik. Belirtelim ki, ülkemiz sistemi açısından başarısız teşebbüs durumları, “teşebbüs aşamasında kalmış suç” kapsamında ele alınır<sup>93</sup>. İcra hareketlerine başlayan failin, eldeki mevcut araçlarla fiili gerçekleştiremeyeceğinin farkına varması ya da hatalı olarak gerçekleştiremeyeceğini düşünmesi, buna örnek verilebilir, şartları varsa fail, teşebbüsten sorumlu olur<sup>94</sup>. İcra hareketlerinde başarı elde edilememesi, somut vakada başvuru aracının elverişsizliğinden ya da failin beceriksizliğinden kaynaklanabilir<sup>95</sup>. Kurşunların tükenmesi, silahın bozulması, kurulan bombanın patlamaması gibi örneklerde olduğu üzere, suçta kullanılan aracın elverişsiz hâle gelmesi sebebiyle failin işlenememesi bu kapsamdadır<sup>96</sup>. Keza suçun konusunun yokluğu durumlarında failin icra hareketlerine devam edememesi, gönüllü vazgeçme kapsamında ele alınmamalıdır<sup>97</sup>.

<sup>89</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017, s. 199, kn. 536; OTTO, s. 264, kn. 35.

<sup>90</sup> BOZBAYINDIR, s. 96 ve 105.

<sup>91</sup> LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 548, kn. 233; BGH, 2 StR 206/23 - 26.9.2023, kn. 5, (NWB Datenbank, E.T. 21.12.2024); PUPPE, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 281, kn. 30.

<sup>92</sup> LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 551, kn. 238; benzer bkz. NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 53.

<sup>93</sup> IŞIKA, s. 65.

<sup>94</sup> AKBULUT, s. 869. Burada objektif manada elverişsiz teşebbüs durumları söz konusu değildir. Bunun yerine, failin bakış açısına göre bir değerlendirme yapılır, fail, içinde bulunduğu durumda yapacak başka bir hareketi kalmadığını düşünmektedir. Bkz. YEĞRİM, **Türk Ceza Hukukunda**, s. 228.

<sup>95</sup> IŞIKA, s. 63 vd.

<sup>96</sup> AKBULUT, s. 869; benzer IŞIKA, s. 63.

<sup>97</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 129.

Günümüzde vazgeçmenin gönüllülüğünü tespit etmek için Alman öğretisinin bir kısmı ve Alman Federal Mahkemesi tarafından<sup>98</sup> benimsenen psikolojik yaklaşımlarda, otonom ve heteronom sebepler ayrımı yapılır<sup>99</sup>. Otonom sebeplerin varlığı durumunda vazgeçmenin gönüllü olduğu, zira bu durumda bizzat kendi kararlarına hâkim olan bir failin bulunduğu (Herr seiner Entschlüsse) ifade edilmiştir<sup>100</sup>. Alman Federal Mahkemesi kararlarında da suç planının icrasının hâlen daha mümkün olduğuna inanan fail, fiili tamamlamasının önünde, içsel veya harici nitelikte, zorlayıcı bir sebep olmadığı hâlde, kendi kendine hür bir şekilde aldığı karara dayanarak vazgeçerse, bu vazgeçme gönüllü kabul edilir<sup>101</sup>.

Otonom sebeplere örnek olarak utanç, merhamet, pişmanlık ve vicdan azabı verilebilir<sup>102</sup>. Söz gelimi, fail, bisikletli bir kadına yolda rastlar ve ona cinsel saldırıda bulunmak için saldırır. Ancak bisikletli kadın, faili tanır ve kendisini bırakmasını ister. Tam o anda, fail de saldırdığı kadının tanıdık olduğunu fark eder ve onu serbest bırakır. Bu örnekte, fail, tanıdığı bir kimseye saldırmaktan utanç ve pişmanlık duyduğu için icra hareketlerinden vazgeçmişse, bu vazgeçmenin gönüllü olduğunu söylemek gerekir<sup>103</sup>. Örneği değiştirdiğimizde, failin karar vermesinde belirleyici olan faktör, bisikletli kadının kendisini tanımasından dolayı ihbar edileceğinden ve cezalandırılacağından korkması ise burada failin vazgeçmesi, şartların başka bir seçenek bırakmayacak şekilde kendi aleyhine değişmesinden kaynaklandığı için vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul ederiz<sup>104</sup>.

Psikolojik teorilerde vazgeçme saikinin etik değerine<sup>105</sup> ve diğer niteliklerine bakılmaz<sup>106</sup>. Burada vazgeçme saikinin fail üzerinde doğurduğu etki önem arz

<sup>98</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 54.

<sup>99</sup> EISELE/HEINRICH, s. 198, kn. 535; KASPAR, Johannes, **Strafrecht - Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023, s. 213, kn. 143; KREY/ESSER, s. 585, kn. 1302; BRINGEWAT, Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2018, s. 269, kn. 558; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103; BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 37-38; OTTO, s. 264 vd.

<sup>100</sup> KASPAR, s. 213, kn. 144; BOZBAYINDIR, s. 100; BABA, **Gönüllülük**, s. 1129.

<sup>101</sup> BGH, 4 StR 442/22 - 14.2.2023 (LG Mosbach), kn. 8; aynı yönde BGH, 1 StR 315/21 - 7.10.2021 (LG Mannheim), (Beck-online, E.T. 21.12.2024); ayrıca bkz. KASPAR, s. 213-214, kn. 144; benzer EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 537; benzer BRINGEWAT, s. 269, kn. 559; KREY/ESSER, s. 584, kn. 1301; benzer LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 550, kn. 237; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103. Alman öğretisinde *Puppe*, kullanılan bu ölçütün, hatalı olduğu anlaşılan Frank formülünü çağırıştırdığı kanaatindedir. Bkz. PUPPE, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, s. 281, kn. 30.

<sup>102</sup> KASPAR, s. 214, kn. 144; BRINGEWAT, s. 269, kn. 559. Ani bir şekilde ortaya çıkan cezalandırılma korkusu da otonom sebeplerden biri olabilir. Bkz. EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 536.

<sup>103</sup> KREY/ESSER, s. 584, kn. 1300-1301.

<sup>104</sup> KREY/ESSER, s. 584, kn. 1300 ve s. 587, kn. 1305.

<sup>105</sup> BRINGEWAT, s. 269, kn. 559.

<sup>106</sup> IŞİKA, s. 176.

eder ve bu etkinin, birden fazla davranışsal seçeneği artık özgürce seçemeyecek kadar büyük olup olmadığı, her somut vaka bakımından değerlendirmeye tabi tutulmalıdır<sup>107</sup>. Federal Mahkeme de vazgeçme saikinin, özgürce bir seçim yapma imkânını ortadan kaldıracak düzeyde failin üzerinde bir etki doğurup doğurmadığının araştırılmasına odaklanır<sup>108</sup>. Söz gelimi, failin vazgeçmesinde, pek yakında polisin olay yerine ulaşabileceği fikri rol oynasa dahi bu fikir, failin hareketleri için belirleyici değilse, gönüllü vazgeçme söz konusu olabilir<sup>109</sup>. Failin vazgeçmesi üzerinde birden fazla saikin etkisi varsa, vazgeçme davranışı için belirleyici olan saik dikkate alınarak gönüllülüğün var olup olmadığına bakılmalıdır<sup>110</sup>.

Üçüncü kişilerin etkileri gibi harici sebeplerin varlığında da vazgeçme gönüllü olabilir<sup>111</sup>. Failin vazgeçmesi, dışarıdan gelen etkilerin sonucunda gerçekleştiğinde, fail, beklenmedik olaylara ve üçüncü kişilerin varlığına rağmen, neticede kendi özgür iradesiyle hareket etmiş ve kendi kararlarının hâkimi olarak kalabilmişse, vazgeçmesi gönüllüdür<sup>112</sup>. Federal Mahkemeye göre, failin eylemini yeniden düşünmeye sevk eden etkinin dışarıdan geldiği durumlarda ya da fiilden vazgeçilmesinin, ancak üçüncü bir kişinin etkisinden sonra gerçekleştiği hâllerde, fail, kendi bakış açısıyla, icra hareketlerine devam etme imkânına sahip olmasına ve hâlen daha kendi kararlarının hâkimi durumunda olmasına rağmen vazgeçmişse, burada da gönüllü olma şartı sağlanmıştır<sup>113</sup>. Eski tarihli bir kararda, önceden işlediği bir suç sebebiyle denetim süresi içerisinde olan failin, yeniden suç işlemenin olumsuz sonuçları hakkında suç ortağı tarafından uyarılması üzerine, hırsızlık suçunun icrasından vazgeçmesi bakımından Yük-

<sup>107</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103.

<sup>108</sup> LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 550, kn. 237; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103-104.

<sup>109</sup> BGH, 3 StR 470/06 - 8.2.2007 (LG Wuppertal), kn. 6, (Beck-online, E.T. 10.12.2024).

<sup>110</sup> BGH, 3 StR 470/06 - 8.2.2007 (LG Wuppertal), kn. 6; NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 54.

<sup>111</sup> HEGER, Martin, § 24 Rücktritt in Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Baskı, C.H. Beck, München, 2023, (LACKNER/KÜHL/HEGER/HEGER StGB § 24), kn. 16; NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 54; benzer BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 38; benzer YEĞRİM, Türk Ceza Hukukunda, s. 207-208.

<sup>112</sup> KREY/ESSER, s. 585-586, kn. 1302; benzer BRINGEWAT, s. 269, kn. 559; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 108. Yargıtay, bir kararında, failin, çocuk olan mağduru öpmek için uzandığı esnada, mağdurun kendisinden uzaklaşmasını istemesi şeklinde gelişen olayda, mağdurun kendini geri çekmesi ve sözlü uyarısı haricinde faili suç yolundan ilerlemekten alıkoyan ciddi bir engel bulunmadığı için vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bkz. Yar. 14. CD, E. 2015/1373, K. 2017/1593, 27.3.2017, (Lexpera, E.T. 15.12.2024).

<sup>113</sup> BGH, 6 StR 332/22 - 21.9.2022 (LG Halle), kn. 7. (Beck-online, E.T. 10.12.2024). Benzer yönde bkz. BGH, 1 StR 315/21 - 07.10.2021 (LG Mannheim), kn. 10. (Beck-online, E.T. 10.12.2024); BGH, 2 StR 289/13 - 10.7.2013 (LG Aachen), kn. 4. (Beck-online, E.T. 13.12.2024); BGH, 2 StR 141/18 - 30.5.2018 (LG Stralsund), (Beck-online, E.T. 21.12.2024).

sek Mahkeme, failin dışarıdan gelen etkiye rağmen, neticede kendi özgür iradesiyle karar verdiğini belirterek vazgeçmenin gönüllü olduğuna hükmetmiştir<sup>114</sup>.

Vazgeçme, failin zorlayıcı engel (Zwingende Hindernisse) olarak hesaba kattığı bir sebebe dayanıyorsa, ortada heteronom bir sebep mevzubahistir ve failin vazgeçmesi, gönüllü değildir<sup>115</sup>. Harici bir kısıtlama<sup>116</sup> ya da içsel olarak mevcut olan psikolojik bir baskı şeklinde tezahür edebilen zorlayıcı engel karşısında fail, pratikte suçu tamamlamasının mümkün olmadığına inanıyorsa, vazgeçme gönüllü değildir<sup>117</sup>. Bu tip durumlarda vazgeçme, failin iradesinden bağımsız sebeplere dayanmaktadır<sup>118</sup>.

Suçla karşı mağdurun güçlü bir direnç göstermesi üzerine, fail, hâlen daha suçun işlenebileceğine inansa da bunu beklenenden daha riskli gördüğü için vazgeçiyorsa, ortada heteronom bir sebep vardır ve vazgeçme gönüllü değildir<sup>119</sup>. Cezalandırılmaktan korkan fail, üçüncü kişiler tarafından fiilinin keşfedilmesi veyahut değişen diğer şartlar sebebiyle fiilin icrasından kaçınmak zorunda ise heteronom sebepten kaynaklı vazgeçmeden dolayı gönüllü olma şartı sağlanmamıştır<sup>120</sup>.

Psikolojik teorilere göre, içsel psikolojik baskının gücü, failin özgür iradesiyle hareket etme imkânını tamamen ortadan kaldırıyorsa, vazgeçmenin gönüllü olmadığını söylemek gerekir<sup>121</sup>. Söz gelimi, fail, olay anında yaşadığı panik sebebiyle, artık sağlıklı bir şekilde düşünemez ve bu sebeple, kendi kararlarının hâkimi olamazsa, ortada heteronom bir sebep olduğu kabul edilir<sup>122</sup>. Bu noktada Alman Federal Mahkemesinin bir kararı örnek verilebilir. Eşini bıçaklamak üzere icra hareketlerine başlayan kocanın, aniden ortak iki çocuklarının olay yerinde belirmesi üzerine psikolojik olarak sarsılarak eylemini yarıda bıraktığı olayda, Yüksek Mahkeme, vazgeçmenin gönüllü olmadığı kanaatine ulaşmış-

<sup>114</sup> BGH, 2 StR 506/67 - 11.10.1967 (LG Köln), (Beck-online, E.T. 10.12.2024).

<sup>115</sup> KASPAR, s. 214, kn. 145; BRINGEWAT, s. 269, kn. 560; benzer bkz. FÜGLEIN-PERPELITZ, s. 61.

<sup>116</sup> CGK'nın bir kararına konu olan olayda, cinsel saldırı suçunun icrası kapsamında mağdurun kıyafetlerini çıkarmaya çalışan fail, mağdurun bağırması üzerine olay yerine gelen komşular kapıya vurduğu için icra hareketlerine devam edememiştir. Yüksek Mahkeme, burada gönüllülük şartının gerçekleşmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. CGK, E. 2022/406, K. 2024/113, 6.3.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>117</sup> KASPAR, s. 214, kn. 145.

<sup>118</sup> BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 37.

<sup>119</sup> KREY/ESSER, s. 586, kn. 1303.

<sup>120</sup> KREY/ESSER, s. 586, kn. 1303.

<sup>121</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103.

<sup>122</sup> KREY/ESSER, s. 586, kn. 1303.

tır<sup>123</sup>. Federal Mahkeme, “saniğin fiilin icrasını planladığı şekilde tamamlama fırsatına sahip olduğu hâlde bunu yapmadığı” şeklindeki itirazların, yalnızca dışsal bir bakış açısının ürünü olduğunu, halbuki failin, çocuklarının bir anda orada belirmesi üzerine yaşadığı psikolojik şokun etkisiyle suçu tamamlayamadığını belirtmiştir<sup>124</sup>. Öğretide bu karar eleştirilmiş ve denilmiştir ki, ödüle layık olma ve hukukiliğe geri dönüş ile mağdurun korunması perspektiflerinden bakıldığında, burada Federal Mahkemenin yaklaşımından ziyade gönüllülüğün varlığını kabul etmek daha yerinde olacaktır<sup>125</sup>. Kanaatimizce burada, faili suç yolunda ilerlemekten alıkoyan harici zorlayıcı bir sebep bulunmadığı için vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmek gerekir<sup>126</sup>.

Başka bir örnek vermek gerekirse, mağduru balta ile öldürmek isteyen failin, hayatını bağışlaması için mağdurun yalvarması üzerine kendisine acıyarak baltayı bırakması, otonom bir sebep olarak kabul edilir. Ancak mağdurun yalvarışları karşısında fail, artık psikolojik olarak eylemine devam edemeyeceği için vazgeçtiğinde farklı bir değerlendirme yapmak gerekir<sup>127</sup>.

Psikolojik teorinin, fail üzerindeki psişik baskının şiddetine göre gönüllü-gönülsüz olmanın ayırıcısına varması eleştirilmiş ve bu şiddetin nesnel olmadığı ve ölçülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir<sup>128</sup>. Hangi dereceye ulaşan psişik baskıların, vazgeçmeyi gönülsüz hâle getireceğiyle alakalı bir ölçü verilemeyeceği, psikolojik teorilerin temelde, psişik baskının niceliğini kıstas olarak almasının yerinde olmadığı eleştirileri yapılmıştır<sup>129</sup>. Ayrıca otonom kavramının kullanılmasının, teoride mevcut olan bir boşluğun, karmaşık bir terminoloji ile gizlenmesine yönelik bir çaba olduğu ileri sürülmüştür<sup>130</sup>.

### ***b. Normatif Teoriler***

Alman öğretisinde normatif teoriler, gönüllülüğün psikolojik bir kavram olmadığı eleştirisiyle psikolojik yaklaşımlara karşı itirazlarda bulunmuşlardır<sup>131</sup>.

<sup>123</sup> BGH, 1 StR 19/94 - 10.5.1994 (LG Stuttgart), (Beck-online, E.T. 3.12.2024).

<sup>124</sup> BGH NSTz 1994, 429. Ayrıca bkz. KREY/ESSER, s. 586, kn. 1304; BOZBAYINDIR, s. 118.

<sup>125</sup> Görüş için bkz. KREY/ESSER, s. 587, kn. 1304.

<sup>126</sup> Benzer yönde bkz. TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 301-302.

<sup>127</sup> EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 537.

<sup>128</sup> Bu konuda bkz. TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 287.

<sup>129</sup> Bu konuda bkz. BABA, **Gönüllülük**, s. 1130-1131.

<sup>130</sup> AMELUNG, s. 205.

<sup>131</sup> Görüşler için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 551, kn. 239.

Normatif teorilere göre, gönüllülük meselesinin ele alınması bir değerlendirme problemidir<sup>132</sup>. Burada psikolojik baskının şiddetine bakılmaz<sup>133</sup>. Bu yaklaşımlara göre, Federal Mahkeme kararlarında ortaya konulan psikolojik ölçütler işlevsizdir<sup>134</sup>.

Bir görüşe göre, Al.CK'nın 24'üncü maddesinin amacı (ratio legis), normatif bir ölçüt olarak gönüllülük bakımından dikkate alınabilir<sup>135</sup>. Psikolojik teorilerin ulaştığı sonuçlar, vazgeçme düzenlemesinin amacı ile bağdaşmamaktadır<sup>136</sup>. Normatif teorilerin temel olarak eleştirdiği husus, saf psikolojik yaklaşımların tutarlı bir şekilde tatbik edildikleri takdirde vazgeçen faile ayrıcalık tanınmasının amacı ve temel mantığı ile çelişen sonuçlara ulaşılacaktır<sup>137</sup>. Alman Federal Mahkemesi de psikolojik teorilerin, her zaman tatmin edici sonuçlar vermeyeceğine yönelik itirazlara hak vermektedir. Ancak mahkemeye göre, gönüllülük kavramının, saf normatif anlamda anlaşılması mümkün değildir ve bu kavrama başvurulması, psikolojik yaklaşımlara göre farklılaştırma yapılmasını gerekli kılar<sup>138</sup>.

Çalışmada oldukça çeşitli olan normatif teorilerin<sup>139</sup> birkaçını özetlemekle yetinilmiştir. *Bockelmann* tarafından ileri sürülen görüşe göre, gönüllülüğün mevcut olup olmadığının tespiti için vazgeçme davranışı, ahlaki nitelik açısından değerlendirilmelidir<sup>140</sup>. Gönüllülük bakımından vazgeçme saikinin ahlaki açıdan kabul edilebilir olup olmadığına bakmanın konuyla alakasız olduğu ifade

<sup>132</sup> Görüşler için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 552, kn. 240.

<sup>133</sup> SCHROEDER, Friedrich-Christian, "Die normative Auslegung", *Juristen Zeitung*, Sa. 4, 2011, s. 187-194, s. 189.

<sup>134</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 56.

<sup>135</sup> Bu görüşler hakkında bilgi için bkz. NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 56; ayrıca bkz. BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 40.

<sup>136</sup> BABA, *Gönüllülük*, s. 1130.

<sup>137</sup> Görüşler için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 552, kn. 239. Söz gelimi, psikolojik yaklaşımlar kapsamında, "başka bir suçu işlemek için vazgeçme" gibi ahlaki açıdan kabul edilebilir olmayan saiklerde de vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna ulaşılabilir. Bkz. EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 539.

<sup>138</sup> Karar için bkz. BGH, 2 StR 665/87 - 13.1.1988 (LG-SchwG Mainz) (Beck-online, E.T. 8.12.2024). Ayrıca bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 552, kn. 239; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103. Alman öğretisinde son dönemde her iki yaklaşımın güçlü taraflarını psikolojik-normatif bir teoride sentezlemeye yönelik çabalara rastlanmaktadır. Bilgi için bkz. BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 41; BOZBAYINDIR, s. 115-116.

<sup>139</sup> Normatif teoriler hakkında bilgi için ayrıca bkz. KAHRAMAN, Recep, "Gönüllü Vazgeçmenin Sübjektif Unsurunun İçsel ve Dışsal Kararlara Göre Değerlendirilmesi", *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl: 85, Sa. 3, Eylül 2020, s. 157-188, s. 165.

<sup>140</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 552-553, kn. 241; BOZBAYINDIR, s. 108.

edilmiştir<sup>141</sup>. Federal Mahkeme de vazgeçme saikini ahlaki nitelik açısından incelemez<sup>142</sup>.

Alman öğretisinde *Jäger*, failin geri dönme iradesinin tek başına yeterli olmadığını, ek olarak bu iradenin özgür bir şekilde oluşturulması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar, bunun için de vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı bakımından aranacak ölçütlerin, dolaylı faillikte benimsenen ilkelerle benzer şekilde oluşturulabileceği kanaatindedir<sup>143</sup>. Yazara göre, dolaylı faillikte söz konusu olan cebir, kusur yeteneğinin mevcut olmaması, hata gibi sebeplerin olduğu durumlarda vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir<sup>144</sup>.

Başka bir normatif teoriye göre, cezanın amaçları üzerinden konuyu ele almak gerekir. Bu görüş, hukuki durumun eski hâline getirilmesi kapsamında konuyu inceleyerek hukukiliğe geri dönüş yapan fail açısından bir cezaya hükmedilmesinin gereksiz hâle geleceğini ifade etmiştir<sup>145</sup>. Cezanın genel ve özel önleme amaçları kapsamında failin cezalandırılması, hukuka uygun davranma iradesini ortaya koyduğu durumlarda gereksiz olmuştur<sup>146</sup>.

Alman yazar *Roxin*'in suçlu mantığı (*Verbrechervernunft*) teorisine göre, şayet failin vazgeçme yönündeki davranışı, somut suç planının risklerini ve fırsatlarını soğukkanlı bir şekilde ölçüp tartan inatçı bir suçlu için makul görünüyorsa, bu davranış suçlu mantığına uygun düşer ve failin, hukuk düzeninin zeminine tekrardan ayak bastığını kabul etmek mümkün değildir. Yazara göre, bu durumda failin vazgeçmesinin gönüllü olduğunu söylemek mümkün olmaz<sup>147</sup>. *Roxin*, gönüllülük meselesinin psikolojik olarak değil de normatif olarak ele alınması gerektiği kanaatindedir<sup>148</sup>. Yazar, burada öncelikli olarak bir ahlaki

<sup>141</sup> HAAS, Volker, “Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, C. 123, Sa. 2, 2011, s. 226-259, s. 235. Alman öğretisinde *Cornelius*, *Al.CK*'da, vazgeçme saikinin ahlaki olarak kabul edilebilir olup olmadığına bakılmadığını belirterek failin, başka bir yerde suçtan daha yüksek bir yarar elde edebileceği beklentisiyle icra hareketlerini bırakması durumunda da vazgeçmesinin gönüllü olduğunu ileri sürmüştür. Bkz. BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 39.

<sup>142</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 54; BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 39.

<sup>143</sup> JÄGER, Christian, “Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, C. 112, Sa. 4, 2000, s. 783-810, s. 794; ayrıca bkz. BABA, *Gönüllülük*, s. 1133-1134.

<sup>144</sup> JÄGER, *Das Freiwilligkeitsmerkmal*, s. 809-810; ayrıca bkz. BOZBAYINDIR, s. 107.

<sup>145</sup> Görüşler hakkında bilgi için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 553, kn. 242.

<sup>146</sup> Görüşler hakkında bilgi için bkz. BOZBAYINDIR, s. 105; BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 40.

<sup>147</sup> ROXIN, s. 256; ayrıca bkz. KASPAR, s. 213, kn. 142; LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 553, kn. 243; BOZBAYINDIR, s. 109-110; MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 111.

<sup>148</sup> ROXIN, s. 253 vd.; KREY/ESSER, s. 587, kn. 1306; bkz. SCHROEDER, s. 189.



değerlendirme değil, suç politikası yönünden yapılan bir değerlendirme olduğunu savunur<sup>149</sup>. Söz gelimi, fiilin yakında keşfedileceği tehlikesini gören ve bunun üzerine vazgeçen failin bu davranışı, suçlu mantığına uygun olduğu için vazgeçmesinin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir, zira suçlu mesleğinin kurallarına uygun davranan fail, hukuk sistemi tarafından ödüllendirilmeyi hak etmemiştir<sup>150</sup>. Başka bir örnek vermek gerekirse, fail, villaya hırsızlık amacıyla girer, oradaki kasayı kurcaladığı esnada bir anons duyar ve polis ekiplerinin evi kuşattığını öğrenir. Failin hâlen daha eylemini sürdürerek kasadaki eşyaları çantasına koyması mümkün olmakla birlikte eşyalarla beraber oradan kaçması pek olası değildir. Bu durumda, fiilin icrasına devam etmek fail açısından tamamen mantıksız olacağı için vazgeçme davranışı gönüllü değildir<sup>151</sup>. Bu teori, suçlu mantığı yaklaşımının bireysel vakalarda somutlaştırılmasının güç olduğu gerekçe gösterilerek eleştirilmiştir<sup>152</sup>.

*Amelung* da meseleye normatif bakış açısıyla yaklaşmıştır. Yazara göre, hukuki menfaat için somut bir tehlike meydana getiren fail, tehlikeli fiilin icrasından vazgeçtiğinde tehlikeyi tersine çevirmeye yönelik bir faaliyette bulunmuş olur. Teşebbüse başlayan failin ihlal ettiği normun geçerliliği bu şekilde onaylandığında ve vazgeçildiğinde, faile ceza vermeden de ceza hukukunun genel amacına ulaşılabilir<sup>153</sup>. Yazara göre, üzerinde hâkimiyet kurulamayan bedensel veya içsel türde belirleyici etkiler olmaksızın teşebbüsten vazgeçen kimsenin bu vazgeçmesi gönüllüdür<sup>154</sup>.

Netice itibarıyla, normatif teorilerin, farklı formülasyonlara sahip olsalar da nihayetinde failin “hukukiliğe geri dönüş” yapması gerektiğini<sup>155</sup> ortak bir şart olarak aradıklarını söylemek gerekir<sup>156</sup>. Bu teoriler, vazgeçme davranışından yola çıkarak failin “hukukiliğe geri dönüş” yapıp yapmadığını inceler ve genel

<sup>149</sup> ROXIN, s. 257.

<sup>150</sup> ROXIN, s. 256.

<sup>151</sup> EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 538.

<sup>152</sup> Görüşler için bkz. LK StGB/MURMANN StGB § 24, s. 554, kn. 244.

<sup>153</sup> AMELUNG, s. 244.

<sup>154</sup> AMELUNG, s. 244; bu konuda ayrıca bkz. BOZBAYINDIR, s. 107-108.

<sup>155</sup> Hukukiliğe geri dönüş fikriyle alakalı olarak cinsel suçlarla ilgili bir örnek verilebilir. Söz gelimi, öğretide, failin nitelikli cinsel saldırı suçunu işlemek için icraya başladığı esnada heyecan, korku ya da gerginlik duygusundan kaynaklı olarak iktidarsızlık yaşayıp suçun icrasını bıraktığı durumlarda, hukukiliğe geri dönüş yapmadığı için vazgeçmenin gönüllü olmadığı ileri sürülmüştür. Bkz. IŞİKA, s. 199. Ancak fail, vicdan azabı, utanç, pişmanlık gibi duygular sebebiyle içsel olarak bir tersine dönüş hâli içerisine girdiği için iktidarsızlık yaşamışsa, burada vazgeçme gönüllüdür. Bkz. IŞİKA, s. 199-200; benzer TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 301.

<sup>156</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 110.

bir değerlendirme neticesinde failin hukukiliğe geri dönüş yaptığı anlaşılıyorsa, vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul ederler<sup>157</sup>. Fail, norma uymak ile normu ihlal etmek arasındaki çatışmayı, neticede normdan yana bir şekilde vazgeçerek çözüme kavuşturmuş olmalıdır<sup>158</sup>.

*Hoffmann-Holland*, gönüllülük konusunda failin karar verme özgürlüğünün başlangıç noktası olarak alınmasının, Al.CK'nın 24'üncü maddesinin lafzının zorunlu bir sonucu olduğunu, normatif değerlendirmelerin burada olsa olsa tamamlayıcı bir yorum aracı olarak kullanılabileceğini, kesinlikle psikolojik ölçütün ikamesi olarak görülemeyeceğini savunmuştur. Yazara göre, bu konu, kanunun lafzını aşan bir yorum uygulaması ile değil, kanun değişikliği ile çözülebilir<sup>159</sup>. Ayrıca normatif teorilerin yaklaşım tarzına yöneltlen bir diğer eleştiri ise vazgeçmenin bu şekilde sınırlı olarak yorumlanması durumunda mağdurun korunmasının mümkün olmayacağıdır<sup>160</sup>.

### c. Türk Öğretisinin Konuya Yaklaşımı ve Değerlendirmelerimiz

Alman öğretisinde terk edilmesine rağmen, ülkemiz öğretisinde gönüllülüğün tespitinde, hâlen Frank formülü gözetilerek değerlendirmeler yapıldığı görülmektedir<sup>161</sup>. *Sözüer*, Frank formülünü eleştirmiştir. Yazara göre, Frank formülünde geçen “suçu tamamlama imkânına sahip olduğum hâlde bunu istemiyorum” şeklindeki ölçüt kabul edilirse, icranın başında mevcut olmayan, ancak sonradan ortaya çıkan yeni riskler karşısında failin icrayı bıraktığı durumlarda vazgeçmeyi gönüllü saymak gerekecektir. Söz gelimi, mağdura ateş edeceği esnada polis sirenlerini duyduğu için icrayı yarıda bırakan fail, bu ölçüt sayesinde gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanabilecektir<sup>162</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, suçu tamamlama imkânına sahip olan fail, gerekçesi fark etmeksizin icra hareketlerinden vazgeçerse, serbest iradenin varlığı kabul edilmelidir<sup>163</sup>. Ayrıca failin kendi vereceği kararın üzerinde tam bir hâki-

<sup>157</sup> KASPAR, s. 213, kn. 142. Hukukiliğe geri dönüş yapan ve tehlikenin etkisini ortadan kaldırmak suretiyle suç yolundan geriye dönen failin teşebbüsü cezalandırılmaz. Bkz. BOTTKE, Wilfried, **Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB**, Schriften zum Strafrecht: Band 38, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, s. 67.

<sup>158</sup> BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 40.

<sup>159</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 119.

<sup>160</sup> BABA, **Gönüllülük**, s. 1135.

<sup>161</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 377; ÖZBEK/DOĞAN/MERAKLI/BACAĞSIZ/BAŞBÜYÜK, s. 490; AKYÜREK, s. 188; DEMİRBAŞ, s. 514; ERDOĞAN, s. 104; YEĞRİM, **Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu**, s. 193.

<sup>162</sup> SÖZÜER, s. 248.

<sup>163</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 444; SÖZÜER, s. 248.

miyetinin bulunduğu hâllerde gönüllü vazgeçmenin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir<sup>164</sup>. Bu yaklaşımlar, psikolojik teoriler kapsamında mütalaa edilmelidir.

Öğretide bir görüşe göre, vazgeçmenin gönüllü olmasından failin pişmanlık duyarak herhangi bir engel olmadığı hâlde suçu işlemekten vazgeçmesi anlaşılmalıdır<sup>165</sup>. Kanaatimizce gönüllülük için failin pişmanlık duymasını aramaya gerek yoktur<sup>166</sup>. Ayrıca kanunun lafzından, vazgeçmenin ahlaki nedenlerden kaynaklanmasının zorunlu olmadığı da anlaşılmaktadır<sup>167</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, cezalandırılma veya yakalanma korkusu, cesaretsizlik, acıma ya da utanma durumunda vazgeçme gönüllü iken, suç konusunun beklentiye uygun olmaması hâlinde ise gönüllülük yoktur<sup>168</sup>. Söz gelimi, eve salon penceresinin camını sert bir cisimle açarak giren ve hırsızlık suçunu işlemeyi amaçlayan failin, değerli bir şey bulamadığı için evden ayrıldığı bir olayda gönüllü vazgeçme söz konusu değildir<sup>169</sup>. Keza daha fazlasını elde etmeyi amaçlayan failin, daha azını elde ettiği durumlarda da gönüllü vazgeçmeden söz edilemez<sup>170</sup>.

Türk öğretisinde bir görüşe göre, gönüllülüğün belirlenmesi noktasında iç ve dış faktörler ayrımı yapılabilir ve bu ayrım şu şekilde açıklanabilir<sup>171</sup>: İç faktörler, merhamet ve acıma gibi failin iç dünyasından kaynaklanan sebepleri ihtiva eder ve bu sebeplerle vazgeçme, gönüllü niteliktedir. Dış faktörler ise kendi içerisinde maddi ve manevi dış faktörler olarak ikiye ayrılabilir. Söz gelimi, failin, hırsızlık için girdiği villadan köpeğin havlaması sonucu kaçması örneğinde, maddi nitelikte dış faktör söz konusudur ve failin vazgeçmesi, gönüllü değildir. Manevi nitelikte dış faktörlere ise, failin ezan sesinden dolayı dini sebeplerle korkuya kapılması ve olay yerinden ayrılması örnek verilebilir, bu durumda, vazgeçme gönüllü niteliktedir.

Kanaatimizce dış faktörlerin maddi ve manevi olarak ikiye ayrılması yerinde değildir. Ezan sesinin Allah korkusunu uyandırması örneğine bakıldığında,

<sup>164</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443.

<sup>165</sup> ÖZGENÇ, s. 585.

<sup>166</sup> Benzer SÖZÜER, s. 246; İÇEL, s. 542; AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 132; AYDIN, s. 105; benzer SOYASLAN, s. 308; TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 305.

<sup>167</sup> AKYÜREK, s. 188; BABA, **Etkin Pişmanlık**, s. 106; ERDOĞAN, s. 105.

<sup>168</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 377.

<sup>169</sup> Örnek karar için bkz. Yar. 2. CD, E. 2015/12333, K. 2018/4052, 9.4.2018, (Lexpera, E.T. 20.12.2024); benzer yönde bkz. AKBULUT, s. 869-870.

<sup>170</sup> AKBULUT, s. 870; benzer yönde bkz. YEĞRİM, **Türk Ceza Hukukunda**, s. 212.

<sup>171</sup> DEMİRBAŞ, s. 513-514; benzer bir yaklaşım için bkz. İÇEL, s. 542.

esasen burada manevi mahiyette bir dış faktör değil, bir iç faktör söz konusudur. Zira failin icra hareketlerini yarıda bırakmasına sebep olan, ezan sesinin uyanırdığı Allah korkusudur. Burada faili, suç yolunda ilerlemek noktasında harici olarak zorlayıcı bir sebep bulunmadığı için vazgeçme gönüllüdür<sup>172</sup>. Buna karşılık, polisin gelmesi üzerine olay yerinden kaçan fail bakımından harici zorlayıcı sebep söz konusu olduğu için burada vazgeçme gönüllü değildir<sup>173</sup>. Bu sebeple çalışmada, gönüllülüğün belirlenmesi noktasında içsel sebepler (failin iç dünyasından kaynaklanan sebepler) ve harici zorlayıcı sebepler (dış faktörler) şeklinde bir ayırmadan hareket edilmiştir.

Bu yönüyle failin maddi faaliyetini felce uğratmak suretiyle ya failin bizzat şahsı üzerinde ya da kullandığı vasıta üzerinde etki doğuran maddi sebepler<sup>174</sup> bize göre, harici zorlayıcı sebeplerle eşanlamlıdır. Başkası tarafından failin kolunun tutulması, saldırıya uğrayan mağdurun direnmesi ve faile ateş ederek onu yaralaması, fiilini icra ederken failin başkaları tarafından yakalanması ya da fark edilmesi durumları, maddi sebeplere örnek verilebilir, bu durumda vazgeçmenin gönüllü olmadığı aşikârdır<sup>175</sup>. Burada suç yolunda failin ilerlemesini maddi olarak önleyen tesadüfi ya da üçüncü kişilerin davranışları söz konusudur<sup>176</sup>.

Harici etkilerin varlığı hâlinde, vazgeçmenin hiçbir zaman gönüllü olmadığı şeklinde genel geçer bir sonuca ulaşılamaz<sup>177</sup>. Kanaatimizce burada değerlendirme, faile göre yapılmalıdır. Objektif olarak suçun icrası hâlen daha mümkün olsa da fail, sübjektif olarak harici engel karşısında artık suç yolunda ilerlemeyeceğini düşünüyorsa, vazgeçme gönüllü değildir<sup>178</sup>. Bu kapsamda, kararına hâkim olan fail, suç planının icrasının hâlen daha gerçekleştirilebilir olduğunu düşünmesine rağmen, icra hareketlerini yarıda bırakmışsa gönüllülük mevcuttur. Ancak karşılaştığı yeni durum, fail için zorlayıcı bir engel olarak görülüyorsa, vazgeçme gönüllü değildir<sup>179</sup>.

<sup>172</sup> Benzer bir örnek için bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, s. 369-370.

<sup>173</sup> Söz gelimi, Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda, fail, mağdurdan para almak için boğazına bıçak dayar, fakat yoldan geçmekte olan aracın sesini duyunca yakalanmamak için mağduru bırakıp olay yerinden ayrılır. Burada vazgeçmenin gönüllü olmadığı, Yüksek Mahkeme tarafından haklı bir şekilde açıklanmıştır. Bkz. Yar. 6. CD, E. 2013/22942, K. 2015/43399, 8.10.2015, (Yargıtay, E.T. 20.12.2024).

<sup>174</sup> ERRA, s. 705-706.

<sup>175</sup> ERRA, s. 706; benzer BOZBAYINDIR, s. 161.

<sup>176</sup> TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 299-300.

<sup>177</sup> KASPAR, s. 214, kn. 144.

<sup>178</sup> Benzer BOZBAYINDIR, s. 161.

<sup>179</sup> ÖZTÜRK/ERDEM, s. 377.

Kanaatimizce gönüllülüğün tespitinde iki kademeli bir değerlendirmeye ihtiyaç vardır. İlk başta, psikolojik teorilere göre failin vazgeçmesinin gönüllü olup olmadığına bakılır<sup>180</sup>. Daha sonra normatif teorilerin gönüllü vazgeçmenin tatbik sahasını daraltma işlevinden<sup>181</sup> istifade etmek gerekir. Burada normatif teorilerin, kurumun ihdas amacı ile bağdaşmayan vazgeçmeleri, diğer vazgeçmelerden ayırma noktasında, bir filtreleme görevi gördüğü kanaatindeyiz. Söz gelimi, somut olayda psikolojik teorilere göre, failin vazgeçmesi gönüllüdür. Ancak fail, vazgeçme davranışı ile hukuk düzeniyle girdiği çatışmayı bırakın sona erdirmeyi, daha da körüklemiştir, dolayısıyla burada hukukiliğe geri dönüş fikrine taban tabana zıt bir yaklaşımda bulunmuştur. Bu tip durumlarda, failin vazgeçmesi gönüllü değildir<sup>182</sup>. Ancak, normatif teorilerden suçlu mantığı teorisine bilhassa başvurulmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz<sup>183</sup>. Zira çalışmada bahsettiğimiz üzere, suçlu mantığı teorisinde model olarak dikkate alınacak suçlunun belirlenmesi, teorinin somut olaylara tatbiki bakımından güç olabilir. Bize göre, belirli bir normatif teoriyi özel olarak benimsemeye gerek yoktur. Vazgeçmenin gönüllü kabul edilebilmesi için normatif teorilerin ortak bir şart şeklinde “failin hukukiliğe geri dönüş fikrine uygun bir yaklaşımda bulunması- nı” aramaları<sup>184</sup> burada yeterli bir değerlendirme ölçütü ortaya koyar.

*Bozbayındır*, somut olayda hür iradenin mevcut olduğu, ancak gönüllü vazgeçme kurumundan failin yararlandırılmasının hukuk ve adalet duygusuyla bağdaşmayacağı hâllerde bu kurumun *ratio legisinin* dikkate alınması gerektiğini savunmuştur<sup>185</sup>.

*Işıka*, psikolojik ve normatif teorilerin tek başına tatbikinin yeterli olmadığını, zira failin iradesi önem arz ettiği için psikolojik teorilerin hariç tutulama-

<sup>180</sup> Ancak psikolojik teorilerin, failin herhangi bir harici zorlayıcı sebep olmadığı hâlde içsel psikolojik baskı yaşayıp suçun ıcrasına devam edemediği durumlarda da vazgeçmenin gönüllü olmadığı sonucuna ulaşması, bizce yerinde değildir. Bu konuda bilgi için çalışmanın üçüncü bölümüne bakılmalıdır.

<sup>181</sup> BOZBAYINDIR, s. 97.

<sup>182</sup> Bu konu hakkında bilgi için bu çalışmanın üçüncü bölümüne bakılmalıdır.

<sup>183</sup> Türk öğretisinde suçlu mantığı teorisini benimseyen yazarlara rastlanmaktadır. *Sözür*, vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde psikolojik yaklaşımlardan ziyade normatif bir değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindedir. Yazar, bu konuda, Alman yazar *Roxin*'in suçlu mantığı teorisini benimsemiştir. Bkz. SÖZÜER, s. 249. *Tozman* ise, Alman öğreti ve uygulamasında ortaya konulan otonom-heteronom sebep ayırımının vazgeçme davranışının gönüllü olup olmadığının tespitinde kullanılması gerektiği, suçlu mantığı teorisine de yardımcı ölçüt olarak başvurulabileceği kanaatindedir. Bkz. TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 296 ve 299. *Yeğrim* de psikolojik ve normatif teorinin bütünleştirilmesi kanaatindedir. Yazara göre, somut olayda vazgeçmenin gönüllü olup olmadığının tespitinde, Alman Federal Mahkemesi kararlarında belirtilen otonom-heteronom ayırımına ve normatif teorilerden suçlu mantığı yaklaşımına birlikte başvurulmalıdır. Bkz. YEĞRİM, *Türk Ceza Hukukunda*, s. 236.

<sup>184</sup> BOZBAYINDIR, s. 106.

<sup>185</sup> BOZBAYINDIR, s. 162.

yacağını, kurumun ihdas amacı düşünüldüğünde, failin meşru hukuki zemine dönüş yapmış olması gerektiğini, bu sebeple normatif teorilerin de dışlanamayacağını savunmuştur. Yazara göre, somut olaylarda psikolojik ve normatif teorilerin birbirlerini tamamlayıcı olarak tatbik edilmeleri icap eder<sup>186</sup>.

### III. GÖNÜLLÜLÜKLE İLGİLİ BAZI ÖZEL DURUMLAR

#### A. Vazgeçme Saiklerinden Yakalanma veya Cezalandırılma Korkusu

Gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbiki bakımından TCK, vazgeçme saikine önem vermemiştir<sup>187</sup>. Yakalanma veya cezalandırılma korkusu da dâhil olmak üzere, vazgeçme saiki, tek başına 36'ncı maddenin uygulanmasına engel teşkil etmez<sup>188</sup>. Psikolojik teorilere göre önemli olan, vazgeçme saikinin, suç yolundan dönmek konusunda başka bir seçenek bırakmayacak ölçüde faili etkileyip etkilemediğidir<sup>189</sup>. Belirleyici olan, günün sonunda failin dışarıdan gelen etkilere rağmen serbest bir karar verip veremeyeceğidir<sup>190</sup>. Hatta failin fiilinin pek yakında keşfedileceği korkusuyla hareket ettiği durumlarda dahi failin bakış açısına göre, harici şartların, kendisinin çok önemli olduğunu düşündüğü, fiilinin keşfedilme riskini önemli ölçüde artırıp artırmadığı yönünden bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>191</sup>. Fiilinin keşfedilmesi söz konusu olmasına rağmen, failin hâlen daha kendi kararlarının hâkimi olabilmesi mümkündür. Söz gelimi, fail, en başından beri halka açık bir alanda fiili gerçekleştiriyor, davranışların gizliliğini en başından beri umursamıyor ya da kendisi için önemli bir risk artışı gerçekleşmeden, kendisini yakalamaya hazır olan üçüncü kişiler ortaya çıkana kadar hâlen daha bir engelleme olmadan fiilin icrasına devam edebiliyorsa, burada vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna ulaşılabilir<sup>192</sup>.

Fiilinin keşfedilme korkusu, failin hareketleri için büyük ölçüde belirleyici olduğunda vazgeçme gönüllü değildir<sup>193</sup>. Söz gelimi, bir banka soyguncusunun

<sup>186</sup> IŞIKA, s. 187-188.

<sup>187</sup> AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 132; benzer ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 743.

<sup>188</sup> Öğretide harici bir sebep olmadığı hâlde korkuya kapılan, suça devam etmeye yönelik ilgisini kaybeden, olayın seyrinden ötürü yaşadığı can sıkıntısı, keyifsizlik gibi duygularla icra hareketlerini sürdürme hevesi kalmayan failin vazgeçmesinin gönüllü olduğu ileri sürülmüştür. Bkz. HAKERİ, s. 495.

<sup>189</sup> TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 284; NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 54; BABA, *Gönüllülük*, s. 1130.

<sup>190</sup> EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 537.

<sup>191</sup> KREY/ESSER, s. 585, kn. 1302.

<sup>192</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 107. Federal Mahkemeye göre, failin fiilinin gizliliğini en başından beri önemsemediği durumlar bakımından fiilin keşfedilmesi, tek başına, vazgeçmenin gönüllü olmasını engellemez. Bkz. BGH, 3 StR 470/06 - 8.2.2007 (LG Wuppertal) (Beck-online, E.T. 10.12.2024).

<sup>193</sup> KREY/ESSER, s. 586, kn. 1303.

planını başarılı bir şekilde icra etme imkânı, bankada görevli memur ortaya çıkana kadar bir süre hareketsiz olarak ve maskeli şekilde kalması durumunda önemli ölçüde azalacağı için bu durumda vazgeçmesi gönüllü değildir<sup>194</sup>. Esasen normatif teorilerin çoğu zaman, psikolojik teorilerle aynı sonuçlara ulaştığı şeklindeki görüşlere<sup>195</sup> bu örnekler bakımından hak vermek gerekir. *Kaspar*'a göre, suçun ortaya çıkması tehlikesini yüksek gören failin vazgeçtiği durumlarda, bu vazgeçme hem suçlu mantığına uygun olduğu için normatif teoriye göre hem de hür iradeye dayanmadığı için psikolojik teoriye göre kanunun aradığı şekilde bir vazgeçme sayılamaz, dolayısıyla bu durumda her iki görüş aynı sonuçlara ulaşmaktadır<sup>196</sup>. Kaldı ki, suçlu mantığı teorisini ileri süren *Roxin* de fiilin keşfedileceğini ve dolayısıyla suç planının başarısız olacağını gören failin vazgeçmesi durumunda, gönüllü vazgeçmenin söz konusu olmadığını belirtmiştir<sup>197</sup>.

Başka bir görüşe göre, failin fiilin keşfedileceği korkusu ile hareket ettiği hâllerde psikolojik yaklaşımlar yerine, normatif yaklaşımlardan suçlu mantığı teorisine başvurulmalıdır. Keşfedilme korkusundan dolayı vazgeçen failin bu davranışı, suçlu mantığına uygunsa, vazgeçme gönüllü değildir. Buna karşılık, fiilin icrasına problemsiz bir şekilde devam etmek hâlen daha mümkün olduğu için vazgeçme, titiz bir şekilde düşünen bir suçlunun bakış açısıyla mantıksız bir davranışsa, gönüllü vazgeçmenin şartları gerçekleşmiştir<sup>198</sup>.

Federal Mahkemeye göre, fail, fiilin icrasına devam etmesi durumunda ihbar edileceğinden ya da yakalanacağından eminse, vazgeçme gönüllü değildir<sup>199</sup>. Aynı karara konu olan olayda, fail, mağdura gönderdiği iki adet mektupta, kendisine bir miktar para göndermesini, aksi takdirde kızlarından birine bir şey olacağını yazmıştır. Akabinde planlanan teslim gününden önce fail, ciddi bir endişeye kapılır ve mağdurun, polise haber verdiğine inanır. Parayı fark edilmeden ve polis tarafından derhâl yakalanmadan almanın bir yolunu göremediği için planının faydasız olduğuna inanır ve kararlaştırılan teslim yerinde ortaya çıkmaz. Yüksek Mahkeme, bahsi geçen kriterini uygulayarak burada failin zorlayıcı engellerle karşılaştığı için suç yolundan döndüğünü ve vazgeçmesinin gönüllü olmadığını kabul etmiştir<sup>200</sup>.

<sup>194</sup> BGH, 1 StR 484/92 - 1.9.1992 (LG München I) (Beck-online, E.T. 9.12.2024). Karar hakkında ayrıca bkz. MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 107.

<sup>195</sup> BOZBAYINDIR, s. 97; TOZMAN, *Suçta Teşebbüs*, s. 299.

<sup>196</sup> Bkz. KASPAR, s. 214, kn. 146.

<sup>197</sup> ROXIN, s. 254.

<sup>198</sup> EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 538.

<sup>199</sup> BGH, 4 StR 532/92 - 17.12.1992 (LG Bielefeld) (Beck-online, E.T. 9.12.2024).

<sup>200</sup> BGH, 4 StR 532/92 - 17.12.1992 (LG Bielefeld).

Alman öğretisinde failin, suçun işlenmesiyle alakalı öngörülemeyen zorluklarla veyahut fiilin keşfedilmesi riskiyle karşı karşıya kaldığı ve bunun sonucunda kendi iradesinden bağımsız saiklerle zorlandığı durumlarda vazgeçmenin gönüllü olmadığı ifade edilmiştir<sup>201</sup>. Buna karşılık eyleme başladıktan sonra suç planının tatbikiyle ilgili değişen şartlarla karşılaşmasına rağmen, temelde bu planı amaçladığı şekilde gerçekleştirebileceğini düşünüyor, ancak mağdura acıma, pişmanlık, utanç veya diğer içsel sebeplerle fiiline devam etmiyorsa, gönüllü vazgeçme söz konusudur<sup>202</sup>. Keza failin değerlendirmesine göre, son icra hareketinin gerçekleştirilmesinden bu yana, keşfedilme riski büyük ölçüde aynı kalmışsa, gönüllülüğün varlığı kabul edilebilir<sup>203</sup>.

Failin cezalandırılma korkusu, vazgeçmeden başka bir seçenek bırakmayacak şekilde şartların fail aleyhine değişmesinden kaynaklanmadığı müddetçe vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenebilir<sup>204</sup>. Sonuç olarak, polisin olay yerine gelmesi gibi harici zorlayıcı şartlar karşısında failin vazgeçmesi, yakalanma veya cezalandırılma saikinin, diğer saiklere nazaran ağır basmasından kaynaklandığında vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir<sup>205</sup>. Vazgeçmenin gönüllü olup olmadığı hususu şüpheli ise, bu durumun failin lehine olarak çözülmesi gerekir<sup>206</sup>. Burada şüphe kuralına göre, gönüllülüğün var olduğu kabul edilmelidir<sup>207</sup>.

## B. Failin Suç Yolunda İlerlemesini Engelleyen Harici Zorlayıcı Şartlar Olmadığı Hâlde Ortaya Çıkan İçsel Psikolojik Baskılar

Psikolojik teoriler, içsel ya da harici nitelikte zorlayıcı bir sebep olmadığı hâlde, hür bir şekilde aldığı karar neticesinde icrayı bırakan failin bu vazgeçmesini gönüllü kabul eder<sup>208</sup>. Yani, harici zorlayıcı sebeplerden kaynaklanmayan

<sup>201</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 118. *Engländer*, icra hareketleri esnasında üstesinden gelinmesi için daha fazla çaba gerektiren, daha fazla zaman, ek kaynaklar kullanımı gibi yeni zorluklarla karşılaşan failin, önceki tercihleri göz önüne alınarak fiilin icrasına devam etmesinin yine de rasyonel bir hareket olacağı sonucuna ulaşılabilirse, vazgeçmenin gönüllü olduğu fikrindedir. Bkz. NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 61.

<sup>202</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 119.

<sup>203</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 60.

<sup>204</sup> KREY/ESSER, s. 585, kn. 1302.

<sup>205</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 107.

<sup>206</sup> BGH, 4 StR 549/07 - 29.11.2007 (LG Lübeck) (Beck-online, E.T. 10.12.2024). Aynı yönde bkz. LACKNER/KÜHL/HEGER/HEGER StGB § 24, kn. 16; benzer YEĞRİM, *Türk Ceza Hukukunda*, s. 201.

<sup>207</sup> BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24, kn. 40.

<sup>208</sup> KASPAR, s. 213-214, kn. 144; benzer EISELE/HEINRICH, s. 199, kn. 537; benzer BRINGEWAT, s. 269, kn. 559.



işsel psikolojik baskılar da somut olaya göre, vazgeçmenin gönüllü olmasını engelleyebilir<sup>209</sup>. Her psikolojik baskının değil de failin suçun icrasına devam etmesini imkânsız kılan yoğunluğa ulaşan psikolojik baskıların önem taşıdığını belirtmek gerekir<sup>210</sup>. Psikolojik baskının gücü, failin özgür iradesiyle hareket etme imkânını tamamen ortadan kaldırıyorsa, vazgeçme gönüllü değildir<sup>211</sup>. Bunun için işsel baskının, aşırı korku ya da psikolojik olarak felce uğrama şeklinde tezahür etmesi, yani dayanılmaz olması icap eder<sup>212</sup>.

Federal Mahkemenin istikrar kazanan içtihatlarına göre fail, hâlen daha eyleminin başarıyla icra edilebileceğini düşünmesine rağmen, aşırı korku, psikolojik olarak önemli ölçüde şoka uğrama gibi sebeplerle, kendini suçun unsurlarını gerçekleştirmeye yönelik diğer hareketleri yapma konusunda muktedir görmüyorsa, vazgeçmesi gönüllü değildir<sup>213</sup>. Nitekim bir kararda, failin yaşadığı işsel psikolojik baskının şiddetinden yola çıkılarak harici zorlayıcı bir sebep olmadığı hâlde vazgeçmenin gönüllü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Karara konu olayda, **A**, üvey babasını öldürmek için kaldığı yere gitmeyi amaçlar. Suç ortağı olarak **S**'yi ayarlar, **S**'nin bu işten menfaati, üvey babanın parası ve aracısıdır. İkili, **A**'nın üvey babası ve üvey annesinin kaldıkları yere gizlice girerler, ancak çıkan gürültüden o esnada uyumakta olan üvey anne uyanır. **S**, üvey annenin ağzını yastıkla kapayıp kafasına çekiçle vurur, **A** da ona bu esnada yardımcı olur ve üvey anne ölür. **A**, hâlen daha üvey babasını öldürmek istese de üvey annesinin ölümünden psikolojik olarak o kadar etkilenir ki neticede üvey babasını öldürmeden olay yerinden ayrılır<sup>214</sup>.

Kanaatimizce psikolojik teorilerin bu yaklaşımı her zaman doğru sonuçlar ortaya koymaz. Söz gelimi, rüyasında sık sık polis tarafından yakalandığını gören failin, suçun icra hareketleri esnasında polis sirenleri duyduğu zannıyla korkarak olay yerini terk etmesi, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasına engel değildir<sup>215</sup>. Bu örnekte failin yakalanacağı korkusu, yalnızca iç dünyasında cereyan eden durumlardan kaynaklanmıştır. Fail, harici zorlayıcı bir engel sebebiyle icrayı yarıda bırakmamıştır. Bu bakımdan failin korkusunun, dış

<sup>209</sup> IŞIKA, s. 179.

<sup>210</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 62.

<sup>211</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 103.

<sup>212</sup> NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 62.

<sup>213</sup> MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 107.

<sup>214</sup> BGH, 1 StR 418/97 - 7.10.1997 (LG Heilbronn) (Beck-online, E.T. 11.12.2024).

<sup>215</sup> Benzer bir örnek ve aynı yönde ulaşılan sonuç için bkz. AKSOY İPEKÇİOĞLU, s. 132.

dünyada bir karşılığa sahip olup olmadığı belirleyici olacaktır. Zira hukuk sistemi, insan doğasının en derin anlamlarını araştırmakla mükellef olmadığı gibi failden mahkeme huzurunda iç dünyasının bütün detaylarını açıklaması da beklenemez<sup>216</sup>. Bu yönüyle, harici zorlayıcı bir sebep olmadığı hâlde failin içsel olarak birtakım korkular yaşayıp icrayı yarıda bıraktığı hâllerde, vazgeçmenin gönüllü olduğunu kabul etmek icap eder<sup>217</sup>. Kaldı ki, dışarıya yansıyan herhangi bir durum olmamasına rağmen, failin psikolojik olarak şok hâlinde olduğu için icra hareketlerini sürdürmediği şeklindeki bir hususun ispatı çoğu zaman mümkün olmayacaktır. Öğretide haklı bir şekilde psikolojik teori kapsamında, görünüşte açık bir şekilde belirlenen ayırım ölçütlerinin, uygulamada katı bir şekilde tatbikinin mümkün olmadığı, zira failin psikolojik saik durumunun belirlenemeyeceği ifade edilmiştir<sup>218</sup>.

Alman öğretisinde *Roxin*, benzer bir örnek vererek hırsızlık suçunun icrasına başlayan failin, somut bir sebep olmadığı hâlde aniden yoğun bir korkuya kapılarak olay yerini terk ettiği durumda, kendi mesleğinin ölçütlerine göre makul olmayan bir davranışta bulunduğunu, bu sebeple hukuk sistemi tarafından ödüllendirilmeyi hak ettiğini ifade etmiştir. Yazara göre, burada vazgeçme gönüllüdür<sup>219</sup>.

Alman öğretisinde haklı bir şekilde ifade edildiği üzere, suçun tamamlanmasına kadar olan aşamada failin, suçun icrasını devam ettirme noktasındaki fiziksel yetersizlikleri, içsel bir tersine dönme hâlinde, yani bir tercih değişikliğinden kaynaklanıyorsa, failin bu kurumdan faydalandırılmaması, haklı gösterilebilir bir durum değildir. Bu görüş, Federal Mahkemenin, bilhassa failin dayanılmaz psikolojik baskı yaşadığı hâllerde, genel olarak gönüllülüğün varlığını reddeden kararlarını da eleştirmektedir. Aynı yazara göre, fail, kendi eylemlerinden dolayı dehşete düşerek suçu tamamlamasını imkânsız hâle getiren bir şok hâline girdiğinde, Federal Mahkemenin içtihatlarının aksine, vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna ulaşmak gerekir<sup>220</sup>.

Federal Mahkemenin başka bir kararına konu olan olayda, fail, gerekirse kullanmak için yanına aldığı elektroşok cihazı ve biber gazıyla bir kuyumcuya girer, gözlenmeden değerli takıları almasının mümkün olmadığını anlayınca

<sup>216</sup> Görüş hakkında bilgi için bkz. *ERRA*, s. 683.

<sup>217</sup> Benzer *TOZMAN*, *Suçta Teşebbüs*, s. 300. Türk öğretisinde benzer bir görüşe göre, harici bir etki olmadığı hâlde tamamen failin iç dünyasında ortaya çıkan söz gelimi, yakalanma ve cezalandırılma korkusu gibi duygular sebebiyle icrayı bıraktığı hâllerde, vazgeçme gönüllüdür. Bkz. *PARLAR/ÖZTÜRK*, s. 535.

<sup>218</sup> *BeckOK StGB/CORNELIUS StGB* § 24, kn. 39.

<sup>219</sup> *ROXIN*, s. 256; ayrıca bkz. *BOZBAYINDIR*, s. 110.

<sup>220</sup> *NK-StGB/ENGLÄNDER StGB* § 24, kn. 62.

kuyumcu üzerinde elektroşok cihazını tatbik eder. Ancak, aleti kullanmayı çok fazla bilmediği için kendine de biraz elektrik verir, bu esnada kuyumcu paniğe kapılır ve çığlık atar. Fail, durumun kontrolünü kaybeder, kendine de elektrik verdiği için eline kramp girmiştir, rastgele bir şekilde elektroşok cihazını tatbik etmeyi sürdürür. Cihazı nasıl kapatacağını bilmediği gibi kuyumcunun çığlıkları sonucu iyice paniğe kapılır, sağlıklı bir şekilde düşünemez, değerli takıları alma imkânı olduğu hâlde dükkândan ayrılır. Federal Mahkemeye göre, harici şartların suçun tamamlanmasını engellemediği bu gibi hâllerde, failin icra hareketlerine devam etmemesi, iradesinden bağımsız şartların bunu imkânsız hâle getirmesiyle alakalı ise vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir. Şoka uğrama gibi dayanılmaz içsel baskılar, failin suçu işlemesini engellediğinde böyle bir durum söz konusudur. Failin, suç planının tatbikini hâlen daha mümkün görüp görmediği ve hâlen kendi kararlarının hâkimi olarak kalıp kalmadığı, burada değerlendirmede belirleyicidir. Failin mağazadan kaçarken mücevher almaması, yaşadığı panik hâlden ötürü sağlıklı düşünememesinden kaynaklanmış, neticede kendi kararlarının hâkimi olarak kalamamıştır. Bu sebeple, olayda, vazgeçmenin gönüllü olmadığı sonucuna ulaşılmıştır<sup>221</sup>.

Kanaatimizce vazgeçmenin gönüllü olmadığı şeklindeki sonuç yerinde olmakla birlikte gerekçeler için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Burada failin panik hâlinin, yani içsel baskının ortaya çıkması, tamamen harici zorlayıcı şartlardan kaynaklanmıştır. Esasen failin panik hâline kapılması, harici dünyadaki birtakım şartlara verdiği reaksiyon ile alakalıdır. Federal Mahkemenin, somut olayda, harici zorlayıcı şartlar bulunmadığını belirterek meseleyi sadece içsel baskı perspektifinden tartışmasına katılmamız mümkün değildir.

Devriye gezen polis ekiplerinin geldiğini fark eden failin, hırsızlık yapmak için girdiği işyerini, yakalanacağı korkusuyla terk etmesi durumunda ise gönüllü vazgeçme değil, teşebbüs söz konusudur. Zira bu hâlde, failin korkularının dış dünyada somut bir karşılığı mevcuttur. Esasen, bu örnekte, failin icra hareketlerine son vermesi, harici sebep dolayısıyla iradesinin etkilenmesinden ileri gelmektedir. Keza kolluk tarafından takip edilen failin, yakalanacağını düşünerek çaldığı malları bırakması durumunda, gönüllü vazgeçme yoktur<sup>222</sup>.

<sup>221</sup> “BGH, 3 StR 89/15 - 28.5.2015 (LG Düsseldorf)”, aktaran JÄGER, Christian, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.5.2015 - 3 StR 89/15 - (Schockschwerenot!), JA, 2016, kn. 232-233. Jäger, failin iradesinden bağımsız şartların icra hareketlerine devam etmesini imkânsız hâle getirdiği durumlarda başarısız teşebbüsün tartışılması gerektiğini belirterek Federal Mahkemenin bu tespitlerini eleştirmiştir. Bkz. JÄGER, Anmerkung zum Urteil, kn. 233-234.

<sup>222</sup> Yar. 2. CD, E. 2012/25717, K. 2013/22784, 7.10.2013, (Yargıtay, E.T. 19.12.2024).

### C. Failin Hukukiliğe Geri Dönüş Fikrine Taban Tabana Zıt Yaklaşımında Bulunduğu Hâller

Faili suç yolunda ilerlemekten alıkoyan harici engeller bulunmadığı hâlde, bazen failin suçun icrasına devam etmemesi, hukukiliğe geri dönüş fikrine taban tabana zıt bir yaklaşımın ürünü olabilir. Yargıtay'ın bir kararına konu olan olayda, nitelikli cinsel saldırı eylemini gerçekleştirmek için icra hareketlerine başlayan fail, mağdurun ellerini bağlayıp, elbiselerini çıkarmış, cinsel organını sokmak için girişimde bulunmuştur. O esnada, mağdura “*Benimle evlenmeyi kabul edersen seni bırakırım, kabul etmezsen benden kurtulamazsın*” demiştir. Mağdur da bu teklifi sözde kabul etmiş, fail de nitelikli cinsel saldırıya devam etmemiştir. Yargıtay, bu olayda, failin harici bir sebep olmaksızın suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçtiğini kabul etmiştir<sup>223</sup>.

Evlenmeye razı olması durumunda mağduru bırakacağını söyleyen failin bu davranışı, cinsel dokunulmazlığa karşı tehdit mahiyetindedir. Nitelikli cinsel saldırıya yönelik icra hareketlerine başlayan fail, mağdura karşı tehdit niteliğindeki bu sözleri söylemiş ve mağdurun buna karşı verdiği reaksiyona göre, nitelikli cinsel saldırı fiilini yarıda bırakmıştır. Nitelikli cinsel saldırı suçuyla karşı karşıya kalan mağdur ise iradesi baskı altında olduğundan faille evlenmeyi kabul etmiştir<sup>224</sup>.

Psikolojik teorilerin, bu tip olaylarda tatmin edici sonuçlar vermesi mümkün değildir. Zira fail, suçun icrasına devam etme imkânına sahiptir. Mağdurun tehdide karşı gösterdiği reaksiyona göre, özgür iradesiyle bir seçim yapabilir. Ancak vazgeçmeyi gönüllü kabul etmek, gönüllü vazgeçme kurumunun ihdas amacı ile taban tabana zıt bir sonucu benimsemek anlamına gelecektir<sup>225</sup>.

Yine sorgulanması gereken bir başka husus, vazgeçmede gönüllülük meselesinin, “failin iradesi, suç üzerindeki hâkimiyeti, icraya devam etme imkânı” gibi ifadelerle açıklanmasının her zaman mümkün olup olmadığıdır. Alman

<sup>223</sup> Yar. 14. CD, E. 2015/2166, K. 2015/6021, 4.5.2015, (Yargıtay, E.T. 19.12.2024).

<sup>224</sup> Federal Mahkemenin bir kararına konu olan benzer bir olayda, cinsel suçun icrasına başlayan fail, mağdurun onu oyalamak için gönüllü bir şekilde ilişkiye razı olduğunu belirtmesi üzerine, fiilini bu şekilde kolay bir şekilde gerçekleştirebileceğini düşünüp suçun icrasından vazgeçmiştir. Federal Mahkemeye göre, failin vazgeçmesini sağlayan etki, mağdurdan kaynaklansa bile neticede fail, kendi kararını verdiği için vazgeçmesi gönüllüdür. Bkz. BGH, 4 StR 16/55 - 14.4.1955 (LG Hagen) (Beck-online, E.T. 10.12.2024). Karar hakkında bkz. MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24, kn. 108.

<sup>225</sup> Öğretide benzer bir örnek açısından *Işık*, bu tip durumlarda failin amacına ulaşmak noktasındaki düşüncesini korumaya devam ettiğini, normatif teoriler bakımından konu değerlendirildiğinde, hukuki zemine dönüş yapılmadığı için vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. IŞİKA, s. 196.

öğretisinde *Roxin* de hür irade şartının, sadece suçun işlenmesi imkânının devam etmesi şeklindeki psikolojik ölçütlerle açıklanmasının isabetsiz olduğunu haklı bir şekilde ifade etmiştir<sup>226</sup>.

Gönüllü vazgeçmenin varlık amacını açıklayan teorilerden biri olan altın köprü teorisine göre, failin yoluna altın köprüler inşa edilerek suç yolundan dönmesi için bir teşvik sağlanmaktadır. Ancak, failin vazgeçme davranışı, somut olayda olduğu gibi ilk suçun icrası esnasında işlediği başka bir suça karşı mağdurun verdiği reaksiyona göre şekilleniyorsa, burada vazgeçmeyi gönüllü kabul etmek mümkün olmaz. Zira, altın köprüler, faile yeni suçlar işlemesi için değil, suç yolundan dönmesi için inşa edilmektedir.

Yine yakın tarihli bir Yargıtay kararına konu olan olayda, fail, bir anda mağdura sarılıp yanağından öpmüş, buna sinirlenen mağdurun, tam kalkacağı esnada onu kucağına oturtmuş, direnmesi üzerine saçlarından tutup yere düşürmüş ve ona arkadan sarılmış, kendi pantolonunu çıkarıp mağdurun da eteğini çıkarmaya çalışmış, mağdurun bağırarak evden çıkmak için giriş kapısına gitmesi üzerine arkasından gelerek mağduru tekme atmak suretiyle evden atmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, fail, burada nitelikli cinsel saldırının icrasından gönüllü olarak vazgeçmiştir<sup>227</sup>. Mağdurun direnmesi sebebiyle suçu işleyemeyen failin tekme atarak mağduru evden atması şeklinde gelişen bir olayda, vazgeçmenin gönüllü olduğu ileri sürüldüğünde şu soruyu sormak gerekir: Suç yolundan suç işleyerek dönülebilir mi? Retorik olduğu için cevaplanmasına ihtiyaç bulunmayan bu sorunun, vazgeçmenin gönüllülüğü safhasında her olay bakımından dikkate alınması gerekir. Neticede fail, bu tip olaylarda hukuk düzeni ile çatışmasını, normdan yana bir tavır takınmak suretiyle çözmediği ve hukukiliğe geri dönüş fikrine taban tabana zıt bir yaklaşımda bulunduğu için vazgeçmesi gönüllü değildir<sup>228</sup>.

<sup>226</sup> ROXIN, s. 254.

<sup>227</sup> Yar. 9. CD, E. 2021/7459, K. 2024/2913, 1.4.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>228</sup> Başka bir örnek vermek gerekirse, mağdur, kendisini öldürmek için tutulan kiralık katile, azmettirenlerin verdiğiinden daha fazla para teklif etmiş, neticede kiralık katil de bu teklifi kabul ederek suçun icrasından vazgeçmiştir. Örnek için bkz. HAKERİ, s. 497. Dikkat edilirse bu örnekte de esasen, suçun icra hareketlerine devam edip etmemek noktasında failin tam bir hâkimiyeti bulunmaktadır. Fail, mağdur tarafından kendisine iletilen ve hukuk düzeni tarafından korunmayan bir çıkar teklifini kabul edip eyleme devam etmeye ya da teklifi kabul etmeyip eyleme devam etme şeklinde iki seçeneğe sahiptir. Bu seçenekler üzerinde özgür iradesiyle bir tercih yapabile imkânı da vardır. Neticede psikolojik teorilere göre, bu örnekte gönüllülük şartı sağlanmıştır. Ancak gönüllülük meselesinin sadece psikolojik teorilerle ele alınması, kurumun ihdas amacına aykırı sonuçlara ulaşılmasına sebep olur. Kanaatimizce, failin hukukiliğe geri dönüş fikrine taban tabana zıt bir yaklaşımda bulunduğu bu gibi hâllerde, vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul etmek gerekir. Öğretide *Hakeri* de failin, bu örnekte gönüllü vazgeçme kurumundan faydalanmasının, bu kurumun arkasında yatan amaca ve altın köprü teorisinin yaklaşımına aykırı olacağını savun-

CGK, uyuşturucu madde ticareti suçunun icra hareketleri kapsamında sanıkların, suça konu maddenin bekledikleri kalitede olmaması ve bu sebeple fiyatını yüksek bulmalarından ötürü uyuşturucu maddeyi satın almadıkları olayda vazgeçmenin gönüllü olduğu sonucuna ulaşmıştır<sup>229</sup>. Yüksek Mahkemeye göre, görevlilerce yapılan bir baskın veya başkaca harici engel bir sebep olmaksızın, eyleme devam etme imkânına sahip olan sanıklar, suçun icra hareketlerinden kendi otonom iradeleri ile vazgeçmiştir. Belirtelim ki, burada vazgeçmeyi gönüllü kabul etmek, kurumun ihdas amacıyla bağdaşmayan bir sonuçtur<sup>230</sup>.

#### D. Failin Suçu Daha Sonra Tamamlamak İçin Vazgeçmesi

Failin aynı suçu, aynı kişiye karşı, ancak başka zamanda işlemek için vazgeçmesi durumunda nasıl bir değerlendirme yapılması gerektiği ele alınmalıdır<sup>231</sup>. Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, eski sevgilisi A'yı ve A'nın yeni sevgilisi B'yi öldürmek isteyen fail, ikisini de bir yerde beklemeye başlamıştır. İlk olarak, B ortaya çıktığı için bıçak darbeleri ile onu öldürmek için bıçaklamıştır. Ancak fail, bu yaralanmanın, B'nin ölümü için yeterli olmadığını bildiği bir anda bu eylemi, birden A orada belirdiği ve kaçmak üzere olduğu için yarıda bırakmış ve A'ya yönelmiştir. Fail, daha sonrasında yerde yaralı vaziyette bulunan B'yi öldürmeyi istemektedir. Ancak polisin intikal etmesi üzerine B'yi öldüremez<sup>232</sup>. Federal Mahkeme, failin A'yı öldürmek için en azından geçici de olsa B'yi bırakması bakımından otonom bir sebeple hareket ettiğine karar vermiştir<sup>233</sup>.

maktadır. Bkz. HAKERİ, s. 497. Başka bir görüş, mağdurun korunması prensibinden hareket etmiş, kanunda vazgeçme saikine önem verilmediğini belirterek bu örnek bakımından vazgeçmenin gönüllü olduğunun kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. ERDOĞAN, s. 107.

<sup>229</sup> CGK, E. 2014/183, K. 2015/62, 24.3.2015, (Yargıtay, E.T. 24.12.2024); karar hakkında ayrıca bkz. AKBULUT, s. 870.

<sup>230</sup> Karardaki tespitlerin, gönüllü vazgeçme normunun amacıyla bağdaşmadığı hakkında bkz. BOZBAYINDIR, s. 162; benzer IŞIKA, s. 203-204.

<sup>231</sup> BABA, *Gönüllülük*, s. 1145.

<sup>232</sup> "BGHSt 35, 184", karar için bkz. EISELE/HEINRICH, s. 199-200, kn. 539.

<sup>233</sup> "BGHSt 35, 184", karar için bkz. EISELE/HEINRICH, s. 199-200, kn. 539. Keza 2004 tarihli bir kararda, fail, ayrı yaşadığı eşi D'nin kapısını çalar, içeride misafir olarak E vardır, kapıyı açmaması üzerine fail, ikisine ölüm tehditlerinde bulunur. Akabinde içeri zorla girdiğinde, misafir E ile karşılaşması üzerine ona yumruk atar, sonra mutfaktan keskin bir bıçak alarak bununla D'ye yönelir. Bunun üzerine D, yardım için bağırınca E tekrar orada belirir. Daha sonrasında fail, E'yi kalp bölgesinden üç kere bıçaklar, ancak E'nin yaraları ölümcül değildir. Bu arada fail, D'nin kaçabileceğinden endişe ederek tekrar ona yönelir. Yüksek Mahkemeye göre, failin eylemine devam etmesi mümkündür ve fail de bunu bilmesine rağmen, E'yi bırakmıştır. Bu sebeple E'nin bırakılması bakımından vazgeçmesi gönüllüdür. Bkz. BGH, 2 StR 149/04 - 29.9.2004 (LG Köln) (Beck-online, E.T. 12.12.2024).

Öğretide bir görüşe göre, ikinci suçun icrasına öncelik veren fail, ilk suçun icrasını bırakmış, tercihlerini değiştirmiş, neticede hür iradeyle hareket etmiştir. Bu tercih değişikliği, şartların failin aleyhine olarak değişmesinden kaynaklanmış olabilir, söz gelimi, fail, ilk başta her iki suçu da aynı anda işleyebileceğini düşünmüş, sonrasında ise yalnızca birinin icrasından vazgeçmesi durumunda, diğerini işleyebileceğini fark etmiştir. Burada tercihlerini belirleyen failin kendisidir, vazgeçme kararı otonom bir şekilde verilmiştir, vazgeçme saikinin kabul edilebilir olmaması, gönüllülük şartını engellemez. Failin, teşebbüse başladığı ikinci suç ise cezalandırılabilir durumdadır<sup>234</sup>. Kanaatimizce failin, yeni bir suçun icrasına öncelik vererek ilk suçun icrasını bıraktığı durumlarda da vazgeçmesi gönüllü değildir. Burada vazgeçmeyi gönüllü kabul etmek, kurumun varlık amacı ile bağdaşmaz.

Failin suçu daha sonra tamamlamak için olay yerinden ayrıldığı hâllerde, kural olarak gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz<sup>235</sup>. Zira vazgeçme, kesin olmalıdır<sup>236</sup>. Alman öğretisinde de eski tarihli bir eserde, failin suç planından kesin olarak vazgeçmesi gerektiği, ancak bu durumda cezalandırılmamayı hak etmiş olacağı<sup>237</sup> son derece isabetli bir şekilde belirtilmiştir. Söz gelimi, failin bir dükkâna girerek çeşitli malları almaya yöneldiği esnada içeride çalışanlar bulunduğunu göremek eylemini, dükkânın boş olduğu bir zamanda geri gelerek tamamlamak üzere yarıda bırakması durumunda, gönüllü vazgeçme hükümlerine gidilemez<sup>238</sup>.

Öğretide katılmadığımız bir görüşe göre, kanunda vazgeçmenin nihai olmasına yönelik bir şart aranmadığı göz önüne alınırsa, gelecekte daha iyi bir fırsat yakalamak

<sup>234</sup> Bu konuda bkz. NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24, kn. 64.

<sup>235</sup> Benzer DEMİRBAŞ, s. 514; Daha uygun şartlarda icraya yeniden başlamak amacıyla şimdilik suçun icrasını bırakma da gönüllü kabul edilemez. Bkz. İÇEL, s. 544. Yargıtay'ın bir kararına göre, bir işyerine giren ve mağduru bıçakla tehdit ederek elektrik dökme işiyle alakalı kabloları götüreceğini söyleyen fail, mağdurun gece gelip kabloları götürebileceğini söylemesi üzerine bunu kabul edip mağduru bir kez daha öldürmekle tehdit etmiş ve tanıgın oraya gelmesi üzerine olay yerinden ayrılmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, burada gönüllü vazgeçmeden söz etmek mümkün değildir. Bkz. Yar. 6. CD, E. 2012/29303, K. 2015/40271, 4.5.2015, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>236</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 441. *Hakeri*, vazgeçmenin kesin olması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre fail, icra hareketlerini geçici veya çok kısa bir süre için yarıda bırakıyor ve bundan çok kısa bir süre sonra icra hareketlerini kaldığı yerden sürdürmek istiyorsa, gönüllü vazgeçmenin şartları oluşmamıştır. Keza fail, yalnızca suç işleme şeklini değiştirmişse, icra hareketlerini bırakması gibi bir durum mevzubahis değildir. Bkz. HAKERİ, s. 491; AKBULUT, s. 857. Suçların nitelikli hâlinde kısmi vazgeçmenin mümkün olduğu, söz gelimi, yağma suçunu silahla işlemeye yönelik icra hareketlerine başlayan failin, sonrasında harici bir engel olmadan silah kullanmaktan (TCK m.149/1) vazgeçip cebir veya tehdide başvurması hâlinde suçun nitelikli şeklinden değil, temel şeklinden sorumlu olması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir. Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 443; AKBULUT, s. 857-858.

<sup>237</sup> WELZEL, s. 198.

<sup>238</sup> Benzer bir örnek için bkz. HAKERİ, s. 491.

için vazgeçilmesi durumunda da gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilmelidir<sup>239</sup>. Yine benzer bir görüşe göre, failin saiki önem arz etmediği için herhangi bir sebeple icradan vazgeçmiş olması yeterli kabul edilmelidir. Aynı yazara göre, hırsızlık amacıyla girdiği evde çalınacak bir şey olmadığını anlayan veyahut evdeki değerli eşyaları daha sonra uygun bir zamanda ya da başka kişilerin yardımıyla çalmayı amaçlayan kimselerin vazgeçmesi de 36'ncı maddenin tatbikini gerektirir<sup>240</sup>.

Vazgeçmenin kesin olmasıyla ilgili olarak suç işleme kararını bırakmanın mevcudiyeti aranmalı, bu kapsamda suçun işlenmesinde kısa süreli duraklama veya ara verme, icradan vazgeçme olarak görülmemelidir<sup>241</sup>. Ancak, icra hareketlerine başlayan failin, akabinde fiilin icrasını yarıda bırakarak icraya, zamsal olarak uzun bir ara vermesi ve aranın ardından tekrar bu türden bir suçun icrasına başlaması durumunda, önceki vazgeçmesi gönüllü kabul edilebilir<sup>242</sup>. Failin ilk başta yarım bıraktığı fiille, daha sonra başlattığı fiil arasında ne kadar zaman geçtiği ve fiiller arasındaki mekânsal farklılık burada önem kazanır<sup>243</sup>. Kanaatimizce, fiiller arasındaki zaman diliminin daha uzun olduğu olaylar özelinde, ilk fiil bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerine gidilebilir. Burada isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, birinci ve ikinci fiil arasında öyle bir süre geçmiş olmalıdır ki, failin ikinci fiilinin, önceki fiille bağlantılı olan tek bir olay değil de yeni bir karar olarak ele alınması mümkün olsun, zira mağdurun korunması düşüncesi bunu gerektirir<sup>244</sup>.

Failin icra hareketleri sonucu elde ettiği durumdan daha sonrasında yararlanmak fikriyle icrayı bıraktığı hâllerde, vazgeçme gönüllü değildir<sup>245</sup>. Keza suç işleme şeklinin değiştirilmesi ya da suçun başka araçlarla işlenmesi durumlarında icra hareketleri yarıda bırakılmış olmadığı için gönüllü vazgeçmenin şartları sağlanmamıştır<sup>246</sup>.

## E. Cinsel Suçlarda Vazgeçmenin Gönüllülüğü Meselesi

Çalışmanın bu bölümünde Yargıtay'ın cinsel suçlarda vazgeçmenin "gönüllü" olup olmadığıyla alakalı kararları inceleme konusu yapılmıştır. Yargıtay,

<sup>239</sup> HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 321.

<sup>240</sup> AYDIN, s. 104.

<sup>241</sup> IŞIKA, s. 86.

<sup>242</sup> HAKERİ, s. 492.

<sup>243</sup> BABA, *Gönüllülük*, s. 1145.

<sup>244</sup> Görüşler hakkında bilgi için bkz. BABA, *Gönüllülük*, s. 1145-1146.

<sup>245</sup> ERDOĞAN, s. 105.

<sup>246</sup> AKBULUT, s. 857.



nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsü kabul etmektedir<sup>247</sup>. Bu bağlamda, nitelikli cinsel saldırı suçuna yönelik icra hareketlerine başlayan fail, gönüllü olarak icra hareketlerini yarıda bırakırsa, o ana kadar gerçekleştirilen hareketler, unsurları oluşmuşsa, basit cinsel saldırı suçunu (TCK m.102/1) oluşturacaktır<sup>248</sup>. Tabii bunun için ilk başta, failin nitelikli cinsel saldırı suçunun icrasına başlayıp başlamadığının tespiti gerekir<sup>249</sup>.

Yargıtay, cinsel suçlarla alakalı olarak “olay yerinde mağdur ile sanığın tek başlarına olup olmadığı”<sup>250</sup> ve/veya “çevredekiler tarafından mağdurun çılgınlığının duyulup duyulamayacağı” hususlarını değerlendirerek ya gönüllü vazgeçme ya da teşebbüs hükümlerinin uygulanmasına karar vermektedir. Ancak, bu konuda bir yeknesaklığın sağlanmadığı ve çelişkili kararlar verildiği görülmektedir.

Söz gelimi, yeni tarihli bir karara konu olan olayda, ormanlık alanın kenarında yürümekte olan mağdurun yanına yaklaşarak adres sorar gibi yapan fail, akabinde mağdurun kolundan tutarak zorla kendine çekmiş, mağduru kaldırma doğru atıp yere düşürmüş, pantolonunu zorla sıyırmaya ve eliyle ağzını kapatarak onu öpmeye çalışmış, mağdurun direnmesi ile pantolonu çıkaramamış ve yoldan araçların gelmeye başlaması üzerine nitelikli cinsel istismar eyleminin icrasını tamamlayamamıştır. Yargıtay’a göre, burada mağdurun aşılabilir mukavemeti haricinde nitelikli cinsel istismar suçunun tamamlanmasının önünde harici bir sebep mevcut olmadığı için gönüllü vazgeçme hükümleri tatbik edilmelidir<sup>251</sup>. En başta, Yargıtay, “gönüllülük” gibi failin iç dünyasının ayrılmaz bir parçası olan bir meseleyi, tamamen mağdurun suçun işlendiği anda تنها bir

<sup>247</sup> Örnek karar için bkz. Yar. 14. CD, E. 2011/7097, K. 2013/694, 28.1.2013, (Lexpera, E.T. 19.12.2024).

<sup>248</sup> Yar. 14. CD, E. 2014/9047, K. 2017/6350, 12.12.2017, (Lexpera, E.T. 19.12.2024). Aynı yönde bkz. AKBULUT, s. 858.

<sup>249</sup> Yargıtay’ın aynı dairesinin aynı gün tarihli iki farklı kararında dahi nitelikli cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinin başlayıp başlamadığıyla alakalı çelişkili değerlendirmelere yer verilmiştir. Bu kararlardan birincisinde, sanığın zorla girdiği evde mağduru yere yatırması, öpmesi, kendi kemerini çözüp mağdurun taytını çıkarması şeklinde gelişen olayda nitelikli cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinin başlamadığı, mevcut hâliyle eylemin cinsel saldırının temel şeklini oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır (Yar. 9. CD, E. 2023/10566, K. 2024/3364, 18.4.2024). Aynı gün tarihli ikincisinde ise failin, mağdurun evine girip ağzını kapattıktan sonra sürükleyerek yatak odasına götürdüğü olayda, nitelikli cinsel saldırı suçunun icra hareketlerinin başladığından yola çıkılarak bir çözüme ulaşılmıştır (Yar. 9. CD, E. 2021/10893, K. 2024/3383, 18.4.2024) (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>250</sup> Yargıtay’a göre, fail ile mağdur dışında kimsenin olmadığı evde, mağdurun aşılabilir mukavemeti haricinde failin eylemini tamamlamasını engelleyen bir sebep bulunmadığı için fiil, bu hâliyle cinsel saldırı suçunun temel şeklini oluşturmaktadır. Bkz. Yar. 14. CD, E. 2017/787, K. 2017/1561, 23.3.2017, (Lexpera, E.T. 19.12.2024). Benzer bir karar için bkz. Yar. 14. CD, E. 2016/1926, K. 2020/163, 8.1.2020, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>251</sup> Yar. 9. CD, E. 2021/8176, K. 2024/4151, 8.5.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

yerde bulunup bulunmadığına bakarak değerlendirmektedir. Mağdur, ormanlık alanda ya da evde yalnızsa ve fail bir şekilde icrayı tamamlayamamışsa, mağdurun aşılabilir mukavemeti haricinde bir engel olmadığı için vazgeçmenin gönüllü olduğuna karar vermektedir. Ancak burada değerlendirilmesi gereken, failin harici bir sebebe karşı gösterdiği reaksiyondur, bunun tespiti faile göre yapılmalıdır<sup>252</sup>. Fail, harici bir engel sebebiyle suçun icrasına devam edemeyeceğini düşünüp eylemini yarıda bırakıyorsa, artık gönüllülükten söz edilemez<sup>253</sup>. Olayın, “mağdurun direnmesi üzerine pantolonu çıkarmayı başaramaması ve yoldan araçların gelmesi üzerine olay yerinden kaçması” şeklinde gerçekleştiği kabul edildiğinde, burada vazgeçmenin “gönüllü” olduğunu tespit etmek ne psikolojik ne de normatif teorilere göre mümkündür. Vazgeçme davranışında, failin subjektif bakış açısı önemli olduğuna göre, objektif olarak suçun icrasına devam etmek mümkün olmasına rağmen, fail, harici engeller karşısında artık suçu işleyemeyeceğini düşünüyorsa, vazgeçme gönülsüzdür<sup>254</sup>. Oysa yukarıda zikrettiğimiz kararda, Yargıtay, fiilin icrasına devam edilip edilemeyeceği meselesini, failin harici şartlar karşısındaki subjektif bakış açısını göz ardı ederek harici şartları objektif olarak değerlendirmek suretiyle çözüme kavuşturmuştur.

Mağdurun direnmesi ve bağırması ile zamansal olarak bağlantılı şekilde fail, olay yerinden kaçmışsa, yani mağdurun direnmesi ve bağırmasıyla failin kaçması arasında bir sebep-sonuç bağlantısı varsa, burada vazgeçme gönüllü değildir. Bu yönüyle, hayvan olatmakta olan mağdura arkadan yaklaşmak suretiyle ağızını kapatan ve “*seni sinkaf edeceğim*” diyen failin, direnmesi ve bağırması üzerine mağduru bırakması şeklinde meydana gelen olayda, nitelikli cinsel saldırı suçuna teşebbüsün söz konusu olduğu, Yüksek Mahkeme tarafından isabetli bir şekilde belirtilmiştir<sup>255</sup>.

Mağdurun direnmesi üzerine fail, mağdur kendisinden güçlü olduğu için icra hareketlerini sürdüremeyeceği kanaatindeyse, gönüllü vazgeçme hükümlerine

<sup>252</sup> Öğretide bizim de katıldığımız görüşe göre, gönüllülük unsurunun subjektif bir mahiyete sahip olduğu düşünülürse, harici şartın fail üzerinde nasıl bir etkiye sebep olduğu dikkate alınmalı, yani buradaki tespit, faile göre yapılmalıdır. Bkz. IŞIKA, s. 191 vd.; benzer TOZMAN, **Suçta Teşebbüs**, s. 307.

<sup>253</sup> Benzer İÇEL, s. 543.

<sup>254</sup> Benzer BOZBAYINDIR, s. 161. Halbuki eski tarihli bir karara konu olan olayda, mağdurun sürüsünün arkasında kalan bir koyunu yakalayıp başına ceket geçiren failler, yolda karşılaştıkları tanığın şüphelenip koyunların kime ait olduğunu sorması üzerine yalan söylemişler, suçun konusu olan koyunu önlerine kapıp götürdükleri esnada, arkadan gelen bir aracın kendilerini takip ettiğini, aracın içinde de mağdurun olduğunu düşünerek koyunu bırakıp motosikletle kaçmışlardır. Yargıtay, isabetli bir şekilde vazgeçmenin gönüllü olmadığını, failerin korktukları için zorunluluktan kaynaklı olarak eylemi yarıda bıraktıklarını açıklamıştır. Bkz. Yar. 13. CD, E. 2013/1118, K. 2014/3917, 12.2.2014, (Lexpera, E.T. 20.12.2024).

<sup>255</sup> Yar. 14. CD, E. 2014/1346, K. 2015/7860, 1.7.2015, (Lexpera, E.T. 19.12.2024).

gidilemez. Mağdurun çığlık atması üzerine, çevredekiler tarafından yakalanabileceğini düşünen fail bakımından da 36'ncı madde hükümleri uygulanamaz<sup>256</sup>. Bu bağlamda, Yargıtay'ın mağduru ölümle tehdit edip direncini kırmak amacıyla boğazını sıkarak ve mağduru bağırıma devam etmesi üzerine olay yerinden kaçan fail bakımından 36'ncı maddeyi dikkate aldığı kararına<sup>257</sup> katılmamız mümkün değildir.

Mağdurun çığlıklarının çevredekiler tarafından duyulmasının zor olduğu tenha bir ormanlık alanda, failin, nitelikli cinsel saldırı suçunun icra hareketlerine başladığını ve mağdurun çığlık atması üzerine icrayı yarıda bırakarak olay yerinden kaçtığını farz edelim. Bu örnek bakımından, mağdurun çığlıklarının çevredekiler tarafından duyulmasının zor olduğundan bahisle vazgeçmeyi gönüllü kabul edersek, harici şartları objektif bir şekilde değerlendirmiş oluruz. Oysa, kanaatimizce, harici sebepler, bu sebepler karşısında failin gösterdiği reaksiyona göre, yani sübjektif olarak değerlendirilmelidir. Yani, tenha bir ormanlık alanda mağdurun çığlık atması üzerine, failin suçun icrasına devam edemeyeceğini düşünerek icrayı yarıda bırakması durumunda, vazgeçmesi gönüllü değildir. Mağdurun çığlık atması ile failin icrayı bırakıp olay yerinden kaçması, zamansal olarak birbirini izlemişse, vazgeçmenin gönüllü olmadığının tespitinde, bu husus dikkate alınabilir.

## SONUÇ

Gönüllü vazgeçmenin sübjektif koşulu olan "gönüllülük", bazı olaylar özelinde ayrıca tartışılması gereken çetrefilli bir meseledir. Biz gönüllülüğün tespitinde psikolojik ve normatif teorilerin birlikte uygulanması gerektiği kanısındayız. Gerçekten de salt psikolojik teorilerin uygulanması durumunda, gönüllü vazgeçmenin ihdas amacına aykırı olarak esasen gönüllü olmayan vazgeçmeler, gönüllü olarak kabul edilebilir.

Gönüllülüğü tespit ederken iki aşamalı bir değerlendirmeye başvurulmalıdır. Öncelikle psikolojik teorilere göre, failin vazgeçmesinin gönüllü olup olmadığı incelenir. Akabinde normatif teorilere bakılması icap eder. Normatif

<sup>256</sup> Yargıtay'ın, mağdurun evine zorla giren, onu öperek kıyafetlerini çıkarmaya çalışan, ancak mağdurun direnmesi ve bağırıp gürültü yapması sebebiyle korkarak eylemini tamamlayamayan failin vazgeçmesinin gönüllü olduğuna karar vermesi, kanaatimizce yerinde olmamıştır. Karar için bkz. Yar. 9. CD, E. 2021/6683, K. 2024/1698, 29.2.2024, (Lexpera, E.T. 20.12.2024). Fail, burada harici dünyada karşılaştığı zorlayıcı engeller sebebiyle, suç yolunda ilerleyemeyeceği kanaatine varıp korktuğu için olay yerinden ayrılmıştır. Bu sebeple, hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerinin tatbik edilmemesi icap eder.

<sup>257</sup> Yar. 14. CD, E. 2018/2214, K. 2018/3749, 17.5.2018, (Yargıtay, E.T. 19.12.2024).

teoriler, kurumun varlık amacıyla çelişen vazgeçmeleri, diğerlerinden ayırma konusunda filtreleme görevi görür. Söz gelimi, psikolojik yaklaşımlara göre, failin vazgeçmesinin gönüllü kabul edildiğini farz edelim. Buna karşılık, failin hukuk düzeniyle girdiği çatışmayı, normdan yana bir tavır takınarak çözmeyip bilakis hukukiliğe geri dönüş fikrine taban tabana zıt bir yaklaşımda bulunduğu durumlarda, normatif yaklaşımlar devreye girerek filtreleme vazifesini yerine getirir ve vazgeçmenin gönüllü olmadığını kabul ederiz. Burada belirli bir normatif teoriyi benimsemek gerekli değildir. Bunun yerine, normatif teorilerin ortak bir şart olarak vazgeçmenin gönüllü sayılabilmesi için “failin hukukiliğe geri dönüş fikrine uygun bir yaklaşımda bulunmasını” aramaları yeterli bir ölçüt ihtiva eder.

Normatif teorilerin vazgeçmede gönüllülük meselesini, kanunda benimsemeyen bir şekilde daralttığı yönünde eleştirilere maruz kaldığından söz etmiştik. Bilakis, bizce, değerlendirilmesi gereken esas sorun, Yargıtay ve Alman Federal Mahkemesi kararlarının, kanunun amacına (ratio legis) ve ruhuna aykırı olarak gönüllülük meselesini geniş yorumlamalarıdır.

Vazgeçme saikleri arasında ayırım yaparak her birine farklı anlam yüklemek yerinde olmaz. Salt failin iç dünyasını ilgilendiren bir durum mevzubahis iken, failin iç dünyasının en derinlerine gidip “*acaba hangi psikolojiyle vazgeçti*” araştırmasını yapmak, ceza muhakemesinde ispat arayışının muğlaklaşmasına sebep olur. Burada cezalandırma korkusu, ödüllendirme korkusu vb. saik türlerinin çeşitliliğinden ziyade bu saiklerin harici zorlayıcı bir sebeple ilişkisi önem kazanır. Nitekim harici zorlayıcı bir sebep olmaksızın kolluk tarafından yakalanacağını veya müebbet hapis cezası alacağını düşünen fail, olay yerinden ayrıldığında vazgeçme, gönüllüdür. İcra hareketlerini gerçekleştirmekte olan failin, dün gece gördüğü rüyanın etkisiyle psikolojik bir baskı hissetmesi ve olay yerini terk etmesi örneğinde de harici zorlayıcı hiçbir sebep olmadığı için vazgeçmenin gönüllü olduğu kabul edilmelidir. Halbuki her olayda genel geçer bir şekilde psikolojik teorinin esaslarının tatbik edilmesi gerektiği kabul edilseydi, failin iç dünyasındaki sebepler suç yolunda ilerlemesine engel olduğu için burada vazgeçmenin gönülsüz olduğundan söz edilmesi gerekirdi.

Konuyu başka bir yönden de ele almak gerekir. Failin korkularının (yakalanma veya cezalandırılma) harici dünyada somut bir karşılığı varsa, failin bu somut sebep karşısında nasıl bir kanaat edindiği veya nasıl bir tavır takındığı önemli hâle gelir. Fail, ev sahibinin uyanması üzerine, çok gürültü yaptığı için fark edildiğini zanneder. Halbuki, ev sahibi, su içmek için kalkmıştır. Burada failin harici sebebe (ev sahibinin uyanması) karşı nasıl bir tutum sergilediği

önem kazanmıştır. Bu noktada harici sebep ile vazgeçme saiklerinden biri olan yakalanma korkusu birleşmiş ve birlikte yorumlanabilir duruma gelmiştir. İşte, vazgeçme saiki, harici sebeple ilişkisi nispetinde bir değer ihtiva edecektir.

Failin ahlaki sebeplerle suç yolundan dönmesi, 36'ncı madde bakımından şart değilse de bu durumda, her hâlükârda vazgeçmenin gönüllü olduğu söylenebilecektir. Ezan sesini duyarak pişman olan hırsız, esasen duygu durumunda yaşanan değişimlerden dolayı suç yolundan dönmektedir. Zira ezan sesi, failin icra üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldırmaz, bilakis failin içsel bir tersine dönüş hâline girerek suç yolundan dönmesine sebep olur. Bu bağlamda, maddi-manevi mahiyette dış faktörler ayırımına ihtiyaç yoktur. Esasen gönüllülüğün tespitinde içsel sebepler ve harici zorlayıcı sebepler ayırımına başvurmak gerekir. Harici zorlayıcı sebeplerden, failin icra hareketleri üzerindeki hâkimiyetini ortadan kaldıran veya bunu zayıflatan sebepler anlaşılmalıdır.

Harici şartların, faili suç yolundan alıkoyabilecek mahiyette olup olmadığı objektif olarak araştırılmamalıdır. Somut olayda, failin bu harici sebep karşısında suç yolunda artık ilerleyemeyeceğini düşünmesi yeterlidir. Dikkat edilirse, bu noktada failin bakış açısı önem kazanmaktadır. Ancak, Yargıtay'ın bilhassa cinsel suçlarla ilgili bazı kararlarında, harici şartları objektif olarak değerlendirerek ulaştığı sonuçların yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- AKDAĞ, Hale, “Gönüllü Vazgeçme”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 3, Sa. 2, 2013, s. 91-126.
- AKSOY İPEKÇİOĞLU, Pervin, **Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.
- AKYÜREK, Güçlü, “Gönüllü Vazgeçme Düzenlemesi Gerekli Midir?” **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, Sa. 2, 2013, s. 183-202.
- AMELUNG, Knut, “Zur Theorie der Freiwilligkeit eines strafbefreienden Rücktritts vom Versuch”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, C. 120, Sa. 2, 2008, s. 205-245.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- AYDIN, Devrim, “Suça Teşebbüs”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 55, Sa. 1, 2006, s. 85-113.
- BABA, Yasemin, “Alman Öğreti ve Uygulaması Işığında Vazgeçmede Gönüllülük Unsuru”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sa. 14, 2013, s. 1125-1150.
- BABA, Yasemin, **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- BAKİ, Ensar, “Türk Ceza Kanununda Etkin Pişmanlık”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, Sa. 2, 2016, s. 27-55.
- BALCI, Meral, “İcraî Suçlarda Gönüllü Vazgeçmede Failin Kendi Çabalarıyla Suçun Tamamlanmasını Önlemesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 73, Sa. 3, 2024, s. 1573-1638.
- BOTTKE, Wilfried, **Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB**, Schriften zum Strafrecht: Band 38, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- BOZBAYINDIR, Ali Emrah, “Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçmede ‘Gönüllülük’ Şartı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 17, Sa. 1, 2018, s. 87-169.

- BOZDAĞ, Ahmet, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, Sa. 2, 2020, s. 79-102.
- BRINGEWAT, Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2018.
- CORNELIUS, Kai, **§ 24 Rücktritt in: Beck’scher Online-Kommentar**, 63. Baskı, C.H. Beck, München, 2024, (BeckOK StGB/CORNELIUS StGB § 24).
- DEMİRBAŞ, Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- DİMDİK, Hakan, “Suça Teşebbüsten Gönüllü Vazgeçmenin Manevi Unsuru: Gönüllölük”, **İzmir Barosu Dergisi**, Sa. 2, 2013, s. 272-294.
- EISELE, Jörg/HEINRICH, Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2017.
- ENGLÄNDER, Armin, **§ 24 Rücktritt in: Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, 6. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023, (NK-StGB/ENGLÄNDER StGB § 24).
- EPÖZDEMİR, Rezan, “Gönüllü Vazgeçme”, **TBB Dergisi**, Sa. 138, 2018, s. 79-106.
- ERDOĞAN, Yavuz, “Gönüllü Vazgeçme”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 5, Sa. 13, 2010, s. 93-124.
- ERRA, Carlo, “Teşebbüste İhtiyariyle Vazgeçme”, (Çev. Sahir Erman), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. X, Sa. 1-2, 1944, s. 679-720.
- FÜGLEIN, Frank/PERPELITZ, Sabrina, **Strafrecht Allgemeiner Teil - echt verständlich!**, Boorberg, Stuttgart, 2018.
- GERHOLD, Sönke, “Schwere Körperverletzung bei Rücktritt von einer versuchten Tötung auf Verlangen”, **Juristische Schulung (JuS)**, Sa. 2, 2010, s. 113-116.
- HAAS, Volker, “Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, C. 123, Sa. 2, 2011, s. 226-259.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, US-A Yayıncılık, Ankara, 2018.
- HAKERİ, Hakan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 28. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- HEGER, Martin, **§ 24 Rücktritt in Lackner/Kühl/Heger Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Baskı, C.H. Beck, München, 2023, (LACKNER/KÜHL/HEGER/HEGER StGB § 24).
- HERRMANN, Mareike, **Der Rücktritt im Strafrecht: Eine kritische Analyse von § 24 StGB de lege lata und Überlegungen de lege ferenda**, Duncker & Humblot, Berlin, 2013.
- HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, **§ 24 Rücktritt in: Münchener Kommentar zum StGB**, 5. Baskı, Verlag C.H. Beck, München, 2024 (MüKoStGB/HOFFMANN-HOLLAND StGB § 24).

- IŞİKA, Sertaç, **Gönüllü Vazgeçme**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- İÇEL, Kayıhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- İÇER, Zafer, “Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçunda Etkin Pişmanlık (TCK m.110)”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Bülent Tahiroğlu’na Armağan, C. 23, Sa. 3, 2017, s. 773-792.
- İÇER, Zafer, **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- JÄGER, Christian, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.5.2015 - 3 StR 89/15 - (Schockschwerenot!), **JA**, 2016.
- JÄGER, Christian, “Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)**, C. 112, Sa. 4, 2000, s. 783-810.
- KAHRAMAN, Recep, “Gönüllü Vazgeçmenin Subjektif Unsurunun İçsel ve Dışsal Kararlara Göre Değerlendirilmesi”, **İzmir Barosu Dergisi**, Yıl: 85, Sa. 3, Eylül 2020, s. 157-188.
- KASPAR, Johannes, **Strafrecht - Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2023.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- KREY, Volker/ESSER, Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 7. Baskı, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 2022.
- MURMANN, Uwe, **§ 24 Rücktritt in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Zweiter Band §§ 19 bis 31, 13. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin/Boston, 2021, (LK StGB/MURMANN StGB § 24).
- OTTO, Harro, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 6. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 2000.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/MERAKLI, Serkan/BACAŞIZ, Pınar/ BAŞBÜ-YÜK, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 19. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 23. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- PARLAR, Ali/ÖZTÜRK, Mustafa, **Türk Ceza Kanunu’nda Etkin Pişmanlık, Gönüllü Vazgeçme ve Şahsi Cezasızlık Sebepleri**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2018.
- PUPPE, Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 3. Baskı, Nomos, Baden-Baden, 2016.



- PUPPE, Ingeborg, “Der halbherzige Rücktritt Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31”, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, Sa. 11, 1984, s. 488-491.
- ROXIN, Claus, “**Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch**”, in: Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, s. 251-276.
- SCHROEDER, Friedrich-Christian, “Die normative Auslegung”, *Juristen Zeitung*, Sa. 4, 2011, s. 187-194.
- SOYASLAN, Doğan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Baskı, Legem Yayınevi, Ankara, 2024.
- SÖZÜER, Adem, **Suçta Teşebbüs**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994.
- ŞENOL, Cem, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Hâlinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçme (TCK m.41)”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sa. 10, 2017, s. 507-552.
- TOZMAN, Önder, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, *TBB Dergisi*, Sa. 84, 2009, s. 160-187.
- TOZMAN, Önder, **Suçta Teşebbüs**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- WELZEL, Hans, **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Baskı, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.
- YEĞRİM, V. Korhan, “Nitelikli Cinsel Saldırı Suçu Bakımından Gönüllü Vazgeçme”, *Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 9, Sa. 17, 2021, s. 167-197.
- YEĞRİM, Vakkas Korhan, **Türk Ceza Hukukunda Gönüllü Vazgeçme**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- YILMAZ, Enes, “Suçun Özel Bir Görünüş Şekli Olarak Gönüllü Vazgeçme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 65, Sa. 4, 2016, s. 2553-2603.

### **İnternet Kaynakları**

- Beck-online, <https://beck-online.beck.de/>, E.T. 21.12.2024.
- Lexpera, <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 15.12.2024.
- NWB Datenbank, <https://datenbank.nwb.de/>, E.T. 21.12.2024.
- TDK Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 29.12.2024.
- Yargıtay, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 24.12.2024.



# Bilişim Suçlarında Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: TCK m.245/A Yasak Cihaz veya Programlar Suçu<sup>(\*)</sup>

Punishment of Preparatory Acts in Cybercrimes: TPC art.245/A the  
Crime of Prohibited Devices or Programs

Veysel TOPUZ<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

24/03/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanun ile TCK'ya "yasak cihaz veya programlar" başlıklı 245/A maddesi eklenmiştir. Ülkemizin de taraf olduğu, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin "cihazların kötüye kullanılması" başlıklı 6. maddesinde taraf devletlere, bilişim suçlarıyla ilgili hazırlık hareketlerinin ceza normuyla karşılaşılması hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Ülkemiz de Sözleşmeye taraf olmanın bir gereği olarak ceza kanunumuzda bu fiilleri suç olarak ihdas etmiş, böylece Sözleşmede öngörülen yükümlülüğü yerine getirmiştir. Böylelikle bilişim suçlarıyla daha etkin mücadelenin sağlanması adına, cezalandırılabilirlik ön plana kaydırılmıştır. TCK m.245/A düzenlemesi önemli bir boşluğu doldurmuş vaziyettedir. Bu hüküm yalnızca bilişim suçlarının hazırlık hareketlerini değil bunun yanı sıra bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasını suretiyle işlenebilen diğer suçların da hazırlık hareketlerini cezalandırmaya elverişli olacak şekilde kaleme alınmıştır. Bununla birlikte hem suçun üst başlığı hem de hükmün formülasyonu önemli tartışmaları beraberinde getirmektedir. Bu tartışmalar özellikle kanunilik ilkesi bağlamında önem arz etmektedir. Ayrıca suçun oluşumu bakımından madde metninde sayılan nesnelere bakımından bir sayı sınırının aranmıyor oluşu ve özellikle çift kullanım özelliği gösteren nesnelere suça konu olup olamayacakları meselesi bu tartışmalarda önem arz etmektedir. Bu meselelerin Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve açıklayıcı memorandumu bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Biz de çalışmamızda hem TCK m.245/A düzenlemesinde yer alan suç, suç inceleme yöntemine uygun olarak inceleyeceğiz hem de yukarıda işaret ettiğimiz tartışmalı noktaları doktrindeki görüşler ve yargı kararları bağlamında değerlendirip görüşlerimizi ortaya koyacağız.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 27.12.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 25.02.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1608701>

Bu makaleye atf için: TOPUZ, Veysel, "Bilişim Suçlarında Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: TCK m.245/A Yasak Cihaz veya Programlar Suçu", **İMHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 237-273

(\*\*) *Arş. Gör. Dr.*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [veyseltopuz\\_35@hotmail.com](mailto:veyseltopuz_35@hotmail.com)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9831-2816>

**Anahtar Kelimeler:**

Bilişim Suçları, Hazırlık Hareketleri, Yasak Cihaz ve Programlar, Avrupa Siber Suç Sözleşmesi.

**Abstract:**

Article 245/A titled “prohibited devices or programs” was added to the Turkish Penal Code by Law No. 6698 dated 24/03/2016. Article 6 of the Council of Europe Convention on Cybercrime, to which our country is a party, titled “misuse of devices” imposes an obligation on state parties to criminalize preparatory acts related to cybercrimes. As a requirement of being a party to the Convention, our country has criminalized these acts in our criminal code, thus fulfilling the obligation stipulated in the convention. Thus, in order to ensure a more effective fight against cybercrimes, punishability has been shifted to the front area. Article 245/A of the TPC has filled an important gap. This provision has been drafted to punish not only the preparatory acts of cybercrimes, but also the preparatory acts of other crimes that can be committed by using information systems as a tool. Nevertheless, both the title of the offense and the formulation of the provision bring important discussions. These discussions are especially important in the context of the principle of legality. In addition, the fact that a number limit is not sought for the objects listed in the text of the article in terms of the formation of the offense and especially the issue of whether objects with dual use characteristics can be subject to the crime is important. These discussions should be evaluated in the context of the Council of Europe Convention on Cybercrime and its explanatory memorandum. In our study, we will examine the offense under Article 245/A of the TPC in accordance with the crime investigation method, and we will evaluate the controversial points mentioned above in the context of the opinions in the doctrine and judicial decisions and put forward our opinions.

**Keywords:**

Cybercrimes, Preparatory Acts, Prohibited Devices and Programs, European Convention on Cybercrime.

**GİRİŞ**

Bilgisayarlar ve diğer elektronik cihazların yanı sıra internetin yaygınlaşması, günlük yaşamda birçok kolaylık sağlamaktadır. Bilişim sistemlerinin her geçen gün gelişmesi artık birçok işlemin bilgisayar veya mobil cihazlar üzerinden çok hızlı şekilde yapılmasına imkan sağlar hale gelmiştir. Ancak bu kolaylık bazı olumsuzlukları da beraberinde getirmektedir. Özellikle ceza hukuku açısından değerlendirdiğimizde geleneksel birçok suçun yeni işleniş şekilleri ile karşılaşılmaktadır ve suçların takibi oldukça zor hale gelmektedir.

Bilişim teknolojilerindeki ilerlemeler, bilişim sistemlerini günlük yaşamımızın vazgeçilmez bir parçası haline getirmiştir. Özellikle bilişim suçlarının sınır aşan yapısı ve her geçen gün fiillerin işleniş şeklinin de farklılık arz etmesi dolayısıyla bu suçlarla mücadele bakımından yeni düzenlemelerin yapılması ve var olan suç türlerine yeni türlerin eklenmesi zorunlu hale gelmiştir<sup>1</sup>. Üstelik

<sup>1</sup> KAYA, İslam Safa/ÇAKIR, Adem, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y. 2020, C. 19, Sa: 38, s. 33; TAŞKIN, Şaban Cankat, *Ceza Hukukunda Ceza-*

uluslararası sözleşmelerle taraf devletlere bu hususta yükümlülükler de yüklenmektedir.

Sözlük anlamı olarak bilişim “*teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullanılan ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve akla uygun bir biçimde işlenmesi bilimi*” olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Bilişim, insanların teknik, ekonomik, siyasi ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimi olarak tanımlanabilir<sup>3</sup>.

Bilişim kavramına ceza mevzuatımızda ilk kez 1989 tarihli Türk Ceza Kanunu Ön Tasarısında rastlanmaktadır. Ön tasarının 342. maddesinin gerekçesinde, bilişim alanı, “*bilgileri toplayıp depo ettikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma sistemlerinden oluşan alan*” olarak tanımlanmıştır. 1997 ve 2000 tarihli TCK tasarılarının gerekçesinde de “*verileri toplayıp, yerleştirdikten sonra bunları otomatik işleme tabi tutma imkanı veren manyetik sistemler*” olarak tanımlanmıştır<sup>4</sup>.

Siber suçların sınır aşan yapısı dolayısıyla bunlarla mücadele etme bakımından en başta gelen hususlardan birisi uluslararası adli yardımlaşmadır<sup>5</sup>. Devletler ve uluslararası örgütler siber suçlarla bütüncül bir mücadeleyi mümkün

landırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması Sorununun Yasak Cihaz veya Programlar Suçu Özelinde İngiliz Ceza Hukuku, Kanada Ceza Hukuku ve Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesindeki Düzenlemelerle, **Ceza Hukuku Dergisi**, Ağustos 2024, C. 19 Sa. 55, s. 252; KARADENİZ, Yusuf, “Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Karşılığı”, **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, Y. 2022, C. 11, Sa: 1, s. 111-114; EREN, Ahu Karakurt, “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 2020, Sa: 43, s. 221-222; TUNÇER, Asuman İnce, “Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK m.245/A)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2024, C. 32, Sa: 3, s. 1298; ALİUSTA Cahit/Recep Benzer, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, **Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi**, 2018, C. 4, Sa: 2, s. 35.

<sup>2</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 20/12/2024.

<sup>3</sup> DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yay., İstanbul, 2020, s. 66; YENİDÜNYA, A. Caner/DEĞİRMENÇİ, Olgun, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 27; KARAGÜLMEZ, Ali, **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2011, s. 41; MERAN, Necati, **Sahtecilik - Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2008, s. 564; ERMEYDAN, Damla, **Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2023, s. 28.

<sup>4</sup> DÜLGER, s. 69; YENİDÜNYA/DEĞİRMENÇİ, s. 43; KARAGÜLMEZ, s. 133; MERAN, s. 564; AKBULUT, Berrin, **Bilişim Alanında Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 13.

<sup>5</sup> ÖNOK, Murat, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013, (ss. 1229-1270), s. 1232; KARADENİZ, s. 114; EREN, s. 222; ALİUSTA/ BENZER, s. 40.

hale getirmek amacıyla önemli girişimlerde bulunmuşlardır<sup>6</sup>. Bu bağlamda imzalanan en önemli anlaşmalardan bir tanesi 2001 tarihli Siber Suç Budapeşte Sözleşmesidir. Devletlerin imzasına 23 Kasım 2001’de Budapeşte’de açılan Siber Suç Sözleşmesi, 1 Temmuz 2004’te yürürlüğe girmiş olup bu alandaki ilk uluslararası sözleşme olma özelliği göstermektedir<sup>7</sup>.

Bilişim alanındaki suçların cezalandırılabilirliğinin hazırlık hareketlerine doğru ilerlemesinin en önemli sebeplerinden bir tanesi devletler arasındaki işbirliği arzudur<sup>8</sup>. “Avrupa Suç Sorunları Komitesinin CDPC/103/211196 sayılı kararıyla” bilişim suçlarıyla ilgili belirli alanları inceleyerek bağlayıcı bir hukuki metin ortaya koymak amacıyla bir uzmanlar komitesi oluşturulmuştur<sup>9</sup>. Bu komitenin çalışmaları sonucunda Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ve sözleşmenin açıklayıcı raporu (memorandum) hazırlanmıştır. Sözleşme, uluslararası düzlemde bilişim alanında yapılmış en kapsamlı düzenleme olma niteliğini haizdir<sup>10</sup>.

Türkiye Sözleşmeye 10/11/2010 tarihinde imza koymuş, 22/04/2014 tarih ve 6533 sayılı Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi<sup>11</sup> adıyla onaylanması uygun bulunmuş ve Sözleşme 02/05/2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir<sup>12</sup>. Sözleşmenin “*cihazların kötüye kullanılması*” başlıklı 6. maddesiyle “bilişim suçlarıyla ilgili hazırlık hareketlerinin cezalandırılması” öngörülmüştür. Buna göre taraf devletler; “yasadışı erişim (madde 2), yasadışı araya girme (madde 3), verilere müdahale (madde 4), sisteme müdahale (madde 5) suçlarını işlemek gayesiyle bilgisayar programı, cihaz, şifre, erişim kodu veya benzer bir veri oluşturmayı ve imal etmeyi” suç haline getirmekle yükümlü kılınmışlardır.

<sup>6</sup> ÜNAL, Osman Gazi, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m.245/A)”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, Sa: 2, 2022, s. 591; ÖNOK, s. 1232; ALIUSTA/BENZER, s. 36.

<sup>7</sup> İÇEL, Kayıhan, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 59, Sa: 1-2, Y. 2011, s. 6; ÖNOK, s. 1232-1233; KARADENİZ, s. 114-115; ERMEYDAN, s. 97; ALIUSTA/BENZER, s. 38.

<sup>8</sup> PUSCHKE, Jens, “*Grund und Grenzen des Gefährdungsstrafrechts am Beispiel der Vorbereitungsdelikte*”, Roland Hefendehl (Ed.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, Berliner Wissenschafts Verlag, 2010, s. 17. (akt. ÜNAL, s. 596; İÇEL, s. 5).

<sup>9</sup> ÜNAL, s. 596-597.

<sup>10</sup> SIEBER, Ulrich vd., *Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku*, Birinci Baskı: Mayıs 2021, Ankara, Seçkin, 2021, s. 268.

<sup>11</sup>

[https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020085427AK185\\_SanaLOrtamda%C4%B0slenenSuclar.pdf](https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2812020085427AK185_SanaLOrtamda%C4%B0slenenSuclar.pdf), E.T. 22/12/2024.

<sup>12</sup> 22/4/2014 tarihli ve 6533 sayılı Kanunla uygun bulunmuştur.

Sözleşmenin bu maddesi, bilişim suçlarıyla daha etkin mücadele edilmesini sağlamak adına cezalandırılabilirliği bir nevi hazırlık hareketlerine kaydırmakta, taraf devletlere bu alanda düzenleme yapılması hususunda yükümlülük yüklemektedir<sup>13</sup>.

Bizim mevzuatımız bakımından da konu tartışılmış ve doktrinde bilişim suçlarının işlenmesine yönelik hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasını sağlayacak bir hükmün bulunmayışı eleştiri konusu olmuştur<sup>14</sup>. Nitekim kanun koyucu, bu eksikliği gidermek maksadıyla 24/03/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanun ile birlikte TCK'ya 245/A maddesi olarak aşağıda yer verilen hükmü eklemiştir:

*“Bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun; münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması durumunda, bunları imal eden, ithal eden, sevk eden, nakleden, depolayan, kabul eden, satan, satışa arz eden, satın alan, başkalarına veren veya bulunduran kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.*

Bizim Kanunumuza hâkim olan temel prensiplerden bir tanesi de kural olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması ilkesidir<sup>15</sup>. Hazırlık hareketleri cezalandırılabilir hareketler değildir<sup>16</sup>. Bununla birlikte bazı hallerde hazırlık

<sup>13</sup> ÜNAL, s. 598; EREN, s. 222; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, Eylül 2024, s. 1070-1071.

<sup>14</sup> DÜLGER, s. 484. KOCA/ÜZÜLMEZ, **Ceza Özel**, s. 1071.

<sup>15</sup> ÖZGENÇ, İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 20. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2024, s. 568; KOCA/ÜZÜLMEZ, **Ceza Genel**, s. 422; ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN Koray/MERAKLI, Serkan/BACAĞSIZ, Pınar/Başbüyük, İsa, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2024, s. 483; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, 2024, s. 673; İÇER, Zafer, **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, On İki Levha Yayıncılık, Haziran 2021, s. 37. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasıyla ilgili Türk doktrininde son zamanlarda önemli çalışmalar ortaya konulmuştur. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilirliğine ilişkin görüşler için TAŞKIN, s. 257; YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, İstanbul Arşivi, On İki Levha Yayıncılık, Şubat 2024, s. 306. Devletin cezalandırma yetkisini sınırlandırmak için hazırlık hareketlerinin cezasızlığına ilişkin bkz. YETKİN, s. 384. ÖZGÜÇ, Levent Emre, **Türk Ceza Hukukunda Hazırlık Hareketlerinin Belirlenmesi ve Cezalandırılabilirliği**, On İki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024, s. 127, 128; KERMAN, Onur Kemal, **Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Mart 2024, s. 127. Ayrıca bkz. ÖZGÜÇ, Levent Emre, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.72'de Yer Alan “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” Suçunun Değerlendirilmesi, Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempozyumu Tam Metin Bildirileri Kitabı**, Nisan 2024, s. 139.

<sup>16</sup> ÖZGENÇ, s. 563; KERMAN, s. 95.

hareketleri bizatihi cezalandırılabilir nitelikte hareketler olarak müstakil bir suç tipini oluşturulabilir<sup>17</sup>. TCK m.245/A da bunlardan bir tanesidir<sup>18</sup>.

Genel kural olarak hazırlık hareketlerinin cezalandırılmaması ve bazı istisnai durumlarda cezalandırılması, doktrinde çeşitli gerekçelerle açıklanmaya çalışılmış bir konudur<sup>19</sup>. Aslında, hem cezasızlığa hem de istisnai cezalandırma-ya yönelik gerekçeler, birbirini tamamlayan iki farklı bakış açısı olarak değerlendirilebilir. Hazırlık aşamasında, eylemlerin sürdürülüp sürdürülmeyeceği veya nasıl devam edeceği belirsizdir<sup>20</sup>. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılması, genel olarak bu tür eylemlerin neden cezalandırılmadığını açıklayan argümanların bir istisnası olarak görülebileceği gibi, bu gerekçelerden bir sapma veya bunlardan vazgeçiş olarak da değerlendirilebilir<sup>21</sup>.

Hazırlık hareketlerinin cezasız bırakılması, failin suç işleme niyetinden vazgeçmesi için güçlü bir teşvik unsuru oluşturur. Ayrıca, hazırlık hareketlerinde failin amacını kesin olarak kanıtlamak önemli bir zorluk teşkil eder<sup>22</sup>. Kanaatimce bir hazırlık hareketinin cezalandırılmasının meşruiyet taşıyabilmesi için hedef suçun ağır bir nitelikte olması ve önemli bir hukuki değeri koruması gerekir<sup>23</sup>. Bu bağlamda öncelikle kural olarak hedef suçun bir zarar suçu olması gerekir, eğer bir tehlike suçu ise hazırlık normunun düzenlenmesinde daha da fazla titiz davranılmalıdır<sup>24</sup>. Bu kapsamda hazırlığın istisnai olarak cezalandırılması kuralına uyulmalı, genel hazırlık sorumluluğundan kaçınılmalıdır. Cezalandırılabilirliğin öne alınmasında anayasal koşullara, çekirdek alan korumasına, belirlilik ilkesine, kusur ilkesine ve ölçülülük ilkesine riayet edilmelidir<sup>25</sup>.

<sup>17</sup> “Örneğin, TCK m.220’de yer alan suç işlemek amacıyla örgüt kurma, TCK m.200’de yer alan para ve kıymetli damgaları yapmayı yarayan araçlar suçu, TCK m.227/1’de yer alan ve fuhuş suçunun işlenişine yönelik hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasını öngören hükümler”. ÜNAL, s. 599. Hazırlık hareketleri de cezalandırılabilir ancak temel koşul olarak cezalandırılan hazırlık hareketinin haksız olması gerekir şeklindeki görüş için bkz. YETKİN, s. 388. Benzer görüş için bkz. ÖZGÜÇ, Hazırlık..., s. 167, 175. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasında kendi suçuna hazırlık, başkasının suçuna hazırlık, karma hazırlık şeklindeki ayrımlar için bkz. YETKİN, s. 267, 269; ÖZGÜÇ, Hazırlık..., s. 148. Klasik hazırlık hareketleri örnekleri için bkz. İÇER, s. 38-41, KERMAN, s. 112.

<sup>18</sup> TCK m.245/A’nın kimi zamanlarda kendi suçuna hazırlık kimi zamanlarda ise bir başkasının suçuna hazırlık özelliği gösterdiğine ilişkin görüş için bkz. ÖZGÜÇ, Hazırlık..., s. 149.

<sup>19</sup> YETKİN, s. 306.

<sup>20</sup> YETKİN, s. 306 vd.

<sup>21</sup> YETKİN, s. 306 vd. Hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına dair görüşlerin temelinde ise iki husus öne çıkar. Bunlardan ilki korunan hukuki değerlerin özellikli önemi-İlgili hazırlık hareketinin tehlikeliliği ve erkenden müdahale yetkisi oluşturma amacıdır. YETKİN, s. 317 vd. Yazarın kendi görüşü için ise bkz. YETKİN, s. 349 vd.

<sup>22</sup> YETKİN, s. 306.

<sup>23</sup> YETKİN, s. 388 vd.

<sup>24</sup> YETKİN, s. 388 vd.

<sup>25</sup> YETKİN, s. 388 vd.



Hazırlık hareketlerini cezalandıran TCK m.245/A düzenlemesiyle ilgili olarak da doktrinde hükmün gerekliliğine ve içeriğine dair önemli tartışmalar mevcuttur. Öncelikli suçun düzenlendiği madde başlığının “yasak cihaz veya programlar” olarak belirlenmesinin doğru bir tercih olmadığı belirtilmektedir<sup>26</sup>. Madde başlıklarının seçiminde fiil unsurunun ön plana çıktığı, oysa TCK m.245/A bakımından suçun konusu olan unsurlara madde başlığında yer verildiği bundan dolayı madde başlığının madde içeriği ile uyuşmadığı, içeriği yansıtmadığı ileri sürülmektedir<sup>27</sup>. Biz de bu eleştirilere katılmaktayız. Bir kere madde başlığında ‘yasak’ ibaresi geçmekle birlikte madde metninde bu ibare geçmemektedir. İkincisi madde başlığında fiil unsuruna yer verilmemesi içerik ile başlığın uyumsuzluğu sorununu beraberinde getirmektedir. Tüm bu nedenlerle madde başlığının “cihaz veya programların kötüye kullanılması” şeklinde değiştirilmesi yönünde bir tercihte bulunulabileceği kanaatindeyiz<sup>28</sup>. Üstelik bir üst madde olan 245. maddenin de başlığının “banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması” olması düşüncemizi destekler mahiyettedir.

Hükmün gerekçesinde, Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi’nin (ASSM) 6. maddesine atıfta bulunulmakta ve taraf devlet olmanın gereği olarak belirlenen yükümlülüğün yerine getirildiği ifade edilmektedir. Bu maddede, bilişim suçlarının ve bilişim sistemlerinin suç işlemek amacıyla araç olarak kullanıldığı eylemlerle ilgili olarak, caydırıcı ve etkin bir mücadele sağlamak amacıyla bu tür fiillerin ceza yaptırımlarla karşılanmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır<sup>29</sup>.

Bu suç tipinin ihdasıyla bilişim alanındaki suçlarda cezalandırılabilirliğin hazırlık hareketlerine doğru kaydırılması hem ASSM sözleşmesinde öngörülen yükümlülüğün yerine getirilmesi hem de bu suçlarla daha etkin mücadelenin sağlanması adına isabetli olmuştur<sup>30</sup>. Bilişim alanında yaşanan baş döndürücü gelişmelerin de etkisiyle hem yeni yeni tehditler ortaya çıkmış hem de suçların

<sup>26</sup> AKBULUT, s. 348; ÖZBEK, Veli Özer/KORAY Doğan/PINAR Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve güncellenmiş 18. baskı, Seçkin Yayıncılık, Eylül 2023, Ankara, 2023, s. 1056.

<sup>27</sup> AKBULUT, s. 348; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1056.

<sup>28</sup> AKBULUT, s. 348. Yazar aynı yerde, tıpkı TCK m.245’te olduğu gibi “program veya cihazların kötüye kullanılması” başlığının tercih edilebileceğini belirtmektedir. Özbek vd.’ne göre ise madde başlığı suçta kullanılacak cihaz ve programların üretilmesi, yayılması veya bulundurulması” şeklinde tercih edilebilir. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Ceza Özel**, s. 1057.

<sup>29</sup> TAŞKIN, s. 263; ÜNAL, s. 600; TEKİN, Derya, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, No: 147, 2018, (ss. 48-60), s. 52.

<sup>30</sup> TEKİN, s. 52. Yazar aynı yerde söz konusu TCK m.245/A düzenlemesinin Uluslararası Ceza Hukuku Derneği’nin standartlarına (AIDP) da tam bir uygunluk içerisinde olduğunu belirtmektedir.

işleniş şekilleri her geçen gün değişmiştir. Getirilen bu hüküm bu nedenle önemli bir boşluğu doldurmuş durumdadır<sup>31</sup>.

## I. MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Çeşitli ülkelerin düzenlemelerine bakıldığında bilişim alanında gerçekleştirilen fiillerin cezalandırılmasında temelde iki sistemin söz konusu olduğu görülmektedir<sup>32</sup>. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere gibi bazı ülkeler, bilişim suçlarıyla ilgili özel, münhasır bir kanun yapma yolunu tercih ederlerken, Almanya, İsviçre, İtalya, Hollanda gibi diğer ülkeler ise temel ceza kanunlarının içinde bu suçları düzenleme yoluna gitmektedirler<sup>33</sup>. Türkiye, bilişim suçlarını düzenleme bakımından ikinci sistemi tercih eden bir ülkedir.

Avrupa Konseyi Siber Suç sözleşmesinin 6. maddesinde getirilen, bilişim suçlarının hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına ilişkin yükümlülüğün birçok taraf devlet tarafından yerine getirildiğini görmekteyiz. Çalışmamızın devamında mukayeseli hukukta bazı ülkelerdeki bu alanda yapılan benzer düzenlemeleri inceleyeceğiz.

### A. Amerika Birleşik Devletleri

Hem bilgisayarın bulunması ve buna ilişkin dünyadaki en önemli teknolojik gelişmelerin yapıldığı ülke olması hem de internetin ilk olarak geliştirildiği ve yaygınlaştığı yer olması dolayısıyla ABD, bilişim suçlarının ilk ortaya çıktığı ve haliyle bu suçların düzenlenmesine ilk ihtiyaç duyulan yerdir<sup>34</sup>.

ABD'nin önemli bir özelliği, Avrupa Konseyi üyesi olmamasına rağmen "Avrupa Siber Suç Sözleşmesini" imzalamış ve taraf olmuş olmasıdır<sup>35</sup>. Bundan dolayı Avrupa Siber Suç Sözleşmesinde yer alan yetki ve yükümlülükler ABD açısından söz konusudur<sup>36</sup>.

Bilişim alanındaki bazı ihlalleri suç tipi haline getiren Amerikan Temel Yasasının (*US Code*<sup>37</sup>) 18. bölümünün (*Crimes and Criminal Procedure*) 1029.

<sup>31</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Ceza Özel*, s. 1056.

<sup>32</sup> AKBULUT, s. 90.

<sup>33</sup> AKBULUT, s. 91; DÜLGER, s. 213.

<sup>34</sup> DURSUN, Selman, "İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler", MHB, C. 3, **Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan**, Sa: 1-2, 2003, s. 254; ÇEKEN, Hüseyin, "Amerika Birleşik Devletlerinde İnternet Yolu ile İşlenen Suçlara İlişkin Düzenlemeler", *Askeri Adalet Dergisi*, Sa. 144, 2002, s. 73; ERDOĞAN, s. 54.

<sup>35</sup> DÜLGER, s. 214.

<sup>36</sup> DÜLGER, s. 214.

<sup>37</sup> US Code ifadesini bundan sonra USC diye kısaltacağız.

maddesinin (*Fraud and related activity in connection with access devices*) değiştirilmesi yoluyla yapılan 1984 tarihli Bilgisayar Sahtekarlığı ve Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası (*Computer Fraud and Abuse Act 1984, CFAA*) bu alandaki en önemli ve temel düzenlemedir<sup>38</sup>. 18 USC §1029 erişim cihazlarıyla bağlantılı dolandırıcılık ve ilgili faaliyetler başlığını taşımaktadır. Bu hüküm bizim ceza kanunumuzdaki banka veya kredi kartlarının kötüye kullanılması başlığını taşıyan TCK m.245 hükmüne benzemektedir. Amerikan kanun koyucusu banka veya kredi kartı terimini kullanmak yerine erişim cihazı terimini kullanmıştır.

Erişim cihazı terimi aynı hükmün sonunda yer alan tanımlar maddesinde “*tek başına veya başka bir erişim aygıtıyla birlikte para, mal, hizmet veya başka bir değerli şey elde etmek için kullanılabilen veya bir fon transferini başlatmak için kullanılabilen (sadece kağıt belgeyle başlatılan bir transfer hariç) herhangi bir kart, plaka, kod, hesap numarası, elektronik seri numarası, mobil kimlik numarası, kişisel kimlik numarası veya diğer telekomünikasyon hizmeti, ekipmanı veya araç tanımlayıcısı veya diğer hesap erişim araçları anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere erişim cihazı terimi, banka veya kredi kartı terimlerine göre daha geniş bir içeriğe sahiptir. Bu bağlamda örneğin mobil bankacılık uygulamasına girerken kullanılan parola/şifre gibi kodlar da erişim cihazı sayılacaktır.

Bu hükmün a (§ 1029/a) fıkrasının 4 numaralı alt bendinde bizdeki TCK 245/A düzenlemesine benzer bir düzenleme söz konusudur<sup>39</sup>. Buna göre, sahte erişim cihazı üretmek için cihaz yapım ekipmanı buldurmak, üretmek, ticaretini yapmak, muhafaza etmek yasaklanmıştır. Hükmün tanımlar maddesinde cihaz yapım ekipmanı terimi, “*bir erişim cihazı veya sahte bir erişim cihazı yapmak için tasarlanmış veya öncelikli olarak kullanılan herhangi bir ekipman, mekanizma veya baskı anlamına gelir*” şeklinde tanımlanmıştır.

Bu suçun işlenmesine teşebbüs eden kişiler de tamamlanmış suç işlemiş gibi cezalandırılacaktır<sup>40</sup>. Suçun cezası ise 1029. maddenin C bölümünde 15 yılı aşmayan hapis cezası ya da adli para cezası ya da her ikisinin birlikte verilmesi gerektiğine ilişkindir. Amerikan sisteminde işlenmiş bir suçtan daha önce bulunan

<sup>38</sup> USC tam metni için bkz. <https://uscode.house.gov/>, E.T. 22/12/2024.

<sup>39</sup> 18 USC §1029/a/4.

<sup>40</sup> Amerikan hukukunda bu durum “inchoate offense” olarak isimlendirilir. Başlangıç aşamasındaki suç olarak tercüme edilebilen bu kavram başka bir suçun işlenmesine yönelik cezalandırılabilir bir fiil içeren suçlar olarak tanımlanabilir. [https://www.law.cornell.edu/wex/inchoate\\_offense](https://www.law.cornell.edu/wex/inchoate_offense), E.T. 05/02/2025.

mâhkumiyet yani bizdeki tekerrür kurumu doğrudan cezayı artırmayı gerektiren bir durum olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla önceden işlenmiş başka bir suçtan mâhkumiyeti varsa suçun cezası 20 yıla kadar hapis cezasına çıkmaktadır.

## B. Kanada

Kanada Ceza Kanunu'nun 9. bölümü “mülkiyet hakkına karşı suçlar” başlığını taşımaktadır. Bu bölümde kredi kartlarıyla ilgili sahtecilik, hırsızlık gibi fiiller müeyyide altına alınmaktadır<sup>41</sup>. Kanunun “hırsızlığa benzeyen suçlar” (*Offences Resembling Theft*) başlıklı bölümünün 342. maddesinde kredi kartlarına yönelik hukuka aykırı fiiller müeyyide altına alınmaktadır.

Kanada Ceza Kanunu da bizdeki TCK m.245/A düzenlemesine benzer düzenlemeler içermektedir. Kanada kanun koyucusu bizden farklı olarak bilişimle ilgili her bir suçun altına bizdeki TCK m.245/A'ya benzer bir düzenleme getirmiştir. Bir diğer ifadeyle bizim Kanunumuzda TCK m.245/A bilişim sistemi ve bilişim sisteminin araç olarak kullanıldığı tüm suçları kapsamakta iken, Kanada Kanun koyucusu kredi kartlarında sahtecilik suçunun altında ayrı, bilişim sistemine yetkisiz girme suçunun altında ayrı olacak şekilde daha kazuistik bir düzenleme getirerek bu suçların işlenmesini sağlayacak cihaz, aparat, malzeme bilgisayar programının yapılmasını, üretilmesini, ihraç edilmesini vs. yasaklamıştır. Kısaca bunlara bakacak olursak:

Örneğin, Kanada CK'nun mülkiyete karşı suçlar başlıklı 9. bölümünün 342.01 no.lu maddesinde kredi kartı verilerini kopyalamaya, sahte kredi kartı üretmeye veya taklidini yapmaya yönelik herhangi bir alet, cihaz, aparat, malzeme veya diğer bir şeyi yapan, onaran, satın alan, satan, Kanada'dan ihraç eden, Kanada'ya ithal eden veya bulunduran bir kişinin suç işlemiş sayılacağı ve 10 yılı aşmayan bir hapis cezasına çarptırılacağı düzenlenmiştir. Bu cihazların müsadere edileceği hüküm altına alınmıştır<sup>42</sup>.

Benzer bir düzenleme Kanada CK'nın 342.2 no.lu maddesinde de söz konusudur<sup>43</sup>. Bu madde de bilişim sistemine yetkisiz girme eyleminin işlenmesini sağlamak amacıyla tasarlanmış veya uyarlanmış bir cihazın yapılmasını, bulundurulmasını, satılmasını, satışa sunulmasını, ithal edilmesini, kullanılmasını, dağıtılmasını veya kullanıma sunulmasını yasaklamaktadır.

<sup>41</sup> Kanada Ceza Kanunu için bkz. <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-46/page-50.html#h-121811>, E.T. 22/12/2024.

<sup>42</sup> <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-51.html#docCont>, E.T. 22/12/2024.

<sup>43</sup> <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-46/page-51.html#docCont>, E.T. 22/12/2024.

## II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Bu suç tipiyle, bilişim suçlarının ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilecek suçların hazırlık hareketlerine bir cezai müeyyide öngörülerek cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodunun imal edilmesi, depolanması ve dolaşıma sokulması yasaklanmaktadır<sup>44</sup>.

Bu suç tipi bakımından korunan hukuki değer, esasen diğer bilişim suçlarıyla korunan ile benzerdir. Bireylerin, bilişim sistemlerinin doğru ve hatasız işleyişine ilişkin güvenleri korunmaktadır. Bilişim sistemleri aracılığıyla insanlar, bankacılık işlemleri, iletişim, ticari ilişkiler gibi birçok alanda hizmet almakta ve haliyle bu alanlar ceza hukukuyla korunmaya muhtaç hale gelmektedir. Bu suç tipi aynı zamanda bir tehlike suçu olduğundan toplum güvenliği de korunmaktadır<sup>45</sup>.

Bu suç tipiyle korunan hukuki değer yalnız başına bilişim sistemlerinin güvenilir işleyişine ilişkin toplumda oluşan güvenin olduğunu söylemek ise yeterli bir yaklaşım olmayacaktır. Zira bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar da bu suçun ilgi alanına girdiğinden diğer suçlarla korunan hukuki değerler de bu suç tipiyle korunmaktadır<sup>46,47</sup>. Bu bağlamda bu suçla korunan hukuki değer karma bir nitelik arz ettiği söylenmelidir<sup>48</sup>. Örneğin, bir başkasının özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerini sosyal medya platformlarında ifşa etmek amacıyla bir bilgisayar programının yapılması halinde hem özel hayatın gizliliği hem de bilişim sisteminin güvenilir işleyişi korunması gereken hukuki değerleri oluşturur<sup>49</sup>. Ya da başkasına ait gerçek bir kredi kartının kopyalanmasını sağlayan bir cihazın yasaklanmasıyla aynı zamanda kişilerin malvarlığı değerlerinin de korunmuş olacağı izahtan varestedir.

<sup>44</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 913.

<sup>45</sup> ÜNAL, s. 606; KAYA/ÇAKIR, s. 42; GÜL, Ahmet, *Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları*, Genişletilmiş, güncellenmiş ve yenilenmiş 3. baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 347; AKBULUT, *Bilişim Alanında Suçlar*, s. 349.

<sup>46</sup> TUNÇER, s. 1303. Hazırlık suçlarının, tehlike suçu olup olmayacağına ilişkin tartışmalar ve TCK m.245/A ve Alman Ceza Kanunu 202c maddesi bağlamında değerlendirmeler için bkz. KEÇELİOĞLU Elvan Keçelioğlu, "Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 25, Sa. 2, 08 Mayıs 2021, s. 458-459. Hazırlık suçu tehlike suçu arasındaki ilişki için bkz. YETKİN, s. 237 vd.

<sup>47</sup> DÜLGER, s. 488.

<sup>48</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1057.

<sup>49</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 44.

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### A. Tipikliğin Maddi Unsurları

##### 1. Fail

Suçun faili olmak bakımından Kanunda herhangi bir özellik aranmamıştır. Haliyle herkes bu suçun faili olabilir<sup>50</sup>. Maddede sayılan fiilleri gerçekleştirmek için failin bilgisayar veya bilişim uzmanı, hacker veya korsan olmasına gerek yoktur. Yasak cihaz veya programın ya da şifrenin oluşturulması, yapılması bu alandaki belirli bir uzmanlık bilgisini gerekli kılrsa da bu durum suçun özgü suç haline gelmesine imkan vermez.

Suçun bu alanda uzman bir kişi veya bir bilgisayar korsanı tarafından işlenmesi hali TCK m.61 bağlamında dikkate alınabilir<sup>51</sup>.

##### 2. Mağdur

Bazı suçlar bakımından toplumu oluşturan herkes geniş anlamda mağdur olabilir iken, belirli kişiler bu suçların işlenmesiyle münhasır olarak zarar görmüş de olabilirler. Böyle suçlarda toplumu oluşturan herkesin yanı sıra, zarar gören bu kişiler de suçun mağduru olarak kabul edilebilirler<sup>52</sup>. Bu suç bakımından da, bilgisayar programının, şifre veya sair güvenlik kodunun belirli bir kimseye ait olduğu hallerde bu kimselerin suçun mağduru olup olamayacakları tartışılmış olsa da bu görüşe katılamıyoruz. Zira TCK m.245/A ile bilişim suçlarının işlenmesine yönelik hazırlık hareketleri cezalandırılmış durumda olup, henüz daha belirli bir kişiye yönelmiş bir haksızlık gerçekleşmiş değildir<sup>53</sup>.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, ilgili suç tipi hazırlık hareketlerini cezalandırmaktadır. Henüz bilişim sistemlerine yönelik bir saldırı veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı bir suç mevcut değildir. Bu nedenle suçun mağduru toplumu oluşturan herkeştir<sup>54</sup>.

<sup>50</sup> TUNÇER, s. 1303; KAYA/ÇAKIR, s. 44; ÜNAL, s. 607; AKBULUT, s. 349; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1059. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Ceza Özel*, s. 913.

<sup>51</sup> ÜNAL, s. 607.

<sup>52</sup> TUNÇER, s. 1304; EREN, s. 225-226.

<sup>53</sup> TUNÇER, s. 1304; AKBULUT, s. 350.

<sup>54</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 914. AKBULUT, s. 350.

### 3. Suçun Konusu

#### a. Genel Olarak

Tipik hareketin yöneldiği kişi ya da şey, suçun konusunu ifade etmektedir. Eşya veya şahsın fiziki varlığı suçun konusunu oluşturur. Bu suçun konusunu “bilgisayar programı, cihaz, şifre veya sair güvenlik kodu” oluşturur<sup>55</sup>.

Bahsi geçen suç tipinin işlenmesiyle herhangi bir zarar veya tehlike ortaya çıkmadığından bu suç tipi soyut tehlike suçu olarak nitelendirilebilir<sup>56</sup>. Soyut tehlike suçlarında suçun konusu bakımından bir tehlikenin oluşup oluşmadığı hakim tarafından araştırılmamaktadır<sup>57</sup>. Hâkim, soyut tehlike suçu açısından tehlikenin somut olarak meydana gelip gelmediğini araştırıyor olsa da suçun oluşup oluşmadığı hususunda tehlike kaynakları üzerinde bir araştırma yapmalıdır.

TCK m.245/A açısından belirtmek gerekir ki, tek bir güvenlik kodu, şifre veya cihazın suçun konusu olabilmesi mümkündür. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi'nin 6. maddesinde, taraf devletlerin bu ve benzeri fiilleri suç sayma yükümlülüğünü yerine getirirken, cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da diğer güvenlik kodlarının belirli bir sayıda bulundurulmasının suçun oluşması için bir şart olarak aranabileceği belirtilmiştir<sup>58</sup>. Bununla birlikte bizim kanunumuz açısından, suçun konusu açısından böyle bir sayı sınırlaması getirilmemiştir<sup>59</sup>. Kanımca bu tutum isabetli olmuştur. Burada ilgili cihaz, bilgisayar programı, şifre ya da sair güvenlik kodunun nicelik miktarına bakmaksızın Kanunda bahsedilen suçları işlemeye özgülenmiş olup olmadığına ve ilgili nesnelere niteliğine bakılarak karar verilmesi gerekir<sup>60</sup>.

TCK m.245/A bakımından söyleyecek olursak; ilgili cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodlarının, madde hükmünde belirtilen suçların işlenmesine

<sup>55</sup> EREN, s. 226; AKBULUT, s. 350; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1057. Doktrinde farklı görüşler de mevcuttur. Örneğin Ünal'a göre, bilgisayar programı, cihaz, şifre veya sair güvenlik kodu fiil araçları olup, suçun konusu bilişim sistemleridir. ÜNAL, s. 608.

<sup>56</sup> AKBULUT, s. 349; APAYDIN, Cengiz, **Bilişim Sistemine Girme, Engelleme ve Bozma Suçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 624.

<sup>57</sup> Burada cezalandırmayı haklı gösteren tehlikelilik, hazırlık hareketi ile gelecekte gerçekleşen bir zarar eylemi arasındaki ilişkiden ileri gelmektedir. PUSCHKE, s. 12. (Akr. ÜNAL, s. 609).

<sup>58</sup> EREN, s. 226.

<sup>59</sup> EREN, s. 226. Doktrinde ise özellikle depolama ve bulundurma eylemleriyle sınırlı olmak üzere suçun maddi konusuna ilişkin bir sayı şartı getirilmesi önerilmektedir. Bkz. DÜLGER, s. 458.

<sup>60</sup> ÜNAL, s. 619. Başka bir görüş de sayı sınırlaması getirilmemesini isabetli bulurken, yalnızca “depolama ve bulundurma” seçimlik hareketleri bakımından bir sayı şartı getirilmesinin şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulamada gerçekleşmesi bakımından isabetli olacağını belirtmektedir. KARAKURT EREN, s. 226.

elverişli nitelik taşıyıp taşımadığına bakılması gerekir<sup>61</sup>. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus özellikle belirtilmiştir: Şayet bulundurulmuş cihaz, madde hükmünde belirtilen suçları işlemeye elverişli değilse suçun konusunun yokluğundan bahsedilir. Böyle bir durumda işlenemez suç söz konusu olacaktır<sup>62</sup>. Cihazın veya bilgisayar programının bu niteliğinin bulunup bulunmadığı hususunda ise bilirkişi raporu alınması isabetli olacaktır<sup>63</sup>.

***b. Münhasıran Bilişim Alanında İşlenen Suçlar veya Bilişim Sistemleri Aracılığıyla İşlenebilen Diğer Suçların İşlenmesinde Kullanılmak Üzere Yapılmış ya da Oluşturulmuş Olması***

TCK m.245/A düzenlemesinde yer alan suçun konusu, cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodudur. Burada akla şu soru gelebilir. Peki her cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu bu suçun konusunu oluşturabilecek midir yoksa bunların belli bir amaca özgülenmiş olması mı gerekecektir?

TCK m.245/A düzenlemesinde yukarıdaki sorunun cevabı bulunmaktadır. Buna göre, saydığımız nesnelere bu suçun konusunu oluşturabilmesi için, münhasıran bilişim alanında yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması gerekmektedir. Bu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu başlangıçta kanunun aradığı yasaklı amaçla üretilmiş olmasa bile sonradan bu suçları işlemek amacıyla uyarlanmış ise yine bunlar da suçun konusunu oluşturabileceklerdir<sup>64</sup>.

Bununla birlikte TCK m.245/A'nın madde metninde yer alan "... münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların..." ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. İlk kısımdan başlayacak olursak: "Münhasıran bu bölümde yer alan suçlar" ifadesinden Türk Ceza Kanunumuzun 10. bölümünde "bilişim alanında suçlar" başlığı altında yer alan suçlar anlaşılmalıdır. Bu husus-

<sup>61</sup> ÜNAL, s. 609.

<sup>62</sup> TEKİN, s. 52.

<sup>63</sup> "Tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay tarihinde Halk Bankası'na ait ATM'de bulunan kart takma yerine, kart kopyalama aparatı yerleştiği, Banka görevlilerinin ihbarı sonucunda sanığın ATM'ye yakın yerde yakalanarak, ATM'ye takılı vaziyette bulunan aparatın kolluk ekibi tarafından çıkartıldığı, sanığa ait cep telefonu ve ATM'ye takılı vaziyette ele geçen aparat üzerinde yapılan inceleme ile alınan Adli Bilirkişi Raporu'na göre, aparatın, ATM cihazına yerleştirilip kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalayıp şifrelerini ele geçirmeye yarayan aparat olduğu belirlenmiştir." **Yarg. 8. CD., 06.03.2024, 2555/2170.**

<sup>64</sup> EREN, s. 231.



ta bir tartışma zaten bulunmamaktadır. Bununla birlikte madde metninde yer alan “*bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, esas tartışmalı noktadır.

Öncelikle ifade edelim ki, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçların hangi suçlar olduğu bizatihi kanun koyucu tarafından ifade edilmiş olsaydı hem kanunilik ilkesi hem de bu tartışmaların önüne geçilmesi bakımından isabetli bir tutum olurdu<sup>65</sup>. Eğer bu ifade geniş bir şekilde yorumlanırsa, bilişim sistemlerinin hayatımızdaki önemi ve bilişim teknolojisindeki hızlı gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda, tüm suç türlerinin ilerde bilişim sistemleri kullanılarak işlenebileceği sonucu ortaya çıkabilir ve hükmün kapsamı bir anda tüm suçları kapsayacak şekilde genişleyebilir<sup>66</sup>. Ancak bu tür bir yorum, Türk Ceza Kanunu’nun 245/A maddesinin kanunilik ilkesiyle çatışmasına ve özellikle belirlilik ilkesine aykırı bir şekilde uygulanmasına neden olabilecek mahiyet taşıyabilecektir<sup>67</sup>. Bununla birlikte bizim de iştirak ettiğimiz bir başka görüşe göre, hükmü dar yorumlamak ve sadece bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmeleri suçun nitelikli hali sayılan suçlar<sup>68</sup> ile bu hükmü sınırlandırmak gerekir<sup>69</sup>. Ancak hangi sonuca varılırsa varılırsın kanunilik ilkesi bağlamında madde metnindeki belirttiğimiz sorunun giderilmesi gerekmektedir. Kanun koyucunun, bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların hangi suçlar olduğunu açıkça düzenlemesi gerekirdi. Çalışmanın devamında cihaz, bilgisayar programı, şifre ve sair güvenlik kodu terimlerinden ne anlaşılması gerektiğini belirtmeye çalışacağız.

<sup>65</sup> KORKMAZ, İbrahim, “Cihaz, Program, Şifre ve Güvenlik Kodlarının Bilişim Suçlarının İşlenmesi Amacıyla Bulundurulması, İmal ve Ticareti Suçu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, Sa. 142, s. 52.

<sup>66</sup> EREN, s. 231. Örneğin doktrinden bir görüş buna yakın bir yorumu benimsemekte ve tehdit, hakaret, şantaj, hırsızlık, dolandırıcılık, zimmet, sahtecilik, haberleşmenin gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi, suç işlemeye tahrik, halkı kin ve düşmanlığa tahrik, müstehcenlik, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama, devlet sırlarının ifşası, fikri hakların ihlali gibi çok sayıda suçun bilişim sistemi aracılığıyla işlenmesinin mümkün olduğunu, bu suçların gerçekleştirilmesine yönelik olarak cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun sağlanmasına yönelik olarak gerçekleştirilen fiillerle TCK’nın 245/A maddesinde düzenlenen suçun oluşmasının mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz. GÜL, Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları, s. 242. Bir başka benzer görüşe göre ise, örneğin, kişisel verilen ele geçirilmesi veya hukuka aykırı olarak kaydedilmesi için cihaz veya bilgisayar programı geliştirilmesi halinde de TCK m.245/A uygulanabilecektir. AKBULUT, s. 354.

<sup>67</sup> EREN, s. 231.

<sup>68</sup> TCK’da bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmeleri suçun nitelikli hali olarak düzenlenen suçlar, nitelikli hırsızlık (TCK 142), nitelikli dolandırıcılık (TCK 158), kumar oynanması için yer ve imkan sağlama (TCK 228) suçlarıdır. EREN, s. 231, dn. 45.

<sup>69</sup> EREN, s. 231. Krş. ÜNAL, s. 604.

### c. Cihaz

Cihaz temel olarak ‐alet‐, ‐aygıt‐ anlamına gelen bir sözcüktür<sup>70</sup>. TCK ve Sözleşme’de cihaz kavramı tanımlanmış değildir. Cihaz bir donanım unsuruna sahip olan cismani bir varlığı bulunan bir aygıt olarak tanımlanabilir<sup>71</sup>. Cihaz gerektiği zaman bilişim sistemine bağlanabilme veya çıkarılabilme özelliğini haizdir<sup>72</sup>. Bir cihazın bu madde kapsamında suçta konu olabilmesi için mutlaka ileri teknoloji gerektiren bir cihaz olması gerekli bir şart değildir<sup>73</sup>.

Söz konusu cihazın bu suçta konu olabilmesi için bilişim suçlarının veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılmasıyla işlenen diğer suçların gerçekleştirilmesine özgülünmüş olması gerekmektedir<sup>74</sup>. Bu bağlamda örneğin, ATM cihazlarında kart ya da para sıkıştırma için kullanılan saç tokası veya basit bir aparat ya da sahte kart üretebilmek için hazırlanan beyaz plastik kartlar bu suçun konusu olamazlar<sup>75</sup>. Maddede yer verilen amaçları gerçekleştirme niteliği taşımayan şeyler yasak cihaz ve programlar suçunun konusunu oluşturmazlar<sup>76</sup>.

Yasak kapsamında olan cihazları belirlerken önemli bir sorun olarak çift kullanımlı nesnelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği meselesi ile karşılaşılabilir<sup>77</sup>. Nitekim Siber Suç Sözleşmesi taslağı hazırlanırken de bu konu gündeme gelmiş ve cihazların münhasıran ya da spesifik olarak suç işlemek üzere tasarlanmış cihazlarla sınırlı tutulması ve dolayısıyla çift kullanımlı cihazların kapsam dışı bırakılması konusu ayrıntılı olarak tartışılmıştır<sup>78</sup>. Ancak böyle bir düzenlemenin hükmün kapsamını çok fazla daraltacağı ve pratikte uygulanamaz veya çok nadir hallerde uygulanabileceği sorununu doğuracağı endişesiyle bundan vazgeçilmiştir<sup>79</sup>. Bizim Kanunumuz bakımından da çifte kullanımlı cihazların söz konusu olması halinde münhasıran bilişim alanında yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması veya oluşturulması gereklili-

<sup>70</sup> <https://sozluk.gov.tr/>, E.T. 22/12/2024.

<sup>71</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1057.

<sup>72</sup> ÜNAL, s. 610.

<sup>73</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1058.

<sup>74</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1058; EREN, s. 227.

<sup>75</sup> EREN, s. 227.

<sup>76</sup> ‐sanklarda ele geçen ATM cihazlarına yerleştirilip kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalayıp şifrelerini ele geçirmeye yarayan cihaz ve düzeneklerde‐ **Yarg. 8. CD., 26/10/2022, 18538/15447**.

<sup>77</sup> KAYA/ÇAKIR, s.

<sup>78</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 73. <https://rm.coe.int/16800cce5b>.

<sup>79</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, para. 73. <https://rm.coe.int/16800cce5b>.

ğinden hareket ederek bir sonuca ulaşmak gerekmektedir. Madde metninde kullanılan bu amaç unsuru suçun konusu olabilecek nesnelere bakımından sınırlayıcı bir fonksiyon ifa etmektedir.

Aşağıdaki örneklerde ise söz konusu cihazlar bu suçun konusunu oluşturabilecektir. Kibrit kutusu büyüklüğünde olan ve “papağan” olarak da adlandırılan kart okuyucu (*reader*) cihazı sayesinde, kredi kartı veya banka kartı içindeki tüm bilgiler kopyalanabilmekte sahte banka veya kredi kartı üretilmesine zemin hazırlanabilmektedir<sup>80</sup>. Bu cihazla elde edilen kart bilgileri kodlayıcı (*encoder*) adlı cihazla boş bir kartın arkasındaki manyetik kısma yüklenmekte ve bu sayede sahte banka veya kredi kartları üretilmektedir.

Faillerin sıklıkla başvurduğu bir diğer yöntem de ATM’lerin kart sokulan yerlerine takılan “skimmer” adlı cihazla kart bilgilerini elde etmeleridir<sup>81</sup>. Bu cihazla kartın manyetik şeridindeki bilgiler ele geçirilmektedir. ATM’ye yerleştirilen tuş kaydedici klavye (*pinpad*) ya da klavyeyi gösteren gizli bir kamera ile de mağdurun şifresi ele geçirilmektedir<sup>82</sup>. Sonucunda TCK m.245’deki suçlar işlenmektedir.

#### **d. Bilgisayar Programları**

TCK’da bilgisayar programının tanımına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte “5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’ndaki” düzenleme yol gösterici olabilir. Tanımlar başlığını taşıyan mezkûr düzenlemeye göre bilgisayar programı; “bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını” ifade etmektedir (FSEK 1/B-g)<sup>83</sup>.

TCK m.245/A maddesinde bahsi geçen bilgisayar programları ise bilişim sistemlerini çökmesine sebebiyet veren, bilişim sistemlerine hukuka aykırı bir şekilde girilerek verilerin ele geçirilerek başka bir yere transferini sağlayan veya kişinin malvarlığında bir zarar meydana getiren programlardır. Doktrinde bu programlar kötücül yazılımlar olarak adlandırılmaktadır<sup>84</sup>. Kötücül yazılımlar, kullanıcının haberi olmadan veya kullanıcıyı yanıltarak sistemlere bulaşmaktadır<sup>85</sup>. Tıpkı yasaklı cihazlarda olduğu gibi bilgisayar programlarının suçun ko-

<sup>80</sup> AKBULUT, s. 350.

<sup>81</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1058.

<sup>82</sup> AKBULUT, s. 350-351.

<sup>83</sup> TUNÇER, s. 1308.

<sup>84</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1058; Akbulut, s. 351.

<sup>85</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1058.

nusu kapsamında olması için suça özgülümlenmiş olması gerekmektedir<sup>86</sup>. Programın niteliğinde bir suça özgülleme durumu anlaşılamiyorsa uygunsuz kullanım cezai sorumluluk doğurmamalıdır. Bunlara örnek olarak, virüsler, bilgisayar solucanları (*worms*), klavye dinleme sistemleri, tuş kaydediciler, truva atları, casus yazılımlar, mesaj sağanıkları, telefon çeviriciler, arka kapılar verilebilir<sup>87</sup>.

### e. Şifre

Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğünde şifre “açık bir metnin karakterlerinin bir algoritma uygulanarak başka karakterlerle yer değiştirilmesi ya da bu karakterlerin sıralarının değiştirilmesi gibi yöntemlere dayanarak metnin içeriğinin gizlenmesi ya da bu işleme tabi tutulmuş metin” şeklinde tanımlanmaktadır<sup>88</sup>.

Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi 6. madde hükmünde şifre “bir bilgisayar sisteminin tamamına ya da bir kısmına erişimi mümkün kılan” şeklinde ifade edilmektedir. TCK m.245/A düzenlemesinde şifre kavramı kullanılmış olsa da buna ilişkin bir nitelendirme veya fonksiyon tanımı yapılmadığı için hangi tür şifrelerin suçun konusu kapsamında kalabileceği tartışılmıştı<sup>89</sup>. Belirsizliğin giderilmesi ve hangi tür şifrelerin suçun konusunu oluşturabileceği meselesi bakımından Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan tanımdan hareket edilebilir. Buna göre bir bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına erişimi mümkün kılan dijital kilit şeklinde bir anlamlandırma yapılarak şifre kavramının tanımı sınırlandırılabilir<sup>90</sup>.

### f. Sair Güvenlik Kodu

Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğünde “sair güvenlik kodu” teknik bir terim olarak tanımlanmış olmasa da, kod ifadesinin tanımı bulunmaktadır. Bu tanıma göre, kod “bir veri kümesinin tüm öge veya simgelerine bir standarda göre bağlanan sayısal karşılıkların bütünü” anlamına gelmektedir<sup>91</sup>.

<sup>86</sup> ÜNAL, s. 611. Bilgisayar programları bakımından da tıpkı cihazlarda olduğu gibi çifte kullanımlı nesnelere sorunu gündeme gelebilir. Yukarıda Sözleşmenin açıklayıcı memorandumunda (73. para.) konunun değerlendirildiğini ve dile getirilen endişeleri belirtmiştik. Bilgisayar programları bakımından bu programın niteliğine bakılması ve Kanunda belirtilen suçları işlemeye özgülümlenmiş olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir.

<sup>87</sup> ÜNAL, s. 613; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1059; AKBULUT, s. 352.

<sup>88</sup> <https://terim.tuba.gov.tr/>, E.T. 22/12/2024.

<sup>89</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1059. EREN, s. 229.

<sup>90</sup> EREN, s. 226.

<sup>91</sup> <https://terim.tuba.gov.tr/>, E.T. 22/12/2024. Sair güvenlik kodu ifadesinin kanunilik ilkesi bağlamında problemli olduğu ileri sürülebilir. Bununla birlikte şifre dışında pek çok farklı nitelikte güvenlik kodunu kapsamına alabilmesi bakımından bu kullanım şeklinin isabetli olduğunu söylemek gerekir. Krş. TUNÇER, s. 1310; ÜNAL, s. 615.

Öğretide sair (diğer) güvenlik kodlarının, bilişim teknolojisi güvenliğini sağlamak amacıyla oluşturulmuş ek kodlar olduğu ifade edilmektedir. Şifre dışında, güvenlik amacıyla kullanılan ses, retina, parmak izi ya da avuç izi tanıma gibi biyometrik özellikler ile kredi kartlarının arka yüzünde bulunan CVC2 ya da CID gibi güvenlik kodları bunlara örnek olarak gösterilmektedir<sup>92</sup>.

Tıpkı şifrelerde olduğu gibi sair güvenlik kodlarından hangilerinin yasaklı oldukları ile ilgili bir madde metninde eksiklik söz konusu olsa da, bu eksiklik “bir bilişim sisteminin tamamına veya bir kısmına erişimi mümkün kılan” nitelendirmesinin getirilmesi ile giderilebilecek mahiyettedir<sup>93</sup>.

#### 4. FİİL

TCK m.245/A düzenlemesine göre yasaklanan eylemler, “*münhasıran bilişim alanında yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun imal edilmesi, ithal edilmesi, sevk edilmesi, nakledilmesi, depolanması, kabul edilmesi, satılması, satışa arz edilmesi, satın alınması, başkalarına verilmesi veya bulundurulmasıdır*”. Sayılan hareketlerden birinin icrasıyla suç tamamlanmış olacaktır. Bu bağlamda suçun seçimlik hareketli bir suç olduğunu söylemek gerekir. Suç, yalnızca madde metninde sayılan hareketler ile işlenebildiği için aynı zamanda bağlı hareketli bir suçtan bahsetmek gerekir<sup>94</sup>. Ayrıca herhangi bir zarar koşulu aranmadığı için suçun soyut tehlike suçu olduğunu söylemek gerekir<sup>95</sup>.

Seçimlik hareketlerden her birisinin aynı konuya yönelmiş olması koşuluyla hareketlerden birkaçının ya da hepsinin icra edilmiş olması suçun da birden fazla olduğu anlamına gelmeyecektir<sup>96</sup>. Burada suçun konusunun aynı olup olmadığına bakmak gerekir. Örneğin fail başkasına ait banka veya kredi kartı bilgilerini kopyalamak amacıyla ATM’ye yerleştirmek üzere bir cihaz satın alsa sonra da bu bilgileri boş plastik beyaz kartlara yüklemek üzere bir bilgisayar programı oluştursa bu durumda iki ayrı suçun olduğundan bahsetmek gerekir. Zira icra hareketlerinin yöneldiği suçun konusu farklıdır. Bununla birlikte farklı bir örnekte, failin öncelikle yasaklı bilgisayar programını üretmesi sonra da

<sup>92</sup> DÜLGER, s. 457; AKBULUT, s. 353.

<sup>93</sup> EREN, s. 230.

<sup>94</sup> KAYA/ÇAKIR, s. 45; AKBULUT, s. 355; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1060.

<sup>95</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1060; AKBULUT, s. 355.

<sup>96</sup> ÜNAL, s. 616; EREN, s. 233; AKBULUT, s. 355.

bunları satışa arz etmesi halinde artık tek suçun varlığından söz etmek gerekir. Zira suçun konusu tektir<sup>97</sup>. Birden fazla seçimlik hareketin icra edilmesi somut cezanın belirlenmesi bakımından göz önüne alınabilir.

Avrupa Siber Suç Sözleşmesinin 6. maddesine yasaklanan eylemlere baktığımızda ise bunların “üretim, satış, kullanım amaçlı tedarik edilmesi, ithal edilmesi, dağıtımını veya başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi” fiilleri olduğunu görmekteyiz. Sözleşmede sayılan seçimlik hareketler, TCK’ya göre daha geniştir. Sözleşmedeki “başka bir şekilde erişilebilir hale getirilmesi” ifadesi hareket unsurunu oldukça genişletmektedir<sup>98</sup>. TCK m.245/A bakımından kanunilik ilkesi bağlamında böyle bir seçimlik harekete yer verilmemesi isabetli olmuştur<sup>99</sup>.

Doktrinde seçimlik hareketler arasında “yayma” hareketinin sayılmaması bir eksiklik olarak nitelendirilmiş olsa da<sup>100</sup>, sevk etme ve nakletme hareketlerinin “yayma” hareketini de kapsadığı kanaatinde olduğumuzdan bu husus bir eksiklik oluşturmamaktadır<sup>101</sup>.

Seçimlik hareketleri sırayla inceleyecek olursak:

**İmal etme;** bir cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun kullanılabilir şekilde fiili olarak üretilmesi anlamına gelmektedir<sup>102</sup>. Cihaz, fiziksel varlığı olan işlevsel bir donanım olarak tanımlanır. Bu anlamda, cihazın oluşabilmesi için bileşenlerinin, örneğin kablo veya elektriksel parçalar gibi teknik işlemlerle bir araya getirilerek bağımsız bir şekilde ortaya çıkması gerekmektedir<sup>103</sup>. Cihaz kendini oluşturan parçalardan ayırt edilebilmelidir. Diğer yandan, cihazın parçalarının fail tarafından doğrudan üretilmiş olması zorunlu değildir<sup>104</sup>.

Programın, şifre veya sair güvenlik kodunun imal edilmesi de bu suç kapsamındadır. Program, şifre ve sair güvenlik kodunun, cihaz gibi fiziksel bir var-

<sup>97</sup> ÜNAL, s. 616.

<sup>98</sup> StGB m.202c’de de bu fiile aynı şekilde yer verildiğini görmekteyiz.

<sup>99</sup> AKBULUT, s. 346.

<sup>100</sup> AKBULUT, s. 357.

<sup>101</sup> ÜNAL, s. 617.

<sup>102</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1060; AKBULUT, s. 355; TUNÇER, s. 1312.

<sup>103</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1060.

<sup>104</sup> AKBULUT, s. 355; KAYA/ÇAKIR, s. 45; TUNÇER, s. 1312; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, s. 1060.

lığı bulunmamaktadır. Yeni bir program imal edilebileceği gibi mevcut bir programın çeşidinin üretilmesi de suç kapsamındadır<sup>105</sup>.

**İthal etmek**, suçun konusunun yurt dışından ülkeye getirilmesi anlamına gelmektedir. Cihazın ithal edilmiş sayılması için doğrudan cihazın kendisinin ithal edilmesi gerekir. Fiziki parçalarının ithal edilip, birleştirilmesi bu seçimlik hareket kapsamında değerlendirilemez<sup>106</sup>. Fiziksel varlığı bulunmayan program, şifre veya sair güvenlik kodunun ithal edilmesinden ise, bunların bir USB bellek ya da hafıza kartı içerisinde taşınarak ülkeye sokulması anlaşılmalıdır<sup>107</sup>.

İthal etmenin söz konusu olması için bunların mutlak surette sınır kapısından geçişinin aranması da isabetli değildir. Önemli olan suç konusu olan cihaz, program veya güvenlik kodunun yurt dışından yurt içine aktarılmasıdır. Örneğin yurt dışından bedeli ödenerek internet ortamından indirilmiş bir program da pek tabii bu kapsamda sayılabilecektir<sup>108</sup>. Yurt dışından ithal etmek düzenlenmekle beraber, ihraç etmek düzenlenmediği için bu niteliği taşıyan eylemler sevk etme veya nakletme kapsamında değerlendirilebilir<sup>109</sup>.

**Sevk etmek** fiilinden, suç konusu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun araçlar vasıtasıyla alıcılara ulaştırılması anlaşılmalıdır<sup>110</sup>. Sevk etme fiilinin yurt içinden veya dışından olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>111</sup>.

**Nakletmek** ise suça konu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun bizatihi fail tarafından alıcıya yönlendirilmesi veya teslim edilmesidir<sup>112</sup>. Sevk etme fiilinde araçlar vasıtasıyla ulaştırma hali söz konusu iken, nakletme fiilinde bizzat fail alıcıya ulaştırmaktadır<sup>113</sup>. Bu hareketlerin muhakkak fiziki alanda gerçekleşmesi şart olmayıp, bilişim/ internet alanında da icra edilmesi mümkündür<sup>114</sup>.

<sup>105</sup> ÜNAL, s. 617; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1060.

<sup>106</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1060.

<sup>107</sup> TUNÇER, s. 1313.

<sup>108</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1060; Akbulut, s. 356.

<sup>109</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1061.

<sup>110</sup> AKBULUT, s. 356.

<sup>111</sup> AKBULUT, s. 356.

<sup>112</sup> AKBULUT, s. 356.; TUNÇER, s. 1313; ÜNAL, s. 618.

<sup>113</sup> ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1061.

<sup>114</sup> ÜNAL, s. 618.

“**Depolama ve bulundurma**” seçimlik hareketleri, birbirine yakın anlamlar taşımaktadır. Doktrinde de ifade edildiği üzere aynı veya birbirine çok benzer anlamları taşıyan bu ifadelerin aynı suçta kullanılması isabetli olmadığını söylemek gerekir<sup>115</sup>. Bu seçimlik hareketler, bir cihazın, programın, şifrenin veya sair güvenlik kodunun talep edilmesi durumunda erişilebilecek bir konumda tutulmasını ifade eder. Her iki durumda da, fiili kontrolün söz konusu olduğu bir durumdan bahsedilmelidir. Bu seçimlik hareketler temadi etmektedir. Cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodu elde bulunduruldukları süre boyunca suç işlenmeye devam etmektedir.

Cihaz bakımından depolama veya bulundurmanın nasıl yorumlanacağı hususunda bir tartışma olmasa da, fiziksel varlığı bulunmayan program, şifre veya sair güvenlik kodu bağlamında hangi eylemlerin depolama veya bulundurma sayılabileceği hususunun tartışılması gerekir. Örneğin program veya şifreyi kaydetme bulundurma sayılacak mıdır? Şüphesiz bu soruya olumlu cevap vermek her ihtimalde mümkün olmayacaktır. Örneğin bulut bilişim alanına yapılan bir kayıt depolama/bulundurma sayılmayabilir<sup>116</sup>.

Bir diğer seçimlik hareket ise “**satmak ve satın almaktır**”. Satmak, önceden kararlaştırılan bir meblağ karşılığında cihazın, bilgisayar programının, şifrenin veya sair güvenlik kodunun alıcıya teslim edilmesidir. Satın almak ise bu saydığımız suçun konusunu oluşturan nesnelere alınmasını ifade eder<sup>117</sup>. Satışa arz etme ise satmaktan farklı bir fiil olup, suç konusu şeyin satılmasına yönelik bir iradenin ortaya konmasını ifade eder. Bu irade üreticinin satış politikası veya reklamlarıyla ortaya konulabilir. Satışa arz etme de başlı başına cezalandırılmaktadır<sup>118</sup>. Bu seçimlik hareketin gerçekleşmesi için belirli bir alıcının bulunması gerekmez<sup>119</sup>.

“**Kabul etme**”, bir bedel ödenmeksizin suç konusu cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun alınması anlamına gelir. Bir diğer seçimlik hareket olan “**başkasına verme**” de ise bir ücret alınmaksızın suç konusu şeyin başkasına verilmesi anlaşılmalıdır<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> ÜNAL, s. 617-618.

<sup>116</sup> ÜNAL, s. 618.

<sup>117</sup> ÜNAL, s. 618.; KAYA/ÇAKIR, s. 46.

<sup>118</sup> ÜNAL, s. 620.

<sup>119</sup> TUNÇER, s. 1316.

<sup>120</sup> TUNÇER, s. 1315.



Yukarıda TCK m.245/A’da yer alan suçun seçimlik hareketlerini incelemeye ve tanımlamaya çalıştık. Suç bazı seçimlik hareketler bakımından mütemadi bazıları bakımından ise ani suç vasfı taşımaktadır<sup>121</sup>. Örneğin bulundurma ve depolama eylemleri açısından söz konusu hareketlerin icraları devam eden özellik gösterdiği için suç, kesintisiz suç özelliği taşımaktadır, diğer hareketler bakımından ise suçun ani suç özelliği taşıdığını söylemek gerekir<sup>122</sup>. Suçun ani suç mu yoksa mütemadi suç mu olduğu hususu iki açıdan önemlidir. Mütemadi suçlarda, suçun işlenmeye başlandığı yer ve zaman değil, kesintinin gerçekleştiği yer ve zaman dikkate alınır. Bu tespitin önemli bir başka yönü ise iştirak açısından karşımıza çıkar. Mütemadi suçlarda kesintinin gerçekleştiği ana kadar suça iştirak mümkündür.

Dikkat edilecek olursa, suçun oluşumu için kanun koyucu ayrıca bir netice aramamıştır. Suçun oluşumu için madde metninde sayılan seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi yeterli kabul edilmiştir. Bu bağlamda suç soyut tehlike suçu mahiyetindedir<sup>123</sup>.

## B. Tipikliğin Manevi Unsurları

Yasak cihaz ve programlar suçu yalnızca kasten işlenebilir. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Tipikliğin tüm maddi unsurları failin bilgisi dahilinde olmalıdır. Fail, cihaz, bilgisayar programı, şifre veya sair güvenlik kodunun bu maddede sayılan suçları işlemek amacıyla oluşturulmuş olduğunu bilmelidir<sup>124</sup>.

Suçun oluşumu için kastın yanı sıra failde amaç aranıp aranmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar, madde metninde yer alan “TCK’nın bilişim alanında işlenen suçlar bölümünde ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi için yapılması ya da oluşturulması durumunda” ifadesinden çıkmaktadır. Bir görüşe göre, suçun oluşumu için kastın yanı sıra failde bu yönde bir amaç da bulunması gerektiğinden genel kast değil, özel kast aranır. Üstelik bu yaklaşım Sözleşme’nin 6. maddesi ile de uyumludur. Zira Sözleşme’nin 6. maddesiyle yasa dışı erişim, yasa dışı araya girme, verilere müdahale fiillerinin gerçekleştirilmesinde kullanılmaları amacıyla bilgisayar şifresi, erişim kodu veya benzeri bir verinin ya da söz konusu fiilleri işlemek amacıyla bilgisayar programı dahil tasarlanmış veya

<sup>121</sup> EREN, s. 235; DÜLGER, s. 458.

<sup>122</sup> EREN, s. 235.

<sup>123</sup> EREN, s. 235.

<sup>124</sup> TUNÇER, s. 1317.

uyarlanmış cihazın üretimini, satışını, kullanım amaçlı tedarikini, ithalini, dağıtımını veya başka şekilde erişilebilir hale getirilmesini suç haline getirme yükümlülüğü öngörülmüştür<sup>125</sup>.

Kanaatimce, suçun oluşum için kastın varlığı yeterli olmayıp, kastın yanı sıra amaç unsurunun da bulunması gerekir. Cihazın, bilgisayar programının, şifre veya sair güvenlik kodunun münhasıran bilişim alanında yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların işlenmesi amacıyla oluşturulması gerekir. Bu kapsamda örneğin bir bankacılık veya sağlık sisteminin güvenlik açığının bulunup bulunmadığının test edilebilmesi gibi meşru bir amaçla bir bilgisayar programının üretilmesi (örneğin sızma testinin yapılması) suç teşkil etmeyecektir<sup>126</sup>.

İfade edelim ki kanun koyucunun TCK m.245/A'da suçun manevi unsuru açısından böyle bir amaç unsuruna yer vermesi isabetli olmuştur. Hazırlık hareketlerini cezalandıran soyut tehlike suçlarını sınırlamada amaç veya saik unsuru cezalandırılabilirlik alanının sınırlanması bağlamından önemli bir görev üstlenmektedir<sup>127</sup>. Soyut tehlike suçlarında sıradan bir hareket değil belli bir amaçla gerçekleştirilen hareket cezalandırılmaktadır<sup>128</sup>.

Olası kastla işlenip işlenemeyeceği meselesini ele aldığımızda ise, madde metninde amaç unsuruna yer verilmesi dolayısıyla suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini söylemek gerekir. Suçun olası kastla işlenemeyeceği kanaatindeyiz<sup>129</sup>.

Bu suç bakımından kastı kaldıran hata halleri gündeme gelebilecektir. Örneğin bilişim alanında suçları işlemek amacıyla üretilen bir bilgisayar programını bu özelliğini bilmeden indiren bir failin kasten hareket ettiği söylenemez. Düşüğü hata TCK m.30/1 hatası mahiyetindedir. Taksirli şekli de kanunda suç olarak düzenlenmediğinden failin cezai sorumluluğu söz konusu olmayacaktır<sup>130</sup>.

<sup>125</sup> EREN, s. 236. Krş. TUNÇER, s. 1317; ÜNAL, s. 622-623; KAYA/ÇAKIR, s. 47.

<sup>126</sup> EREN, s. 237; ÜNAL, s. 621.

<sup>127</sup> EREN, s. 235. 623.

<sup>128</sup> ÜNAL, s. 622. Hazırlık hareketlerinde hazırlığın subjektif yönüne ilişkin açıklamalar için bkz. YETKİN, s. 439.

<sup>129</sup> ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Ceza Genel, s. 410; Veli Özer ÖZBEK/ Koray DOĞAN/ Serkan MERAKLI/ Pınar BACAŞSIZ/ İsa BAŞBÜYÜK, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, Y. 2024, s. 127. ÜNAL, s. 623; TUNÇER, s. 1319; EREN, s. 237. Amaç unsuru bulunan suçlarında da olası kastla işlenebileceğine ilişkin farklı görüş için ise bkz. DÜLGER, Murat, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023, s. 467.

<sup>130</sup> ÜNAL, s. 623.

### C. Hukuka Aykırılık Unsuru

Doktrinde, CMK m.134’te düzenlenen “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” koruma tedbirinin bu suç tipi bakımından görevin ifası veya kanun hükmünü icra (TCK m.24, f.1) kapsamına girdiği belirtilmektedir<sup>131</sup>. Keza sızma testlerinin de görevin ifası hukuka uygunluk sebebi kapsamında kalabileceği belirtilmektedir.

“Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelikte” sızma testinin tanımı şu şekilde yapılmıştır: “Sistemin güvenlik açıklarını istismar edilmeden önce tespit etmek ve düzeltmek amacıyla gerçekleştirilen güvenlik testleri” sızma testini ifade eder (m.3/1-ğğ).

TCK m.245/A’nın gerekçesinde de “bu tür cihaz ve programların, bilişim güvenliğini test etmek amacıyla yapılmasının veya oluşturulmasının suç oluşturmayacağına” vurgu yapılmaktadır. Bununla birlikte hangi gerekçeyle suç oluşturmayacağına ilişkin bir belirleme madde gerekçesinde bulunmamaktadır<sup>132</sup>.

Yukarıda bahsettiğimiz örnekler doktrinde bu suç bakımından gerçekleşmesi muhtemel hukuka uygunluk hallerine örnek olarak verilse de kanaatimce bu örnekler isabetli değildir. Bu örneklerde suç oluşmadığı doğrudur ancak gerekçesi yanlıştır. TCK m.245/A’daki suçun oluşması için kanun koyucu failde kastın yanı sıra bir de amaç aramıştır. Buna göre, seçimlik hareketlerin, bilişim alanında suçların ya da bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen suçların işlenmesi amacıyla icra edilmesi gerekir. Oysa yukarıdaki ihtimallerde delil elde etmek veya güvenlik açıklarını test edebilmek gibi meşru amaçlarla bilgisayar programı veya cihazlar kullanılmaktadır. Bu nedenle ilgili fiillerin suç oluşturmaması hukuka uygunluk nedeninden yararlandıkları için değil, amaç unsuru bulunmadığı içindir. Bahsedilen fiiller tipe uygun değildir<sup>133</sup>.

## V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

Yasak cihaz ve programlar suçu, bulundurma veya depolama şeklindeki seçimlik hareketleri hariç sırf hareket suçu mahiyetindedir<sup>134</sup>. Sırf hareket suçla-

<sup>131</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 915.

<sup>132</sup> ÜNAL, s. 625.

<sup>133</sup> EREN, s. 238; ÜNAL, s. 626. Krş. TUNÇER, s. 48.

<sup>134</sup> ÜNAL, s. 627. Hazırlık kaynaklı ceza sorumluluğunda teşebbüs sorununa ilişkin görüşler için (şekli bakış açısıyla hareket eden görüşler-maddi bakış açısıyla hareket eden görüşler) bkz. YETKİN, s. 464, 479. Hazırlık kaynaklı ceza sorumluluğunda teşebbüse ilişkin değerlendirme için bkz. YETKİN, s. 489.

rında, suçun oluşması için kanuni tarifte yer alan hareketin yapılması yeterli olup, ayrıca dış dünyada bir değişikliğin meydana gelmesi gerekmez. Sırf hareket suçlarında teşebbüs ancak hareketin kısımlara bölünebildiği durumlarda mümkündür<sup>135</sup>.

Bu bilgiler ışığında yasak cihaz ve programlar suçunu oluşturan seçimlik hareketlerden bölünebilir nitelikte olanlar bakımından suça teşebbüs söz konusu olabilir. Temadi özelliği gösteren bulundurma veya depolama seçimlik hareketlerinde ise suça teşebbüs ancak ele geçirme anına kadar mümkündür<sup>136</sup>. Fail, suça konu cihaz, program, şifre veya sair güvenlik kodunu kendi egemenlik alanına geçirmesiyle suç tamamlanmış olacaktır olup failin elinde bulundurduğu veya depoladığı süre dahilince suç işlenmeye devam edecektir<sup>137</sup>.

Örneğin bilişim alanında suçları işlemekte kullanmak üzere bir cihazın imaline başlanmış ancak polis baskını yapılması nedeniyle imalat yarıda kalmış ise teşebbüs hükümlerinden söz etmek gerekecektir<sup>138</sup>.

Seçimlik hareketler arasında yer alan satma ve satışı arz etme eylemleri açısından ise suçun teşebbüse elverişli olduğunu söylemek zordur. Bir kere satışı arz etme fiili zaten arz ettiği özellik itibariyle teşebbüs niteliğinde bir hareket olup; kanun koyucu suç tanımında yaptığı tercihle bu hareketin tamamlanmış suç gibi cezalandırılacağını hükme bağlamıştır<sup>139</sup>. Satışı arz etme fiili teşebbüs suçu olduğundan ayrıca teşebbüse elverişli değildir. Satma seçimlik hareketi bakımından da suç teşebbüse elverişli değildir. Zira satma eylemi bakımından teşebbüs kapsamında değerlendirilebilecek olan hareketler zaten satışı arz etme oluşturacağından satma hareketi bakımından da suç teşebbüse elverişli değildir<sup>140</sup>.

TCK m.245/A “yasak cihaz ve programlar suçuna” teşebbüs yukarıda açıklanan konular bağlamında mümkün olabileceğinden, bu suç bakımından gönüllü

<sup>135</sup> TUNÇER, s. 1322. AKBULUT, s. 359 vd.; DÜLGER, s. 459; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 1035; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 915; KORKMAZ, s. 53. Bununla birlikte, TCK m.245/A düzenlemesi zaten hazırlık hareketi niteliğindeki eylemleri cezalandırdığı için yasak cihaz ve programlar suçuna teşebbüsü mümkün görmeyen bir görüş de bulunmaktadır. GÜL, s. 350. Hazırlık suçlarına teşebbüsün kabul edilmesi, zaten öne alınmış ceza sorumluluğunun bir kez daha ve neticede aşırı derecede genişletilmesi anlamına gelir şeklindeki görüş için bkz. YETKİN, s. 489 vd.

<sup>136</sup> ÜNAL, s. 627.

<sup>137</sup> ÜNAL, s. 627.

<sup>138</sup> AKBULUT, s. 360; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 915; DÜLGER, s. 459; KORKMAZ, s. 53. EREN, s. 240.

<sup>139</sup> TUNÇER, s. 1323; EREN, s. 240.

<sup>140</sup> EREN, s. 241. Ayrıca bkz. KAZAKER BOZKURT, s. 264; ÜNAL, s. 622; YETKİN, s. 135 vd.

vazgeçme hükümleri de uygulanabilir mahiyettedir<sup>141</sup>. Örneğin mobil bankacılık uygulaması üzerinden başkasına ait kredi kartı bilgilerini kopyalamak amacıyla bir program yazmaya başlayan kişi sonradan kendi iradesiyle bundan vazgeçerse hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanır ve teşebbüsten cezalandırılmaz.

TCK m.245/A hükmünde failin etkin pişmanlıktan yararlanabileceğine ilişkin bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, olması gerektiğine ilişkin birtakım görüşler vardır. Örneğin failin kredi kartı kopyalama cihazlarını (*skimmer*) satın aldıktan sonra daha sonra pişmanlık duyarak kolluk kuvvetlerine bu cihazları teslim etmesi halinde hakkında etkin pişmanlık hükümleri uygulanabilecek midir<sup>142</sup>? TCK m.245/A'ya benzer bir düzenleme olan, “para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlar” da sahteciliği konu alan fiillerin etkin pişmanlık düzenlemesi TCK m.201’de<sup>143</sup> düzenlenmiş iken TCK m.245/A’da yer alan yasak cihaz ve programlar suçunda bir etkin pişmanlık düzenlemesinin bulunmaması doktrinde eleştirilmektedir<sup>144</sup>. TCK m.201/2 hükmüne benzer şekilde TCK m.245/A bakımından da bir etkin pişmanlık hükmünün getirilmesi önerilmektedir<sup>145</sup>. İfade edelim ki bu eleştiriler haklıdır.

## B. İştirak

TCK m.245/A’da yer alan düzenleme iştirak bakımından herhangi bir özelliğe arz etmez<sup>146</sup>. Maddede yer alan, satma ve satın alma, başkalarına verme ve

<sup>141</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Ceza Özel*, s. 915. “Örneğin, failin bu suça özgülünen bir cihazı satın almak istemesi ve daha sonra bundan vazgeçmesi halinde hakkında cezaya hükmolünmayacaktır. Zira suçun tamam olan kısmı herhangi bir suç oluşturmamaktadır.” Örnek için bkz. ÜNAL, s. 627.

<sup>142</sup> ÜNAL, s. 628.

<sup>143</sup> Etkin pişmanlık

Madde 201- (1) “Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciiine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolünmaz. (2) Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolünmaz”.

<sup>144</sup> ÜNAL, s. 628.

<sup>145</sup> ÜNAL, s. 629.

<sup>146</sup> Bununla birlikte doktrinde farklı görüşler de vardır. Örneğin, Yetkin’e göre hazırlık suçlarında iştirak konusunu değerlendirirken, iştirak hükümlerinin cezalandırılabilirliği genişleten düzenlemeler olduğu gerçeği temel alınmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, hazırlık suçlarına teşebbüs ile iştirak arasında bir ben-

kabul etme gibi seçimlik hareketler bakımından suçun çok failli bir suç özelliği gösterdiğini söylemek gerekir<sup>147</sup>. Bu gibi hallerde satan, satın alan, başkasına veren veya kabul eden kişilerin her biri fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>148</sup>.

Bu suç dolaylı faillik şeklinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin A, C'ye iletmesi için, B'ye ürettiği kredi kartı kopyalama cihazını verse ve cihazın bu özelliğini B'ye söylemese, B de bu cihazı gidip, C'ye teslim etse... Bu ihtimalde faillerin cezai sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Burada A yasaklı cihazı naklederken B'yi araç olarak kullanmıştır. B'yi cihazın yasaklı olduğu hususunda hataya düşürmek suretiyle A, arka plandaki kişi olarak dolaylı fail konumundadır. B ise cihazın yasak cihaz kapsamında olduğunu bilmediğinden bu hatasından (TCK m.30/1) yararlanacak ve herhangi bir sorumluluğu olmayacaktır. C ise yasak cihazı kabul ettiği için, TCK m.245/A'dan sorumlu olacaktır.

Madde metnine bakıldığında normalde azmettirme kapsamında değerlendirilebilecek bazı eylemlerin (örn. satışa arz etme gibi) seçimlik hareket olarak düzenlendiği görülmektedir. Böyle bir ihtimalde ilgili kişiler azmettiren veya yardım eden sıfatıyla değil, fail olarak suçtan sorumlu olacaklardır<sup>149</sup>.

TCK m.245/2'de düzenlenen sahte banka veya kredi kartı üretme suçuyla ilişkisi bakımından iştirak konusu gündeme gelebilir. Örneğin sahte kredi kartı üretme faaliyeti iştirak eden B'ye, bu eylemini icra ederken kullanacağı cihazları temin eden A suça iştirak kuralları çerçevesinde nasıl sorumlu tutulacaktır? Normalde sahte kredi kartı üretme eylemine uygun cihazları temin eden kişi TCK m.245/2'ye yardım eden sıfatıyla sorumludur. Ancak TCK m.245/A düzenlemesi, bizatihi kişinin bu eyleminden fail olarak sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. "Failliğin şerikliğe asliliği" kuralı gereğince bu durumda A'nın TCK m.245/A'dan sorumluluğuna gitmek gerekecektir<sup>150</sup>.

Bazı ihtimallerde ise müşterek faillik şeklinde de suçun işleniş şekli karşımıza çıkabilecektir. Örneğin A, başkasına ait kart bilgilerini kopyalamak için bir cihaz üretse sonra da bu cihazı B'ye satsa, B'de bunu banka ATM'sine yerleştirip başkalarının kart bilgilerini elde edip sonra sahte kredi kartı üretse ve

---

zerlik bulunmaktadır. Bu doğrultuda, hazırlık suçlarına teşebbüste olduğu gibi, iştirak de hazırlık suçları kapsamında cezalandırılmaz sonucuna varılmalıdır. söz konusu hazırlık eylemine teşebbüs edilmesi ya da bu eyleme yardım veya azmettirme fiillerinin cezalandırılmaması gerekir. Çünkü hazırlık suçlarına teşebbüs veya iştirak, cezai anlamda bir haksızlık niteliği taşımamaktadır. YETKİN, s. 498-499.

<sup>147</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Ceza Özel*, s. 916; KORKMAZ, s. 53.

<sup>148</sup> EREN, s. 241; TUNÇER, s. 1324; ÜNAL, s. 629.

<sup>149</sup> TUNÇER, s. 1324.

<sup>150</sup> EREN, s. 241. Krş. TUNÇER, s. 1324.

sonra bu kartla elde ettiği kazançtan A'ya belli bir pay verse, faillerin cezai sorumlulukları nasıl belirlenecektir? Burada A ve B hem TCK m.245/A'dan hem de TCK m.245/2 ve TCK m.245/3'ten müşterek fail olarak sorumlu olacaklardır. Burada suçun işlenişine katılan suç ortaklarının hedef suç bakımından da iştirak iradelerinin olduğunu gözden kaçırmamak gerekecektir.

### C. İçtima

TCK m.245/A'da yer alan suçun zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Bu bağlamda bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda birden fazla kez aynı suçun işlenmesi halinde faile tek bir suçtan ceza verilir ancak cezası dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır<sup>151</sup>. Suçun mağduru belli bir kişi değil, toplumu oluşturan herkes olduğundan, aynı neviden fikri içtima hükmünün bu suç bakımından uygulanması ise mümkün değildir<sup>152</sup>.

TCK m.245/A düzenlemesi yukarıda da ifade olunduğu üzere hazırlık hareketlerini cezalandıran bir normdur<sup>153</sup>. Bu nedenle bu suç tipi bakımından araç suç/amaç suç ilişkisi gündeme gelebilir<sup>154</sup>. Örneğin failin sahte banka veya kredi kartı üretmek amacıyla bir kart kopyalama cihazı (skimmer) temin etmesi sonrasında bu cihazı kullanarak sahte bir kredi kartı üretmesi ve en sonunda da bu kartı kullanarak haksız yarar temin etmesi halinde cezai sorumluluğu nasıl belirlenecektir?

Hazırlık hareketlerinin bağımsız suç olarak kabul edildiği hallerde fail hazırlık hareketlerini icra ettikten sonra bir de amaç suçun icrasına girişirse artık sadece hedef suçtan sorumlu tutulması gerekir, hazırlık hareketini bağımsız olarak cezalandıran normdan dolayı ayrıca sorumlu tutulmamalıdır<sup>155</sup>. Doktrinden Sarıtaş'ın verdiği bir örneğe göre, Türk Ceza Kanunu'nun 197. maddesinde parada sahtecilik suçunu düzenleyen kanun koyucu, 200. maddede ise “paralarla kıymetli damgaların üretiminde kullanılan alet veya malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden” kişiyi cezalandırarak, aslında parada sahteciliğe yönelik hazırlık hareket-

<sup>151</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, Ceza Özel, s. 916; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükmeler*, s. 1035; DÜLGER, s. 460; KORKMAZ, s. 53; ÜNAL, s. 630.

<sup>152</sup> EREN, s. 242.

<sup>153</sup> TEZCAN, Durmuş/ERDEM Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, Güncellenmiş 21. Baskı, Eylül 2023, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 1082.

<sup>154</sup> ÜNAL, s. 630.

<sup>155</sup> SARITAŞ, Erkan, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, *İstanbul Hukuk Mecmuası*, C. 80, Sa. 2, s. 637. Hazırlık suç-hedef suç arasında talik ilişkisi olduğuna dair görüş için bkz. YETKİN, s. 514-516.

lerini bağımsız bir suç olarak tanımlamıştır. Bu bağlamda, fail sahte para üretme amacıyla bu işe yarayan aletleri izinsiz olarak satın alır ve bu aşamada yakalanırsa, TCK m.200 kapsamında sorumlu tutulacaktır<sup>156</sup>. Ancak, bu aletleri kullanarak sahte para basmaya yönelik elverişli hareketlerde bulunursa, artık yalnızca TCK m.197 uyarınca cezalandırılacak, ayrıca TCK m.200 kapsamında sorumlu tutulmayacaktır<sup>157</sup>.

Bu bağlamda yukarıda verdiğimiz örneği çözümlenecek olursak: Failin sahte bir kredi kartı üretmek amacıyla yasak bir cihaz (*skimmer*) satın alması, sonrasında bu cihazı kullanarak sahte bir kart üretmesi ihtimalinde TCK m.245/A ile TCK m.245/2 arasında araç suç/amaç suç ilişkisi söz konusu olduğundan artık failin yalnızca hedef suçtan yani TCK m.245/2'den cezalandırılması gerekir. TCK m.245/A hazırlık normu olduğu için failin bundan doğan sorumluluğuna gidilemeyecektir<sup>158</sup>.

Bazı hallerde ise bu suçun özel kanunlarda düzenlenen benzer suçlarla içtima ilişkisi de gündeme gelebilir. Örneğin “Elektronik İmza Kanununun 16.

<sup>156</sup> SARITAŞ, s. 638.

<sup>157</sup> SARITAŞ, s. 638. Yazarın eserinde verdiği bir başka örnek de konu bakımından aydınlatıcı ve önemlidir. Örneğin, bir kişi hukuka uygun şekilde erişim sağladığı bir bilişim sistemine, yetkisi olmamasına rağmen veri yerleştirebilir. Ancak, çoğu durumda bu failin gerçekleştirilebilmesi için öncesinde bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girilmesi gerekir. Bu tür durumlarda, fail amacına ulaşmak için önce bilişim sistemine giriş yapmış, ardından sisteme veri yerleştirmişse, yalnızca hedef suçtan sorumlu tutulacak, ayrıca öncü suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır. Dolayısıyla, bilişim sistemine veri yerleştirmek amacıyla hukuka aykırı şekilde sisteme girildiği hallerde, TCK m.243/1 hükmü, TCK m.244/2 karşısında uygulanmayacak ve fail yalnızca ikinci suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Açıklamalar için bkz. SARITAŞ, s. 638-639.

<sup>158</sup> Tüm dosya kapsamına göre; sanığın olay tarihinde Halk Bankası'na ait ATM'de bulunan kart takma yerine, kart kopyalama aparatı yerleştirdiği, Banka görevlilerinin ihbarı sonucunda sanığın ATM'ye yakın yerde yakalanarak, ATM'ye takılı vaziyette bulunan aparatın kolluk ekibi tarafından çıkarıldığı, sanığa ait cep telefonu ve ATM'ye takılı vaziyette ele geçen aparat üzerinde yapılan inceleme ile alınan Adli Bilirkişi Raporu'na göre, aparatın, ATM cihazına yerleştirilip kartların manyetik şerit bilgilerini kopyalayıp şifrelerini ele geçirmeye yarayan aparat olduğu belirlenmiştir. Sanığın cep telefonunda ve ele geçen aparat da herhangi bir kişiye ait bilgi veya kopyalanmış kart bilgilerinin bulunmadığının tespit edilmesi karşısında; sanığın eyleminin 5237 sayılı Kanun'un 136 ncı maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceği ancak; sanığın eylemine uyan 5237 sayılı Kanun'un 245 inci maddesinin A bendinde düzenlenen yasak cihaz (Aparat) veya programlar bulundurma suçundan mahkumiyeti yerine, yasal ve yerinde olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat hükmü kurulması, hukuka aykırı bulunmuştur.” **Yarg. 8. CD., 06/03/2024, 2555/2170.** İncelemeye konu olay; sanıklar ... ve ... ile soruşturma aşamasında yakalanmadığı için hakkında tefrik kararı verilen Doğan Keskin'in, fikir ve eylem birliği içerisinde iştirak halinde kart kopyalama aparatını Erzurum ilinde bulunan Vakıfbank ATM'lerine yerleştirdikleri, mağdurlara ait bankamatik kartlarını kopyalayarak, İstanbul'daki ATM'de mağdurların kartlarından bilgileri ve rızaları dışında para çekilmesi suretiyle, sanıkların sahte kredi kartı üretme, sahte banka veya kredi kartı kullanmak suretiyle yarar sağlama, yasak cihaz veya programlar suçlarını işledikleri, iddiasına ilişkindir... Sanıklar hakkında sahte kredi kartı üretme ve yasak cihaz veya programlar suçlarından kurulan hükümler yönünden Gerekçe bölümünün (A) bendinde açıklanan nedenlerle Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 4. Ceza Dairesi'nin, 2018/1191 Esas, 2018/991 Karar ve 25.05.2018 tarihli kararına yönelik sanık ... müdafinin ve sanık ... müdafinin temyiz istemlerinin, 5271 sayılı Kanun'un 298 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, Tebliğname'ye uygun olarak, oy birliğiyle REDDİNE” **Yarg. 8. CD., 03/04/2024, 12713/3010.**



maddesinde yer alan imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu” ile “koruyucu programları etkisiz kılmaya yönelik hazırlık hareketleri suçu”nun yer aldığı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun 72. maddesi ve “telsiz cihaz ve sistemlerini izinsiz şekilde satma, işletme ve kullanma suçu”nun düzenlendiği Elektronik Haberleşme Kanununun 63. maddesinin 4. fıkrası özel hüküm olarak karşımıza çıkabilir. Bu gibi hallerde soruna görünüşte içtima kurallarından özel norm-genel norm ilişkisi bağlamında yaklaşılmalı ve özel kanunlardaki hükümlerin özel normun önceliği kuralı kapsamında uygulanması cihetine gidilmelidir. Böyle bir halde genel hüküm mahiyetinde olan TCK m.245/A düzenlemesinin uygulanma ihtimali bulunmamaktadır<sup>159</sup>.

## VI. YAPTIRIM, SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA

TCK m.245/A maddesinde belirtilen suçun yaptırımı “bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası” olarak öngörülmüştür. Doktrinde bu suçun hazırlık hareketlerini cezalandıran bir norm olmasına rağmen yaptırım miktarının yüksek olduğu dile getirilmektedir<sup>160</sup>. TCK m.245/A hükmünün cezası, bilişim suçlarından yalnızca TCK m.244/4 ve m.245 hükümlerine göre daha az olup, diğer suçlarla ise birbirine yakındır<sup>161</sup>. Hedef suçlara nazaran TCK m.245/A’nın haksızlık içeriği daha az olduğundan ceza miktarının azaltılması gerekir<sup>162</sup>. Bu kapsamda bu suç açısından hapis ve adli para cezası miktarı azaltılabilir. Bu haliyle hazırlık suçlarında cezanın soyut olarak belirlenmesine ilişkin ilkelerle uyum göstermemektedir<sup>163</sup>.

Suçun işlenmesiyle tüzel kişi lehine haksız bir menfaat sağlanmışsa TCK m.246 hükmü uyarınca tüzel kişiye özgü güvenlik tedbirlerinin uygulanması gündeme gelebilecektir.

Suçun mağduru toplumu oluşturan herkes olduğundan takibi şikayete bağlı bir suç değildir. Takibi re’sen yapılan suçlardandır. 5235 sayılı “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun” 11. ve 12. maddeleri uyarınca bu suçu yargılamakla görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Hakimler ve Savcılar Kurulu’nun 25.11.2021 tarih ve 1299 sayılı kararı uyarınca ihtisaslaşmanın sağlanması ama-

<sup>159</sup> KOCA/ÜZÜLMEZ, *Özel Hükümler*, s. 963; AKBULUT, s. 361, KAYA/ÇAKIR, s. 51; ÜNAL, s. 631.

<sup>160</sup> ÜNAL, s. 632; KAYA/ÇAKIR, s. 49.

<sup>161</sup> YETKİN, s. 582-583.

<sup>162</sup> YETKİN, s. 583.

<sup>163</sup> YETKİN, s. 583.

cıyla sayılan mahkemelerin bazı daireleri bilişim suçlarına bakmakla yükümlü kılınmışlardır<sup>164</sup>. Bu kapsamda örneğin asliye ceza mahkemesinin görev alanına giren suçlar yönünden; a) İki asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 2 numaralı, b) Üç, dört veya beş asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 3 numaralı, c) Altı, yedi, sekiz veya dokuz asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 6 numaralı, d) On veya daha fazla (yirmi beşten az) asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 8 numaralı, e) Yirmi beş veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 20 ve 21 numaralı, f) Otuz beş veya daha fazla asliye ceza mahkemesi bulunan yerlerde 20, 21 ve 22 numaralı asliye ceza mahkemelerinin bakmasına karar verilmiştir. İhtisaslaşmanın sağlanması adına alınan bu karar isabetli olmuştur.

## SONUÇ

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin “cihazların kötüye kullanılması” başlıklı 6. maddesinde taraf devletlere, bilişim suçlarıyla ilgili hazırlık hareketlerinin ceza normuyla karşılanması hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Ülkemiz de Sözleşmeye taraf olmanın bir gereği olarak ceza kanunumuzda bu fiilleri suç olarak ihdas etmiş ve kanun koyucu, 24/03/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kanun ile birlikte TCK’ya 245/A maddesini eklemiştir. Bu düzenlemenin yapılmasıyla Sözleşmede öngörülen yükümlülük yerine getirilmiştir.

Hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilir eylemler olup olmaması gerektiği hususunda doktrinde oldukça farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimce, kural olarak hazırlık hareketlerinin cezasızlığı, istisnai hallerde hazırlık hareketlerinin cezalandırılması düşüncesi ön planda olmalıdır. Bununla birlikte bazı hallerde uluslararası Sözleşmelerde bu durum bir yükümlülük olarak taraf devletlere yüklenebilir. Siber Suç Sözleşmesine taraf bir ülke olarak bilişim suçlarında hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasına ilişkin yükümlülüğün yerine gelmesi bakımından TCK m.245/A önemlidir.

Suçun düzenlendiği madde başlığının “yasak cihaz veya programlar” olarak belirlenmesinin doğru bir tercih olmadığı belirtilmektedir. Madde başlıklarının seçiminde fiil unsurunun ön plana çıktığı, oysa TCK m.245/A bakımından su-

<sup>164</sup> 30.11.2021 tarih, RG: 31675. “Ağır ceza ve asliye ceza mahkemelerine gelen işlerin vasıf ve mahiyeti itibarıyla çeşitli olması, bu çerçevede bilişim ile ilgili suçlardan kaynaklanan dava ve işlerin niteliklerinin farklı olması göz önünde bulundurularak, gerek uygulama birliğinin sağlanması, gerekse etkinlik ve verimliliğin artırılması ile ihtisaslaşmanın önemi nazara alınarak, mezkûr dava ve işlerde iş dağılımı bakımından iki veya daha fazla dairesi bulunan mahallerde ihtisaslaşmaya gidilmesinde fayda olacağı değerlendirilmiştir”. Hâkimler ve Savcılar Kurulu Kararı, 25/11/2021 tarihli ve 1229 sayılı kararı.

çün konusu olan unsurlara madde başlığında yer verildiği bundan dolayı madde başlığının madde içeriği ile uyuşmadığı, içeriği yansıtmadığı ileri sürülmektedir. Bizde bu eleştirilere katılmaktayız. Kanaatimce madde başlığı “cihaz veya programların kötüye kullanılması” veya “yasak cihaz veya programların üretilmesi veya ticareti suçu” şeklinde değiştirilebilir.

Suç seçimlik hareketli bir suçtur. Aynı konuya yönelmiş olmak koşuluyla seçimlik hareketlerden bir tanesinin yapılması suçun oluşumu bakımından yeterlidir. Birden fazla seçimlik hareketin icra edilmesi suçun da birden fazla işlendiği anlamına gelmez.

Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi ile kıyasladığımızda, TCK m.245/A'nın büyük ölçüde Sözleşme ile paralellik taşıdığını söylemek gerekir. Bununla birlikte farklılaştığı noktalar da yok değildir. Örneğin fiil unsuru açısından baktığımızda Sözleşme'nin kapsamının daha geniş olduğunu, belirlilik ilkesi bağlamında değerlendirdiğimizde TCK'da yer alan düzenlemenin sınırlarının daha belirli olduğunu söylememiz gerekir. Bununla birlikte Kanun'daki düzenlemenin önemli bazı sorunlu noktaları da bulunmaktadır. Örneğin madde metninde kullanılan ‘bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçlar’ ifadesi kanunilik ilkesi bağlamında problemliliğinden bir tanesidir. Bu ifadeden kastedilen suçlar hangi suçlardır? İkinci olarak suçun oluşumu bakımından yasak cihaz ve programlar bakımından herhangi bir sayı sınırının aranıp aranmayacağı ve ayrıca çift kullanım özelliği gösteren (dual use) nesnelerin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği kanunilik ilkesi bağlamında problemliliğinden diğer noktalar da bulunmaktadır.

TCK m.245/A'nın madde metninde yer alan “... *münhasıran bu Bölümde yer alan suçlar ile bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçların...*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimce hükmü dar yorumlamak ve bilişim alanında suçlar ile bilişim sistemlerinin kullanılması suretiyle işlenmeleri suçun nitelikli hali sayılan suçlar ile bu hükmü sınırlandırmak ve hükmü bu şekilde yorumlamak gerekir. Aksi takdirde TCK m.245/A'nın kapsamı bir anda tüm suçları kapsayacak bir hazırlık suçuna dönüşebilir.

Siber Suç Sözleşmesinin ilgili hükmü gereğince (m.6/1-b) taraf devletler, bilişim suçlarında hazırlık hareketlerinin cezalandırılması hususunda yasal düzenleme yaparken bahsi geçen öğelerden belirli bir sayıda bulundurmaya suçun oluşumu bakımından şart koşabileceklerdir. Sözleşme, taraf devletlere kendi ulusal mevzuatları bakımından böyle bir inisiyatif tanımıştır. Bizim Kanununuz ise TCK m.245/A'da sayılan öğeler bakımından suçun oluşumu için herhangi

bir sayı sınırlaması getirmemiştir. Suçun oluşumu bakımından burada cihaz, bilgisayar programı, şifre veya güvenlik kodunun belli bir sayıya ulaşmış ulaşmadığını araştırmaya gerek bulunmamaktadır. Suçun oluşumu bakımından gözden kaçırılmaması gereken önemli nokta ise bunların niteliğine ve bilişim alanında suçları veya bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle işlenebilen diğer suçları gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığını bakılarak karar verileceği gerçeğidir.

Benzer bir durum çift kullanım (dual use) özelliği gösteren nesnelere için de söz konusudur. Üstelik bu tartışma Sözleşmenin açıklayıcı raporunda da gündeme gelmiştir. Çift kullanımlı nesnelere doğrudan kapsam dışı bırakılmasının uygulamayı tıkayacağı ve hükmü uygulanamaz hale getirebileceği endişesiyle Sözleşme'de buna yer verilmemiştir. Başlangıçta hukuka uygun bir amaçla üretilen bir cihaz veya bilgisayar programı sonradan bilişim alanında suçları işlemek amacıyla geliştirilebilir veya güncellenebilir. Bu durumda bunlar da pek tabii bu suçun konusunu oluşturabileceklerdir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, **Bilişim Alanında Suçlar**, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ALİUSTA, Cahit/BENZER, Recep, “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, **Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi**, C. 4, No, 2, 2018.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, 18. Baskı, 2024.
- ÇEKEN, Hüseyin, “Amerika Birleşik Devletlerinde İnternet Yolu ile İşlenen Suçlara İlişkin Düzenlemeler”, **Askeri Adalet Dergisi**, Sa: 144, Y. 2002.
- DURŞUN, Selman, “İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğundaki Gelişmeler”, **Mhb**, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C. 3, Sa: 1-2, 2003.
- DÜLGER, Murat Volkan, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- DÜLGER, Murat Volkan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2023.
- ERDAĞ, Ali İhsan, “Bilişim Alanında Suçlar (Türk ve Alman Ceza Hukukunda)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 14, Sa: 2, Y. 2010.
- ERDOĞAN, Yavuz, **Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- EREN, Ahu Karakurt, “Bilişim Alanında Suçların veya Bilişim Sistemlerinin Araç Olarak Kullanıldığı Diğer Suçların İşlenmesi Amacıyla Cihaz, Program, Şifre ya da Güvenlik Kodlarının Üretilmesi, Yayılması veya Bulundurulması Suçu”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sa: 43, Y. 2020.
- ERMEYDAN, Damla, **Türk Ceza Kanununda Bilişim Suçları**, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- GÜL, Ahmet, **Doğrudan-Dolaylı Bilişim Suçları**, Genişletilmiş, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- İÇEL, Kayıhan, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 59, Sa: 1-2, Y. 2011.

İÇER, Zafer, **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile İcra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, On İki Levha Yayıncılık, Haziran 2021.

KARADENİZ, Yusuf, “Avrupa Konseyi Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi ve Türk Hukuku’nda Karşılığı”, **Güvenlik Bilimleri Dergisi**, C. 11, Sa: 1, Y. 2022.

KARAGÜLMEZ, Ali, **Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2011.

KAYA, İslam Safa/ÇAKIR, Adem, “Yasak Cihaz veya Programlar Suçu”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C. 19, Sa: 38, Y. 2020.

KAZAKER BOZKURT, Gözde “Cezalandırılabilirliğin Öne Çekilmesi - Kavram, Nedenleri, Görünüm Şekilleri (Alman Ceza Hukuku ile Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 24, S: 1, 2022, s. 241 - 288.

KEÇELİOĞLU Elvan Keçelioğlu, “Sırf Hareket Suçu Soyut Tehlike Suçu Mudur?”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 25, Sa. 2, Yıl: 2021.

KERMAN, Onur Kemal, Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması, **Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Mart 2024.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2023.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2019.

MERAN, Necati, **Sahtecilik - Malvarlığı Bilişim Suçları ile Ekonomik ve Ticaret Alanında Suçlar**, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.

ÖNOK, Murat, “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Işığında Siber Suçlarla Mücadelede Uluslararası İşbirliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 19, No: 2, 2013.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı, Eylül 2023, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.

ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ Serkan MERAKLİ/ Pınar BACAKSIZ/ İsa BAŞBÜYÜK, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 15. Baskı, 2024.

ÖZGÜÇ, Levent Emre, 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m.72’de Yer Alan “Teknolojik Önlemleri Etkisiz Kılma” Suçunun Değerlendirilmesi, Suç Genel Teorisi ve Ceza Adaleti Bağlamında Güncel Mevzuat Değişikliklerine İlişkin Değerlendirmeler, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Sempozyumu Tam Metin Bildirileri Kitabı**, Nisan 2024.

- ÖZGÜÇ, Levent Emre, Türk Ceza Hukukunda Hazırlık Hareketlerinin Belirlenmesi ve Cezalandırılabilirliği, Oniki Levha Yayıncılık, Ağustos 2024.
- SARITAŞ, Erkan, “Cezalandırılmayan Önceki Hareketler”, **İstanbul Hukuk Mecmuası**, C. 80, Sa. 2.
- SİEBER, Ulrich Vd., **Bilişim Teknolojisi ile Globalleşen Dünyadaki Tehlikelerin Önlenmesi ve Ceza Hukuku**, Birinci Baskı: Mayıs 2021., Seçkin, Ankara, 2021.
- TAŞKIN, Şaban Cankat, Ceza Hukukunda Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması ve Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması Sorununun Yasak Cihaz veya Programlar Suçu Özelinde İngiliz Ceza Hukuku, Kanada Ceza Hukuku ve Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesindeki Düzenlemelerle, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 19, Sa. 55, Y. 2024.
- TEKİN, Derya, “Bir Ceza Politikası Olarak Hazırlık Hareketlerinin Cezalandırılması: Türk ve İngiliz Yasal Düzenlemelerinin Karşılaştırmalı Analizi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 13, Sa: 147, Y. 2018.
- TEZCAN, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, Güncellenmiş 21. Baskı, Eylül 2023, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- TUNÇER, Asuman İnce, “Yasak Cihaz ve Programlar Suçu (TCK m.245/A)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 32, Sa: 3, Y. 2024.
- ÜNAL, Osman Gazi, “Cezalandırılabilirliğin Ön Alana Kaydırılması Bağlamında, Yasak Cihaz veya Programlar Suçu (TCK m.245/A)”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 26, Sa: 2, Y. 2022.
- YENİDÜNYA, A. Caner/DEĞİRMENCİ, Olgun, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.
- YETKİN, Erdi, **Cezalandırılabilirliğin Öne Alınmasının Bir Görünüş Biçimi Olarak Hazırlık Hareketlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu**, İstanbul Arşivi, Oniki Levha Yayıncılık, Şubat 2024.





# **Özel Hukuk**

*Private Law*



# İki Haklı İhtar Sebebiyle Tahliye<sup>(\*)</sup>

## Eviction Due to Two Justified Warnings

Özcan GÜNERGÖK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

Türk Borçlar Kanunu kira bedelini düzenli ödemeyen kiracılara karşı kiraya vereni korumak için iki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası açma hakkı vermiştir. İlk olarak 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m.7/e hükmü ile getirilen bu tahliye sebebi kiracıyı koruma amacından hareketle yargı tarafından oldukça sıkı koşullara bağlanarak uygulanmıştır. Kiracı tarafından ödemenin ihtarın ulaşmasından sonra yapılmış olması durumunda ihtarın haklı görülebileceği, ihtarın tebliğinden önce ödeme yapılması durumunda ise haklı ihtar koşulunun oluşmayacağı yönündeki uygulama tartışılmıştır. Özellikle teknolojik gelişmeler karşısında elektronik tebligat yolunun açılmış olması da konuyu güncel tutmakta ve yeniden tartışılmaya değer kılmaktadır. Belirsiz süreli kira sözleşmelerinin iki haklı ihtar kapsamında olup olmadığı da bu bağlamda tartışılması gereken diğer bir husustur.

Yargı yükünün azaltılması kapsamında tahliye davalarının zorunlu arabuluculuğa tabi tutulması da konuyu tartışmaya değer kılmaktadır. Tahliye davalarının açılabilmesi için sürenin başlangıcı ve sonu yasal olarak bellidir. Kira süresi ya da kira dönemi bitmeden açılan dava vaktinden önce açıldığı için reddedilir. Yargı yükünü azaltmak, uyuşmazlıkları bir an önce sonuçlandırmak için getirilen arabuluculuk açısından da bu durumun geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır. İki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası açma koşullarının oluştuğu ve fakat sürenin beklendiği hallerde kiraya veren arabulucuya başvurmak için dava açma süresini beklemeli midir yoksa iki haklı ihtarın gerçekleşmiş olması yeterli görülebilecek midir? Bu konuda ilk Bölge Adliye Mahkemesi kararı verilmiş olup çalışmada buna da yer verilerek değerlendirme yapılmıştır.

Bu çalışmada yukarıda belirtilen konular tartışılmış, öğreti ve uygulamadaki durum aktarılmış, yeni bir durum olan elektronik tebligat bağlamında da değerlendirme yapılmış ve varılan sonuçlar aktarılmıştır.

### Anahtar Kelimeler:

İki Haklı İhtar, Tahliye Davası, Arabulucu, Belirsiz Süreli Kira Sözleşmesi, Elektronik Tebligat.

---

(\*) Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 31.01.2025  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 10.02.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1630678>

Bu makaleye atf için: GÜNERGÖK, Özcan, “İki Haklı İhtar Sebebiyle Tahliye”, **İMİHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 277-304

(\*\*) *Prof. Dr.*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: ozcan.gunergok@medeniyet.edu.tr  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0004-2604-3765>

**Abstract:**

The Turkish Code of Obligations grants landlords the right to file an eviction lawsuit based on two justified warnings as a means of protecting landlords against tenants who fail to pay rent regularly. Initially introduced through Article 7/e of the now-repealed Law No. 6570 on Real Estate Leases, this eviction ground has been applied by the judiciary under stringent conditions, emphasizing tenant protection. There has been debate over whether a warning can be deemed justified if payment is made by the tenant after the warning has been received, while payment made before the warning is delivered nullifies the justification for the warning. The advent of electronic notification methods due to technological advancements has kept the issue current and worthy of renewed discussion. Another debate is whether indefinite-term lease agreements fall within the scope of the two justified warnings.

The mandatory mediation of eviction lawsuits to reduce the judicial workload adds another layer to this discussion. The legal start and end dates for filing eviction lawsuits are clear. Lawsuits filed before the expiration of the lease term or rental period are dismissed as premature. It is worth examining whether this condition applies to mediation, which aims to resolve disputes promptly and reduce judicial burden. In cases where the conditions for filing an eviction lawsuit based on two justified warnings are met but the statutory waiting period applies, should the landlord wait for the expiration of the period to approach a mediator, or is the occurrence of two justified warnings sufficient? The first appellate court ruling on this matter has been issued, and this study includes an evaluation of it.

This study discusses the topics outlined above, examines the state of doctrine and practice, evaluates the situation in the context of electronic notification as a new development, and presents the conclusions reached.

**Keywords:**

Two Justified Warnings, Eviction Lawsuit, Mediator, Indefinite-Term Lease Agreement, Electronic Notification.

**GİRİŞ**

Konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde kira bedelini ödemediği için iki kez haklı ihtar muhatap olan kiracının tahliye edilmesi imkânı TBK m.352, 2, f.2 hükmünde düzenlenmiştir. Yargıtay bu imkânın belirsiz süreli kira sözleşmelerinde uygulanamayacağı ve ihtarın haklılığı için ödemenin ihtarın tebliğinden sonra yapılmış olması gerektiği görüşünü istikrarlı biçimde sürdürmektedir. Elektronik tebliğin yaygınlaştığı olgusu da dikkate alındığında özellikle tebliğ konusunun tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu çalışmada iki haklı ihtar sebebiyle tahliye bütünsel olarak ele alınacak, sorun ortaya konulup tartışılacak ve varılan sonuçlar aktarılacaktır.

**I. İKİ HAKLI İHTAR SEBEBİYLE TAHLİYENİN KOŞULLARI****A. Genel Olarak**

Kiracının iki haklı ihtar sebebiyle tahliyesi TBK m.352, f.2 hükmünde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Kiracı, bir yıldan kısa süreli kira sözleş-*

*leşmelerinde kira süresi içinde; bir yıl ve daha uzun süreli kira sözleşmelerinde ise bir kira yılı veya bir kira yılını aşan süre içinde kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarında bulunulmasına sebep olmuşsa kiraya veren, kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla kira sözleşmesini sona erdirebilir”.*

Buna göre kiracının tahliyesinin istenebilmesi için kira bedelini ödemediği için iki kere ihtar edilmiş olması, ihtarların haklı olması, ihtarların belirli bir zaman aralığındaki gecikmelere ilişkin olması, tahliye davasının belirli bir süre içinde açılmış olması gereklidir.

## B. Koşullar

### 1. Kira Süresi ve İhtarın Gerçekleşeceği Zaman Aralığı

#### a. Belirli Süreli Kira Sözleşmelerinde

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ihtarların ilgili süreler içinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti kira sözleşmesinin başlangıç tarihinin bilinmesine bağlıdır. Yargıtay başlangıç tarihinin ispatının davacı üzerinde olduğunu haklı olarak belirtmektedir<sup>1</sup>. Ancak davacı kiraya verenin başlangıç tarihini ispat edemediği ve sözleşmenin süreli olduğunun inkâr edilmediği sözleşmelerde bu olgu tahkiye hakkının kaybedilmesi anlamına gelmemelidir. Kanaatimce hiç olmazsa ilk kira bedelinin ödendiği tarih başlangıç tarihi olarak esas alınmalıdır.

Kanun koyucu iki haklı ihtar sebebiyle tahliyeye ilişkin olarak kira sözleşmelerinin süresi bakımından asgari ya da azami bir süre öngörmemiştir. Kira sözleşmesi bir yıldan kısa süreli olabileceği gibi, daha uzun da olabilir.

Kira sözleşmesi bir yıldan kısa ise iki haklı ihtar bu süre içinde gerçekleşmelidir. Kira süresi bir yıl ise iki haklı ihtar bu bir yıllık sürede gerçekleşmelidir. Kira sözleşmesinin bir yıldan fazla süreli olması durumunda iki haklı ihtar bir kira yılı veya bir kira yılını aşan sürede yapılmış olmalıdır. Örneğin

<sup>1</sup> “(...) Önceki bozma ilamında dava süresi ve haklı ihtarın aynı dönemde gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti yönünden kira sözleşmesinin başlangıç tarihi ve süresinin belirlenmesi zorunlu olduğu belirtilmesine rağmen mahkemece bu hususta hiçbir araştırma yapılmadığı görülmektedir. Başlangıç tarihini ispat yükü davacıya aittir. Mahkemece kira sözleşmesinin başlangıç tarihi ve süresini ispatlamak üzere davacıya imkân tanınarak iki haklı ihtar nedeniyle tahliye koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durularak sonucuna göre tahliye talebi hakkında karar verilmesi gerekirken eksik araştırmayla yazılı şekilde tahliyeye karar verilmesi doğru değildir. (...)” Yar. 6. HD., E. 2015/1441 K. 2015/2014, 02.03.2015 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 09.11.2024.

01.01.2025 başlangıç tarihli beş buçuk yıllık kira sözleşmesinde 01.01.2025-31.12.2025, 01.01.2026-31.12.2026, 01.01.2027-31.12.2027, 01.01.2028-31.12.2028, 01.01.2029-31.12.2029, 01.01.2030-30.06.2030 şeklinde birer yıllık süreler ve akabinde yılı aşan süre esas alınacak, ihtarların her bir dönemin içinde gerçekleşmiş olması aranacaktır.

Kira sözleşmesinin süresi ihtarların tahliye hakkı verip vermeyeceği noktasında önem arz eder. Bir kiracıya karşı birden fazla haklı ihtarda bulunulmuş olmasının kiraya verene tahliye hakkı verip vermeyeceği ihtarların belli zaman aralığında gerçekleşmiş olup olmadığına bağlıdır. İki haklı ihtarın kiraya verene tahliyeyi isteme hakkı sağlaması ihtarların belirli bir dönem içindeki kira bedellerine ilişkin olarak gerçekleşmiş olmasına bağlıdır.

Öğretide bir yazar bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde bir yılı aşan sürede de iki haklı ihtarın gerçekleşebileceğini kanun koyucunun kabul etmiş olmasını farklı yorumlamakta; bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde kira başlangıç tarihini esas alarak birer yıllık dönemler içinde iki haklı ihtarın gerçekleşebileceği yönündeki Yargıtay uygulamasını kabul etmediğini, bunun kiracının oldukça aleyhine ağır bir hüküm olduğunu belirtmekte, bir yılı aşan süreden sonra gerçekleşen ihtarlar arasındaki zaman aralığının belirleyici olacağını savunmaktadır<sup>2</sup>. Yazar örnek olarak beş yıllık bir kira sözleşmesinde ilk ihtarın ilk kira yılının ikinci ayı kira bedeli için, ikinci ihtarın dördüncü kira yılının ilk ayına ait kira bedeli için yapılmış olması durumunda tahliye isteminin hakkın kötüye kullanılması sayılmasının uygun olacağını belirtmektedir<sup>3</sup>.

Kira süresi bir yıldan az ise ihtarlar bu süre içinde gerçekleşmelidir<sup>4</sup>. Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmesinde ise her bir kira yılı iki haklı ihtar için bağımsız dönemlerdir. İhtarlar ilgili dönem içinde gerçekleşmediği takdirde ihtarlar art arda olsa dahi tahliye istenemez. Örneğimizde 2024 yılı Aralık ayında ve 2025 yılı Ocak ayında iki haklı ihtar gerçekleşmiş olsa da aslında sadece birer haklı ihtar vardır. 2024 kira yılında bir haklı ihtar gerçekleşmiştir. 2025 kira yılında da bir haklı ihtar bulunmaktadır. 2025 kira yılı içinde bir başka haklı ihtar gerçekleştiği takdirde tahliye istenebilecektir.

<sup>2</sup> GÜMÜŞ, Alper, *Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s. 340.

<sup>3</sup> GÜMÜŞ, s. 341.

<sup>4</sup> Türk Borçlar Kanunu m.339 hükmü gereği niteliği gereği geçici kullanıma özgülenmiş taşınmazların altı ay veya daha kısa süreyle kiralanmalarında konut ve çatılı işyeri kiralaları hakkındaki hükümler uygulanmayacağından bir yıldan kısa süreli sözleşmenin altı aydan uzun olması gerekir.

Bir kira yılını aşan dönemde de iki haklı ihtar gerçekleştiğinde kiraya veren tahliye isteyebilecektir. Verilen örnekte beş yıl bittikten sonra gerçekleşen ihtarlardan dolayı tahliye istenebilmesi 01.01.2030-30.06.2030 tarihleri arasındaki sürede iki haklı ihtar gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bu dönemde iki haklı ihtar gerçekleşmediği takdirde sözleşme 01.07.2030 tarihinden itibaren bir yıl için yenilenmiş olacaktır.

Bir kira dönemi içinde iki haklı ihtardan söz edilebilmesi için tüm kira bedelinin bir defada ödenmiyor olması gerekir. Kira bedelinin peşin ya da kira dönemi sonunda bir defada ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde iki haklı ihtar teknik olarak mümkün değildir<sup>5</sup>. Ancak kira bedelinin bir ayı aşan dönemler halinde ödeneceğinin kabul edildiği hallerde iki haklı ihtar söz konusu olabilir. Kira bedelinin altışar aylık dönemlerde ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir kira sözleşmesinde her iki altı aylık dönemde de haklı ihtar muhatap olan kiracının tahliyesi istenebilecektir. Kira bedelinin her ay değil de, birden fazla defada ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde dönemlerin tüm yıla yayılan örneğin üçer aylık dönemler gibi sistematik olması da gerekmez. Yargıtay önüne gelen bir olayda yıllık kira bedeli ödemesinin peş peşe üç aya yayıldığı kira sözleşmesinde iki haklı ihtarın olabileceğini prensipte kabul etmiş ama somut olay özelinde iki haklı ihtarın gerçekleşmediğine hükmetmiştir<sup>6</sup>.

### ***b. Belirsiz Süreli Kira Sözleşmelerinde İki Haklı İhtara Dayalı Tahliye İstenmesinin Mümkün Olup Olmadığı***

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun döneminde kira sözleşmesinin belirsiz süreli olması durumunda iki haklı ihtar sebebiyle tahliyenin söz konusu olamayacağı Yargıtay tarafından kabul edilmekte idi<sup>7</sup>. Yargıtay'ın bu görüşünü 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde de sürdürdüğü görülmektedir<sup>8</sup>. Öğretide çoğu yazarlar Yargıtay'ın bu görüşünü takip etmektedir<sup>9</sup>. Öğreti-

<sup>5</sup> Yar. 6. HD., E. 2011/3191, K. 2011/8464, 20.07.2011 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2024.

<sup>6</sup> Yar. 6. HD., E. 2015/574, K. 2015/1611, 19.02.2015 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025.

<sup>7</sup> Yar. 6. HD., E. 2011/3191, K. 2011/8464, 20.07.2011 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2024.

<sup>8</sup> Yar. 6. HD., E. 2013/17013, K. 2014/1444, 12.2.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2016/2745, K. 2016/2380, 24.03.2016 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2014/5023, K. 2014/6562, 21.05.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>9</sup> YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 778; GÜMÜŞ, s. 340; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri**, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s. 390; AKYİĞİT, Ercan, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 254.

de azımlıkta kalan görüş belirsiz süreli kira sözleşmelerinde de iki haklı ihtar ile tahliyenin mümkün olması gerektiği yönündedir<sup>10</sup>. Kanaatimizce TBK m.352, f.2 hükmünün sözünde belirli süreli kira sözleşmelerinden söz edilmiş olması belirsiz süreli sözleşmeler açısından iki haklı ihtar sebebiyle tahliyenin mümkün olmadığını kabul için tek başına yeterli bir gerekçe olamaz. Kanunun sözünün karşıt anlamından belirsiz süreli sözleşmeler bakımından konuyu olumsuz olarak çözdüğü söylenemez. Aksine hem bir yıldan kısa süreyi kabul eden hem de bir yıldan uzun süreli sözleşmelerde bir yılını aşan süre içinde de iki haklı ihtarın gerçekleşeceği düzenlemesini getiren kanun sözleşmenin süresini belirleyici görmemiştir. Gerek belirli süreli gerek belirsiz süreli kira sözleşmesinde kiracının korunmaya değer konumu aynıdır. Salt süre yönünden farklı olan iki sözleşme arasında ayırımı haklı kılan bir neden yoktur. Belirsiz süreli sözleşmelerde kira başlangıcı bellidir ve her bir kira yılı içinde gerçekleşen iki haklı ihtar kiraya verene tahliye davası açma hakkı vermelidir. Aksinin kabulü aynı konumda olan kiracılar arasında ayırım yaparak kiraya verenin konumunu ağırlaştırmak anlamına gelecektir<sup>11</sup>. Kanun koyucu belirsiz süreli kira sözleşmelerinde kira bedeli ödemeyi geciktirmeyi alışkanlık haline getiren kiracıya karşı kiraya verenin sadece TBK m.315 hükmüne dayalı olarak fesih hakkına sahip olmasını arzulamamıştır. Kanun koyucu kötüniyetli kiracıya TBK m.315'teki süreler içinde ödemek koşuluyla dilediği gibi kira bedelini geciktirme hakkı tanımamıştır. Yani kanun koyucu TBK m.315 hükmü kapsamında temerrüt nedeniyle fesih imkânını kiraya vereni kötüniyetli kiracıya karşı korumak açısından yeterli görmemiş, iki haklı ihtar sebebiyle tahliye imkânıyla ek koruma sağlamıştır<sup>12</sup>.

## 2. İhtarın Tarafları

### a. İhtarı Düzenleyen

İhtar kiraya veren tarafından düzenlenmelidir. Kira sözleşmesi borç ilişkisidir ve borcun nisbiliği ilkesi gereği -temsil ilişkisi dışında- borç ilişkisine yabancı bir kişinin düzenleyeceği ihtar haklı ihtar oluşturmaz. Bu bağlamda ihtarı düzenleyen sözleşmenin tarafı olmayan malik olsa dahi sonuç değişmez<sup>13</sup>. Yar-

<sup>10</sup> İNCEOĞLU, Murat, **Kira Hukuku Cilt 2**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 445; DOĞAN, Murat, **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 204.

<sup>11</sup> Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, s. 445.

<sup>12</sup> Bu nedenle TBK m.352, f.2 hükmünün TBK m.315'in boşluklarını doldurucu mahiyette olduğu ifade edilmiştir DOĞAN, Murat, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Editör: Turgut ÖZ, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 347.

<sup>13</sup> Yar. 6. HD., 3234/83, 1995 (TUNABOYLU, Müslim, **Kira Hukuku 2. Cilt**, Adil Yayınevi, Ankara, 1999, s. 1124-1125).



gıtay TBK döneminde verdiği bazı kararlarında malikin ihtarının geçersiz olduğunu kabul etmekle birlikte, malikin kiracıya öncelikle bir ihtar çekerek kira bedellerinin kendisine ödenmesini bildirdikten sonra, yeni bir ihtarla kira bedelini talep edebileceğini ve bu halde haklı ihtarın oluşabileceğini kabul etmektedir<sup>14</sup>.

Kiraya veren tarafında birden fazla kişi bulunması durumunda kiraya verenler arasında müşterek mülkiyet ya da elbirliği mülkiyeti bulunmasına göre bir ayırım yapılmaktadır. İhtarın varlığı için müşterek mülkiyet durumunda pay ve paydaş çoğunluğu, elbirliği mülkiyetinde ise oybirliği aranmaktadır<sup>15</sup>. Bazı yazarlar ise her koşulda kiraya verenlerin tamamınca ihtarın düzenlenmesi gerektiği görüşündedir<sup>16</sup>. Bu yaklaşımı eleştiren bir yazar ihtar ile başlı başına sözleşmenin sona ermediğini, bunun sadece ödemenin istenmesinden ibaret olduğunu, her koşulda ihtarla kiraya verenlerin tamamının varlığının aranması gerektiğini savunmaktadır<sup>17</sup>. Yargıtay mirasçıların açtığı bir tahliye davasında ihtarın tüm davacılar tarafından açılmadığı gerekçesiyle davanın reddi gerektiğini içtihat etmiştir<sup>18</sup>. Yargıtay bir başka kararında aksi yönde karar vermiş, ihtarın tüm paydaşlar tarafından gönderilmesine gerek olmadığına hükmetmiştir<sup>19</sup>. Kanaatimce dava aşamasında müşterek mülkiyette pay ve paydaş çoğunluğu, elbirliği mülkiyetinde oybirliği sağlanmış ise ihtarın haklı olduğunu kabul etmek gerekir. İhtar ile kiracı borcunu ifaya davet edilmektedir. Diğer paydaşların da haklarını korumak için ihtar çeken paydaşın ihtarnamesine dayanarak dava açan diğer paydaşlar ihtara onay verdikleri yönünde iradelerini ortaya koymuş olurlar. Yetkisiz temsilde yetkisiz temsilcinin yaptığı işleme onay verilmesi gibi düşünmek ve ihtarı haklı saymak gerektiği kanaatindeyiz.

Kira sözleşmesinin kurulmasından sonra kiralananın el değiştirmesi durumunda TBK m.310 hükmü gereği yeni malik sözleşmenin tarafı haline gelir. Bu

<sup>14</sup> Yar. 6. HD., E. 2014/3187, K. 2014/4780, 10.04.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2013/10338, K. 2013/12808, 23.09.2013 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>15</sup> BURCUOĞLU, Haluk, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 272; DOĞAN, s. 195.

<sup>16</sup> AKYİĞİT, s. 263; AYDINLIYIM, Suat, **Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1972, s. 40 (İNCEOĞLU, s. 456'dan naklen).

<sup>17</sup> İNCEOĞLU, s. 456.

<sup>18</sup> Yar. 6. HD., 13160/102, 16.01.1995, (TUNABOYLU, s. 1223-1124); Yar. 6. HD., E. 2013/9658, K. 2013/12074, 09.09.2013 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024; Yar. 3. HD., E. 2017/1432, K. 2017/1620, 13.02.2017 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>19</sup> Yar. 6. HD., E. 2013/5815, K. 2013/8887, 20.05.2013 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025.

halde yeni malik bizzat ihtar gönderebileceği gibi, onun kendisinden önceki kiraya verenin gönderdiği haklı ihtarlardan da yararlanabileceğini düşünüyoruz. Mademki kiralanana edinen kişi sözleşmenin tarafı haline gelmiştir, o halde ilgili kira yılında gerçekleşen ihtara dayanabilmelidir<sup>20</sup>. Kiralananın el değiştirmesiyle kira başlangıç tarihi ve kira dönemleri değişmemektedir.

### ***b. İhtarın Muhatabı***

İhtar ile kira bedelinin ödenmesi istendiğinden doğal olarak ihtarın muhatabı kiracıdır. Kiracı tarafta birden fazla kişi bulunması durumunda ihtarın mutlaka tüm kiracılara yapılması gerektiği kabul edilmektedir. Tahliye istemi bölünemeyeceğinden kiracılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunması bu görüşün gerekçesini oluşturmaktadır<sup>21</sup>. Kira sözleşmesinin temerrüt nedeniyle feshi halinde kiracılardan birinin diğer kiracıların payına düşen kısmı ödeyerek feshi önlemesi mümkün olduğundan fesih bakımından mutlaka tüm kiracılara ihtar gönderilmiş olmalıdır. Kiraya verenlerin çokluğu durumuna benzediği, salt ihtar ile fesih söz konusu olmayacağı gerekçesiyle kiracıların tamamına ihtar gönderilmemiş olması halinde de haklı ihtarın gerçekleşebileceği biçiminde paralellik kurulabilse de, korunmaya değer, zayıf tarafın kiracı olduğu gerçeği dikkate alındığında biz de ihtarın tüm kiracılara bildirilmiş olması gerektiğini düşünüyoruz.

## **3. İhtarın Haklı Olması Gereği**

### ***a. Kira Bedelinin Ödenmemiş ya da Eksik Ödenmiş Olması Gereği***

İhtarın haklı olarak görülebilmesi için ihtara kiracı yol açmış olmalıdır. Bu da kira bedelinin haklı bir neden olmaksızın ödenmemiş olması ve bu nedenle kiracının ihtara muhatap olması anlamına gelir.

Kira bedelinin eksik ödenmiş olması halinde de kira bedeli ödenmemiş sayılır ve eksik kısım için yapılan ihtar haklı ihtar olarak görülür<sup>22</sup>. Kira bedelinin önemsiz denecek bir miktarda eksik ödenmiş olması durumunda ihtarın haklı görülemeyeceği kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> PATIR, Hazal Yeter, **Kiralananın Devri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 116.

<sup>21</sup> Yar. 6. H.D., E. 2009/6768, K. 2009/10291, 23.11.2009 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2024; İNCEOĞLU, s. 456.

<sup>22</sup> GÜMÜŞ, s. 338; İNCEOĞLU, s. 449. Yazar işlemiş faizlerin de ödenmiş olmasını aramaktadır (s. 449).

<sup>23</sup> TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 224; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 776; İNCEOĞLU, s. 449.

Kira tespit davası açılan durumlarda kira bedelinin artırımlı olarak ödenmemesi durumunda ihtarın haklı olarak görülemeyeceği öğreti<sup>24</sup> ve uygulamada<sup>25</sup> kabul görmektedir. Kira tespit davası açılan hallerde kiracı halen geçerli olan kira bedelini ödemeye herhalde devam etmelidir<sup>26</sup>. Artırım sebebiyle oluşacak farklar ilamın kesinleşmesiyle muaccel olur ve kiracı tarafından kesinleşme üzerine derhal ödenmelidir. Aksi halde yapılacak ihtar haklı olarak görülmektedir<sup>27</sup>. Öğretide isabetli biçimde bu konuda bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Kira sözleşmesinde kira artırım oranı belirli ise TBK m.344, f.1 hükmü gereği kiracı bu artış oranına göre ödeme yapmalıdır. Bu halde kiracı ödemekle yükümlü olduğu kira bedelini bilebilecek durumdadır<sup>29</sup>. Kira artış oranının yasal artış üzerinde kararlaştırıldığı hallerde dahi kiracı son on iki aylık TÜFE değişim oranına göre artırımlı olarak kira bedelini ödemelidir. TÜFE değişim oranları düzenli olarak yayımlanmakta ve kamunun erişimine açık bulunmaktadır. Tarafların bir artış oranı öngörmediği durumlarda hâkim TÜFE değişim oranı altında da artışa hükmedebileceğinden bu durumda kesinleşmiş bir ilama ihtiyaç olduğu söylenebilecektir. TBK m.344, f.3 hükmü gereği rayiç kira bedelinin tespiti davalarında bu sonuç evleviyetle geçerli olacaktır<sup>30</sup>. Bu davanın kiracı tarafından açılmış olması ve kira bedelinin düşürülmesine karar verilmesi durumunda ilam kesinleşene kadar eski kira bedelinin ödenmeye devam edilmesi gerektiği, kararın kesinleşmesi durumunda ise kiracının sonraki kiraya sayabileceği öğretide savunulmaktadır<sup>31</sup>. Kiraya verenin açtığı davada nasıl kesinleşme aranıyorsa kiracı açısından da aynı sonucun kabulünü doğal

<sup>24</sup> DOĞAN, s. 199; DOĞAN, Kira Sözleşmesi, s. 346; TANDOĞAN, I/2, s. 224; ARPACI, Abdülkadir, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, Temel Yayınları, İstanbul, 2002, s. 235; BURCUOĞLU, s. 233.

<sup>25</sup> “(...) Taraflar arasında 01/01/2008 başlangıç tarihli, bir yıl süreli kira sözleşmesi konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Kira sözleşmesinin 6. maddesinde “Kira sözleşmesinin ikinci yılda yenilenmesi halinde kiracı aylık kira bedeline hiçbir uyarı ve bildirim gerek kalmadan %... oranında zam yaparak yeni kira bedelini ödemeyi kabul eder.” düzenlemesi yer almaktadır. Söz konusu hükümde artış oranı belirtilmediğine göre bu artış şartı belirli ve muayyen olmadığından geçerli değildir. ... Sulh Hukuk Mahkemesinin 2014/566 Esas, 2015/112 Karar sayılı ilamı ile 01/01/2014 tarihinden itibaren aylık kira bedelinin 7.000 TL olarak tespitine karar verildiği ve kararın kesinleştiği anlaşılmaktadır. Sözleşmedeki artış şartı belirli ve muayyen olmadığından, kira bedelinin tespitine karar verilen 01/01/2014 tarihinden sonraki yıllar için kira tespit ilamı ile belirlenen kira miktarının artışı olarak talep edilmesi mümkün değildir. (...)” Yar. 3. HD., E. 2017/6529, K. 2017/17817, 19.12.2017 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>26</sup> DOĞAN, **Kira Sözleşmesi**, s. 347.

<sup>27</sup> Yarg. İBK, 12.11.1979 T., 1/3. E.-K. (TUNABOYLU, s. 1822-1828).

<sup>28</sup> İNCEOĞLU, s. 450.

<sup>29</sup> İNCEOĞLU, s. 450.

<sup>30</sup> Aynı yönde İNCEOĞLU, s. 451.

<sup>31</sup> ARPACI, s. 236.

görmek gerekir. Kiracı tarafından açılan davada mahkeme rayiç kirayı kiracının ödediği kadar ya da daha az olarak belirlediği takdirde daha önceden yapılan ihtarlar haklı olmaktan çıkar<sup>32</sup>.

Yan giderlerin ödenmemiş olması haklı ihtar için yeterli görülemez<sup>33</sup>. TBK m.352, f.2 hükmü kira bedelini ödemede temerrüde düşmekten söz etmektedir. Temerrüt nedeniyle feshi düzenleyen TBK m.315 hükmünde yan giderlerin açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, TBK m.352, f.2 hükmünde sadece kira bedelinden söz edilmesinin bilinçli tercih olduğu ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Öte yandan yan giderleri geç ödeme konusunda alışkanlığa müsaade eden bu yaklaşım öğretide haklı olarak eleştirilmektedir<sup>35</sup>.

### ***b. İhtarın Yapılma Zamanı***

Kira bedeli muaccel olmadan önce yapılan ihtar haklı olarak görülemez<sup>36</sup>. Kanun koyucu kira bedeli ödemesi gerektiği zamanda ödemeyen kiracıya karşı tahliye imkânı sağlamak için bu düzenlemeyi getirmiştir. Henüz alacak muaccel olmadan ihtar yapılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır.

Kira sözleşmesinde kira bedelinin ne zaman ödeneceği belirli ise bu vadede kira bedeli ödenmelidir. Sözleşmede belirli olan vadede kira bedelini ödemeyen kiracı ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın mütemerrit olur. Bu halde kiraya veren vadenin geçmesiyle ihtar yapabilir. Örneğin kira bedelinin her ayın ilk günü ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir kira sözleşmesinde kiraya veren en erken ayın ikisinde ihtar yapabilir. Kira bedelinin gün belirtilmeksizin aylık peşin ödeneceğinin kararlaştırıldığı hallerde kiracıya Yargıtay üç günlük süre tanımaktadır<sup>37</sup>. Örneğin ayın on beşi başlangıç tarihli kira sözleşmesinde kiracıya ayın on altısında gönderilen ihtar haklı olarak görülemeyecektir. Yargıtay'a göre bu örnekte ihtarın en

<sup>32</sup> İNCEOĞLU, s. 451.

<sup>33</sup> GÜMÜŞ, s. 338; İNCEOĞLU, s. 454.

<sup>34</sup> İNCEOĞLU, s. 454; AYDOĞDU, Murat/TUNCER, Nalan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 685. 6570 s.lı GKHK döneminde m.5 hükmünün yorumuyla yakıt parasının ödenmemesi halinde de iki haklı ihtarın oluşabileceği yönündeki uygulamanın bugün itibariyle mümkün olmadığı ifade edilmektedir (İNCEOĞLU, s. 453-454). Yakıt giderleri için ihtar edilebileceğine ilişkin Yargıtay uygulaması için bkz. Yar. 6. HD., E. 1984/10067, K. 1984/10381, 30.10.1984 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025.

<sup>35</sup> DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, **Kira Sözleşmesinde Yan Giderler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 266.

<sup>36</sup> ARAL, Fahreddin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 413.

<sup>37</sup> Yar. 6. HD., 27.04.1992 T., 5214/5731 (TUNABOYLU, s. 1263-1264); Yar. 6 HD., 14635/191603, 14.12.1988 (TUNABOYLU, s. 1284-1285).

erken üç günün geçmesiyle, yani ayın on sekizi bitimine kadar ödeme yapılmadığı takdirde, ayın on dokuzunda gönderilmesi halinde haklı olarak görülebilecektir. Ancak kira bedelinin ayın başında peşin ödeneceği belirtilen hallerde TBK m.91 (BK m.75) hükmü gereği ayın birinci günü ödenmesi gerektiği yönünde kararlar da mevcuttur<sup>38</sup>. Kanaatimce kira bedelinin peşin olarak ödeneceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde ayın ilk gününü geçmesiyle çekilecek ihtar haklı olarak görülmelidir. Peşin ödeme ayın başı gibi anlaşılmalıdır.

Vadenin resmi tatile denk gelmesi durumunda ertesi ilk iş günü ödeme yapılmadığında bu günü takip eden günde kiraya veren ihtar yapabilir<sup>39</sup>. TBK m.93, f.2 hükmünde aksine anlaşmaların geçerli olduğu belirtildiğinden kiracının tatil günü de olsa kira bedelini ödeyeceğinin kararlaştırılmasına engel bulunmamaktadır.

Kira bedelinin ne zaman ödeneceği sözleşmede düzenlenmemiş ise TBK m.41 hükmüne göre hareket edilmelidir. Buna göre, “*Kiracı, aksine sözleşme ve yerel âdet olmadıkça, kira bedelini ve gerekiyorsa yan giderleri, her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlüdür*”. Aksine adet bulunmuyorsa kira bedeli ayın sonunda ödeneceği için kiraya veren en erken bir sonraki ayın ilk günü ihtar yapabilir. Ayın sonunun tatil gününe denk gelmesi durumunda yukarıdaki açıklamalar burada da geçerlidir.

Muaccel olan birden fazla kira bedeli alacağı için ayrı ayrı ihtar gönderilmesi durumunda bu tek ihtar olarak görülür<sup>40</sup>.

Kiracının kira bedellerini düzenli olarak sözleşmede kararlaştırılan günden farklı bir günde ödemediği ve kiraya verenin çekincesiz olarak tahsil ettiği durumlarda kira sözleşmesindeki ödeme zamanına ilişkin hükmün örtülü (zımnen) değiştiği kabul edilir<sup>41</sup>. Yargıtay kararlarında da sözleşmedeki vadeden farklı zamanda ödeme şeklinde teamülün varlığı halinde buna uyulması gerektiğinden

<sup>38</sup> Yar. 6. H.D., 15.12.1989 T., 17979/2471 (TUNABOYLU, s. 1281-1282); Yar. 6. HD., E. 2003/2973, K. 2003/3078, 05.05.2003 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>39</sup> Yar. 3. HD., E. 2017/6593, K. 2017/15862, 14.11.2017 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 09.11.2024.

<sup>40</sup> TANDOĞAN, I/2, s. 226; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 390; GÜMÜŞ, s. 341; İNCEOĞLU, s. 441; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 777. “(...) İkinci ihtar konu olan 20.07.2010 tarihli ikinci icra takibi ile Temmuz 2010 yılının bakiye kira bedelinin ödenmesi istenmiş ise de; Temmuz ayı kira bedeli 06.07.2010 tarihinde yapılan ilk icra takibi sırasında sözleşmedeki ödeme gününe göre muaccel olup istenebilecek iken bölünerek ayrı icra takibine konu edilemeyeceğinden bu ikinci ihtar haklı sayılamaz. (...)” Yar. 3. HD., E. 2017/11179, K. 2018/5354, 16.5.2018 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>41</sup> İNCEOĞLU, s. 447; GÜMÜŞ, s. 338; ARPACI, s. 234; TANDOĞAN, I/2, s. 222; DOĞAN, s. 192; ARAL/AYRANCI, s. 413.

söz edilir<sup>42</sup>. Sözleşmedeki ödeme zamanının örtülü olarak değiştiğinden söz edilebilmesi için kira bedellerinin sözleşmede belirlenen vadeden farklı bir tarihte ve aynı zamanda düzenli olarak ödenmiş olması ve kiraya verenin de çekincesiz olarak ifaları kabul etmiş olması gerekir. Örneğin ayın başında ödeneceği belirtilen kira bedelinin her ayın yirmisinde ödenmesi halinde örtülü olarak değişiklik olduğundan söz edilebilir iken, her defasında farklı farklı zamanlarda kira bedelinin ödendiği durumlarda vadenin değiştiğinden söz edilemez. Bu halde kiraya veren sözleşmeye uygun zamanda ödeme yapmayan kiracıyı ihtar edebilir. Kiracı sözleşmeye aykırı kendi davranışlarından kendisine bir hak türetememelidir.

Yargıtay ihtarın haklı görülebilmesi için gönderilme zamanı bakımından sadece muacceliyete yönelmemiş, alacak muaccel olsa da ihtarın kira yılı bitmeden kiracıya gönderilmesini aramıştır<sup>43</sup>. Buna göre kira bedelinin ayın sonunda ödeneceği hallerde son ay kira bedeli için haklı ihtar göndermek mümkün değildir. Yargıtay'ın bu görüşünün yasal bir dayanağı bulunmadığını, yasal süresinde dava açılması halinde kira yılının bitiminde de ihtarın gönderilebileceğini düşünüyoruz<sup>44</sup>.

### **c. Kiracının Ödeme Yapmamayı Haklı Kılan Bir Nedeni Bulunmaması**

Kira bedeli muaccel olmasına rağmen kiracının ödeme yapmamasını haklı kılan sebeplerin bulunması durumunda da ihtar haklı olarak görülemez.

<sup>42</sup> “(...) Mahkemece taraflar arasında kira bedelinin ayın 10. günü ödenmesi hususunda teamül olduğu, iki haklı ihtarın gerçekleştiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiş, hükmü davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. (...) Sözleşmenin özel şartlar bölümünün 2. maddesinde kira bedelinin her ayın 5-18 arası ödeneceği kararlaştırılmıştır. (...) Dosyada mevcut ödeme dekontlarından kira bedellerinin ayın 10. gününden sonra da ödenmiş olduğu görülmektedir. Bu durumda taraflar arasında kira bedelinin ayın 10. günü ödeneceğine dair teamül olduğu söylenemez. Bu nedenle davacı tarafından iki haklı ihtar konu edilen kira alacağı muaccel hale gelmeden başlatılan icra takipleri ile talep edilmiş olduğundan mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde tahliye karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. (...)” Yar. 3. H.D., E. 2017/3884, K. 2017/8824, 01.06.2017 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 09.11.2024. Öğretide bir yazar Yargıtay'ın bu durumu teamül ile açıklamasını eleştirmekte ve bunun aslında sözleşme değişikliği olduğunu haklı olarak ifade etmektedir (GÜMÜŞ, s. 339).

<sup>43</sup> “(...) İki haklı ihtar olgusunun gerçekleşmesi için, iki ihtarın da bir kira döneminde ve bir yıl içindeki aylarla ilgili olması ve o yıl içinde tebliğ edilmesi gerekir.

Olayımıza gelince; taraflar arasındaki kira sözleşmesi 14.9.2002 başlangıç tarihli bir yıl sürelidir. Davacı 9.8.2004 keşide, 13.8.2004 tebliğ tarihli ihtarnameyle Ağustos 2004 kirasının ödenmesini talep etmiştir. Kira bedeli 20.8.2004 tarihinde ödendiğinden bu ihtar haklıdır. Yine davacı 7.9.2004 keşide, 16.9.2004 tebliğ tarihli ihtarnameyle 2004 yılı Eylül ayı kirasını istemiş, kira parası ihtarın tebliğinden sonra 21.9.2004 tarihinde ödenmiştir.

Davacının Eylül 2004 kirasının süresinde ödenmemesi sebebiyle 7.9.2004 tarihinde keşide ettiği ihtarname davalıya dönem sonu olan 14.9.2004 tarihinden önce tebliğ edilmesi gerekirken, yazılı şekilde tahliye karar verilmesi doğru olmadığından kararın bozulması gerekmektedir. (...)” Yar. 6. HD., E. 2005/7888, K. 2005/9634, 20.10.2005 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025; Yar. 6. H.D., 30.03.1993 T., 365/3805 (TUNABOYLU, s. 1239-1240).

<sup>44</sup> Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, s. 445.

Kiracının kiraya verenden takas edilebilir bir alacağı bulunduğu ve takas ileri sürüldüğü takdirde kira bedeli ödeme borcu kiracının kiraya verenden olan alacağı miktarı kadar sona erer. Kiracının kira bedeli tutarı kadar alacağı için ileri sürdüğü takas açıklamasından sonra kira bedelinin ödenmesi için gönderilecek ihtar haklı olarak görülemeyecektir<sup>45</sup>. Kiracının kiralananın ayıplı olması nedeniyle yapılan giderlerin kira bedelinden indirilebileceği TBK m.306 hükmünde açıkça düzenlenmiştir. Gene Kat Mülkiyeti Kanunu m.22 hükmünde de avans ve gider borcundan kiracının müteselsilen sorumlu olduğu, yaptığı ödemeyi kira bedelinden düşebileceği belirtilmiştir. Kiracının takas hakkını kullanabilmesi için borcun kaynağı önemsizdir. Önemli olan onun kiraya verenden muaccel, takas edilebilir bir alacağı bulunmasıdır.

Kiracının ödemezlik def'i kullanması da mümkündür. Kiraya veren kira süresi boyunca kiralananı kullanıma elverişli buldurmak zorundadır. Kiraya verenin bu borcu ile kiracının kira bedelini ödeme borcu değiş-tokuş (*sinallagma*) ilişkisi içindedir. Kiralanan kiracıdan kaynaklanmayan bir nedenle kullanıma elverişsiz duruma gelmiş ve kiracı bu durumun giderilmesini kiraya verenden talep etmiş olmasına rağmen kiralanan elverişli hale getirilmemiş ise kiracı kiralanan kullanıma elverişli konuma getirilene kadar kira bedelini ödemekten kaçınabilir. Bu halde kira bedelinin ödenmediği gerekçesiyle yapılan ihtar da haklı olarak görülemeyecektir. Gene kiracının peşin olarak ödeneceğinin kararlaştırılmadığı hallerde kiralananı teslim etmemiş olan kiraya verene karşın da ödemezlik def'i ile sürülebilecektir<sup>46</sup>.

#### ***d. İhtarın Haklı Olmasını Önleyen Bazı Özel Durumlar***

Kiraya veren kendisine usulüne uygun olarak sunulan kira bedelini tahsil etmediği takdirde alacaklı temerrüdüne düşer. Alacaklı temerrüdüne düşen kiraya verenin yapacağı ihtar da haklı olarak görülemez. Örneğin alacaklının yerleşim yerine götürülen ya da konutta ödemeli olarak gönderilen kira bedelini kabul etmeyen kiraya verenin ihtarını sonuç doğurmayacaktır<sup>47</sup>. Alacaklının temerrüdü olgusu tanıkla ispat edilebilecektir<sup>48</sup>. Kiracının tevdi yeri belirlenmesi başvurusu yapmamış olması hukuki sonucu değiştirmez<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> DOĞAN, *Kira Sözleşmesi*, s. 346.

<sup>46</sup> Aynı yönde bkz. İNCEOĞLU, s. 453. Aksi yönde bkz. TANDOĞAN, I/2, s. 165, dn. 165.

<sup>47</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 775.

<sup>48</sup> Yar. 6. H.D., 05.11.1992 T., 11962/12569 (TUNABOYLU, s. 1253); YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 775.

<sup>49</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 775-776.

Kira bedellerinin ödenmesi kapsamında kiracıdan bono alınmış olması durumunda öncelikle bononun tahsili için kiracıya başvurulması gerektiği, bu yapılmadan gönderilen ihtarın haklı ihtar olarak görülemeyeceği kabul edilmektedir.<sup>50</sup>

#### 4. İhtarın Şekli ve İçeriği

##### a. İhtarın Şekli

Kanun ihtarın yazılı olmasını aramıştır. İhtarın noterlik aracılığıyla gönderilmesi zorunlu değildir. Adi yazılı şekil yeterlidir.<sup>51</sup> İhtarın geçerli olarak görülebilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunludur. Sözlü olarak yapılan iki ayrı haklı ihtar kiraya verene tahliye davası açma hakkı vermez.

Tacirlere ilişkin olarak TTK m.18, f.2 hükmüne göre, “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshetme, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır*”. TTK m.18, f.2 hükmü ile getirilen şeklin ispat şekli olduğundan tarafların tacir olması durumunda da ihtar için adi yazılı şeklin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Yazılı şeklin unsurlarını düzenleyen TBK m.14 hükmünün ikinci fıkrasında “*Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer*”. Buna göre kanunda aksi açıkça düzenlenmediği takdirde güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen dijital yazılar da yazılı şekli karşılar. Gene Türk Borçlar Kanunu m.15, f.1, c.2 hükmüne göre, “*Güvenli elektronik imza da el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur*”. EİK m.5, f.1<sup>52</sup> hükmünde de bu durum, “*Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur*” şeklinde ifade edilmiştir.

Elektronik İmza Kanunu m.5, f.2 hükmünde hangi işlemlerin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağı belirtilerek, elektronik imzanın kapsamı belirlenmiştir. Buna göre, “*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*”. Kanunda güvenli elektronik

<sup>50</sup> GÜMÜŞ, s. 339.

<sup>51</sup> Yar. 6. H.D., E. 1992/462 K. 1993/1000, 03.02.1993 (TUNABOYLU, s. 1250).

<sup>52</sup> 15.01.2004 tarih ve 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu.



imza ile yapılamayacağı belirtilen hukuki işlemlerin dışındaki diğer işlemlerin güvenli elektronik imza ile imzalanabileceği ve elle atılan imza gibi aynı sonuçları doğuracağı kanun metninin karşıt anlamından çıkmaktadır<sup>53</sup>. TBK m.352, f.2 hükmünde sadece yazılı şekilden söz edildiği, güvenli elektronik imza ile ihtarın yapılamayacağı düzenlenmediğine göre güvenli elektronik imza ile hazırlanmış dijital metnin iletilmesi de yazılı şekil koşulunu sağlamaktadır.

Güvenli elektronik imzayı içeren e-postanın kiracının sürekli kullandığı ya da sözleşmede yer alan e-posta adresine gönderilmesi gerektiği öğretide savunulmaktadır<sup>54</sup>. Kayıtlı elektronik posta dışında e-posta ile yapılacak bildirimler açısından bu kabul edilebilir bir durum olmakla birlikte, kayıtlı elektronik posta üzerinden elektronik tebligatta bu koşulun aranmayacağı kanaatindeyiz.

Kira bedeli alacağının tahsili için icra takibi yapılması ya da dava açılması durumunda ödeme emri ya da dava dilekçesi de ihtar yerine geçer<sup>55</sup>.

### ***b. İhtarın İçeriği***

Bir ihtarın haklı olarak görülebilmesi için muaccel bir kira borcunun ödenmesinin istenmiş olması gerekir. İhtarda ne miktarda ve hangi vadeye ilişkin kira bedelinin istenmiş olması aranmaktadır<sup>56</sup>. Kanun “*kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarda bulunulmasına sebep olmuşsa*” ifadesini kullanmaktadır.

Kiracı ödemediği kira bedelini bildiğine göre, kanunda da bu açıklıkta bir düzenleme bulunmadığına göre ihtarın gönderildiği sırada borç belli ise bu ihtarın geçerli olması gerektiği kanaatindeyiz. Ödemediği kira bedelinin farkında olan kiracıya borcunun miktarını ve hangi aya ilişkin kira bedelinin talep edildiğini bildirmeyi zorunlu tutmak zaten kanunen korunan kiracıyı korumada aşırıya kaçmak anlamına gelecektir. Hangi aya ilişkin kira bedelinin ve istenen miktarın bildirilmesi olsa olsa taraflar arasında bu konuda uyuşmazlık bulunduğu durumlarda aranmalıdır. Nitekim Yargıtay önüne gelen olaylarda ihtarda hangi

<sup>53</sup> GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024, s. 135.

<sup>54</sup> AYDOĞDU/TUNCER, s. 684.

<sup>55</sup> Yar. 6. H.D., 29.01.1981 T., 759/1264 (TUNABOYLU, s. 1298-1299); Yar. 6. H.D., E. 2009/2036, K. 2009/5622, 15.6.2009 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2014/5023, K. 2014/6562, 21.05.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2016/51, K. 2016/5316, 20.9.2016 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>56</sup> GÜMÜŞ, s. 336-337; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 776; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 436.

ayın kirası olduğunun belirtilmiş olmasının şart olmadığına hükmetmiştir<sup>57</sup>. Yargıtay bir başka kararında da kira miktarına ilişkin uyumsuzluğun ihtarın haklılığı olgusunu ortadan kaldırmadığını belirtmiştir<sup>58</sup>.

İhtarla kiracıdan kira bedelinin ödenmesinin istenmesi gerekli ve yeterlidir. Ayrıca ona süre verilmesi ve kira bedelinin ödenmemesi durumunda karşılaşılabileceği yaptırımın bildirilmiş olması aranmaz<sup>59</sup>. Ancak öğretide bu halde TBK m.315, f.2'deki gibi en az otuz günlük sürenin verilmesi gerektiği görüşüne de rastlanmaktadır<sup>60</sup>. Zorunlu olmamakla birlikte ihtarda kiracıya ödeme için süre verilmiş ve kiracının bu süre içinde ödemiş olması durumu ihtarın haklılığını

<sup>57</sup> “(...) Olayımıza gelince; davacı ile davalı arasında uyumsuzluk konusu olmayan 05.11.2009 başlangıç tarihli ve 1 yıl süreli kira sözleşmesinin hususi şartlar 7. maddesinde kira bedellerinin her ayın en geç 5. gününe kadar ödeneceği, 11. maddesinde ise ikinci sene ve diğer senelerde de kira bedellerinin kontrat bitim tarihinde ilan edilecek olan TÜİK üretici fiyatları endeksindeki yıllık artış oranında arttırılacağı kararlaştırılmıştır. Bu şartlar geçerli olup, tarafları bağlar. Davacı anılan sözleşme uyarınca ödenmeyen kira bedellerinin ödenmesi hususunda davalıya birden çok ihtarname keşide etmiştir. Mahkemenin gerekçesinin aksine, keşide edilen bu ihtarnamelerde istenen kira bedellerinin hangi aya ait olduğunun belirtilmemesi ihtarnameleri geçersiz kılmaz ve iki haklı ihtarın koşullarının oluşmasına engel olmaz. Mahkemece kira sözleşmesindeki artırım şartı dikkate alınıp, davacıya davanın dayanağı olan ihtarnamelerle konu kira farklarının hangi aylara ilişkin olduğu da açıklattırılıp, 05.11.2011 ile 05.12.2012 kira döneminde 1 aylık kira bedelinin ne kadar olduğunun tespit edilerek sözleşmenin 7. maddesi gereğince iki haklı ihtar olgusunun gerçekleşip gerçekleşmediği üzerinde durularak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile red kararı verilmesi doğru değildir. (...)” Yar. 6. HD., E. 2014/8844, K. 2014/11098, 15.10.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024. Aynı yönde bkz.. Yar. 6. HD., E. 2014/8591, K. 2014/10734, 01.10.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>58</sup> “(...) Davacı tarafından davalıya gönderilen 05/04/2012 keşide, 20/04/2012 tebliğ tarihli ihtarla istenen Nisan 2012 ayı kira parası 30/04/2012 tarihinde, 04/05/2012 keşide 10/05/2012 tebliğ tarihli ihtarla konu edilen Mayıs 2012 ayı kira parası 30/05/2012 tarihinde, 04/07/2012 keşide, 20/07/2012 tebliğ tarihli ihtar ile 07/08/2012 keşide, 15/08/2012 tebliğ tarihli ihtarnamede istenen Temmuz ve Ağustos 2012 ayları kira paraları 30/07/2012 ve 28/08/2012 tarihlerinde davalının kabul ettiği miktarlar üzerinden ihtarların tebliğ tarihlerinden sonra ödenmiştir. Yukarıda açıklandığı gibi iki haklı ihtar olgusunun gerçekleşmesi için ödemelerin ihtar tebliğlerinden sonra yapılması yeterli olup taraflar arasındaki kira miktarına ilişkin uyumsuzluk ihtarların doğurduğu sonuca etkili olamaz. Davalı, aylık kira bedellerini kendi kabul ettiği miktardan ihtarların tebliğinden sonra ödemediğinden ihtarlar haklıdır. (...)” Yar. 6. HD., E. 2013/15341, K. 2013/16258, 04.12.2013 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>59</sup> YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 776; GÜMÜŞ, s. 337; TANDOĞAN, 1/2, s. 225; Yar. 6. HD., 31.05.1995 T., 525/5410 (TUNABOYLU, s. 1219). “(...) Davacı 20.11.2012 - 20.11.2013 kira yılında davalının iki haklı ihtarla neden olduğunu ileri sürerek kiralananın tahliyesini talep etmiştir. Mahkemece ihtarnamelerde ödeme süresi olarak 30 gün yerine 15 gün verildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Davalıya gönderilen 01.04.2013 keşide, 02.04.2013 tebliğ ve 25.10.2013 keşide, 31.10.2013 tebliğ tarihli ihtarnamelerde 30 günlük ödeme süresi verilmemesinin sonucu etkiler bir yönü bulunmamaktadır. 30 günlük süre temerrüde dayalı tahliye davalarında önem kazanmaktadır. İki haklı ihtar nedenine dayalı tahliye davalarında ödeme süresinin belirtilmesine ihtiyaç yoktur. (...)” Yar. 6. HD., E. 2014/7235, K. 2014/8453, 25.6.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024. Aynı yönde bkz. Yar. 6. HD., E. 2014/8591, K. 2014/10734, 01.10.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 3. HD., E. 2017/6324, K. 2017/15623 09.11.2017 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>60</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 313.

ortadan kaldırmamalıdır<sup>61</sup>. Aksinin kabulü her defasında kendisine ihtar ile verilen sürede kira bedelini ödemeyi alışkanlık haline getiren kötüniyetli kiracıyı korumak anlamına gelecektir.

### c. İhtarın Ulaşması Gereği

İhtar bir irade açıklaması olup buna hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. Bu nedenle ihtarın varlığından söz edilebilmesi için onun muhatabına ulaşması gerekir<sup>62</sup>. Bu ulaşma mutlak surette ihtarın muhatabının eline geçmesi anlamına gelmez. Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilmiş sayılan hallerde ihtar herhalde ulaşmış sayılır.

Yargıtay ihtarın tebliğinin usulsüz olduğu hallerde bunun davalı kiracı tarafından ileri sürülmesi gerektiğini, aksi halde tebliğin usulüne uygun olduğunun kabulü gerektiği görüşündedir<sup>63</sup>.

## 5. Ödemenin İhtarın Tebliğinden Sonra Gerçekleşmiş Olması Gerekip Gerekmediği

Kanun metninde ödemenin ihtarın tebliğinden önce yapılması zorunluğuna yer verilmemiştir. Kanunun sözü sadece “*kira bedelini ödemediği için kendisine yazılı olarak iki haklı ihtarında bulunulmasına sebep olmuşsa*” diyerek tahliye koşulunun iki kere haklı ihtarla muhatap olmaktan ibaret olduğunu ortaya koymaktadır. Ancak Yargıtay’ın yerleşik uygulaması ihtarın haklı olması için onun kiracıya tebliğ edilmiş olması ve ödemenin de tebliğden sonra gerçekleşmiş olması gerektiği yönündedir<sup>64</sup>. Yargıtay 6. H.D. bir kararında haricen öğrenme

<sup>61</sup> Aynı yönde GÜMÜŞ, s. 337; Aksi yönde BURCUOĞLU, s. 267-268.

<sup>62</sup> EREN, s. 436.

<sup>63</sup> “(...) Mahkemece her ne kadar Temmuz 2013 kira parasının talep edildiği 23/07/2013 tarihli ihtarname-nin usulüne uygun olarak tebliğ edilmediği, yapılan tebligatın geçersiz olduğu gerekçesiyle davanın red-dine karar verilmiş ise de; Davalı vekili tarafından yargılama sırasında ihtarın tebliğinin usulsüz yapıldığına dair her hangi bir savunmada bulunulmadığına göre tebligatın usulüne uygun tebliğ edildiğinin kabulü gerekir. (...)” Yar. 6. HD., E. 2014/8939, K. 2014/9995, 18.09.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

<sup>64</sup> “(...) Davacılar, 1.5.1982 - 1.5.1983 kira yılında davalının iki haklı ihtarına sebep olduğu iddiası ile bu davayı açmışlardır, iki haklı ihtar olgusunun gerçekleşmesi için bir kira yılı içinde vadesi gelmiş ayrı ayrı aylara ait kira bedellerinin ödenmemesi nedeni ile en az iki ihtarın kiracıya tebliğ edilmiş olması ve öde-melerinde tebliğden önce yapılmamış bulunması gerekir, ihtarlar tebliğ ile hukuki netice doğuracağına göre kişide tarihlerinin esas alınmaması, tebliğ tarihlerinin gözönünde tutulması zorunludur. (...)” Yar. 6. H.D., E. 1983/13192, K. 1983/13303, 23.12.1983 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 18.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2011/3191, K. 2011/8464, 20.07.2011 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 26.12.2011; Yar. 6. HD., 2003/2973 E, K. 2003/3078, 05.05.2003 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2015/5702, K. 2015/7932, 05.10.2015 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 6. HD., E. 2016/2745, K. 2016/2380, 24.03.2016 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024.

üzerine ödeme yapılması durumunda da ihtarın haklı olarak görülemeyeceği kabul etmiştir<sup>65</sup>. Yargıtay tebliğ tarihinde yapılan ödemelerde de tebliğ ve ödeme saatlerinin tespit edilerek sonucuna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir<sup>66</sup>. Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında aksi yönde karar verdiği de görülmektedir<sup>67</sup>. Öğreti de büyük ölçüde Yargıtay ile aynı görüştedir<sup>68</sup>. Ancak bu görüşe katılmayan, ihtarın tebliğini aramayan az sayıda görüşe de rastlanmaktadır<sup>69</sup>.

İhtarın haklı sayılması için kiracının ödemeyi tebliğden sonra yapmış olmasını arayan görüşün gerekçesi kiracının bundan sonra sözleşmeye uyma konusunda yükümlülüklerinin hatırlatılabilmesinin onun tebliğ edilmiş olmasına bağlı olmasıdır<sup>70</sup>. Bu görüşü destekleyen bir yazar kira bedellerinin zamanında ödenmesinin esas olduğunu belirtmekle birlikte, kanun koyucunun kiracının genel olarak zayıf durumunu göz önünde bulundurarak gecikmeli ödemelerin bir hoşgörü sınırı içinde kalmasını istemiş olduğunu, bu yolla iyiniyetli gecik-

<sup>65</sup> “(...) Olayımızda, 1984 yılı Ağustos ayına ilişkin ihtarın haklılığı uyulan bozma ilamıyla kesinleşmiştir. Bütün sorun 1984 yılı Eylül ve Ekim ayı kiralarına ilişkin ihtarın haklı olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Bu ay kiraları için davalı hakkında icra takibi yapılmış, ihtarlı ödeme emri davalıya 16.10.1984’de tebliğ olunmuştur. Takip konusu ayların kirası tebliğinden önce 8.10.1984 tarihinde icraya yatırılmıştır. Yukarıda açıklandığı üzere ihtarların hukuki sonuç doğurabilmesi için tebliğ edilmesi haklılığı için de ödemenin tebliğden sonra yapılmış bulunması zorunludur. Haricen hakkında icra takibi yapıldığını öğrenen davalının icra veznesine ödeme yapması ihtar tebellüğü ettiği anlamına gelmez. Bu bakımdan ihtar niteliğinde kabul edilen ödeme emri haklı ihtar kabul edilemez. (...)” Yar. 6. H.D., E. 1986/14357, K. 1987/428, 22.01.1987 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>66</sup> “(...) Her iki ihtarnameye konu aylar kira bedelleri kiraya verene ait banka hesabına 13/08/2014 tarihinde yatırılmıştır. Ancak gerek banka hesap hareketlerinden gerekse 11/08/2014 tarihli ihtarnameye ait tebliğ mazbatasından ödemenin mi tebliğ alma saatinin mi önce olduğu anlaşılamamaktadır. Bu nedenle mahkemece bu husus araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. (...)” Yar. 6. H.D., E. 2015/6052, K. 2016/2893, 11.4.2016 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 09.11.2024. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi aynı gün yapılan tebliğ ve ödemede tebliğ saatinin belirlenememesi nedeniyle ödemenin tebliğden önce yapıldığının kabulü gerektiğine hükmetmiştir. Yar. 3. HD., E. 2018/5827, K. 2018/9394, 02.10.2018 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>67</sup> “(...) Davalı peşin ödenmesi gereken kira parasını zamanında ödemediğinden bir kira yılı içinde kendisine iki haklı ihtar çekilmiş bulunmaktadır. Davacı ikinci ihtarnameyi 4.9.1959 tarihinde çektiğine göre, davalının henüz bu ihtarnameyi almadan kira parasını ikametgahta ödemeli şartıyla postaya vermiş olması o ay kira parasını ödememiş olması bakımından, ihtarnamenin haksız çekildiğini kabule sebep teşkil etmez (...)” Yarg HGK., 24.5.1961 T., 6-19 E.-39 K. (OLGAÇ, Senai, **Tesbit ve Tahliye**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1968, s. 162-163).

<sup>68</sup> ARAL/AYRANCI, s. 413; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 776; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 390; GÜMÜŞ, s. 338.

<sup>69</sup> TANDOĞAN, s. 223, 224; DOĞAN, s. 196; DOĞAN, **Kira Sözleşmesi**, s. 347; ÖZMEN, Saba, “Kira Bedelinin Zamanında Ödenmemesi Sebebi ile Çekilen İki Haklı İhtarın Niteliği ile Buna Bağlı Yargıtay İçtihatlarının Eleştirisi”, **TBB Dergisi**, 1989/6, s. 917.

<sup>70</sup> TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II**, 3. Bası, Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 685 (ÖZMEN, s. 916’dan naklen).

melerle bunu alışkanlık haline getirme eğiliminde olan kiracıları bir birinden ayırma amacıyla hareket ettiğini savunmuştur<sup>71</sup>. Yargıtay ödemenin ihtarın tebliğinden sonra yapılmış olması gerektiği görüşünde ihtarın amacından hareket etmektedir. Buna göre ihtarın amacı kiracıyı kanundan doğan yükümlülüğünü yerine getirmeye davet etmektir. Kiracı ancak kendisine tebliğ edildiğinde ihtar amacına ulaşmış olur. Bu durumda ihtarın notere tesliminden sonra ve fakat durumu öğrenmeden önce kiracının kira bedelini ödemesi halinde ihtar amacına ulaşmış olmaz. Bu sebeple ödemediği önce gönderilen ve fakat kiracıya ulaşmadan önce kira bedeli ödenen hallerde ihtar haklı olarak görülemez. Yargıtay bu görüşünü 1963 yılında bir Hukuk Genel Kurulu kararıyla ortaya koymuştur<sup>72</sup>. Yargıtay 6. H.D. bir kararında ihtarın hukuki nitelikçe muhatabına ulaşmakla sonuç doğuran bir beyan olduğunu, bu nedenle ihtarın ulaşmasından sonra ödeme yapılması halinde haklılık kazanacağını belirtmiştir<sup>73</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararını eleştiren bir yazar, Yargıtay'ın bu gerekçesinin tek bir makul hukuki dayanağı dahi olamayacağını, ihtarın kira bedelinin zamanında ödenmemesi nedeniyle çekildiğini, zamanında ödememe olgusunun vadenin kararlaştırıldığı gün hesabıyla geçmişte kaldığını, başka bir anlatımla ödememe olgusunun eşyanın tabiatına aykırı olarak geçmişe yönelik olarak hiç kimse tarafından ortadan kaldırılamayacağını, vadeye uyulmamış olduğu olgusunun ortada olduğunu ve değiştirilemeyeceğini, aslında ihtarın amacının kiracıyı Yargıtay içtihadındaki gibi onu kanuni yükümlülüğünü yerine getirmeye davet olmadığını, bundan sonraki kira bedellerini zamanında ödemesini sağlayarak tahliye davasıyla karşılaşmamasını ihtar etmek olduğunu sa-

<sup>71</sup> FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1961, s. 315.

<sup>72</sup> “(...) İhtarın amacı, kiracıyı kanundan doğan ödevini yerine getirmeye çağırılmaktır ve ona kira: parasını ödetmektir. Kiracının ihtarı öğrenmesi üzerine kira parasını ödemiş olması halindedir ki ihtar, amacına ulaşmış olur; demek ki, ihtar kâğıdının notere verilmesinden sonra ve fakat durumu öğrenmezden önce kiracının kirayı ödemiş olması halinde ihtar amacına ulaşmış olamaz ve böyle bir ihtar, sonradan kiracıya tebliğ edilmiş bulunsun bile, yapılmış haklı bir ihtar sayılamaz.

*İki haklı ihtarla dayanarak kiracı çıkartma sebebinin kanuna konuluşundaki amaç gözönünde tutulursa, ancak ihtarın tebliğinden sonra para ödenmesi halindedir ki, haklı ihtarın gerçekleşmiş olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılır. Kiracının herhangi bir şekilde tebliğinden önce ihtarı öğrenmiş ve bunun üzerine kira parasını ödemiş olduğunun isbat edilmiş olması halinde olayda Medeni Kanunun 2 nci maddesi uygulanarak ihtarın yapılmasından sonra kiranın ödenmiş bulunduğu kabul edilebilirse de, burada böyle bir durum yoktur. (...)*” Yar. HGK, 06.03.1963 T. 1963/6-21 E.-1963/39 K. (OLGAÇ, s. 162).

<sup>73</sup> “(...) İhtar hukuki nitelikçe muhatabına ulaşmakla sonuç doğuran bir beyandır. Bu nedenden ki konusunu teşkil eden kira parası tebliğden sonra ödemesi halindedir ki ihtar haklılık kazanır, Aralık 1976 kirası için gönderilen ihtarname muhatabına 7.12.1976 tarihinde ve saat 11.30’da tebliğ edilmiştir. Davalı ihtarın konusunu kirayı, tebliğden sonra 15.15’de yatırmıştır.

*Bu durumda bu ihtarın haklı olduğu halde mahkemenin, kiranın ay gün yatırıldığı gerekçesi ile ihtarı haksız sayması doğru değildir. (...)*” Yar. 6. HD., 27.09.1978 T., 6057/6362 (TUNABOYLU, s. 1301).

vunmaktadır<sup>74</sup>. Kanaatimizce Yargıtay'ın ihtarin etkisini muhataba ulaşmasıyla doğuran bir beyan olması gerekçesini anlamak mümkün değildir. İrade açıklamaları elbette muhataba ulaşmalıdır. Bir yenilik doğuran irade açıklaması ancak ulaşmakla sonuç doğurur. Bu ihtarda kiracının kira bedelini ödeme borcu olduğunun hatırlatılması söz konusudur. Kiraya verene tahliye isteme imkânı veren olgu kiracının ödemeleri aksatmasıdır. Bu ihtarla ödemeleri aksatan kiracıya bu durumun kabullenilmediği, sözleşmeye uymamaya devam ettiği takdirde tahliye edileceğinin hatırlatılması söz konusudur. Kaldı ki bir irade açıklamasının sonucunu geçmişe etkili olarak doğurması hukuk sistemimize yabancı değildir. Hazır olmayanlar arasında kabul beyanının önerene ulaştığı anda sözleşmenin kurulması ve fakat hükümlerini gönderildiği andan itibaren doğurması buna tipik örnektir (TBK m.11, f.1).

Yargıtay'ın görüşünün hareket noktası hükmün amacı ise, bu halde amacın tespiti için öncelikle kanunun gerekçesine bakılmalıdır. TBK m.352, f.2 hükmünün gerekçesine bakıldığında hükmün amacına dair bir somut gerekçeye rastlanmamaktadır<sup>75</sup>. Bu halde TBK m.352, f.2 hükmünün alındığı 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun m.7/e hükmünün gerekçesine bakılmalıdır. Burada da Yargıtay'ın anladığı anlamda amacın varlığını gösterir bir gerekçe rastlanmamaktadır.

Yargıtay'ın tebliğden sonra ödenmiş olma şartını araması özellikle günümüz koşullarında elektronik tebligatın da hukuk dünyasına girmiş olmasıyla daha da önem kazanmaktadır. Elektronik Tebligat Yönetmeliği (ETY) m.9, f.6 hükmüne göre, "*Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır*". ETY m.5, f.1 hükmünde düzenlenen gerçek ve tüzel kişilere tebligatı elektronik yolla gerçekleşmesi zorunludur<sup>76</sup>. Gene ETY m.5, f.2 hükmüne göre, "*Birinci fıkra kapsamı dışında kalan*

<sup>74</sup> ÖZMEN, s. 917-918. Yazar, ayrıca ilk değişiklikte kanun metninin sağlıklı bir şekilde yeniden kaleme alınması gerektiğini ifade etmiştir (s. 918).

<sup>75</sup> "*Maddenin ikinci fıkrası, 6570 sayılı Kanunun 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinden alınmıştır. Ancak, uygulamadan farklı olarak, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde de iki haklı ihtarın, kira sözleşmesini sona erdirmeye yeterli sebep oluşturacağı, açıkça kabul edilmiştir.*

*Ayrıca, bir yıldan uzun süreli kira sözleşmeleri de, ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde, dava yoluyla sona erdirilebilecektir. Bu sözleşmelerde, bir kira yılını aşan süreler içinde kalması koşuluyla, iki haklı ihtar da, bir yıldan kısa süreli kira sözleşmelerinde olduğu gibi, sözleşmenin dava yoluyla sona erdirilmesi için yeterli olacaktır*".

<sup>76</sup> "(1) Aşağıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur:

a) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri ile bunlara bağlı döner sermayeli kuruluşlar.

b) 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler.

*gerçek ve tüzel kişilere, talepleri hâlinde elektronik tebligat adresi verilir. Bu durumda bu kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur*". Buna göre, yasal olarak zorunluluğu bulunmamasına rağmen elektronik tebligat adresi alan diğer gerçek ve tüzel kişilere de tebligat elektronik yolla yapılmak zorundadır. Tüm bunlar dikkate alındığında kendilerine elektronik tebligat yapılacak kişilerin azımsanamayacak sayıda oldukları kendiliğinden anlaşılacaktır.

Elektronik tebligata konu ihtarı ulaştıktan sonraki beşinci günün sonunda okuyan ve ödeme yapan kiracı tebliğden sonra ödeme yapmış olur. Ancak tebliğ içeriğini görmüş olmasına rağmen yasal olarak henüz beş gün dolmadığı için tebliğ edilmemiş sayıldığı durumlarda tebliğ edilmiş sayılan günden önce ödeme yapan kiracı hiçbir zaman haklı ihtarına neden olmuş sayılmayacaktır. Bununla birlikte kiracının ihtarname içeriğine ne zaman ulaştığının bilinmesi teknik olarak mümkündür. Log kayıtlarına bakıldığında kiracının hangi tarihte içeriği öğrendiği kolaylıkla anlaşılabilir. Bu nedenle kiracının tebliğ içeriğine baktığı andan sonra ve fakat beş günlük süre geçmeden ödeme yaptığında da haklı ihtar gerçekleşmiş sayılmalıdır. Aksinin kabulü elektronik tebligat yapılan hallerde kötüniyetli kiracıya hiçbir zaman haklı ihtarına muhatap olmama imkânı verilmesi anlamına gelebilecektir. Yargıtay muhtemelen bu durumda henüz kanunen tebliğ edilmiş sayılmayan, ancak kiracının ihtarına konu elektronik iletiyi açtığı hallerde TMK m.2 argümanına başvuracaktır<sup>77</sup>. TMK m.2 hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde her-

c) Özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kanunla kurulan fonlar ve kefalet sandıkları.

ç) Kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmeleri.

d) Sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıklar.

e) Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve üst kuruluşları.

f) Kanunla kurulanlar da dâhil olmak üzere tüm özel hukuk tüzel kişileri.

g) Noterler.

ğ) Baro levhasına yazılı avukatlar.

h) Sicile kayıtlı arabulucular ve bilirkişiler.

ı) İdareleri, kamu iktisadi teşebbüslerini veya sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları; adli ve idari yargı mercileri, icra müdürlükleri veya hakemler nezdinde vekil sıfatıyla temsile yetkili olan kişilerin bağlı bulunduğu birim.

(2) Birinci fıkraya kapsamında kalan gerçek ve tüzel kişilere, talepleri hâlinde elektronik tebligat adresi verilir. Bu durumda bu kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur".

<sup>77</sup> "(...) İki haklı ihtar dayananarak kiracı çıkartma sebebinin kanuna konuluşundaki amaç gözönünde tutulursa, ancak ihtarın tebliğinden sonra para ödenmesi halindedir ki, haklı ihtarın gerçekleşmiş olduğunun kabul edilebileceği sonucuna varılır. Kiracının herhangi bir şekilde tebliğinden önce ihtarı öğrenmiş ve bunun üzerine kira parasını ödemiş olduğunun isbat edilmiş olması halinde olayda Medeni Kanunun 2 nci maddesi uygulanarak ihtarın yapılmasından sonra kiranın ödenmiş bulunduğu kabul edilebilirse de, burada böyle bir durum yoktur. (...)" Yarg. HGK, 06.03.1963 T. 1963/6-21 E.-1963/39 K. (OLGAÇ, s. 162). Aynı yönde Yar. 6. HD., E. 1998/6552, K. 1998/6533, 14.07.1998 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 21.01.2025.

kesin dürüstlük kurallarına uyması gerektiğini (f.1) ve bir hakkın açıkça kötüye kullanımını kamu düzeninin korumayacağını düzenlemektedir (f.2). Yargıtay ihtarı haricen öğrenen kiracının tebliğden önce kira bedelini ödemesi halinde TMK m.2'ye aykırılık olacağını belirtmekle birlikte bu davranışın ilk fıkrayı mı yoksa ikinci fıkrayı mı ihlal ettiğine açıklık getirmemiştir.

Borçların yerine getirilmesi sırasında dürüstlük kurallarına aykırı davranmama gereği açısından bakıldığında borcunu vaktinde ödemeyen borçlunun dürüstlük kurallarına uygun davrandığı söylenebilecek midir? Her dürüst borçlu ifayı geciktirmeyi haklı kılan sebepler bulunmadığı sürece borcunu vadesinde ifa etmelidir. İhtarı öğrenmiş olup olmamanın dürüstlük kuralları ile ilgili olduğu nu düşünmemekteyiz.

Hakkın kötüye kullanımından söz edilebilmesi için ise öncelikle bir hakkın varlığından ve bunun amaca aykırı kullanımından söz edilmelidir. İhtarın tebliğ edilene kadar kiracının kira bedelini ödememe, kira sözleşmesini ihlal etme hakkı mı vardır? Ne TBK m.352, f.2 hükmünde, ne de mülga GKHK m.7/e hükmünde ihtarın tebliği aranmıştır. Amaç kira bedellerini geciktirmeyi alışkanlık haline getirmenin önlenmesidir. Kiracı sözleşmeye uygun biçimde kira bedellerini vaktinde ödemediği takdirde kiraya veren bunu sineye çekmek zorunda değildir. O dilediği takdirde yapacağı ihtar ile bu durumu kabullenmediğini kiracıya bildirmiş olur. İlk ihtara muhatap olan kiracı artık bir başka ihtara daha muhatap olduğunda tahliye edilebileceğinin farkındadır. Kiracıya ayrıca kanuni yükümlülükleri konusunda bir bilinç oluşturmak gerekme z. Kanunu bilmemek mazeret değildir (ignorantia legis neminem excusat). Kiracının korunmaya değer olması, ona sözleşme ihlali konusunda konfor alanı yaratmayı haklı gösteremez. Öte yandan Yargıtay'ın kiracıyı koruma konusunda çelişkili yaklaşımını anlamak mümkün değildir. Kira bedelini ödemede sözleşmesel yükümlülüklerine hassasiyet göstermeyen kiracıya tebliği şartı getirerek konfor alanı yaratırken, tarihi boş tahliye taahhüdü vermek zorunda kalan kiracıyı koruma konusunda daha liberal yaklaşmakta<sup>78</sup>, tahliye taahhüdü konusunda kötünietli kiraya

<sup>78</sup> “(...) Boş kâğıda imza atan kimse bunun sonucuna katlanması gerekir. Dairemizin kararlılık kazanmış uygulaması da bu yönde olduğu gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.12.1990 gün ve 1990/6 E-1990/628 K. sayılı kararı ile 1.7.1992 gün ve E. 357-K. 422 sayılı kararı ve 17.1.1999 gün ve 1999/6-28-10 sayılı kararları da bu doğrultudadır. Davalı Borçlar Kanununun 31. maddesinde öngörülen yasal hakkını kullanmayıp hile ile imzalatıldığı savunmasından da vazgeçtiğine göre boş olarak imzalanan tahliye taahhütnamesinin geçerli olduğunun kabulü gerekir. Davacı yazılı belgeye dayandığına göre buna karşılık davalı yemin teklifinde bulunamaz. Bu nedenle davacının teklif olunan yemini eda etmemesi kendi aleyhine sonuç doğurmaz. Zira boş kâğıda imza atmakla davacıya istediği şekilde doldurma yetkisi verilmiş sayılır. (...)” Yarg. 6. HD., E. 2007/3587, K. 2007/6905, 31.05.2007 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025; İstanbul BAM, 35. HD., E. 2018/249, K. 2020/21, 14.1.2020 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025.



verenlere kiracıyı kolaylıkla tahliye imkânı sağlamaktadır. Gene TBK m.355, f.3 hükmü kapsamında yeniden kiralama yasağını ihlal eden kiraya verenlere karşı bir yıllık kira bedelinden az olmamak üzere ödettirilmesi gereken tazminat konusunda da -kanunda böyle bir koşul bulunmamasına rağmen- kiracının dava yoluyla tahliye edilmiş olmasını arayan Yargıtay uygulaması<sup>79</sup> da yargılama giderleri ve vekâlet ücreti riskini üstlenmek istemeyen ya da davayla yüzleşmek istemeyen veya kiraya verenin ihtiyacının samimiliğine inanan kiracının kiraya verenin ihtarıyla kiralananı tahliye etmesi durumunda adeta iyiniyeti cezalandırmakta, kötünüyete prim vermektedir. Burada da kötünüyetli kiraya veren korunmakta, aslında korunmaya değer olan taraf kanunun kendisine tanıdığı tazminat alacağından yoksun bırakılmaktadır.

Sonuç olarak biz ihtarın haklı görülmesi için kira bedelinin tebliğden sonra ödenmesi gerektiğine dair öğreti görüşü ve Yargıtay uygulamasına katılmıyor; kira bedelini ödemede geciken kiracıya gönderilen ihtarın herhalde haklı olarak görülmesi gerektiğini savunuyoruz.

## II. TAHLİYE DAVASI AÇILMASI

### A. Dava Açma Süresi

#### 1. Davanın Ne Zaman Açılabileceği ve Süresi

İki haklı ihtarın oluşması halinde kanun derhal dava açma imkânı tanımamıştır. TBK m.352, f.2 hükmü “(...) kira süresinin ve bir yıldan uzun süreli kiralarda ihtarların yapıldığı kira yılının bitiminden başlayarak bir ay içinde” dava açılabileceğini düzenlemiştir. Bu düzenleme ile yasa koyucu dava açma hakkını kira süresinin bitiminde veren 6570 sayılı GKHK’dan önemli ölçüde ayırmıştır.

Kira süresinin bir yıl ya da daha kısa olduğu durumlarda koşulları oluşmuşsa kira süresinin bitiminde tahliye davası açılabilir.

<sup>79</sup> “(...) somut olayda taraflar arasında 01.12.2007 başlangıç tarihli 10 yıl süreli çatılı işyeri kirasına ilişkin sözleşme yapılmış olup davalı tarafça 28/06/2011 tarihli ihtarname keşide edilerek noter kanalıyla taşınmaz işyeri olarak kullanılacağından kira sözleşmesinin yenilenmeyeceği bildirilmiş ve ihtarnamenin tebliğinden itibaren altı ay sonra davacının taşınmazı tahliye etmesi talep edilmiştir. Buna göre yukarıdaki açıklamalar da dikkate alındığında; kiralanan, davacı tarafça, beyanına göre, ihtarname tebliği sonrası 01/01/2012 tarihinde kendiliğinden tahliye edilmiş olup davalının gereksinim nedeniyle açtığı bir tahliye davası ve bu tahliye davası sonucu verilen mahkeme kararının uygulanması suretiyle tahliyenin sağlanması durumu söz konusu olmadığından 355. maddede düzenlenen tazminat koşulları oluşmamıştır. (...)” Yar. 3. HD., E. 2017/6483, K. 2019/2527 25.3.2019 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 01.01.2025.

Bir yıldan uzun süreli kira sözleşmelerinde ise tahliye dava açma hakkı ilgili kira yılının bitiminde doğacaktır. Örneğin on yıllık bir kira sözleşmesinde daha ilk yılda iki haklı ihtar oluştuğunda birinci yılın sonunda dava açılabilir, daha dokuz yıllık süre bulunmasına rağmen kiracı tahliye edilebilecektir.

Dava belirtilen tarihlerden itibaren bir ay içinde açılmalıdır. Kira süresi bitmeden açılan dava erken açılmış olduğundan reddedilir<sup>80</sup>.

Kira süresinin bitiminden itibaren başlayan bu bir aylık sürede dava açılmadığı takdirde kiraya verenin iki haklı ihtar sebebiyle dolaylı dava hakkı ortadan kalkar. Bu yönüyle bu süre hak düşürücü süredir.

## 2. Dava Açma Süresinin Uzaması

Dava süresinin uzamasına ilişkin TBK m.353 herhangi bir istisna öngörmediği için iki haklı ihtar sebebiyle tahliye hakkının doğduğu durumlarda da uygulanır. Buna göre bu bir aylık süre içinde dava açacağını yazılı olarak bildirmesi halinde kiraya veren bir sonraki kira yılının sonuna kadar dava açma hakkını saklı tutmuş olur.

Henüz dava açma süresi başlamadan gönderilen yazılı bildirim süreyi uzatmayacağı kabul edilmektedir<sup>81</sup>.

## B. Arabuluculuk Koşulu ve Süreye Etkisi

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m.18/B hükmüyle, kiralanın taşınmazların ilamsız icra yoluyla tahliyesi dışında kalan kira uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk getirilmiştir. Bu nedenle tahliye davası açılmadan önce arabulucuya başvurulması dava şartıdır. Bu halde kiraya veren bu bir aylık süre içinde arabuluculuğa başvurmuş olmalıdır. HUAK m.18/A, f.15 hükmüne göre, “*Arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlendiği tarihe kadar geçen sürede zamanaşımı durur ve hak düşürücü süre işlemez*”. Bu durumda kiraya veren arabuluculuğa başvurduğu tarihi dikkate alınarak son tutanağın düzenlenmesinden itibaren bir aydan kalan sürede davasını açmalıdır.

İki haklı ihtarın gerçekleştiği ve fakat henüz dava açma süresinin başlamadığı dönemde, yani kira sözleşmesi devam ederken arabuluculuğa başvurulabilir mi?

<sup>80</sup> Yar. 6. HD., E. 2014/10227, K. 2014/12941, 25.11.2014 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 28.12.2024; Yar. 3. HD., E. 2017/16973, K. 2018/5110, 14.05.2018 (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 29.12.2024.

<sup>81</sup> İNCEOĞLU, s. 460.

Arabuluculuğun getirilmesinin sebebinin mahkemelerin iş yükünü azaltmak, bu yolla yargılamaları hızlandırmak olduğu, aslında bir yönü ile de hakka erişimin hızlandırılması olduğu da dikkate alındığında kira sözleşmesi devam ederken, arabuluculuk sürecinin başlatılmasına engel bulunmadığını düşünmekteyiz. Dava elbette kira sözleşmesinin bitiminde açılacaktır. Ancak davanın ön şartının öne alınmasına yasal engel olmadığını düşünmekteyiz. Aksinin kabulü iki haklı ihtar neden olan kiracıya arabuluculuk süreci kadar kiralananndan ilave yararlanma hakkı vermek anlamına gelir<sup>82</sup>.

## SONUÇ

İki haklı ihtar sebebiyle kiraya verene tanınan tahliye davası açma hakkı kiracıyı kira bedelini sözleşmeye uygun biçimde ödemeye zorlayan bir imkân olarak kiraya verene tanınmıştır.

İhtarın yazılı olması geçerlilik şartı olup - taraflar tacir olsalar dahi- adi yazılı şekil yeterlidir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan belge de yazılı koşul şeklini karşılar.

Kanun koyucu sözleşmeye uygun davranan konut ve çatılı işyeri kiracısını korumak istemiş ve tahliye sebeplerini sınırlamıştır. Kiracıya tanınan bu imkânlar onun sözleşmeye uygun davrandığı sürece kendisini güvende hissetmesini amaçlar. Kiraya verene iki haklı ihtar sebebiyle tahliye davası açma hakkı verilmesinin amacı onu ödemeleri sözleşmeye uygun yapmayan kiracıya karşı korumaktır.

Kanun koyucu TBK m.315 hükmü kapsamında temerrüt nedeniyle fesih imkânını kiraya vereni kötünietli kiracıya karşı korumak açısından yeterli

<sup>82</sup> “(...) Somut olayda; davacının, kiralanan tahliyesi istemiyle açmış olduğu davanın 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa 7445 sayılı Kanunla eklenen 18/8 maddesine göre zorunlu arabuluculuğa tabi davalardan olduğu, davanın yürürlük tarihi olan 01.09.2023'den sonra açılması nedeniyle anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağın aslının veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğinin dava dilekçesine eklenmesi gerektiği, davacının dava dilekçesine anlaşmaya varılmadığına ilişkin son tutanağı dava açarken eklediği, 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununa göre, dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olmasının dava şartı haline getirildiği, kanunda, dava açma hakkı doğduktan sonra ve dava açma süresi içerisinde arabuluculuğa başvurulacağına ilişkin herhangi bir ibarenin bulunmadığı, mahkemece isin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usulden reddine karar verilmesinin hatalı olduğu, istinaf sebeplerinin yerinde olduğu, anlaşılmıştır Dairemiz ilk derece mahkemesi kararını hem maddi olay, hem de hukuka uygunluk bakımından incelemeye tabi tutarak tespit edilen yargılama hatalarını bizzat düzeltmek amacıyla yapılan inceleme sonunda; duruşma yapılmasına gerek olmadığı, mahkemece isin esasına girilerek bir karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın usulden reddine karar verilmiş olması sebebiyle mahkeme kararının yerinde olmadığı, istinaf sebebi yerinde olduğundan HMK 353/1-a/4 maddesi gereğince istinaf başvurusunun kabulüne, ilk derece mahkemesi kararının kaldırılmasına karar vermek gerekmiştir” (İstanbul BAM. 55. H.D., E. 2024/1098, K. 2024/847, 27.03.2024 (Çevrimiçi) <https://mevzuat.sinerjias.com.tr/>, E.T. 24.12.2024.

görmemiş, iki haklı ihtar sebebiyle tahliye imkânıyla ek koruma sağlamıştır. İki haklı ihtar sebebiyle tahliyeyi bu bakış açısıyla değerlendirmek gerekir. Bundan dolayı Yargıtay'ın ihtarın haklılığı için ödemenin tebliğden önce yapılmış olmasını araması bu ek korumayı büyük ölçüde etkisizleştirmekte, kötünietli kiracının hak etmediği bir korumaya kavuşmasını sağlamaktadır. Özellikle elektronik tebligatın da yaygınlaştığı da dikkate alındığında yasal olarak ulaşmasından beş gün sonra tebliğ edilmiş sayılan bir ihtarın da yeni sorunlar doğuracağı açıktır. Yasal olarak tebliğ edilmiş sayılmayan bir ihtarı görüp kira bedelini ödeyen kiracıları hiçbir zaman tahliye etmek mümkün olmayacaktır. Yargıtay'ın bu durumda hakkın kötüye kullanılması gerekçesine başvuracağı, bu sonuca başvurunun da teknik inceleme gerektireceği, log kayıtlarının incelenmesini zorunlu kılacağı, yargılamayı uzatacağı açıktır. Kanun koyucunun iradesinden anlaşılmayan, yasal dayanağı olmayan bu tebliğ şartında ısrar günümüz teknolojik imkânları da dikkate alındığında gereksizdir.

Belirsiz süreli sözleşmeler bakımından iki haklı ihtarın gerçekleşmeyeceği yönündeki Yargıtay uygulaması da kötünietli kiracıyı korumaktan öte bir anlam ifade etmemektedir. Belirli süreli kira sözleşmesi ile belirsiz süreli kira sözleşmesi arasında kiraya verene sağlanan koruma açısından ayırım yapmayı gerektirir hiçbir mantıklı neden bulunmamaktadır. Kanunun süreleri düzenlemiş olmasının karşıt anlamından belirsiz süreli sözleşmede bu korumaya ihtiyaç olmadığı sonucu çıkarılamaz. Aksine bir yıldan uzun süreli sözleşmeye ilişkin düzenlemenin kıyasen uygulanmasıyla yıllık dönemler itibariyle iki haklı ihtar uygulanabilir. Belirsiz süreli sözleşmelerin fesih bildirim sürelerine tabi olması da aksi görüşe gerekçe olamaz. Zira konut ve çatılı işyeri kira sözleşmelerinde sona erme nedenleri sınırlı sayıdadır ve iki haklı ihtarın belirsiz süreli sözleşmelerde uygulanamayacağına dair açık bir düzenleme yoktur.

İki haklı ihtar sebebiyle açılacak tahliye davasında da arabulucuya başvuru dava şartı olarak kabul edilmiştir. Kira yılı bitmeden dava açılmayacağı açıktır. Ancak arabulucuya başvurmak dava açma anlamına gelmemektedir. Yargılamaların daha da uzun sürmemesi adına iki haklı ihtarın oluştuğu durumlarda arabulucuya başvurulabilmelidir.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan, **6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kira Sözleşmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.
- ARAL, Fahreddin/AYRANCI, Hasan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 16. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2023.
- ARPACI, Abdülkadir, **Kira Hukuku ve Uygulaması**, Temel Yayınları, İstanbul, 2002.
- AYDINLIYIM, Suat, **Türk Hukukunda Adi Kira Sözleşmesinin Son Bulması**, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1972.
- AYDOĞDU, Murat/TUNCER, Nalan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- BURCUOĞLU, Haluk, **Yargıtay Kararları Işığında 6570 sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, **Kira Sözleşmesinde Yan Giderler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- DOĞAN, Murat, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, (Editör: Turgut ÖZ), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 (Kira Sözleşmesi).
- DOĞAN, Murat: **Konut ve Çatılı İşyeri Kira Sözleşmelerinin Sona Ermesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2023, s. 436.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Borçlar Hukuku Hususi Kısım Akdin Muhtelif Nevileri**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1961.
- GÜMÜŞ, Alper, **Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.
- GÜNERGÖK, Özcan/KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler**, 3. Baskı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2024.
- İNCEOĞLU, Murat, **Kira Hukuku Cilt 2**, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 3. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.

- OLGAÇ, Senai, **Tesbit ve Tahliye**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1968.
- ÖZMEN, Saba, “Kira Bedelinin Zamanında Ödenmemesi Sebebi ile Çekilen İki Haklı İhtarın Niteliği ile Buna Bağlı Yargıtay İçtihatlarının Eleştirisi”, **TBB Dergisi**, 1989/6, s. 900-918.
- PATIR, Hazal Yeter, **Kiralananın Devri**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TANDOĞAN, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Üçüncü Tıpkı Basımdan Dördüncü Tıpkı Basım, I/2, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- TUNABOYLU, Müslim, **Kira Hukuku 2. Cilt**, Adil Yayınevi, Ankara, 1999.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. II, 3. Bası**, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler Birinci Cilt**, 11. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Vedat Kitapçılık, 20. Bası, İstanbul, 2020.

# Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz İcra Hukukuna Dair Hükümlerinin İcra ve İflas Kanunu ile Birlikte Değerlendirilmesi<sup>(\*)</sup>

Evaluation of the Provisions of the Turkish Commercial Code on Maritime Enforcement Law Together with the Enforcement and Bankruptcy Code

Hacı KARA<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK), genel olarak icra işlemlerini düzenlemektedir. Hâlbuki deniz ticareti hukuku özel bir hukuk dalıdır, bu ise icra ve iflas işlemlerini özel bir hale getirmektedir. Bu nedenle deniz ticareti hukukuna dair bir kısım icra kuralları, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) sekizinci Kısım'ında 1350 ila 1400'üncü maddeler arasında özel olarak düzenlenmiştir.

TTK Sekizinci Kısım ve 2004 sayılı Kanun bakımından gemiler, 936'ncı madde gereğince "taşınır" eşyadır. Ancak, İİK'nın taşınmazlara ilişkin bazı hükümleri gemilere de uygulanacaktır. Bu konuda uluslararası yeknesaklığı sağlayan ve TTK'ya işlenen hükümler Türkiye'nin tarafı bulunmadığı 1993 tarihli "*Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme (International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 6 May 1993)*" Sözleşmesi hükümleridir.

Buna karşın İİK genel bir kanun olduğundan, TTK'da hüküm bulunmayan hallerde İİK hükümleri uygulanacaktır. TTK'daki yeni hükümler birçok yönden deniz icrası için kolaylıklar sağlarken, bir yandan da mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanundaki düzenlemeyi aratır hale gelmiştir. Deniz icrasıyla ilgili uygulamada yaşanan problemler bitmemektedir.

Bir geminin ihtiyaten veya icraen haczi ile cebri icra yoluyla satışı ve mülkiyetin intikali, bu satışın sonuçları ve cebri icraya ilişkin diğer bütün işlem ve tasarruflar, geminin bu işlem ve tasarrufların yapıldığı sırada bulunduğu ülkenin hukukuna tabidir. Gemi alacaklıları ile alacakları

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 03.06.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 26.12.2024  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1660209>

Bu makaleye atf için: KARA, Hacı, "Türk Ticaret Kanunu'nun Deniz İcra Hukukuna Dair Hükümlerinin İcra ve İflas Kanunu ile Birlikte Değerlendirilmesi", **İMİHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 305-319

<sup>(\*\*)</sup> *Prof. Dr.*, İstanbul Medeniyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Deniz Ticaret ve Sigorta Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [haci.kara@medeniyet.edu.tr](mailto:haci.kara@medeniyet.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8255-6277>

gemi üzerinde hapis hakkı ile temin edilmiş olan alacaklılar, ihtiyati haczi tamamlamak veya alacağı doğrudan takip etmek için taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilirler. Bu hüküm, Türk ve yabancı bayraklı bütün gemilere uygulanır.

Bu çalışmada, Türk Ticaret Kanun'unun deniz icrasına dair hükümleri değerlendirilecektir.

### **Anahtar Kelimeler:**

İcra ve İflas Hukuku, TTK'nın Deniz İcra Hükümleri, Teminat, Gemi Alacaklısı Hakkı, Deniz Alacakları.

### **Abstract:**

Law No. 2004 on Execution and Bankruptcy (EBL) regulates enforcement proceedings in general. However, maritime trade law is a special branch of law, which makes enforcement and bankruptcy proceedings special. For this reason, some enforcement rules regarding maritime trade law are specially regulated in the eighth part of the Turkish Commercial Code No. 6102 (TCC) between Articles 1350 and 1400.

In terms of the Eighth Chapter of the TCC and Law No. 2004, ships are 'movable' goods pursuant to Article 936. However, some provisions of the EBL relating to immovables shall also apply to ships. The provisions of the International Convention on Maritime Liens and Mortgages (International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 6 May 1993) dated 1993, to which Turkey is not a party, provides international uniformity in this regard and is incorporated into the TCC. Agreement provisions.

On the other hand, since the TCC is a general law, the provisions of the TCC shall apply in cases where there is no provision in the TCC. While the new provisions in the TCC provide facilities for maritime enforcement in many aspects, on the other hand, it has become similar to the regulation in the abrogated Turkish Commercial Code No. 6762. The problems experienced in practice regarding maritime enforcement do not end.

The seizure of a ship by precautionary or execution seizure, the sale of a ship by way of enforcement, the transfer of ownership, the consequences of such sale and all other transactions and disposals related to enforcement are subject to the law of the country where the ship is located at the time of such transactions and disposals. The creditors of the ship and the creditors whose claims are secured by the right of imprisonment on the ship may proceed by way of foreclosure of the movable pledge in order to complete the precautionary attachment or to pursue the claim directly. This provision applies to all Turkish and foreign flagged ships.

In this study, the provisions of the Turkish Commercial Code regarding maritime enforcement will be evaluated.

### **Keywords:**

Enforcement and Bankruptcy Law, Maritime Enforcement Provisions of the TCC, Security, Ship Creditor Right, Maritime Receivables.



## GİRİŞ

Deniz icraya dair özel hükümler, 06 Mayıs 1993 tarihli “*Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme*<sup>1</sup> (*International Convention on Maritime Liens and Mortgages, Geneva, 6 May 1993*)”<sup>2</sup> ve 12 Mart 1999 tarihli “*Gemilerin İhtiyatî Hazine ilişkili Milletlerarası Sözleşme (1999 İhtiyatî Haciz Sözleşmesi (Konvansiyonu)*<sup>3</sup> (*International Convention on Arrest of Ships, 1999 Geneva*)”<sup>4</sup> göz önünde bulundurularak Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nin Sekizinci Kısımında 1350 ila 1400 maddeleri arasında düzenlemiştir<sup>5</sup>.

TTK gerekçesine göre, deniz icraya dair özel hükümlerin kabul edilmesinin üç nedeni bulunmaktadır<sup>6</sup>. TTK’da yapılan bu düzenlemenin temel amaçlarından birincisi, uluslararası sözleşmelere tam uyum sağlanmasıdır. İkincisi, gemi ve denizcilik sektörünün özelliklerinden doğan ihtiyaçların karşılanmasıdır. Sonuncusu da, yargılama ve icra kurallarının kötüye kullanılmasına dair geçmişte yaşanan sorunlara tepkidir<sup>7</sup>.

## I. İCRA VE İFLAS KANUNDAKİ DÜZENLEME

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu (İİK)’nin<sup>8</sup> 23/2’nci maddesine göre, “*Tasınır rehni tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medenî Kanununun 940 uncu*

<sup>1</sup> Bu Sözleşme 05 Eylül 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XI-D-4&chapter=11&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en), E.T. 07.10.2023.

<sup>2</sup> Bu düzenleme yapılırken, 06.05.1993 tarihinde Cenevre’de kabul edilmiş olan “*Gemiler Üzerindeki İmtiyazlar ve İpotekler Hakkında Milletlerarası Sözleşme*” esas alınmıştır. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe, [https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk\\_tic\\_kan\\_kitap\\_cilt\\_01.pdf](https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf), E.T. 12.09.2023; Türkiye bu Sözleşmeye taraf değildir. [https://treaties.un.org/pages/view\\_details.aspx?src=treaty&mtdsg\\_no=xi-d-4&chapter=11&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/view_details.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en), E.T. 03.06.2024.

<sup>3</sup> Bu Sözleşme 01 Aralık 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir. [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XII-8&chapter=12&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en), E.T. 30.05.2024.

<sup>4</sup> Gemilerin hazine ilişkili 1999 Cenevre Sözleşmesi Tasarıya yansıtılmıştır. Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe, [https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk\\_tic\\_kan\\_kitap\\_cilt\\_01.pdf](https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf), E.T. 12.09.2023; Türkiye bu Sözleşmeye katılmayı 02.03.2017 tarih ve 6904 sayılı Kanunla (RG: 25.03.2017 T. ve 30018 S.) kabul etmiştir. 1034 sayılı Cumhurbaşkanlığı karamamesi ile Sözleşme (Konvansiyon) Türkiye için yürürlüğe girmiş ve Türkiye sözleşmeye taraf olmuştur (RG: 03.05.2019 T. ve 30763 1. Mükerrer S.). Sözleşme 11.12.2019 tarihinden geçerli olarak Türkiye bakımından yürürlüğe girmiştir.

<sup>5</sup> KAYIHAN, Şaban, **Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law)**, 3. Basım, Umutepe Yayınları, Kocaeli, 2022, s. 322 vd.

<sup>6</sup> KURU, Sevilay, “TTK Tasarısı’nın Deniz Ticaret Kitabındaki Cebri İcra Hükümlerine İlişkin Görüşler”, **Deniz Hukuku Dergisi**, Özel Sayı, İstanbul 2006, s. 385.

<sup>7</sup> PEKCANİTEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Basım, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 341 vd.

<sup>8</sup> 09.06.1932 tarihli ve 2004 sayılı kanun, RG. 19.06.1932, S. 2128’de yayımlanmıştır.

*maddesinde<sup>9</sup> öngörülen rehinleri, ticarî işletme rehnini, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri ve 23/3 üncü maddesine göre de “Rehin” tabiri, “ipotek” ve “taşınır rehni” tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini, ihtiva eder.*

*Açıkça öngörülen istisnalar dışında, bayrağına ve bir sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler hakkında İİK'nun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır. Bu Kanun uyarınca gemi siciline verilecek şerhler, Türk Ticaret Kanununun 977 nci maddesi hükmüne tâbidir.*

*Diğer gemiler bu Kanun hükmünce taşınır sayılır.”*

TTK m.937/1 gereğince ise, “*Bu Kanunda, İcra ve İflas Kanunu'nun taşınmazlara ilişkin hükümlerine tabi olacağı açıkça bildirilen gemiler hakkında 936 ncı madde hükmü uygulanmaz.*” Yani TTK'da açıkça belirtilen gemiler hakkında; İİK'nun 136 hükmüne göre<sup>10</sup> taşınmazlara ilişkin hükümleri uygulanır<sup>11</sup> ve bu gemiler taşınmazlar gibi işleme tabi tutulurlar (TTK m.937)<sup>12</sup>.

Bu şekilde bir atıf kafa karışıklığına neden olmaktadır. Konuya hakim deniz ticareti ile uğraşan hukukçular açısından konun net olmasına karşın, böyle bir atıf yerine İİK'da açık bir hükümle, milli ya da gemi uluslararası Türk Gemi Sicillerinden birine kayıtlı gemiler hakkında İİK'nın taşınmazlara dair hükümlerinin uygulanacağı belirtilmelidir.

## II. İCRA TAKİBİNİN DÜŞMESİ

İİK m.106/1 gereğince alacaklı veya borçlu, hacizden itibaren bir yıl içinde haczolunan malın satışını isteyebilir. Borçlunun üçüncü şahıslardaki alacağı da İİK m.106 hükmüne tabidir. Satış talebiyle birlikte kıymet takdiri ve satış giderlerinin tamamının peşin olarak yatırılması zorunludur (İİK m.106/3). Kıymet

<sup>9</sup> TMK m.940: Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil tüzükle belirlenir.

Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir.

<sup>10</sup> İİK m.136: Taşınmaz malların satışına ilişkin hükümler, bayrağı dikkate alınmaksızın gemi siciline kayıtlı bütün gemiler hakkında da uygulanır. Bu hükümlerde geçen “tapu sicili” terimi gemi sicilini, “ipotek” terimi gemi ipoteklerini ve “irtifak hakkı” terimi sicile kayıtlı gemiler üzerindeki intifa hakkını ifade eder.

<sup>11</sup> Taşınmazların satış hakkında İİK m.123-144a hükümler uygulanır.

<sup>12</sup> TTK m.997: (1) Türk Gemi Siciline kayıtlı bulunmayan Türk gemileri üzerindeki mülkiyet ve sınırlı ayni haklara, Türk Medenî Kanununun taşınırlara ilişkin hükümleri uygulanır.

takdiri ve satış giderlerinin, sicile kayıtlı motorlu kara araçları bakımından ilaveten muhafaza giderinin tamamı, satış talebiyle birlikte peşin olarak yatırılmazsa satış talebi vaki olmamış sayılır (İİK m.106/5)<sup>13</sup>.

Müşterek hükümlerden, paraya çevirme müddetini düzenleyen İİK m.150/e gereğince, “*Alacaklı, taşınır rehnin satışını ödeme veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içinde, taşınmaz rehnin satışını da aynı tarihten itibaren bir yıl içinde isteyebilir.*”

*Satış yukarıdaki fıkrada gösterilen müddetler içinde istenmez veya talep geri alınıp da bu müddetler içinde yenilenmezse takip düşer.*

*78 inci maddenin 2 nci fıkrası hükmü rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte de kıyasen uygulanır.”*

Rehnin paraya çevrilmesine ilişkin hükümlerin gemilere uygulanmasını düzenleyen 153/a maddesi gereğince, “*Taşınır rehninin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bir gemi üzerindeki hapis hakkı ile gemi alacağı<sup>14</sup> verdiği rehin hakkının paraya çevrilmesinde de uygulanır.*”

*İpoteğin paraya çevrilmesine ilişkin hükümler, gemi ipoteğinin paraya çevrilmesine de uygulanır. Bu hükümlerde geçen “taşınmaz” terimi Türkiye’de veya yurt dışında sicile kayıtlı olan gemileri; “tapu sicili” terimi gemi sicilini ve “ipoteke” terimi gemi ipoteklerini anlatır. Gemi ipoteklerinin paraya çevrilmesinde, geminin ihtiyaten haczedildiği veya geminin sicile kayıtlı olduğu yer icra dairesi yetkilidir.*

*Taşınır rehninin ve ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin müşterek hükümler, gemiler üzerindeki rehin haklarının paraya çevrilmesine de uygulanır; şu kadar ki, bu Kanunun:*

*1. 150/e maddesinin birinci fıkrasında öngörülen süre, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için üç aydır.*

*2. 150/h maddesinin yerine Türk Ticaret Kanununun 1377 nci maddesi uygulanır.*

<sup>13</sup> Yar. HGK, E. 2000/19-1610, K. 2000/1703, 15.11.2000 (Çevrimiçi) www.legalbank.net, E.T. 30.05.2024: “... aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemesi halinde, diğerinin satış istemesine gerek bulunmadığını; aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemiş olması nedeniyle, iki yıllık süre geçmiş olsa da haciz düşmez.”

<sup>14</sup> ATAMER, Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku, Deniz İcra Hukuku**, C. IV, 2. Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019, s. 93.

3. 151 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yapılacak sıra cetveli, bayrağına ve sicile kayıtlı olup olmadığına bakılmaksızın bütün gemiler için Türk Ticaret Kanununun 1389 ilâ 1397 nci maddesi hükümlerine göre düzenlenir.

4. 153 üncü maddesinin yerine Türk Ticaret Kanununun 1052 ve 1053 üncü maddeleri uygulanır.”

Ayrıca İİK'nın 107. maddesinde de, “Her alacaklı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla aynı dereceye dâhil alacaklılardan birinin satış istemesi halinde haciz, bahis konusu derece için düşmeyip, hüküm ve tesirini icra edeceğinden, müşteki alacaklının ayrıca satış istemesine gerek olmayacaktır.

Özetle belirtmek gerekirse maddenin amacına uygun yorum yapılmalı ve sıra cetvelinde aynı sırada olan alacaklılardan birinin satış masraflarını yatırmaması halinde maddenin amacı gerçekleşeceğinden takibi düşürmeyip devamına karar vermek daha adil bir düzenleme olacaktır.

Nitekim gemi alacaklısı sahibi olan gemiadamlarının ekonomik durumu bazen satış masraflarını karşılamaya yetmemektedir. Ekonomik bakımdan zayıf olan alacaklıyı bir de satış masrafını yatırmadığı için takibi düşürmek, gemiadamını cezalandırmak anlamına gelir ki kanun koyucun böyle bir amaç taşımadığını kabul etmek gerekir.

Nitekim 2000 tarihli bir YHGK kararında<sup>15</sup> aynı derecedeki alacaklılardan birinin satış talebinde bulunarak masrafları yatırması halinde, haklı ve doğru olarak sürenin geçmesi ile takibin düşmeyeceğine karar verilmiştir.

<sup>15</sup> Yar. HGK, E. 2000/19-1610, K. 2000/1703, 15.11.2000 (Çevrimiçi) www.legalbank.net, E.T. 30.05.2024: “Uyuşmazlık; borçluya ait taşınmazın, 1993/2859 sayılı bir başka icra dosyasında yapılan satışından sonra düzenlenen sıra cetvelinde şikayetçi alacaklının haczinin düştüğü gerekçesiyle paylaşırma harici bırakılmasının doğru olup olmadığı, başka bir anlatımla müştekinin haczinin gerçekten düşüp düşmediği noktasında toplanmaktadır. İİK.'nun 106. maddesine göre kural olarak alacaklının, haczolunan taşınmazın 2 sene içinde satışını istemesi gerekir. Aynı Kanunun 110. maddesinde ise, taşınmazın satışı 2 yıl içinde istenmezse, haczin kalkacağı hükme bağlanmıştır. Müşteki vekilinin 1993/2858 sayılı kendi takip dosyasındaki 3/1/1994 tarihli talebi; “Dosyamızdan hacizli bulunan gayrimenkullerin Müdürlüğümüzün 1993/2859 sayılı dosyasından satışının yapılacağı ve satışına esas olmak üzere kıymet takdirinin yaptırıldığını haricen öğrenmiş bulunmaktayız. Zira adı geçen dosyadan bizim dosyamızın haczi olduğu tapu kayıtlarından belli olmasına rağmen tarafımıza ve dosyamıza bu hususta herhangi bir bilgi verilmemiştir. Bu itibarla adı geçen dosyaya tezkere yazılarak dosyaya bizim de haczimizin olduğunun ve bizim dosyamızın göz önünde tutularak gerekli bilginin verilmesinin istenmesini talep ederim” şeklindedir. ...öncelikle olayda İİK.'nun 107. maddesine göre müşteki alacaklının satış istemesinin gerekli olup olmadığı yönü çözümlenmelidir. İİK.'nun 107. maddesinde “her alacaklı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir” hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla aynı dereceye dahil alacaklılardan birinin satış istemesi halinde haciz, bahis konusu derece için düşmeyip, hüküm ve tesirini icra edeceğinden, müşteki alacaklının ayrıca satış istemesine gerek olmayacaktır. Bu bağlamda; Olayda müşteki alacaklının 1993/2858 sayılı dosyada borçlunun 163 parsel sayılı taşınmazına, 6/9/1993 tarihinde koydurduğu ihtiyati haciz, borçlu vekilinin itirazdan feragati nedeniyle 10/11/1993 tarihinde kesin hacze dönüşmüştür.

### III. DENİZ ALACAKLARININ TAHSİLİ

TTK m.1369/1(a) ve (b) gereğince hakkında deniz alacağı ileri sürülen her geminin ihtiyaten haczi<sup>16</sup>; “a) Deniz alacağı doğduğunda geminin maliki olan kişi, ihtiyati haczin uygulandığı sırada da bu borçtan sorumlu olup geminin maliki olması veya b) Deniz alacağı doğduğunda geminin kiracısı olan kişi, ihtiyati haczin uygulandığı sırada da bu borçtan sorumlu olup geminin maliki” olması aranmaktadır. TTK m.1369/1(e) gereğince “alacak, 1320 nci madde uyarınca gemi alacaklısı hakkı veriyorsa her halükarda mümkündür”<sup>17</sup>.

Bu düzenleme ise deniz alacaklarının tahsilini güçleştirmektedir. Zira alacak sahibinin alacağı talep ettiği anda geminin de maliki olduğu durumlar yok denecek kadar azdır. Örneğin gemi zaman charterinde iken gemiye yakıt temin eden bir alacaklıyı geminin miktarına başvurmak gibi önemli bir teminattan yoksun bırakmaktadır. Alacağı talep ettiği anda geminin kiracısına ya da zaman charterine karşı, deniz alacağı için dahi olsa hiçbir deniz alacağı için geminin ihtiyaten haczi talep edilemeyecektir<sup>18</sup>.

Satışın yapıldığı 1993/2859 sayılı dosyada ise, borçlunun aynı taşınmazına 6/9/1993 tarihinde haciz konulmuş, mahkemece borçlunun itirazının iptaline karar verildiği 9/2/1994 tarihinde haciz kesinleşmiştir. İİK.'nun 268. maddesinde “261'inci maddeye göre ihtiyaten haczedilen mallar haciz yolu ile takip hükümlerine göre, icrai hacze inkılap etmezden evvel bir diğer alacaklı tarafından haczedilirse ihtiyati haciz sahibi bu hacze kendiliğinden ve muvakkaten iştirak edeceği” öngörülmüştür. Olayda, borçlunun taşınmazına her iki takip dosyasından 6/9/ 1993 tarihinde ihtiyati haciz konmuş olup, hangi haczin daha önce konulduğu belli olmadığından ve 1993/2858 sayılı dosyadaki ihtiyati haczin önce kesin hacze dönmüş olması nedeniyle 1993/2859 sayılı dosyadaki haciz alacaklısı İİK.'nun 268. maddesine göre bu hacze kendiliğinden iştirak eder. Hal böyle olunca her iki alacaklı aynı dereceye mensup olduklarından, İİK.'nun 107. maddesine göre her alacaklı, mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunabilir. Bu durumda, 1993/2858 sayılı dosya alacaklısı davacı mensup olduğu derece namına satış talebinde bulunmuş olduğundan, müşteki alacaklının ayrıca satış isteğinde bulunmasına gerek bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle; Mercün, şikayetin kabulüne dair ısrar kararı bu değişik gerekçe ile onanmalıdır. “

<sup>16</sup> ATAMER, s. 165 vd.

<sup>17</sup> International Convention on Arrest of Ships, 1999 art.3: Exercise of right of arrest: 1. Arrest is permissible of any ship in respect of which a maritime claim is asserted if: (a) the person who owned the ship at the time when the maritime claim arose is liable for the claim and is owner of the ship when the arrest is effected; or **(b) the demise charterer of the ship at the time when the maritime claim arose is liable for the claim and is demise charterer or owner of the ship when the arrest is effected**; or (c) the claim is based upon a mortgage or a “hypothèque” or a charge of the same nature on the ship; or (d) the claim relates to the ownership or possession of the ship; or (e) the claim is against the owner, demise charterer, manager or operator of the ship and is secured by a maritime lien which is granted or arises under the law of the State where the arrest is applied for. 2. Arrest is also permissible of any other ship or ships which, when the arrest is effected, is or are owned by the person who is liable for the maritime claim and who was, when the claim arose: (a) owner of the ship in respect of which the maritime claim arose; or (b) demise charterer, time charterer or voyage charterer of that ship. This provision does not apply to claims in respect of ownership or possession of a ship. 3. Notwithstanding the provisions of paragraphs 1 and 2 of this article, the arrest of a ship which is not owned by the person liable for the claim shall be permissible only if, under the law of the State where the arrest is applied for, a judgment in respect of that claim can be enforced against that ship by judicial or forced sale of that ship.

<sup>18</sup> Deniz Hukuku Komisyonu, (Editör) (2018), Deniz İcra Hukuku, Güncel Sorunlar, 6-13 Mayıs 2017 İstanbul Adliyesi Konferans Salonu, B. 1, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, s. 18, (Çevrimiçi) <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/DH2018.pdf>, E.T. 01.09.2022, s. 108.

Bu hükmün konulmasına her ne kadar uluslararası sözleşmedeki hüküm (*Gemilerin İhtiyatî Hacine ilişkin Milletlerarası Sözleşme [1999 İhtiyatî Haciz Sözleşmesi (Konvansiyonu)]*) kıyasen alınmışsa da, uluslararası sözleşmede “*the demise charterer of the ship at the time when the maritime claim arose is liable for the claim and is demise charterer or owner of the ship when the arrest is effected*” denilmekte ise de, Uluslararası Sözleşmeden farklı olarak kiracının da alacağın talep edildiği zamanda malik olması aranmaktadır. Halbuki, Sözleşme gereğince en azından deniz alacağının doğduğu tarihte geminin süresiz kiracısının alacaktan sorumlu olması ve tutuklama gerçekleştiğinde geminin süresiz kiracısı veya sahibi olması aranmıştır.

Bu düzenlemede asıl amaç TTK 1320’de sayılan ve gemi alacaklısı hakkı veren bir gemi alacağının tesisi şeklinde yorumlanmamasıdır<sup>19</sup>. Bilindiği üzere gemi sahibi gemisini tanıdığı ve hakkında araştırma yaptığı kişilere çıplak gemi kirasına (*bareboat charter agreement*) veya zaman çarterine (*time charter*) vermektedir. Gemi sahibini bir de bu madde ile korumak gereksizdir.

#### IV. GEMİLERİN İHTİYATİ HACZİNE DAİR PROBLEMLER

##### A. İhtiyatî Haciz Uygulama Süresi

TTK m.1365/1 uyarınca “*İcra dairesi, istem üzerine derhâl ihtiyatî haczi uygular.*” Halbuki İİK m.261/1 gereğince “*Alacaklı, ihtiyatî haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyatî haciz kararı kendiliğinden kalkar.*”

TTK 1364’e göre, “*(1) Alacaklı, ihtiyatî haciz kararının verildiği tarihten itibaren üç iş günü içinde<sup>20</sup> kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki veya geminin bulunduğu yerdeki icra dairesinden kararın infazını istemek zorundadır. Aksi hâlde, ihtiyatî haciz kararı kendiliğinden kalkar.*”

Buna karşın İİK m.261/1’e göre: “*Alacaklı, ihtiyatî haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyatî haciz kararı kendiliğinden kalkar.*” İhtiyatî hacizlerde süre 10 gündür. İhtiyatî tedbir talep edilmesinde ise bu süre HMK m.393/1 gereğince “*İhtiyatî tedbir kararının*

<sup>19</sup> TTK 1369’uncu madde gerekçesi, TTK madde gerekçesi (TBMM Zabıt Ceridesi), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>, E.T. 15.07.2023.

<sup>20</sup> KURU, s. 395.

*uygulanması, bu kararın, tedbir isteyen tarafa teahhüt veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar.*” bu süre bir haftadır.

TTK'da süre açısından, İİK'daki hükümden ayrılmaya gerek yoktur. İİK'a benzer bir düzenleme yapılmalıdır. TTK m.1364'de değişiklik yapılarak eklenecek bu durumların gerçekleşmesi halinde geminin seferden men edileceği açıkça yazılmalıdır. İcra dairesinin fiili haciz şartlarının bulunması halinde kayden haciz işlemleri uygulayacağı belirtilmelidir.

## B. Geminin Seferden Men Edilme Sebepleri

TTK 1353'üncü madde uyarınca gemi alacaklısı ve deniz alacağı için geminin ihtiyati haczi istenebilir. TTK m.1353/1 uyarınca<sup>21</sup>, “*Deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi istenemez.*”

TTK m.1353'e de bir hüküm eklenerek İİK m.257'deki şartların gerçekleşmesi halinde geminin seferden men edileceği açıkça yazılmalıdır. İcra dairesinin fiili haciz şartlarının bulunması halinde kayden haciz işlemleri uygulayacağı da belirtilmelidir.

## C. Gemi Hakkında İhtiyati Haciz Kararı Verecek Mahkeme

TTK m.1353'e göre “*Deniz alacaklarının teminat altına alınması için, geminin sadece ihtiyati haczine karar verilebilir. Bu alacaklar için gemi üzerine ihtiyati tedbir konulması veya başka bir surette geminin seferden men edilmesi istenemez. 2) Akdî veya kanuni bir rehin ile teminat altına alınmış deniz alacakları hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.*”

TTK m.1354/1(a) maddesi uyarınca Türk Bayraklı gemilerin haczinde “*bir Türk Gemi Siciline kayıtlı gemilerde, sicil yeri mahkemesi*” de yetkilidir. Ama

<sup>21</sup> TTK 1353/1 madde gerekçesi: Birinci fıkra, 1999 tarihli Sözleşmenin 1'inci maddesinin ikinci fıkrası ile 2 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları göz önünde bulundurularak kaleme alınmıştır. Sözleşmenin amacı, gemilerin alelittlak her türlü alacak için alkonmalarını önlemektir. Deniz alacaklarının temini için başvurulacak geçici hukukî himaye, Sözleşmede “arrest” olarak nitelendirilmiştir. İngiliz hukukunda kullanılan bu terim, Türk hukukunda ihtiyati hacze tekabül etmektedir. Sekizinci Kısımda, deniz alacaklarından dolayı geminin ihtiyati haczi kabul edilmiş; buna karşılık, bu nevi alacaklar için başka herhangi bir geçici hukukî himayeden yararlanılamayacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Bu hüküm ile, özellikle halen “rehin tesisi” olarak isimlendirilen hukuka aykırı uygulamanın önüne geçilmesi (Tasarımın 1377, 1380 ve 1381'inci hükümleriyle birlikte) amaçlanmıştır. (TBMM Zabıt Ceridesi), (Çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>, E.T. 15.07.2023.

gemi Yabancı bayraklı ise ihtiyati haciz kararı, sadece, “*geminin demir attığı, şamandıraya veya tonozu bağlandığı, yanaştığı ya da kızağa alındığı yer mahkemesi tarafından verilir.*”

TTK 1353. madde hükmü standarttı sağlamak üzere getirilmiştir. Bu madde işleri kolaylaştırmak yerine daha da zorlaştırmaktadır. Madde gereğince mahkemeler Liman Başkanlığı'na yazı yazmakta, Liman Başkanlığı'ndan gelecek cevaba göre hareket etmektedirler. Bu ise çabukluk ve hız gerektiren gemi ihtiyati haczini güçleştirmektedir. Bu nedenle mahkemelerin erişebileceği bir sistem hayata geçirilmelidir. Ancak bu sistem hazır oluncaya kadar İİK m.258/1 ve bu madde atfı ile m.50'den<sup>22</sup> ayrılmayı gerektiren bir sebep bulunmadığı kanaatindeyiz.

#### D. İhtiyati Haczin Uygulanması

TTK 1367/1(b) maddesi uyarınca “*Yabancı bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı, sahil güvenlik komutanlığının yardımı alınarak, gemi Türk karasularını terkedinceye kadar uygulanabilir.*” Madde gereğince yabancı bayraklı bir gemi Türk karasularını terk etmişse artık ihtiyati haciz kararı uygulanamayacaktır.

Bu maddenin de, “*Yabancı bayraklı gemilerde ihtiyati haciz kararı, sahil güvenlik komutanlığının yardımı alınarak, gemi Türk karasularını terkedinceye veya bir yıl içinde yeniden Türk karasularına girinceye kadar uygulanabilir.*” şeklinde düzeltilmesi yerinde olacaktır. Böylece aynı alacak için mahkemelerden yeni bir ihtiyati haciz kararının alınmasına ihtiyaç kalmayacaktır. Aynı karar bir yıl süreyle gemi Türk Karasularına girinceye kadar geçerli olacaktır.

#### E. İhtiyati Haczi Tamamlayan İşlemler

TTK m.1376/1'e göre “*İcra ve İflas Kanununun 264 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında öngörülen süreler, gemilerin ihtiyati haczinde bir ay olarak uygulanır.*” İİK m.264/1 ve 2 gereğince ise, “*Dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı; haczin tatbi-*

<sup>22</sup> İİK m.50: Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir.

Yetki itirazı esas hakkındaki itirazla birlikte yapılır. İcra mahkemesi tarafından önce yetki meselesi tetkik ve kati surette karara raptolunur.

İki icra mahkemesi arasında yetki noktasından ihtilaf çıkarsa Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 25'inci maddesi hükmü tatbik olunur.



kinden, haciz gıyabında yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya takip talebinde (Haciz veya iflas) bulunmaya veya dava açmaya mecburdur.

*İcra takibinde, borçlu ödeme emrine itiraz ederse bu itiraz hemen alacaklıya tebliğ olunur. Alacaklı, tebliğ tarihinden itibaren yedi gün içinde icra mahkemesinden itirazın kaldırılmasını istemeye veya mahkemede dava açmaya mecburdur. İcra mahkemesi, itirazın kaldırılması talebini reddederse alacaklının kararın tefhim veya tebliği tarihinden itibaren yedi gün içinde dava açması lazımdır.*"

İİK'da 7 gün öngörülmesine rağmen, TTK'da 1 aylık süre öngörülmüştür. Bu süre ise çok uzundur. Madde gerekçesinde "2004 sayılı Kanunun 264 üncü maddesinin ilk iki fıkrasında öngörülen süreler, iki gerekçeyle uzatılmıştır: uyuşmazlıkların çoğunda, ihtiyati haciz kararını takiben taraflar sulh olmakta, dolayısıyla dava açılmasına gerek kalmamaktadır; diğer yandan, deniz alacağının esası hakkında yapılacak yargılama için, Tasarının 1357 nci maddesinin ikinci fıkrasında ve 1358 inci maddesinde öngörülen şekilde, yurtdışında mahkemeye veya tahkime gidilecekse, 2004 sayılı Kanunun ilk iki fıkrasında öngörülen yedi günlük süreler kısa kalmaktadır." denilmiştir.

Hâlbuki taraflar sulh olacaklar ise İİK'da öngörülen 7 günlük süre yeterlidir. Bir ay beklemek gerekmemektedir. Ayrıca yurtdışında açılacak davalar bakımından ise ayrı bir düzenleme yapılarak gerekçede belirtildiği üzere 7 gün içerisinde beyanda bulunmak şartı ile bir aylık sürede yurtdışında dava açılabilir, Türk mahkemelerinde dava açılacağı beyanından sonra ise yurtdışında herhangi bir dava açılmayacaktır.

## F. Teminat Yatırılması

İİK m.259/1 uyarınca, ihtiyati haciz talep edilmesi halinde *ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı taktirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 96 ncı maddesinde<sup>23</sup> (HMK m.87)<sup>24</sup> yazılı teminat<sup>25</sup> vermeğe mecburdur". İhtiyati ted-*

<sup>23</sup> Mülga HUMK m.96: "Bir davada verilecek teminat mahkemenin takdir edeceği nakit veya mahkemeye kabul olunacak sehim ve tahvil veya gayrimenkul rehin veyahut muteber bir banka kefaleti veya katibia-dilden musaddak senetle kefil iraei suretiyle yapılır. İki taraf teminatın nevi ve şeklini mukavenamele-rinde tasrih etmişlerse teminat ona göre tayin olunur. Kanunun başka şekilde teminat gösterilmesine mü-saade ettiği haller bundan müstesnadır."

<sup>24</sup> HMK m.87: "(1) Bir davada verilecek teminatın tutarını ve şeklini hâkim serbestçe tayin eder. Ancak, tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat ona göre belirlenir. (2) Teminatı gerektiren durum ve koşullarda değişiklik olması hâlinde, hâkim teminatın azaltılması, artırılması, değiş-tirilmesi ya da kaldırılmasına karar verebilir."

bir talep edilmesi halinde de m.391/2-ç gereğince, (2) İhtiyati tedbir kararında; ç) Talepte bulunanın, ne tutarda ve ne türde bir teminat göstereceği, yazılır.”

Ancak teminatın deniz ticaretinin gereklerine uymadığından bahisle<sup>26</sup>, TTK’da farklı bir teminat miktarı kabul edilmiştir. TTK m.1363/1 uyarınca, “Deniz alacağını teminat altına almak üzere ihtiyati haciz kararı verilmesini isteyen alacaklının, 10.000 Özel Çekme Hakkı tutarında teminat vermesi zorunludur”.

Bu ise özellikle alacağı 10.000 Özel Çekme Hakkı (ÖÇH), (*special drawing rights, SDR*) tutarından fazla olan alacaklar bakımından önem taşıyorsa da, miktarı 10.000 ÖÇH’den az olan alacakların tahsilini güçleştirmektedir. Şöyle ki, alacak tutarı az olan alacaklılar bu meşru taleplerinin ve tahsilin gerçekleşmesi için hukuki yola başvurmak istenmektedirler.

TTK m.1363/4’teki hüküm gereğince “Alacaklı da aynı mahkemeden teminat miktarının azaltılmasını isteyebilir.” Yani teminatın azaltılması mümkün olmakla birlikte, uygulamada mahkemeler teminat olarak genellikle 10.000 ÖÇH’ya karar vermektedirler.

Hâlbuki istenilen teminatı standart hale getirmek ve kanunda düzenlenen teminat tutarının küçük alacaklılar bakımından da cezbedici olması için, teminatın geminin seferden men’ine karar verildikten sonra yatırılması uygun olacaktır. Bu şekilde istenen faydanın sağlanması imkân dâhiline girecektir.

Uygulamada bu teminatın yatırılması karar verilmeden önce istenmekte, bu da mağduriyetlere neden olmaktadır. Ancak kararda belirtilecek sürede gerekli teminat miktarını yatırılmayan deniz alacaklıları bakımından, ihtiyati tedbir kararının geçersiz olacağı yönünde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır.

<sup>25</sup> ÇETİNER, Bilgehan/KORKMAZ, Abdullah Furkan **Teminat Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2023, s. 1 vd.

<sup>26</sup> 2004 sayılı Kanunun 259’uncu maddesi uyarınca verilmesi gereken teminat, uygulamada genellikle, alacağın belli bir yüzdesiyle (yüzde on ilâ yüzde kırk arası) ifade edilmektedir. Ancak bu uygulama, deniz ticaretinin ihtiyaçlarına cevap vermemektedir. Örneğin alacağın beş-bin Türk Lirası teşkil ettiği hallerde beşyüz Türk Lirası tutarında bir teminat, geminin bir günlük masrafını bile karşılamayacaktır; buna karşılık, alacağın onmilyar Türk Lirası tutarında olduğu hallerde, birmilyar Türk Lirası teminata hükmetmek, alacaklı için yargıya müracaatı imkânsız hale getirecektir. Bu teminat, 2004 sayılı Kanunun 259’uncu maddesinde “borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlar”ı karşılamak amacıyla öngörülmüştür. Uğranılabilecek zarar, geminin haczedilmiş olması sonucunda âtil kalmasından kaynaklanan masraflar ve kazanç kayıplarıdır. Dolayısıyla, alacaklının yatıracağı teminatın da bu zarar kalemleri dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir. İhtiyati haciz kararı için yapılan müracaat aşamasında mahkemeyi bu konuda bir takdirde bulunmak külfetinden kurtarmak gereklidir. Bu amaçla, çok sayıda yabancı hukukta benimsenen bir yöntem, Tasarının 1363’üncü maddesine alınmıştır. Buna göre, alacaklı her halde on-bin Özel Çekme Hakkı tutarında bir teminatı mahkemeye yatırmak zorundadır. Bu miktar, müracaat tarihinde Merkez Bankası tarafından Resmi Gazetede ilân edilen parite üzerinden Yeni Türk Lirasına çevrilecektir. Alacaklı bu teminatı nakden veya teminat mektubu vermek suretiyle yahut mahkemece uygun görülecek başka şekillerde verebilir. Bu teminat verilmeden, mahkeme ihtiyati haciz müracaatını inceleyemez. Alacaklı, daha sonra mahkemeye müracaat ederek, alacağının miktarının düşük olması veya başka sebeplerle teminatın indirilmesini dördüncü fıkra uyarınca talep edebilecektir.

## G. Yabancı Sicile Kayıtlı Gemilerin Satışı

TTK 1384'üncü madde uyarınca yabancı bir sicile kayıtlı geminin satışı istenildiğinde, icra müdürü, o geminin bayrağını taşıdığı devletin konsoloslughuna bu hususu bildirir ve mükellefiyetler listesinin hazırlanmasını gerçekleştirmek için geminin sicil kaydını ister. Alacaklı da, sicil kaydının onaylı bir suretini icra dairesine sunabilir. Bu durumda, hangi kayıt önce gelirse, liste o kayda göre hazırlanır.

İİK'nın 126/2'nci<sup>27</sup> maddesi uyarınca yapılacak ilan, “*Elektronik satış portalında yapılacak satış ilanında; 114 üncü maddede belirtilen hususlarla birlikte varsa ipotek sahibi alacaklılar ile diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını, hususiyle faiz ve masrafa dair olan iddialarını evrakı müsbiteleriyle on beş gün içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği, aksi hâlde hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça, satış bedelinin paylaşmasından hariç kalacakları ve bu hususların irtifak hakkı sahipleri için de geçerli olacağı belirtilir.*”

Yabancı sicile kayıtlı gemilerin satışı için hazırlıklar başlıklı TTK m.1384/2'nci maddede 2022 yılında yapılan bir değişiklikle, “*İcra ve İflas Kanununun 126 ncı maddesi uyarınca yapılacak ilanın, icra müdürü veya ilgililer tarafından; a) Geminin kayıtlı olduğu sicil devletinde, gemi sicilini tutmakla yükümlü olan makama, b) Tescil edilmiş akdî rehin alacaklılarına, c) İcra dairesine bildirilmiş olmaları kaydıyla kanuni rehin alacaklılarına, d) Geminin sicile kayıtlı malikine, bildirilmesi veya gideri ilgililer tarafından karşılanmak şartıyla bir internet haber sitesi ve tirajı ellibin üzerinde olan ve sicilin fiilen tutulduğu ülke düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ilan edilmesi zorunludur.*”

Artırmanın ilanı başlıklı TTK m.1385/1 hükmüne göre de, “*İcra ve İflas Kanununun 126 ncı maddesi uyarınca yapılacak ilan, bir internet haber sitesi ve tirajı ellibin üzerinde olan ve yurt düzeyinde dağıtımı yapılan gazetelerden biriyle ve ayrıca yurt dışında dünya çapında dağıtımı yapılan denizcilikle ilgili günlük bir gazetede yayımlanır*”<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> İİK m.126: “114 üncü madde hükmü, taşınmazın açık artırma hazırlık tedbirleri hakkında da uygulanır.

Elektronik satış portalında yapılacak satış ilanında; 114 üncü maddede belirtilen hususlarla birlikte varsa ipotek sahibi alacaklılar ile diğer ilgililerin taşınmaz üzerindeki haklarını, hususiyle faiz ve masrafa dair olan iddialarını evrakı müsbiteleriyle on beş gün içinde icra dairesine bildirmeleri gerektiği, aksi hâlde hakları tapu siciliyle sabit olmadıkça, satış bedelinin paylaşmasından hariç kalacakları ve bu hususların irtifak hakkı sahipleri için de geçerli olacağı belirtilir.”

<sup>28</sup> Benzer bir düzenleme de Türk Bayraklı gemilerin Türkiye’de ve yurtdışında satışı hakkında TTK 1350'nci maddede yapılmıştır.

İletişim ağının güçlendiği bu dönemde yayınlar internet gazeteleri ile yapılan ilanların da kabul edilmesi yerinde olmuştur. Ancak yapılacak bir düzenleme ile denizcilikle ilgili yayın yapan günlük internet sitelerinde yapılacak ilanın kabul edilmesi ve ilanın yurt dışında dünya çapında dağıtımı yapılan denizcilikle ilgili günlük bir gazetede yayımlanma zorunluğunun ihtiyari olarak değiştirilmesi uygun olacaktır.

## H. Yabancı Mahkeme Kararlarının Tenfizi

TTK 1360/1(a) maddesine göre “... *deniz alacağının esası hakkında verilmiş bir yabancı mahkeme veya yabancı hakem kararının tenfizinde; a) Tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması ...*” gerekmektedir.

Bu maddenin pratikte uygulanabilirliği yoktur. Zira gemi sahihi, yabancı bir mahkeme deniz alacağının varlığına hükmetmişken, gemisini zorunlu ve acil durumlar haricinde Türk Mahkemelerinin yargı çevresine sokmaktan kaçınacaktır, sokmak istemeyecektir. Bu durumda yabancı bir mahkeme kararının Türkiye’de uygulanmasını sağlayacak, tenfiz kararı almak hemen hemen mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla maddede, “... *Tenfiz isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması ...*” değil de “... *icra isteminin yapıldığı tarihte geminin o Türk mahkemesinin yargı çevresinde bulunması ...*” gerekir ifadesinin kullanmak daha yerinde olacaktır.

## SONUÇ

Yukardaki açıklamalarımız çerçevesinde; İİK ile benzer bir uyum TTK’da da sağlanmalı ve sıra cetvelindeki aynı alacaklar bakımından icra takibinin düşmeyeceği, yani icra takibi yapıldıktan sonra aynı sırada olan bir alacaklı satış vs. ücretlerini yatırmışsa diğer alacaklıların haciz taleplerinin düşmemesi; ihtiyati haczi uygulama süresinin artırılması; kaydi olarak da geminin sefer men edilebileceğinin açıkça düzenlenmesi; mahkemelerin geminin seferden men edilmesi kararını ortak bir sisteme göre vermesi; ihtiyati haczi tamamlayan işlemlerin yedi gün içerisinde tamamlanması gereği; teminatın mahkemece karar verildikten sonra yatırılması ve miktarı düşük alacaklar bakımından cazibeli hale getirilmesi; yabancı sicile kayıtlı gemiler bakımından satış ilanın internet sitelerinde de yapılabilmesi imkânı ve yabancı ülkede alınan kararların Türkiye’de tenfizi için geminin Türk karasularına girmesi zaruretinin olmaması gerekir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

Deniz Hukuku Komisyonu, (Editör) (2018), Deniz İcra Hukuku, Güncel Sorunlar, 6-13 Mayıs 2017 İstanbul Adliyesi Konferans Salonu, B. 1, İstanbul, **İstanbul Barosu Yayınları**,  
<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/kitaplar/doc/DH2018.pdf>, E.T. 01.08.2023.

ATAMER, Kerim, **Deniz Ticareti Hukuku, Deniz İcra Hukuku**, C. IV, 2. Basım, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2019.

ÇETİNER, Bilgehan/KORKMAZ, Abdullah Furkan, **Teminat Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 2023.

KAYIHAN, Şaban, **Deniz Ticareti Hukuku (Maritime Law)**, 3. Basım, Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2022.

KURU, Sevilay, TTK Tasarısı'nın Deniz Ticaret Kitabındaki Cebri İcra Hükümlerine İlişkin Görüşler, **Deniz Hukuku Dergisi**, Özel Sayı, İstanbul 2006, s. 385-408.

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Basım, Onikilevha Yayınevi İstanbul, 2021.

TTK gerekçeleri, TTK madde gerekçesi (TBMM Zabıt Ceridesi), <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d10/c012/tbmm10012083.pdf>, E.T. 15.07.2023.

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)

Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe, [https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk\\_tic\\_kan\\_kitap\\_cilt\\_01.pdf](https://www.tobb.org.tr/Documents/yayinlar/kanun-mevzuat-yonetmelik/turk_tic_kan_kitap_cilt_01.pdf), E.T. 12.09.2023.

[https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XI-D-4&chapter=11&clang=\\_en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XI-D-4&chapter=11&clang=_en), E.T. 07.10.2023.

[https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg\\_no=xi-d-4&chapter=11&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xi-d-4&chapter=11&clang=_en), E.T. 03.06.2024.

[https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=XII-8&chapter=12&clang=\\_en](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XII-8&chapter=12&clang=_en), E.T. 30.05.2024.



# Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum<sup>(\*)</sup>

The Presumption of Collusion in Sales Between Relatives in the Liquidation of the Regime of Acquired Property and the Current Situation in Judicial Decisions

Ayşenur ŞAHİN CANER<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Türk Medeni Kanunu m.222/III hükmü ile edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin kanuni bir karine getirilerek, bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olacağı kabul edilmiştir. Bu hüküm gereğince, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde mal rejiminin geçerli olduğu dönemde eşlerden biri adına satın alınan malın kanuni karine gereği edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekir. Ancak uygulamada bazı kararlarında Yargıtay, bu kanuni karine yerine eşlerden birinin akrabaları ile yapmış olduğu satış sözleşmelerinin hayatın olağan akışına göre, fiili karine gereği, bağışlama kabul etmiş ve bu karinenin aksini, yani parasını vererek gerçek anlamda satın alındığını iddia eden eşin iddiasını ispatla yükümlü olduğu yönünde kararlar vermiştir. Güncel kararlarında ise Yargıtay isabetli şekilde, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde satın alınan malların kanuni karine gereğince edinilmiş mal olduğunu kabul etmiş ve aksini iddia edenin bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu yönünde kararlar vermiştir. Eşlerden birinin akrabasıyla yapmış olduğu satış sözleşmesini fiili karine gereğince muvazaalı kabul edip bu satışı bağışlama ve dolayısıyla iktisap edilen mal varlığı değerini kişisel mal olarak kabul etmek yerine, kanuni karineyi uygulayarak edinilmiş mal olarak kabul etmek zayıf eşin korunması amacıyla daha uygun bir yorum olacaktır. Edinilmiş mal karinesinin aksini iddia eden ise TMK m.6 ve HMK m.190 hükümleri gereğince bunu ispat etmek zorundadır.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 29.12.2024  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 30.01.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1609495>

Bu makaleye atf için: ŞAHİN CANER, Ayşenur, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arasında Yapılan Satışların Muvazaalı Olduğuna İlişkin Fiili Karine ve Güncel Yargı Kararlarındaki Durum”, *İMİHFD*, C. 10, S. 1, 2025, s. 321-341

<sup>(\*\*)</sup> *Dr. Öğr. Üyesi*, Bursa Uludağ Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Bursa - Türkiye  
E-posta: [aysenurcaner@uludag.edu.tr](mailto:aysenurcaner@uludag.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7443-8617>

**Anahtar Kelimeler:**

Edinilmiş Mal karanesi, Fiili Karine, Mal Rejiminin Tasfiyesi, Eşlerin Malları, İspat.

**Abstract:**

Article 222/III of the Turkish Civil Code introduces a legal presumption regarding the regime of participation in acquired property, whereby the property of one spouse is presumed to be acquired property until proven otherwise. According to this provision, in the liquidation of the participation in acquired property regime, any property purchased in the name of one spouse during the period when the property regime was in effect should be considered as acquired property under the legal presumption. However, in some of its rulings, the Court of Appeals (Yargıtay) has accepted contracts made with the relatives of one spouse as donations based on a factual presumption in line with the ordinary course of life, rather than applying the legal presumption. In such cases, the spouse who claims that the property was purchased for a monetary value is burdened with the proof to refute the claim of donation. In its more recent decisions, however, the Court of Appeals has correctly accepted that properties acquired during the period in which the participation in acquired property regime was valid should be treated as acquired property based on the legal presumption, and the burden of proof lies with the spouse challenging this presumption. Rather than accepting a sales contract made with the relative of one spouse as a collusion and treating the acquisition of property as a gift-thus considering the acquired property as personal property-applying the legal presumption and treating it as acquired property would be a more suitable interpretation in line with the objective of protecting the weaker spouse. Those who challenge the presumption of acquired property are obligated to prove their claims under Articles 6 of the Turkish Civil Code (TMK) and 190 of the Civil Procedure Code (HMK).

**Keywords:**

Presumption of Acquired Property, Factual Presumption, Liquidation of the Property Regime, Spouses' Property, Burden of Proof.

**GİRİŞ**

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde eşlerin veya mirasçılarının diğer eşin edinilmiş malları üzerinden hesaplanan artık değerın yarısı üzerinde sahip oldukları alacak hakkı, katılma alacağıdır. Eşlerin sadece edinilmiş malları, değerleri üzerinden paylaştırmaya tabi olup; kişisel malları paylaşım dışında bırakılmaktadır. Bu noktada çalışmamızın esasını oluşturan eşlerin akrabalarıyla yapmış oldukları satış sözleşmeleri ile iktisap ettikleri malvarlığı değerlerinin hangi mal kategorisine dahil edildiğinin belirlenmesi oldukça önem arz etmektedir.

Çalışmamızın esasını eşlerden birinin akrabaları ile yapmış olduğu satış sözleşmesi ile elde ettiği malvarlığı değerinin edinilmiş mal mı yoksa kişisel mal mı olduğunun tespitinde, akrabalar arası satış sözleşmelerinin gerçek bir satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve muvazaalı işlem olarak görülmesi gerektiğine ilişkin uygulamada bazı yargı kararlarıyla kabul edilen fiili karinenin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde uygulama alanı bulup bulmayacağı oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmada öncelikle genel olarak edinilmiş mallara katılma rejimi ve eşlerin malları incelendikten sonra edinilmiş mallara katılma reji-



minin sona ermesi ve tasfiyesi üzerinde durulacaktır. Çalışmanın devamında fiili karineyi kabul eden Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin vermiş olduğu kararları incelendikten sonra; edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde bu fiili karineyi kabul etmeyen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarına yer verilecek ve çalışma kanaatimizin açıklanmasıyla tamamlanacaktır.

## I. GENEL OLARAK EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ VE EŞLERİN MALLARI

Mal rejimi, evlilik öncesinde ve evlilik süresince edinilen mallar üzerinde eşlerin hakları ve borçlarına ilişkin düzenlemeyi ifade etmektedir<sup>1</sup>. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun dördüncü bölümünün birinci ayrımında mal rejimlerine ilişkin genel hükümler düzenlenmektedir. TMK m.202 hükmü gereğince eşler mal rejimi sözleşmesiyle mal ayrılığı, paylaşımlı mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçmemişlerse, eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulama alanı bulacaktır.

Türk Medeni Kanunu m.218 gereğince edinilmiş mallara katılma rejimi eşlerin kişisel malları ve edinilmiş mallarını kapsamaktadır ve bu ayrım özellikle mal rejiminin tasfiyesi ve katılma alacağının tespiti bakımından oldukça önem arz etmektedir<sup>2</sup>.

Kanun koyucu TMK m.219/I'de edinilmiş malı, "*her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir*" şeklinde tarif etmiştir. Hükümde yer alan eşlerin "*karşılığını vererek*" elde ettiği malvarlığı değerleri ise eşlerin yasal mal rejiminin devam ettiği sürece karşılığını bir şey yapma, verme veya bir şey yapmaktan kaçınma şeklinde verdikleri her türlü kazanımları ifade etmektedir<sup>3</sup>. Türk Medeni Kanunu m.219/II'de sınırlı sayıda olmayacak şekilde<sup>4</sup> eşlerin edinilmiş malları "*Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır: 1. Çalışmasının karşılığı olan edinimler, 2. Sosyal güvenlik*

<sup>1</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s. 223; doktrinde mal rejimi eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlenmesi şeklinde de tarif edilmiştir, bakınız AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, **Aile Hukuku**, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022, s. 144.

<sup>2</sup> AKKURT, Sinan Sami, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, **Medeni Hukuk II, Aile Hukuku**, Editör: Metin İkizler, Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2024, s. 274; doktrinde eşlerin mallarının edinilmiş mallar, kişisel mallar ve paylı mallar şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutulması gerektiğine ilişkin görüş için bakınız, AKINTÜRK / ATEŞ, s. 155.

<sup>3</sup> KILIÇOĞLU, s. 268; ACABEY, Mehmet Beşir, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler" **DEÜHFD**, Y. 2007, C. 9, s. 499; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 158; ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 221; AKKURT, s. 277.

<sup>4</sup> AKKURT, s. 278.

veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, 3. Çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, 4. Kişisel mallarının gelirleri, 5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince eşlerin edinilmiş mallara katılma rejiminin başladığı tarihten sona erdiği tarihe kadar edindiği malvarlığı unsurları edinilmiş mal sayılır. Diğer bir ifadeyle eşlerin karşılığını emek, para veya diğer malvarlığı unsurları ile vererek sağladığı edinimler edinilmiş maldır. TMK m.219/II gereğince eşlerin fikri veya bedeni emeğiyle elde ettiği edinimler, sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, eşlerden birinin beden bütünlüğünün ihlali sonucunda çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar ile eşlerin kişisel mallarının gelirleri ve kişisel malların doğal veya hukuki ürünleri de edinilmiş maldır<sup>5</sup>.

Kanun koyucu TMK m.220 hükmü ile eşlerin kişisel mallarını “1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, 2. 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, 3. Manevi tazminat alacakları, 4. Kişisel mallar yerine geçen değerler” şeklinde düzenlemiştir. Bu hüküm gereğince eşlerden birinin ihtiyaçlarına yönelik olan, gelir getirmeyen ve diğer eşin veya aile üyeleri tarafından kullanılmayan eşyalar kişisel maldır<sup>6</sup>. Doktrinde bir eşyaya kişisel kullanım eşyası niteliği kazandıran hususun o malın özgülenme amacı olduğu ifade edilmiştir. Bu anlamda bir malın kişisel mal sayılmasında onun finansmanındaki kaynak değil, kullanım amacı esas alınmaktadır. Bu nedenle eşlerin edinilmiş mallarından finanse edilen bir mal eşlerden birinin kişisel kullanımına tahsis edilmişse, kişisel mal sayılır. Ancak önemle ifade olunmalıdır ki eşlerin mesleklerinin icrası için gerekli olan eşya, kişisel kullanmaya yarayan eşya kapsamında değildir<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Eşlerin kanuni edinilmiş mallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, HAUSHEER, Heinz / REUSSER, E. Ruth / GEISER, Thomas, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, **Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten**, 1992, ZGB art.197, N.14; DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 223 vd.; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281)**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 254 vd.; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 157 vd.; KILIÇOĞLU, s. 268 vd.; AKKURT, s. 279 vd.

<sup>6</sup> Eşlerin kanuni kişisel mallarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 226; GÜMÜŞ, s. 265 vd.; AKKURT, s. 283 vd.

<sup>7</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 226; KILIÇOĞLU, s. 275; AKKURT, s. 284; bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, ACABEY, s. 513 vd.

## II. GENEL OLARAK EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN SONA ERMESİ VE TASFİYESİ

Türk Medeni Kanunu m.225'te edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesi "*Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer. -Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.*" şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu hüküm gereğince eşlerden birinin ölümü ile edinilmiş mallara katılma rejimi sona ereceği gibi eşlerden birinin diğerine boşanma davası açması halinde de boşanma davasının açıldığı tarihte edinilmiş mallara katılma rejimi sona erecektir. Mevcut bir evliliğin mutlak veya nispi butlan sebepleriyle iptali talep edilmişse mutlak veya nispi butlan davasının açılmasıyla edinilmiş mallara katılma rejimi sona erecektir. Hakimden mal ayrılığı rejimine geçilmesi talep edilmişse mal rejimi, TMK m.225/II gereğince davanın açıldığı tarihten itibaren sona erecektir<sup>8</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine bağlanan sonuç, mal rejiminin tasfiyesi aşamasına geçilmesidir. Sona eren edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye, eşler arasında geçerlilik şekline tabi olmayan bir tasfiye anlaşmasıyla yapılabilir. Eşlerin tasfiye hususunda anlaşamamaları durumunda ise tasfiye eşlerden biri veya mirasçılara açılacak bir yenilik doğuran dava niteliğindeki tasfiye davası ile yapılır<sup>9</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejimi sona erip tasfiye aşamasına geçildiğinde eşlerin edinilmiş malları, değerleri üzerinden paylaştırmaya tabi tutulur. Bu paylaşım, eşlerin edinilmiş mallar üzerindeki mülkiyet veya sınırlı ayni haklarının paylaşımına ilişkin ayni bir paylaşım mahiyetinde olmayıp, eşlerden her birine diğerinin edinilmiş mallarının net değeri üzerinden hesaplanacak bir alacak hakkı (katılma alacağı) tanınmasına yönelik parasal bir paylaşım<sup>10</sup>.

Mal rejiminin sona ermesiyle birlikte her eşin paylaşımına tabi mallarının net değeri üzerinden hesaplanan alacak hakkı artık değer adı verilen kalem üzerinden her eş bakımından ayrı ayrı hesaplanır. Doktrinde artık değer, mal rejimi sona erdiğinde her eşin edinilmiş mallarının toplam değerine varsa TMK m.229'da hükme bağlanan bazı eklemeler ve TMK m.230'da hükme bağlanan

<sup>8</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 230, 231; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 162, 163; GÜMÜŞ, s. 284, 285; KILIÇOĞLU, s. 287, 288; AKKURT, s. 294 vd.

<sup>9</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 232, 233; GÜMÜŞ, s. 288; AKKURT, s. 297.

<sup>10</sup> AKKURT, s. 275, 283.

denkleştirmeler yapılarak bunlara ilişkin borçlar da düşüldükten sonra kalan net miktarı ifade etmektedir (TMK m.231). Her eşin veya eş ölmüşse mirasçılarının diğer eşin edinilmiş malları üzerinden hesaplanan artık değerın yarısı üzerinde sahip olduğu alacak hakkına ise katılma alacağı adı verilmektedir. TMK m.236/I.c.2 gereğince eşlerin karşılıklı katılma alacakları takas edilir. Daha fazla alacağı olan eş aradaki fark kadar diğerinden alacaklı olur<sup>11</sup>.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin TMK m.219 ve devamı hükümleri gereğince, devirlerin bedel karşılığı yapılan satış sözleşmeleri ile gerçekleşmiş olması halinde eşin katılma alacağını talep etmesi mümkündür. TMK m.220’de mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya eşlerden birinin sonradan miras yoluyla ya da karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri kişisel mal olarak kabul edilmektedir<sup>12</sup>.

## A. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat

### 1. Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu m.222’de ispat kriterleri kabul edilerek edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye sürecindeki ispat sorunlarının çözümüne ilişkin önemli bir düzenleme getirilmiştir. TMK m.222 “*Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür. -Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır. - Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu kural mal rejiminin tasfiyesi aşamasında uygulama alanı bulan bir kuraldır<sup>13</sup>. Doktrinde hükmün amacının bir malvarlığı değeri-

<sup>11</sup> AKINTÜRK / ATEŞ, s. 173 vd.; AKKURT, s. 276; artık değer ve katılma alacağına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, KILIÇOĞLU, s. 345 vd.; AKINCI, Şahin “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri” Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22, S. 4, İstanbul, 2016, s. 169, 170; ACABEY, s. 493; Doktrinde katılma alacağına ilişkin TMK m.236 hükmünün eşlerin birbirlerinden mal kaçırmak amacıyla muvazaalı devirler yoluyla hukukun dolanılmasını tetiklediği ve TMK m.229 ve TMK m.241 hükümlerinin tasfiye süreci tamamlandıktan sonra ortaya çıkan gerçekleri çözmekten uzak olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre boşanma ve tasfiye sonrası eşlerden birinin kendisinden mal kaçırdığı ve mal rejimi süresi içinde mal edinebilecekken mal edinmeyen kişinin bu işlemlerinin öğrenmesinin neredeyse imkansız olması nedeniyle katılma alacağına ilişkin düzenlemelerin ihtiyaçlara ve hayat gerçeklerine uygun hale getirilmesi gerekmektedir, bakınız, ÜNAL, Akın “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış”, *AHBVÜHFD*, Y. 2019, C. 23, S. 4, s. 127, 128.

<sup>12</sup> YÜCER AKTÜRK, İpek, “Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa”, Y. 2015, *EÜHFD*, C. 10, S. 2, s. 47.

<sup>13</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.12; STECK Daniel / FANKHAUSER, Roland, *Scheidung*, Band: I, ZGB und Band II: Anhänge, FamKomm, 4. Auflage, 2022, ZGB art.200, N.7; DURAL / ÖGÜZ / GÜMÜŞ, s. 228; Murat Uyumaz “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter” *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 21, S. 3-4, s. 138.

nin eşlerden hangisine ait olduğunun ihtilaflı olması durumunda ispat yükünü ve ispat eksikliğinin sonuçlarını düzenlemek olduğu ifade edilmiştir<sup>14</sup>. TMK m.222 (art.200 ZGB) hükmü sadece eşler arasındaki uyumsuzluklarda değil, eşler ile eşlerin mirasçıları arasındaki uyumsuzluklarda veya eşler veya mirasçıları ile üçüncü kişiler arasındaki uyumsuzluklarda da uygulanabilecek bir hükümdür<sup>15</sup>. Önemle ifade olunmalıdır ki bu hüküm sadece mülkiyet hakkına ilişkin uyumsuzluklarda değil, sınırlı aynı haklar ve fikri mülkiyet haklarına ilişkin uyumsuzluklar bakımından da uygulama alanı bulacaktır<sup>16</sup>. Hüküm eşlerin malvarlığına (aktiflerine) ilişkin bir hüküm olup, eşlerin borçlarına ilişkin delil eksikliği durumunda eşlerin müştereken borçlu olmalarına sebebiyet vermeyeceğinden, bu durumda alacaklılardan her birinin hangi eşin borçlu olduğunu kanıtlaması gerekecektir<sup>17</sup>.

Türk Medeni Kanunu m.222/I'de (art.200/I ZGB) "*Belirli bir malın eşlerden birine ait olduğunu iddia eden kimse, iddiasını ispat etmekle yükümlüdür*" şeklinde düzenlenen bu hüküm, TMK m.6 (art.8 ZGB)'nın tekrarı mahiyetindedir<sup>18</sup>. Doktrinde bu hüküm gereğince bir malın eşlerden hangisine ait olduğunun ispatı hususunda, diğer fiili ve hukuki karinelerin kullanılabilmesi ifade edilmiş ve bu duruma ilişkin fiili karineye eşlerden birine akrabaları veya arkadaşları tarafından verilen hediyelerin o eşin malı sayılması gerektiği örnek olarak verilmiştir<sup>19</sup>.

Türk Medeni Kanunu m.222/II'de ise eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların onların paylı mülkiyetinde sayılacağı hükme bağlanmıştır. Doktrinde bu kurala "*paylı mülkiyet karinesi*" adı verilmiştir<sup>20</sup>. Bu durumda eşler arasında TMK m.688 ve devamı hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>21</sup>.

<sup>14</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.6; JUNGO, Alexandra, **Personen-und Familienrecht art.1-456 ZGB-Partnerschaftsgesetz**, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 4. Auflage, 2023, art.200, N.1; NUSPLIGER, Isabelle, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch**, OFK-Orell Füssli Kommentar, 4. Auflage, 2021, N.1; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.2.

<sup>15</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.12; JUNGO, CHK-Handkommentar, ZGB art.200, N.1; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.6.

<sup>16</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.15; JUNGO, CHK-Handkommentar, ZGB art.200, N.2; NUSPLIGER, OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB art.200, N.2; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.5.

<sup>17</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.16; JUNGO, CHK-Handkommentar, ZGB art.200, N.2; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.5, N.19.

<sup>18</sup> NUSPLIGER, OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB art.200, N.2.

<sup>19</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.18; JUNGO, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, ZGB art.200, N.3.

<sup>20</sup> AKINTÜRK / ATEŞ, s. 159; KILIÇOĞLU, s. 280; AKKURT, s. 291; ACABEY, s. 529, 530.

<sup>21</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.34; AKINTÜRK / ATEŞ, s. 159; KILIÇOĞLU, s. 280; AKKURT, s. 291; ACABEY, s. 529, 530.

Bir malın eşlerden hangisine ait olduğunun ispat edilememesi durumunda TMK m.222/II (art.200/II ZGB)'nin öngördüğü sonuç ortaya çıkacak ve söz konusu malvarlığının eşlerin paylı mülkiyetinde olduğu kabul edilecektir<sup>22</sup>.

Türk Medeni Kanunu m.222/III uyarınca bir malvarlığı değerinin hangi mal kategorisine dahil olduğu ispat edilemiyorsa, ilgili değer, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir. Doktrinde bu kurala “*edinilmiş mal karinesi*” de denilmektedir<sup>23</sup>. Evlilik hukukuna ilişkin bu hüküm “*lex specialis*” olarak genel hükümlere göre öncelikli uygulama alanı bulacak bir hükümdür<sup>24</sup>. Bu hüküm gereğince eşler maliki oldukları bir mal varlığının kişisel mal olduğunu ispatlayamadıkları takdirde, bu malvarlığı değerinin edinilmiş mal kesiminde yer aldığı kabul edilecektir<sup>25</sup>. Örneğin, bir banka hesabındaki paranın eşlerden birinin kişisel malı olduğu ispat edilememişse, paranın edinilmiş mal olduğu kabul edilecektir<sup>26</sup>. Doktrinde kanun koyucunun edinilmiş mal karinesini kabul etmesinin, edinilmiş mallara katılma rejimi ile uyumlu olduğu ve eşlerin birlikte elde ettikleri tüm değerleri paylaşması gerektiği düşüncesine dayandığı ifade edilmiştir<sup>27</sup>.

Türk Medeni Kanunu m.222/III (art.200/III ZGB) hükmü ispat yüküne ilişkin bir düzenleme olup, bu hüküm hakimın bir dizi olgunun varlığa veya yokluğuna ikna olmaması durumunda uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Bu nedenle ispat yüküne ilişkin bu hükmün uygulanabilmesi için bir malvarlığı değerinin hangi eşe ait olduğunun ihtilaflı olması şarttır<sup>28</sup>. Eşler ya da üçüncü kişiler bir malvarlığı değerinin kime veya hangi mal kategorisine dahil olduğunu her türlü delille ispatlayabilirler<sup>29</sup>. İspat hususunda mülkiyet ve sınırlı ayni hak karineleri gibi diğer karinelere de yararlanılabilir. Benzer şekilde iddia edilen hususun ispatı için resmi kayıtlara da başvurulabilir<sup>30</sup>.

<sup>22</sup> JUNGO, CHK-Handkommentar, ZGB art.200, N.3; NUSPLIGER, OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB art.200, N.5; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.14.

<sup>23</sup> STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.17; HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 107; ACAR, s. 221; ACABEY, s. 5; ZEYTİN, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 115; AKKURT, s. 291.

<sup>24</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.11.

<sup>25</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.18, N.39; NUSPLIGER, OFK-Orell Füssli Kommentar, ZGB art.200, N.6; STECK / FANKHAUSER, FamKomm, ZGB art.200, N.17; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 228.

<sup>26</sup> BGE 5C.52/2006; BGE 5C. 118/2004.

<sup>27</sup> JUNGO, CHK-Handkommentar, ZGB art.200, N.4.

<sup>28</sup> HAUSHEER / REUSSER / GEISER, BK-Berner Kommentar, ZGB art.200, N.11.

<sup>29</sup> KILIÇOĞLU, s. 281; AKKURT, s. 292; UYUMAZ, s. 141.

<sup>30</sup> AKKURT, s. 292.

## 2. Muvazaanın İspatı

### a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m.19/I'de muvazaa “*Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır*” şeklinde hükme bağlanmıştır. Doktrinde muvazaa iki tarafın iradesi ile beyanları arasında istenerek meydana getirilen uygunsuzluk hali olarak tarif edilmiştir. Diğer bir ifadeyle muvazaa tarafların gerçekte istemedikleri bir sözleşmeyi üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmalarıdır. Bu nedenle muvazaa tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları olarak tarif edilmiştir<sup>31</sup>.

Doktrinde muvazaa mutlak muvazaa ve nispi muvazaa olarak ikili bir ayırma tabi tutulmuştur<sup>32</sup>. Mutlak muvazaa üç unsurdan oluşmaktadır ve bu unsurlar muvazaalı (görünürdeki) işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastıdır. Nispi muvazaada ise bu üç unsura ek olarak, bir de gizli işlem bulunmaktadır. Muvazaanın ilk unsuru olan görünürdeki (muvazaalı) işlem tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yapmış oldukları işlemdir. Tarafların görünürdeki işlemi sadece üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapmaları ve kendi aralarında hüküm ifade etmeyeceğine ilişkin anlaşmaları ise muvazaa anlaşması unsurunu oluşturur<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Von TUHR, Andreas / PETER, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, 3. Auflage, 1984, s. 293; KRAMER, Erns A. / SCHMIDLIN, Bruno, **Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu art.1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeiner Bestimmungen**, (Herausgeber: MEIER HAYOZ, Arthur), 1986, **BK-Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1**, art.18, N.105; MULLER, Christoph, art.1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, BK-Berner Kommentar, (Herausgeber: AEBI MULLER, Regina E.), 2018, OR 18, N.312; EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 350; benzer yönde tanımlar için bakınız, TEKİNAY, Selahattin Sulhi / AKMAN, Sermet / BURCUOĞLU, Haluk / ALTOP, Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 408; OĞUZMAN, Kemal / ÖZ, Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, s. 127; KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 234; ANTALYA, O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt V/1,1**, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 345, 346; GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024, s. 179.

<sup>32</sup> Von TUHR / PETER, s. 294; MULLER, BK- Berner Kommentar, OR 18, N.331, 332; KILIÇOĞLU, s. 237; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 179; doktrinde muvazaa mutlak muvazaa, nispi muvazaa; tam muvazaa ve kısmi muvazaa şeklinde de ayırma tabi tutulmuştur, EREN, s. 409; doktrinde mutlak muvazaa yerine basit muvazaa, nispi muvazaa yerine ise nitelikli muvazaa ifadeleri de kullanılmaktadır, ANTALYA, s. 348.

<sup>33</sup> Muvazaanın unsurlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bakınız, KRAMER / BRUNO, BK- Berner Kommentar, art.18, N.110 vd; MULLER, BK- Berner Kommentar, OR 18, N.331 vd; ANTALYA, s. 346 vd; GÜNERGÖK / KAYIHAN, s. 180, 181; ADAY, s. 5 vd.

İspat yüküne ilişkin TMK m.6 hükmü muvazaalı satışlar bakımından da geçerli olup, satış sözleşmesinin muvazaalı olduğunu iddia eden kimsenin bu iddiasını ispat etmesi şarttır.

Kural olarak hukuki işlemlerde taraflar iddialarını dayandırdıkları olguları her türlü delille ispat edebilirlerse de muvazaanın taraflarca ispatı bakımından bu kurala sınırlama getirilmiştir. HMK m.200-201 gereğince taraflar, yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek için yazılı delil getirmek zorundadırlar. Taraflar muvazaa iddialarını tanıkla ispat edemezler<sup>34</sup>. Ancak muvazaa anlaşmasının resmi şekilde yapılması halinde ispatın resmi senetle yapılması şart olmadığından, muvazaa iddiası yazılı senetle de ispat edilebilir<sup>35</sup>.

Muvazaalı işlemin tarafları akraba olsa bile bu iddialarını ancak senetle ispat edebilirler. Diğer bir ifadeyle HMK m.203 gereğince senetle ispat kuralının istisnası olarak belirli derecedeki yakınların senetle ispatı gereken uyumsuzluklarda tanık dinletebileceklerine ilişkin hüküm burada uygulanamaz. İddia sahibinin elinde bu yönde bir belge mevcut değilse ve bu iddiasını tanık dinletmek suretiyle ispat etmek ister ve karşı taraf bunu kabul etmezse, muvazaa iddiası ispatlanmamış olacağından, sözleşme muvazaa yapılmamış gibi geçerli kabul edilecektir<sup>36</sup>.

Muvazaalı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerden yazılı delil istemek mümkün olmadığından, üçüncü kişilerin muvazaa iddialarını tanık dahil her türlü ispat etmeleri mümkündür<sup>37</sup>. Nitekim HMK m.203/1-d’de hukuki işlemlere ve senetlere karşı üçüncü kişilerin muvazaa iddialarında tanık dinlenebileceği hükme bağlanarak, bu kuralın senetle ispat zorunluluğunun istisnalarından olduğu kabul edilmiştir<sup>38</sup>.

### ***b. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Akrabalar Arası Satışlarda Muvazaanın İspatı Sorunu***

#### **(a) Genel Olarak**

Akrabalar arası muvazaalı satışlara ilişkin neredeyse bütün yargı kararlarında atıf yapılan ve uygulamanın esasını oluşturan 27.03.1957 Tarih ve 1956/12 Esas 1957/2 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu kararı çalışmamız

<sup>34</sup> EREN, s. 422; ANTALYA, s. 358; YÜCER AKTÜRK, s. 44.

<sup>35</sup> EREN, s. 421; YÜCER AKTÜRK, s. 44.

<sup>36</sup> KILIÇOĞLU, s. 239.

<sup>37</sup> EREN, s. 421, 422; OĞUZMAN, ÖZ, s. 130; ANTALYA, s. 357; YÜCER AKTÜRK, s. 44.

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU, s. 240.



bakımından oldukça önem arz etmektedir. Bu kararda yüksek mahkeme özetle, akrabaya satışta ortada satış sözleşmesinin bir unsuru olan bedel zikredilmiş olsa bile bunu mücerret bir satış olarak kabul etme imkanı olmadığını; burada temlik edenin amacının malının bedelini almak değil, akrabalık ilişkisi nedeniyle akrabasını kendi yerine geçirmek olduğunu; benzer bir çok olayda bedel belirlenmesinin mirasçılarının tenkis davası açmalarına engel olmak amacıyla yapıldığını veya yapılan işlemlerin çoğu zaman muvazaalı olduğunu vurguladıktan sonra, burada tespiti zorunlu olan hususun tarafların amacını tayin olduğunu ve tarafların içinde bulunduğu durum ve koşullara göre tarafların amacına uygun şekilde sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bu kararda yüksek mahkeme, alıcının satıcının mirasçısı veya akrabası olması, bedelin düşük bulunması veya kendisine temlik olunan şahsın ödeme yeteneğinin bulunmaması gibi hususların sözleşmenin niteliğini ve vasfını tayin ve takdir hususunda yardımcı etkenler olduğunu da vurgulamıştır. Neticede yüksek mahkeme, müşterek mülkün paydaşlarının hissesini karı veya kocaya veya evlada veya akrabaya temlik etmesi halinde, şeklen satış akdi bulunsa bile gerçekte satıştan başka miras hukukuna ilişkin amaçlar veya bağışlama gibi değerlendirilerek hüküm tesis edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>39</sup>. Yargıtay benzer yöndeki kararlarında da akrabalar arası satış sözleşmelerinin gerçek satış sözleşmesi olmadığını kabul ederek, bu sözleşmelerin bağış olarak değerlendirilmesi, yapılan tasarruf işleminin hayatın olağan akışına göre fiili karine olarak, bağış kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir<sup>40</sup>.

Yukarıda da ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde mal rejiminin sona ermesi ile birlikte tasfiye aşamasına geçilir ve tasfiyenin amacı eşlerin birbirlerinden talep edebilecekleri katılma alacağının tespitidir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşlerin katılma alacağının belirlenmesi için eşlerden birine ait olan malvarlığı değerinin edinilmiş mal olması şarttır. Bu nedenle TMK'da edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımı yapılmış ve sadece edinilmiş mallar üzerinde diğer eşin katılma alacağının olduğu kabul edilmiştir. Neticede edinilmiş mal kapsamında değerlendirilmeyen mal varlığı değerleri, diğer bir ifadeyle eşlerin kişisel malları, mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılmayacaktır. Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfi-

<sup>39</sup> Benzer yönde kararlar için bakınız, Yar. HGK, E. 2011/164, K. 2011/245, 29.04.2011; Yar. HGK, E. 2011/164, K. 2011/245, 29.04.2011; Yar. HGK, E. 2017/2269, K. 2021/56, 09.02.2021; Yar. HGK, E. 2012/239, K. 2012/411, 27.06.2012; Yar. 8. HD, E. 2009/6807, K. 2010/1649, 8.04.2010; Yar. HGK, E. 2017/1613, K. 2019/419, 9.04.2019; Yar. 8. HD, E. 2012/4517, K. 2012/6188, 26.06.2012; Yar. 8. HD, E. 2012/11057, K. 2013/7419, 20.05.2013; Yar. 8. HD, E. 2015/16956, K. 2017/6714, 9.05.2017, (www.hukukturk.com).

<sup>40</sup> YÜCER AKTÜRK, s. 39.

yesine ilişkin TMK m.219 ve devamı hükümleri gereğince, devirlerin bedel karşılığı yapılan satış sözleşmeleri ile gerçekleşmiş olması halinde ise eşin katılma alacağı talep hakkı olacaktır<sup>41</sup>.

Çalışmamızın esasını yukarıda açıklanan Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında vurgulanan akrabalar arası satış sözleşmelerinin gerçek bir satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve muvazaalı işlem olarak görülmesinin emaresi olduğuna ilişkin fiili karinenin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde uygulama alanı bulup bulmayacağı oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışmada YİBK'na uygun şekilde hüküm tesis eden Yargıtay 8. Hukuk Dairesinin konuya ilişkin vermiş olduğu kararlar incelendikten sonra; edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde bu fiili karineyi uygulamayan Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararlarına yer verilecek ve çalışma kanaatimiz ile tamamlanacaktır.

### (b) Yargıtay 8. Hukuk Dairesi Kararlarındaki Durum

Yargıtay 8. Hukuk Dairesi konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararda, dairenin yerleşmiş uygulamasına göre mal rejiminin tasfiyesinde anne ve baba gibi yakınlar tarafından eşlere yapılan temlik işlemlerinin resmi kayıta bedelle yapılmış gibi gösterilse bile hayatın olağan akışına göre TMK m.220/II kapsamında karşılıksız kazandırma ve bir tür bağış işlemi niteliğinde olduğu, eşe geçen bu malvarlığının onun kişisel malı olduğu kabul edilse de bu fiili karinenin aksini, yani parasını vererek gerçek anlamda satın alındığını, tasarrufun karşılıksız kazandırma olmayıp karşılığı verilerek elde edildiğini, gerçek anlamda bir satış işlemi olduğunu iddia eden eşin başta satış bedelinin ödendiğine ilişkin ödeme kayıtları olmak üzere iddiasını güçlü ve inandırıcı delillerle ispatlaması gerektiğine karar vermiştir<sup>42</sup>. Konuya ilişkin benzer kararlarda da yüksek mahkeme eşlerden birinin anne veya babalarından gelen mallar söz konusu olduğunda satış gösterilse dahi bağış olarak değerlendirilmesini, bu tasarruf işleminin hayatın olağan akışına göre fiili karine gereği bağış kabul edilmesi gerektiğini; bu karinenin aksini, yani parasını vererek gerçek anlamda satın alındığını iddia eden eşin iddiasını ispatla yükümlü olduğunu ve kabul edilen bu fiili karine ile ispat yükümlülüğü altındaki tarafın değiştiğini, anne ya da babadan gelen mala ilişkin tasarrufun bağış değil de gerçek anlamda satış olduğunu iddia eden eşin, satış bedelinin ödendiğini ispat etmesi gerektiğine karar vermiştir<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> YÜCER AKTÜRK, s. 46, 47.

<sup>42</sup> Yar. 8. HD, E. 1827, K. 7402, 11.09.2019, KARAMERCAN, Fatih, **Katkı-Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024, s. 182.

<sup>43</sup> Yar. 8. HD, E. 3140, K. 10197, 12.11.2019, KARAMERCAN, s. 182.

Yargıtay kararlarında edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde akrabalar arası satışların nispi muvazaalı olduğuna ilişkin fiili karinenin benimsenmesinin sonucu olarak akrabalar arası satış sözleşmelerinin muvazaalı olması nedeniyle görünürdeki satış sözleşmesi geçersiz kabul edilmektedir. Bu durumda ilgili satış sözleşmesine konu malvarlığı değerinin karşılıksız olarak edindiğine ilişkin varsayım devreye girmekte ve akrabalar arasındaki satış sözleşmelerinde tarafların gerçek iradelerinin bağışlama olduğuna ilişkin görüş ile de bu varsayım desteklenmektedir. O halde gizli işlem niteliğindeki bağışlama sözleşmesi kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılmışsa, eşlerden birinin evlilik içinde herhangi bir akrabasından edindiği malın karşılıksız olarak edindiği sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle de ilgili malvarlığı değeri kişisel mal olarak nitelendirilmekte ve mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılmamaktadır. Gizli işlem mahiyetindeki bağışlama sözleşmesinin kanunda öngörülen şekilde yapılmaması durumunda ise bu işlem de görünürdeki işlem gibi hükümsüz olduğundan, herhangi bir malvarlığı devri de söz konusu olmayacak ve bu malvarlığı katılma alacağı talep edilen eşin mülkiyetinde bulunmadığından, katılma alacağına da konu olmayacaktır<sup>44</sup>.

Doktrinde edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde akrabalar arası satış sözleşmelerinde muvazaa emaresi olduğuna ilişkin fiili karinenin kabul edilmesinin edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulama alanı bulmasının hakkaniyete uygun olduğu, ilgili mal rejiminin yürürlüğe girmesindeki temel amacın, özellikle herhangi bir maddi geliri olmayan ve evliliğin devamı süresince eşinin edindiği malvarlığı değerlerine emeği ile katkıda bulunan kişilerin mağduriyetini önlemek olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre bu fiili karine ile bir taraftan kanunun amacı korunurken diğer taraftan bu amacın TMK m.2/II anlamında kötüye kullanılmasının engellenmiş olacaktır<sup>45</sup>.

Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulunun 22.06.2021 tarihli ve 196 sayılı Kararı ile 28.01.2020 tarih ve 31022 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Yargıtay Büyük Genel Kurulunun 23.01.2020 tarih, 2020/1 sayılı işbölümü kararı uyarınca, eşler arasında mal rejiminden kaynaklanan (TMK m.202-281) davalar sonucu verilen hüküm ve kararları inceleme görevi 01.07.2021 tarihi itibarıyla Yargıtay 8. Hukuk Dairesi'nden alınarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesine devredilmiştir.

<sup>44</sup> YÜCER AKTÜRK, s. 47.

<sup>45</sup> YÜCER AKTÜRK, s. 47, 48.

### (c) Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin Güncel Kararlarındaki Durum

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi önceki kararlarında<sup>46</sup> Yargıtay 8. Hukuk Dairesi kararlarına benzer şekilde, eşlerden birine anne veya babalarından gelen mallar satış olarak gösterilse dahi fiili karine gereği bağışlama olarak kabul edilmesi gerektiğine ve bu malların satış olduğunu iddia eden kişinin bunu ispatla yükümlü olduğuna karar vermesine karşın; yüksek mahkeme güncel kararlarında görüş değişikliğine giderek, fiili karine yerine kanuni karinenin uygulanmasını tercih etmiştir. Bu hususa ilişkin vermiş olduğu bir kararında Yargıtay<sup>47</sup> özetle “Somut olayda, mahkemece tasfiyeye konu ... taşınmazların kişisel mal olduğu, davacı-davalı kadının edinilmiş mal olduğunu ispatlayamadığı gerekçesiyle işbu taşınmazlar yönünden davanın reddine karar verildiği, tasfiyeye konu ... taşınmazın 245/875 hissesi ve ... taşınmazın 1/6 hissesi davalı-davacı erkeğin annesi E. Ç. adına kayıtlı iken 17.08.2005 tarihinde satış yoluyla davalı-davacı M. A. adına tescil edildiği anlaşılmalı, tasfiyeye konu taşınmazlar edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde davalı-davacı erkek adına satın alındığından, kanuni karine gereğince edinilmiş mal olup aksinin ispat külfeti davalı-davacı erkektedir (TMK madde 6, HMK madde 190). O halde, mahkemece, taşınmazların kişisel mal olduğuna yönelik ispat külfeti davalı-davacı erkekte olmasına rağmen, hatalı değerlendirme ile ispat külfetinin davacı-davalı kadında olduğunun kabul edilerek karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir” şeklinde karar vermiştir.

Benzer şekilde başka bir kararında da Yargıtay 2. Hukuk Dairesi<sup>48</sup> özetle; “... Somut olayda, mahkemece tasfiyeye konu ... bağımsız bölümün kişisel mal olduğu, davalı-davacı kadının edinilmiş mal olduğunu ispatlayamadığı gerekçesiyle işbu taşınmaz yönünden davanın reddine karar verildiği, tasfiyeye konu ... bağımsız bölüm davacı-davalı erkeğin babası ... .. adına kayıtlı iken intifa hakkı üzerinde bırakılarak çıplak mülkiyetinin 10.03.2009 tarihine satış yoluyla davacı-davalı ... adına tescil edildiği anlaşılmalı, tasfiyeye konu taşınmaz edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde davacı-davalı erkek adına satın alındığından, kanuni karine gereğince edinilmiş mal olup aksinin ispat külfeti davacı-davalı erkektedir (TMK m.6, HMK m.190). O halde, mahkemece, taşınmazın kişisel mal olduğuna yönelik ispat külfeti davacı-davalı erkekte olmasına rağmen, hatalı değerlendirme ile ispat külfetinin davalı-davacı kadında

<sup>46</sup> Yar. 2. HD, E. 5506, K. 6245, 20.09.2021, KARAMERCAN, s. 183.

<sup>47</sup> Yar. 2. HD, E. 2022/3443, K. 2022/5629, 13.06.2022, (www.hukukturk.com).

<sup>48</sup> Yar. 2. HD, E. 2022/6906, K. 2022/9792, 30.11.2022, (www.hukukturk.com).

*olduğunun kabul edilerek karar verilmesi hatalı olmuş, bozmayı gerektirmiştir...*” şeklinde karar vererek, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, akrabalar arasında yapılan satışların muvazaalı olduğuna ilişkin fiili karineyi kabul etmemiş; edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu dönemde akrabadan satın alınan malın kanuni karine gereğince edinilmiş mal olduğuna karar vererek, fiili karine yerine kanuni karineyi esas alarak hüküm tesis etmiştir.

#### (d) Kanaatimiz

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde akrabalar arasında yapılan satışların muvazaalı olduğuna ilişkin uygulamada kabul edilen fiili karinenin anlaşılması bakımından öncelikle karine ve karine türleri izah edilmelidir.

Karine, bilinen bir olgu veya olaydan bilinmeyen bir olgu veya olay hakkında sonuç çıkarılmasıdır. İspat açısından ise karine, belirli bir olgudan başka bir olgunun çıkarılması şeklinde tarif edilebilir. Karineler fiili karineler ve kanuni karineler olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili karine, bir hukuk kuralıyla bağlı olmaksızın hakim in insanlar ve hayat konusundaki tecrübelerinden yararlanarak belli olmayan olgu karşısında sonuç çıkarmasıdır. Ancak önemle ifade olunmalıdır ki fiili karineler, ispat yükünü ters çevirmez<sup>49</sup>. Diğer bir ifadeyle ispat yükü bakımından fiili karineler bir istisna teşkil etmediğinden, hukuk kuralının açık olduğu bir yerde fiili karineye dayanmak mümkün değildir<sup>50</sup>. Doktrinde fiili karinelerin yanıltıcı olabileceği vurgulanarak hakim in fiili karineleri değerlendirirken çok dikkatli olması gerektiği de isabetli şekilde ifade edilmiştir<sup>51</sup>.

Kanuni karine ise bizzat kanunun belli bir olgudan belli olmayan bir olgunun varlığı sonucuna ulaşmasıdır<sup>52</sup>. HMK m.190/II’de “*Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında karşı taraf, kanuni karinenin*

<sup>49</sup> EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979, s. 365; ALTAŞ, Hüseyin, “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2001, C. 50, S. 1, Ankara, s. 127; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 190; OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 344; ERDOĞAN, İhsan / KESKİN, A. Dilşad, **Türk Medeni Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara, 2020, s. 204; KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan / HÜSEYİN, İhsan, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu’nun Başlangıç Hükümleri**, 2. Bası, Umuttepe Yayınları, İstanbul, 2022, s. 284-286.

<sup>50</sup> ALTAŞ, s. 127.

<sup>51</sup> TEKİNAY, s. 190.

<sup>52</sup> EDİS, s. 365; TEKİNAY, s. 190; OĞUZMAN / BARLAS, s. 342; KAYIHAN / GÜNERGÖK / HÜSEYİN, s. 284.

*aksini ispat edebilir*” şeklinde düzenlenen hüküm uyarınca lehine bir karine bulunan kişi, karinenin temelini oluşturan olguyu ispat etmekle, iddiasını karineye dayalı olarak ispat etmiş sayılır. Bu halde bunun doğru olmadığını iddia edenin, karinenin aksini ispat etmesi gerekir<sup>53</sup>. Bu nedenle doktrinde kanuni karinelerin ispat yükünü yer değiştiren kurallar olduğu ifade edilmiştir<sup>54</sup>.

Kanuni karinenin kabulü ile belirli durumlarda istikrar sağlamak ve uyumsuzlukları kısa sürede çözmeye amacı güdülmektedir. Kanuni karinenin varlığının ispat yükünün dağılımına etkisi hususunda iki ihtimal vardır. Kanuni karine kesin ise aksinin ispatı mümkün olmamasına karşın, kanuni karine kesin değilse, aksinin ispatı mümkündür. Hukukumuzda kanuni karineler genel olarak kesin olmayıp, adi karine niteliğinde olduklarından, aksinin ispatı mümkündür. Kanuni karinelerin ispat yüküne etkisi ise bir olayda kanuni karineye dayanan kişiyi o konudaki iddiasını ispat yükünden kurtarmasıdır<sup>55</sup>. Adi bir karinenin varlığı halinde karineye dayanmak isteyen tarafın sadece karinenin temelini oluşturan olguyu ispatlaması yeterlidir. Karinenin aksini iddia eden kişi ise bu iddiasını ispat ederek karineyi çürütebilir<sup>56</sup>. Son olarak önemle ifade olunmalıdır ki somut uyumsuzluğun çözümüne ilişkin kanuni karinenin varlığı halinde hakim hukuk kurallarını kendiliğinden uygulamakla yükümlü olduğu gibi kanuni karineleri de kendiliğinde uygulamakla yükümlüdür<sup>57</sup>.

Kanuni karinelere biri de TMK m.222/III’de hükme bağlanan ve bir eşin mal rejimi süresince edindiği bütün malların aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olduğunu kabul eden karinedir. Her ne kadar doktrinde Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulunun 27.03.1957 tarihli ve 1956/12 esas, 1957/2 karar sayılı kararına atıf yapılarak, akrabalar arasında yapılan satış sözleşmelerinin gerçek bir satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve muvazaalı işlem olarak görülmesinin emaresi olduğuna ilişkin fiili karinenin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde de uygulama alanı bulacağı ifade edilse de kanaatimizce bu görüş isabetli değildir<sup>58</sup>. Şöyle ki, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde TMK m.222/III’de hükme bağlanan bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edileceğine ilişkin kanuni karine varken fiili

<sup>53</sup> ERDOĞAN / KESKİN, s. 203; KAYIHAN / GÜNERGÖK / HÜSEYİN, s. 285.

<sup>54</sup> TEKİNAY, s. 192.

<sup>55</sup> EDİS, s. 366, 367.

<sup>56</sup> ERDOĞAN / KESKİN, s. 305.

<sup>57</sup> EDİS, s. 368.

<sup>58</sup> YÜCER AKTÜRK, s. 47, 48.

karinenin uygulanması isabetli değildir. Yukarıda da ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere edinilmiş mal karinesi kanuni bir karine olup, bu karineyi getiren kanun koyucunun amacı özellikle evlilik birliğine emeği ile katkıda bulunan eşin bu katkısını himaye etmektir. Eşlerden birinin akrabasıyla yapmış olduğu satış sözleşmesini fiili karine gereğince muvazaalı kabul edip bu satışı bağışlama olarak kabul etmek yerine, mal rejiminin devamı sırasında temlik edilen malları edinilmiş mal olarak kabul edip kanuni karineyi uygulamak zayıf eşin korunması amacına daha uygun bir yorum olacaktır.

Neticede edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, mal rejiminin geçerli olduğu dönemde eşlerden biri adına satın alınan malın kanuni karine gereği edinilmiş mal olduğunun kabul edilip aksini iddia edenin TMK m.6 ve HMK m.190 hükümleri gereğince bunu ispatla yükümlü olması gerekir. Bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde akrabalar arasında yapılan satışların muvazaalı olduğunu iddia eden taraf, HMK m.200-201 gereğince, yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek için yazılı delil getirmek zorunda olduğundan yapılan sözleşmenin muvazaalı olduğunu iddia eden ve sözleşmenin tarafı olan eş, muvazaa iddiasını tanıkla ispat edemeyecektir. Benzer şekilde HMK m.203'te senetle ispat kuralının istisnası olarak belirli derecedeki yakınların senetle ispatı gereken uyuşmazlıklarda tanık dinletebileceklerine ilişkin hüküm, akrabalar arasında yapılan muvazaalı sözleşmelerde uygulanamayacağından, iddia sahibinin elinde bu yönde bir belge mevcut değilse ve bu iddiasını tanık dinletmek suretiyle ispat etmek ister ve karşı taraf da bunu kabul etmezse, muvazaa iddiası ispatlanmamış olacak ve sözleşme muvazaa yapılmamış gibi geçerli kabul edilecektir.

## SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m.222/III hükmü ile edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin kanuni bir karine getirilerek, bir eşin bütün mallarının aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal olacağı kabul edilmiştir. Bu hüküm gereğince, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde mal rejiminin geçerli olduğu dönemde eşlerden biri adına satın alınan malın kanuni karine gereği edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekir. Bu kanuni karine karşısında akrabalar arası satışların muvazaalı olduğuna ilişkin fiili karinenin edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde uygulanması mümkün değildir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde, mal rejiminin geçerli olduğu dönemde eşlerden biri adına satın alınan malın kanuni karine gereği edinilmiş mal olduğunun kabul edilip aksini iddia edenin TMK m.6 ve HMK

m.190 hükümleri gereğince bunu ispatlaması gerekir. Kural olarak hukuki işlemlerde taraflar iddialarını dayandırdıkları olguları her türlü delille ispat edebilirlerse de muvazaanın taraflarca ispatı bakımından bu kurala sınırlama getirilmiştir. HMK m.200-201 gereğince taraflar, yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek için yazılı delil getirmek zorundadırlar. Taraflar muvazaa iddialarını tanıkla ispat edemezler. Ancak muvazaa anlaşmasının resmi şekilde yapılması halinde, ispatın resmi senetle yapılması şart olmadığından, muvazaa iddiası yazılı senetle de ispat edilebilir. HMK m.203'te senetle ispat kuralının istisnası olarak belirli derecedeki yakınların senetle ispatı gereken uyuşmazlıklarda tanık dinletebileceklerine ilişkin hüküm, burada uygulanamaz. İddia sahibinin elinde bu yönde bir belge mevcut değilse ve bu iddiasını tanık dinletmek suretiyle ispat etmek ister ve karşı taraf bunu kabul etmezse, muvazaa iddiası ispatlanmamış olacağından, sözleşme muvazaa yapılmamış gibi geçerli kabul edilecektir.



**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- ACABEY, Mehmet Beşir, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları- İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler” **DE-ÜHFD**, Y. 2007, C. 9, ss. 491-534.
- ACAR, Faruk, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu, Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- AKINCI, Şahin, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Karşılaşılan Bazı Meseleler ve Çözüm Önerileri” **Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan**, Y. 2016, C. 22, S. 4, ss. 165-190.
- AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ, Derya, **Aile Hukuku**, 24. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2022.
- AKKURT, Sinan Sami, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Medeni Hukuk II, Aile Hukuku**, Editör: Metin İkişler, Özlem Tüzüner, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2024.
- ALTAŞ, Hüseyin, “Munzam Zararda İspat Sorunu”, **AÜHFD**, Y. 2001, C. 50, S. 1, ss. 121-129.
- BULUT, Meltem, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Paylı Mülkiyetine Tabi Malların Hukuki Durumu”, **EBYÜHFD**, Y. 2016, C. 20, S. 3-4, ss. 125-148.
- DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku**, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 1. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- ERDOĞAN, İhsan / KESKİN, A. Dilşad, **Türk Medeni Hukuku**, Genişletilmiş 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 27. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- GENÇ ARIDEMİR, Arzu, “Eşlerden Birinin Üçüncü Kişiyle Yaptığı Muvazaalı İşlemlerin Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine İlişkin TMK md.229 Hükmü Çerçevesinde Değerlendirilmesi” **İHFM**, Y. 2018, C. 76, S. 2, ss. 443-480.
- GÜNERGÖK, Özcan / KAYIHAN, Şaban, **Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler)**, 2. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.

- HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 9. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- HAUSHEER, Heinz / REUSSER, E. Ruth / GEISER, Thomas, BK-Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, **Das Familienrecht, Das Eherecht, Das Güterrecht der Ehegatten**, Bern, 1992.
- JUNGO, Alexandra, **Personen-und Familienrecht art.1-456 ZGB-Partnerschaftsgesetz, CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 4. Auflage, Zürich, 2023.
- KARAMERCAN, Fatih, **Katkı-Değer Artış Payı Katılma Alacağı Davaları**, 9. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2024.
- KAYIHAN, Şaban / GÜNERGÖK, Özcan / HÜSEYİN, İhsan, **Medeni Hukuka Giriş ve Türk Medeni Kanunu'nun Başlangıç Hükümleri**, 2. Baskı, Umutepe Yayınları, İstanbul, 2022.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Katkı-Katılma Alacağı**, 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2022.
- KRAMER, Erns A. / SCHMIDLIN Bruno, **Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu art.1-18 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeiner Bestimmungen**, (Herausgeber: MEIER HAYOZ, Arthur), Bern, 1986.
- MULLER, Christoph, art.1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, **Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen**, BK-Berner Kommentar, (Herausgeber: AEBI MULLER, Regina E.), Bern, 2018.
- NUSPLIGER, Isabelle, **ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, OFK-Orell Füssli Kommentar**, 4. Auflage, Zürich, 2021.
- OĞUZMAN, Kemal / BARLAS, Nami, **Medeni Hukuk**, 23. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- STECK, Daniel / FANKHAUSER, Roland, **Scheidung**, Band: I, ZGB und Band II: Anhänge, FamKomm, 4. Auflage, Bern, 2022.
- ŞİPKA, Şükran, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları" **MHB**, Y. 2015, C. 35, S. 1, ss. 47-58.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- UYUMAZ, Murat, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde İspat ve Envanter" **EBYÜHFD**, Y. 2017, C. 21, S. 3-4, ss. 123-170.
- ÜNAL, Akın, "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Eleştirel Bir Bakış", **AHBVÜHFD**, Y. 2019, C. 23, S. 4, ss. 121-140.
- Von TUHR, Andreas / PETER, Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I**, 3. Auflage, Zürich, 1984.

YÜCER AKTÜRK, İpek. “Hısımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa”, **EÜHFD**, Y. 2015, C. 10, S. 2, ss. 37-51.

ZEYTİN, Zafer, **Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi**, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

[www. hukukturk.com](http://www.hukukturk.com).



# İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Harç ve Giderlerin Ödenmemesi veya Eksik Ödenmesinin Sonuçları ve Yargılama Sürecine Etkisi<sup>(\*)</sup>

The Consequences of Fully or Partly Non-Payment of Court Fees and Litigation Costs During Application for Appeal in Civil Case and Their Effects on the Trial Process

Mesut ERTANHAN<sup>(\*\*)</sup>

## Öz:

Dava açılması ve çekişmesiz yargı işlerine başvurularda olduğu gibi ilk derece mahkemelerince hüküm verildikten sonra kanun yollarına başvurulması, Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve temel olarak Harçlar Kanununa göre, yargı harçlarına tabidir. İlaveten istinaf incelemesi için yapılabilecek masraflar bakımından gider avansı da ödenmesi zorunludur.

Harçların bir kısmı istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesinin verilmesi sırasında peşin ödenmekte, bir kısmı da istinafta karar verilmesinden sonra yatırılmaktadır. Ayrıca istinaf sürecinde yapılan işlemlere bağlı olarak ödenen harçlar da vardır. Ancak, istinaf başvurusunda alınacak karar ve ilam harcının belirlenmesi hususu tartışmalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda harçların ve gider avansının istinaf başvurusu sırasında başvuran tarafından ödeneceği belirtilmiş ve ayrıca harç ve gider avansının ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde ne gibi işlem yapılacağı da düzenlenmiştir. Buna göre ilgili tarafa kesin süre verilir, tamamlanmaması halinde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı bildirilir. Harç ve giderlerin ödenmemesi veya eksikliğinin tamamlanmaması halinde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Bu hususta Harçlar Kanununda da genel anlamda bir hüküm bulunmakta ve söz konusu hükme göre harçlar ödenmedikçe davada başka safhaya geçilememekte, yani yargılama süreci devam ettirilememektedir.

---

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*  
Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.01.2025  
Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 12.03.2025  
DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1615772>

Bu makaleye atf için: ERTANHAN, Mesut, "İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Harç ve Giderlerin Ödenmemesi veya Eksik Ödenmesinin Sonuçları ve Yargılama Sürecine Etkisi", **İMİHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 343-388

<sup>(\*\*)</sup> *Dr. Öğr. Üyesi*, Antalya Bilim Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul - Türkiye  
E-posta: [mesut.ertanhan@antalya.edu.tr](mailto:mesut.ertanhan@antalya.edu.tr)  
Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3665-7533>

Genel anlamda ifade etmek gerekirse, harçların ve gider avansının istinaf başvurusu sırasında ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde, dava dosyası istinaf mahkemesine gönderilmez. Başvurucu eksiklikleri yapılan bildirimle rağmen tamamlamazsa istinaf başvurusu yapılmamış sayılır. Bu karara karşı kanun koyucu yeniden istinafa gitme imkânı getirmiştir.

### **Anahtar Kelimeler:**

Harç, Eksik Harç, İstinafa Başvuru, İstinaf Harç ve Giderleri, Başvurunun Yapılmamış Sayılması.

### **Abstract:**

Like bringing a lawsuit and commencing another legal action, after making decision by any first instance court, the application for appeal as a legal remedy is subject to pay court fees and litigation expenses under provisions of Turkish Fees Code and Civil Procedure Code.

Some of court fees have to be paid during the application for appeal, and some of them are to be paid after the judgment of the court. In addition, there are court fees to be paid during the judicial process depending on legal transactions made by the judge or parties, too.

The Code of Civil Procedure states that the fees and advance of expenses shall be paid by the applicant at the time of filing the appeal and also regulates what action will be taken in case of non-payment or incomplete payment of advance fees and expenses. Accordingly, the relevant party is given a definite time, and if it is not completed, it is reported that it will be deemed to have abandoned the appeal application.

If the fees and expenses are not paid or completed, it is decided that the appeal application is deemed not to have been made. In this regard, there is a general provision in the Law on Fees and according to this provision, unless the fees are paid, another stage cannot be started in the judicial process, that is, the case cannot be continued.

Generally speaking appeal is given a definite time, and if it is not completed, the appeal application is deemed not to have, if the fees and advance on expenses are not paid or are paid incompletely at the time of the appeal, the case file will not be sent to the court of appeal. The party applying for the appeal has been made.

### **Keywords:**

Court Fees, Non-Payment Court Fees, The Application for Appeal, Fees and Expenses for Appeal, The Appeal Application Deemed not to Have Been Made.

## **GİRİŞ**

Yargı hizmetleri, birçok hizmetten farklı olarak bizzat devlet tarafından kişilere götürülmesi gereken asli bir hizmet türüdür (AY m.9, 36, 138 vd., AİHS m.6, 13). Kişileri hak ve alacaklarına kavuşturmak amacıyla Devlet, mahkemeler veya icra ve iflas teşkilatı vasıtasıyla hizmet verir. Bu hizmetler dolayısıyla yapılan giderlerin bir kısmı, bu hizmetten yararlanan gerçek ve tüzel kişilerden alınmaktadır<sup>1</sup>. Devletin mahkemeler ile icra ve iflas teşkilatı aracılığıyla sundu-

<sup>1</sup> "...yargı harçları devletin mahkemeler aracılığı ile yaptığı hizmete, ondan yararlananların katkısıdır..." Bkz. Yar. İBK, E. 1983/5, K. 1983/6, 16.12.1983, (Çevrimiçi) <https://www.turkhukuk sitesi.com.tr>, E.T. 25.11.2024. Benzer tanımlamalar için bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema, / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, 10. Basım, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 665 vd.; YILMAZ, Ejder, "Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti", **Ankara Barosu Dergisi**, 1984/2, s. 200-204.

ğu faaliyet sebebiyle, bu faaliyetten yararlananlardan aldığı temel ücret harçlarıdır<sup>2</sup>.

Mahkemeler ve icra ve iflas teşkilatı aracılığı ile sunulan yargılama ve takip faaliyetleri için alınan “harçlar” yanında, özellikle ilgili dava veya takip için birtakım giderler de yapılmaktadır. Söz konusu giderler (adli yardım hariç) kural olarak Devlet tarafından karşılanmamaktadır. Öncelikle yapılacak giderin niteliğine bağlı olarak dava açan veya talepte bulunandan gider avansı olarak alınmaktadır (HMK m.120). Sonrasında ise, davanın niteliğine bağlı olarak haksız çıkan tarafın sorumluluğuna hükmedilmektedir (HMK m.326).

Yargılama giderleri kavramını, dar anlamda, “Bir davanın görülmesi ve sonuçlandırılarak karara bağlanması amacıyla yapılan tüm giderler ile ödenen harçlar ve kanuni vekâlet ücreti toplamı” şeklinde tanımlayabiliriz<sup>3</sup>. Tanımlamada yer alan “bir davanın görülmesi ve sonuçlandırılarak karara bağlanması” açıklaması veya cümlesinden sadece “ilk derece mahkemelerindeki yargılama faaliyeti” anlaşılmalıdır. Zira kanun yollarına başvuru ve kanun yollarında yer alan mahkemelerin faaliyetleri de bu tanım kapsamındadır.

Çalışmamızda, istinaf kanun yoluna başvuruda ödenmesi gereken harç ve gider avansının hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesinin sonuçları ve dolayısıyla yargılama süreci üzerinde yarattığı etkiler ortaya konulmaktadır. Bu kapsamda öncelikle, istinaf kanun yolu ve kanun yoluna başvuru usulü hakkında genel açıklamalarda bulunularak ilgili Kanunlar ve yargı kararlarından hareketle, ödenecek harç ve gider avansının nasıl tespit edileceği açıklanmaktadır. Sonrasında, istinafa başvuruda ödenmesi gereken harç ve gider avansının nasıl tahsil edileceği ve varsa eksikliklerin nasıl tamamlattırılacağı konusunda ayrıntılı açıklamalar yapılmaktadır. Bu kapsamda harç ve gider avansındaki eksiklik, kanun yolu sürecinin hangi safhasında tespit edilmiş ise, içerisinde bulunulan sürece göre, mahkemelerce hangi işlemlerin, nasıl yapılacağı konuları üzerinde durulmaktadır. Ayrıca istinaf kanun yolu sürecinde, esas incelemesi dâhil, ilk derece mahkemesi ile bölge adliye mahkemesince hangi tür kararların alınması gerektiği hususuna da değinilmektedir. Son olarak,

<sup>2</sup> Devletin yargı organları vasıtasıyla sunmuş olduğu yargılama faaliyeti dolayısıyla, bu faaliyetten yararlananlardan, belirli meblağlarda ve oranlarda makbuz karşılığı tahsil etmiş olduğu paralar, “yargılama harçları” olarak adlandırılır. Bkz. TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Yetkin Yayıncılık, C. I, Ankara, 2024, s. 1209. “Kurulan mahkemeler, istihdam edilen personel sayısı ve yerine getirilen hizmetin yoğunluğu dikkate alındığında, devletin, bu giderleri doğrudan hazineden karşılayarak altından kalkması oldukça zordur.” Bkz. TERCAN, Erdal / RÜZGARESEN, Cumhuriyet, “Harçlar Kanunu m.28/a ve m.32'nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 138.

<sup>3</sup> ERTANHAN, Mesut, **Yargılama ve Takip Giderleri**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 33.

mevcut düzenlemeler kapsamında yargılama süreci boyunca karşılaşılabilecek ihtimaller dâhilinde istinaf harç ve gider avansındaki eksikliklerin tamamlanması ve tamamlanmaması halinde ortaya çıkabilecek hukuki sonuçlar ile yargılama süreci üzerinde yaptığı etkiler ortaya konulmaktadır.

## I. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURUDA ÖDENECEK HARÇ VE GİDER AVANSININ BELİRLENMESİ VE ÖDENMESİ USULÜ

### A. Genel Olarak Bölge Adliye Mahkemelerinde İstinaf Kanun Yolu

İstinaf kanun yoluna, kural olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunumuzun<sup>4</sup> 341. maddesinde belirtildiği üzere, ilk derece mahkemelerinin nihai kararları ile Kanunda sayılan diğer kararlarına karşı başvurulabilir<sup>5</sup>. İstinaf kanun yolunda başvurunun yapılacağı merci bölge adliye mahkemeleridir. Diğer yandan, ilk derece mahkemelerinin hangi kararlarının istinaf edilebileceği veya sınırlandırılmaların neler olduğu, esasen Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almakla

<sup>4</sup> Bundan böyle makalede, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, kısaltılmış olarak “Kanun” ibaresi şeklinde ya da HMK kısaltması ile kullanılacaktır.

<sup>5</sup> İstinaf kanun yolu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTEK, Selçuk, **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021; COŞKUN, Mahmut, **İstinaf ve Temyiz**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024; ÇİFTÇİ, Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, 3. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016; ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi, İstinaf ve Temyiz**, TBB Yayını, 2. Bası, Ankara, 2011; GENÇCAN, Ömer Uğur, **Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018; BOZTAŞ, Nevzat, **Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020; AKKAYA, Tolga, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009; ALBAYRAK, Adem / ARSLAN, Cihat, **Hukukta İstinaf Uygulaması**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2016; KURTOĞLU, Tülin, **Özel Hukukta İstinaf Denetimi ve Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017; YILMAZ Ejder, **İstinaf**, Yetkin Yayıncılık, 2. Bası, Ankara, 2005; AKİL, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2010; KARADEMİR AYDEMİR, Dilek, **Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, 80 vd.; KADAYIÇI, Derya Ece, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Seçkin, Ankara, 2020; ALBAYRAK, Adem, **Hukukta İstinaf Uygulaması**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017; Kuru, Baki / AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılış Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 489 vd.; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Yetkin Yayıncılık, C. II, Ankara 2021, s. 4889 vd.; ARSLAN /YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, Usul Hukuku, s. 665 vd.; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 317 vd.; BUDAK, Cem / KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, Filiz Kitapevi, 5. Bası, İstanbul, 2023, 407 vd.; Görgün, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 13. Bası, Ankara, 2024, s. 691 vd.; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ders Kitabı, On İki Levha, 12. Bası, İstanbul, 2024, s. 481 vd.; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku, Temel Bilgiler**, On İki Levha, 18. Bası, İstanbul, 2024, §18, IV; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayıncılık, 7. Bası, Ankara, 2024, s. 623 vd.; YILDIRIM, M. Kamil, **Hukuk Devletin Gereği-İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000; TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 54 vd.; YÜCEL, Mehmet, **İstinaf Kanun Yolu**, Legal Yayın Evi, Ankara, 2023; ŞAHİN, Çağatay Serdar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2664 vd.



birlikte, diğer Kanunlarda<sup>6</sup> da düzenlemeler mevcuttur<sup>7</sup>. Bu sınırlandırmalar genel olarak, dava konusunun para veya parayla ifade edildiği hallerde, karara bağlanan parasal tutara göre veya karara bağlanan şeyin parasal tutarına göre ya da davanın konusu itibariyle olmaktadır. Örneğin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu<sup>8</sup> (İİK) m.363'te parasal sınırlar yanında konu bakımından da icra mahkemesinin kararlarına karşı istinaf kanun yolu sınırlandırılmıştır<sup>9</sup>.

İstinaf dilekçesi<sup>10</sup>, ilk derece mahkemelerinin istinaf kanun yoluna gidilebilecek (HMK m.341) kararlarına karşı kural olarak iki hafta içinde verilmelidir (HMK m.345). Bu süre, hak düşürücü nitelikte olup, ilamın usulen taraflardan her birine tebliğiyle işlemeye başlar<sup>11</sup>. Kanunda öngörülmüş olması halinde istinaf süresi tefhim (yüze karşı yapılan bildirim)<sup>12</sup> ile de başlayabilir. İstinaf yoluna başvuru süresine ilişkin özel kanun hükümleri saklıdır<sup>13</sup>. İstinaf başvuru

<sup>6</sup> Örneğin bkz. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu m.21; RG 10/5/1969, S. 13195.

<sup>7</sup> İstinafa başvuru şartları ile ilgili olarak bkz. DEREN YILDIRIM, Nevhis, "İstinafa Başvuru Şartları", **MİHBİR** 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim, 2017, Ankara 2018; AKİL, **İstinaf Kavramı**, s. 20 vd.; COŞKUN, s. 114 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, **Usul Hukuku**, s. 667 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 695 vd. İstinafta verilebilecek kararlar ile ilgili olarak bkz. TAŞPOLAT TAGSAVUL, Melis, "İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararlar", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2018, S. 4, s. 323 vd.

<sup>8</sup> Bkz. RG, 19/6/1932, S. 2128.

<sup>9</sup> Bu anlamada belirtmekte yarar vardır ki, İcra ve İflas Kanununun 363-366. maddelerinde belirtildiği üzere, icra mahkemelerinin kararlarının istinaf ve temyiz incelemeleri, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre yapılır. İlgili ister ve ücretini verir veya gönderirse karar özeti en seri vasıtalarla mahalline bildirilir. Yargıtay'ın icra ve iflas işlerine bakan hukuk dairesinin kararlarına karşı genel hükümlere göre direnme kararı verilebilir.

<sup>10</sup> Başvuru dilekçesi ile ilgili olarak bkz. PEKCANİTEZ / ATALAY/ÖZEKES, **Usul Hukuku** s. 493 vd.; PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 494 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, **Usul Hukuku**, s. 670 vd.; ÇİFTÇİ, s. 209 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 703 vd.; KADAYIFÇI, s. 102 vd.; BOZTAŞ, **İstinaf**, s. 83 vd.; ALBAYRAK / ARSLAN, s. 84 vd. ile 99 vd.; COŞKUN, s. 114 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, **Usul Hukuku**, s. 643 vd.; TANRIVER, **Usul-C.II**, s. 67 vd.

<sup>11</sup> Ancak mecburi dava arkadaşlığında dava arkadaşları arasında sıkı bir ilişkinin olması ve tek bir davanın bulunması sebebiyle kanun yoluna müracaatta kural olarak en son mecburi dava arkadaşına yapılan tebliğ tarihi esas alınmalıdır. Bkz. YAVAŞ, Murat, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 38, 42.

<sup>12</sup> 7499 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler neticesinde İİK ve HMK'da yer alan "tefhim" ibareleri kanun metinlerinden çıkarılmış kanun yollarına başvuru süreleri de iki hafta olarak düzeltilerek yeknesaklık sağlanmıştır.

<sup>13</sup> Bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 80, s. 85 vd. ve s. 700 vd.; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR-AYVAZ / HANAĞASI, **Usul Hukuku**, s. 670; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 46 vd.; s. 556 vd.; s. 715 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, **Usul Hukuku**, s. 633 vd.; s. 644 vd.; PEKCANİTEZ / ATALAY/ÖZEKES, s. 493 vd. ile s. 510 vd.; PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, Ders Kitabı, On İki Levha, 11. Bası, İstanbul, 2024, s. 57 vd. ile s. 503 vd. ve 552 vd.; ATALI / ERMENEK, **Usul Hukuku**, s. 326 vd.; ÇİFTÇİ, 108 vd.; GÖZÜTOK, s. 65 vd.; KADAYIFÇI, s. 105 vd.; GENÇCAN, s. 84 vd.; BOZTAŞ, **İstinaf**, s. 66 vd.; KURTOĞLU, s. 70 vd.; TANRIVER, **Usul C.II**, s. 73 vd.; BUDAK / KARAASLAN, s. 413 vd.; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞLU, s. 699-701.

hakkı olan taraf, istinaf süresi içinde dilekçesini zamanında vermiş, ancak dilekçesinde gerekçe belirtmemiş ise, istinaf dilekçesi reddedilmez. Başvurucunun istinaf süresi içinde vermiş olduğu başvuru dilekçesi, HMK m.342’de belirtildiği şekilde istinaf edenin kimliği ve imzasıyla istinaf olunan kararı yeteri kadar belli edecek kayıtları taşıması hâlinde, diğer şartlar bulunmasa bile, reddedilmeyip, istinaf incelemesi yapılır. Dolayısıyla belirtilen nitelikteki istinaf başvurusu geçerli bir başvurudur<sup>14</sup>. HMK’nın 342/3 ve 355. maddeleri gereği, kamu düzenine ilişkin hususlar<sup>15</sup> yönüyle başvuruda bulunanın gerekçesiz de olsa mevcut dilekçesine göre inceleme yapılır.

Diğer yandan 7499 sayılı, Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla<sup>16</sup> yapılan değişiklikler neticesinde, İİK ve HMK’da yer alan “tefhim” ibareleri kanun metinlerinden çıkarılmış<sup>17</sup>, kanun yollarına başvuru süreleri de iki hafta olarak düzeltilerek yeknesaklık sağlanmıştır. Bu anlamda icra mahkemesi kararlarına karşı on gün olan istinaf süresi değiştirilerek iki haftaya çıkarılmıştır (İİK m.363).

Uygulamada hukuk mahkemeleri tarafından, hükümde kanun yolu süresinin hatalı olarak gösterilmiş olması durumunda, nasıl bir uygulama yapılacağı hususunda Yargıtay’ın hukuk daireleri arasında farklı içtihatlar ortaya çıkmıştı. Bazı hukuk daireleri kanun yolu süresi hatalı olarak, daha uzun gösterilmiş olsa dahi, Kanunda belirtilen süreden sonra yapılan başvuruların incelenmeyeceğini belirtmişlerdir. Diğer hukuk dairelerinin içtihadı ise kanun yolu süresi hatalı gösterilmiş olsa da bu süre içerisinde yapılan başvuruların inceleneceği yönünde idi. Anayasa Mahkemesi<sup>18</sup> tarafından bireysel başvurular üzerine verilen kararlarda da, kişilere kanun yollarına başvuru hakkının etkili biçimde kullanma

<sup>14</sup> Uygulamada taraflar, süre tutum dilekçesi adı altında gerekçe belirtmeden istinaf dilekçesi vermektedirler. HMK’da süre tutumuna yönelik herhangi düzenleme olmadığı gibi, bu yöndeki başvurular istinaf kanun yoluna başvuruda süreleri de durdurmaz.

<sup>15</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. AKTEPE ARTIK, Sezin, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134, Y. 2018, s. 257-292; KONURALP, Haluk, “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı, Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2003, 1-2 Ekim 2004, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı II-III**, s. 18 vd.; ŞAHİN, s. 2684-2685; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR-AYVAZ/ HANAĞASI, **Usul Hukuku**, s. 701; TANRIVER, **Usul C.II**, s. 64; COŞKUN, s. 118; GÖRGÜN / BÖRÜ / KODAKOĞU, **Usul Hukuku**, s. 701; ATALI / ERMENEK/ ERDOĞAN, **Usul Hukuku**, s. 637, BUDAK / KARAASLAN, s. 412.

<sup>16</sup> Bkz. RG 12.03.2024, S. 32487.

<sup>17</sup> Örneğin İİK m.164, 182, 254, 293, 308/a, 308/e maddelerindeki “on gün” ibareleri çıkarılmış; yerine “iki hafta” ibareleri eklenmiş; yine İİK m.353 ve 363’te yer alan tefhim ibareleri madde metninden çıkartılmıştır. Benzer olarak HMK m.43, 44 ve 398’de yer alan tefhim ibareleri de madde metinlerinden çıkartılmıştır.

<sup>18</sup> Bkz. AYM, Bayar ve Gürbüz Türkiye, B. No: 37569, 27.11.2012, § 42; Muammer Tatar, B. No: 2014/819, 09.06.2016, § 51, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, E.T. 22.02.2025.

imkânının tanınması gerektiği, Anayasanın m.36, 40/2 hükümleri dikkate alındığında mahkemelerin başvuru sürelerini kararlarında göstermelerinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda doğru olarak göstermeleri de anayasal ve yasal gereklilik olduğu ifade edilmiştir. Anayasa Mahkemesi kanun yolu süresinin hatalı gösterildiği durumda, istemi süre yönünden reddeden uygulamanın mahkemeye erişim hakkının özünü zedelediğini ve adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini kabul etmiştir.

Yargıtay<sup>19</sup> daha sonra verdiği içtihadı birleştirme kararında, Anayasanın m.36, 40/2 hükümleri yanında, HMK m.297 hükümleri de dikkate alındığında, mahkemelerin başvuru sürelerini kararlarında göstermelerinin yeterli olmayacağı, aynı zamanda doğru olarak göstermeleri de anayasal ve yasal gereklilik olduğu sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla, Yargıtay, dava sonunda verilen kararlarda, kanun yolu süreleri hatalı gösterilmekle birlikte, bu süre içerisinde kanun yoluna başvurulmuş ise, süresinde kanun yoluna başvurulmuş sayılacağına ve başvurunun incelemeye alınacağına karar vermiştir. Sonuç olarak, mahkemeler tarafından verilen kararlarda, kanun yolu süresi, hatalı olarak, daha uzun süre gösterilmiş ise, Kanunda belirtilen süreden sonra yapılan başvurular geçerlidir ve incelenir. Aksi takdirde, hatalı da olsa, kanun yolu başvurusunun reddine karar verilmesi adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının kısıtlanmasına yol açar. Bu nedenle sınırlandırılabilir bir hak olmakla beraber mahkemeye erişim hakkıyla ilgili uygulama ve yorumlar, başvuran tarafın hak kaybına yol açacak şekilde yapılmamalıdır.

İstinafa başvuruda kural olarak hukuki yarar bulunması şarttır. Hukuki yararın bulunup bulunmadığı istinaf başvurusunda karar verilmeye kadar denetime tabidir. Bu anlamda, bölge adliye mahkemesince karar verilmeye kadar hukuki yararın varlığı resen gözetilmelidir<sup>20</sup>.

Usulüne uygun olarak hazırlanmış, harç ve diğer giderleri yatırılmış istinaf başvuru dilekçesi, kararı veren ilk derece mahkemesince, davanın karşı tarafına tebliğ edilir<sup>21</sup>. Karşı taraf iki haftalık süre içerisinde, istinaf dilekçesine ilişkin cevaplarını bir dilekçe ile verebilir. Ya da açıklamaları yanında kendisi de katılma yoluyla istinaf başvurusunda bulunabilir (HMK m.347-348) yahut sessiz kalabilir.

<sup>19</sup> Yar. İBBGK, E. 2023/5; K. 2023/2, 28.04.2023, RG 14.09.2023, S. 32309.

<sup>20</sup> ÇİFTÇİ, s. 459.

<sup>21</sup> Başvuru başka yer mahkemesine yapılmış olsa bile, istinaf dilekçesi kararı veren ilk derece mahkemesince karşı tarafa tebliğ edilir. Karş. KADAYIÇI, s. 135; GÖZÜTOK, s. 81; GENÇCAN, s. 135.

## 1. İstinaf Kanun Yolunda Yargılama Giderleri

İstinaf kanun yolunda yargılama giderleri (HMK m.344), “Harçlar”, “Vekâlet Ücreti” ve “Diğer Giderler (Dava Masrafları) olarak sınıflandırılabilir İstinaf kanun yoluna başvuruda temel olarak harçlar da, “İstinaf Başvuru Harcı” ile “Karar ve İlam Harcı”dır<sup>22</sup>. İstinaf kanun yolunda alınacak harçlar, diğer mahkeme harçlarında olduğu gibi, 492 Sayılı Harçlar Kanunu<sup>23</sup> ve adı geçen Kanunun ekinde yer alan 1 Sayılı Tarifede yer almıştır.

Dava masrafları veya diğer giderler, en başta, istinaf başvuru dilekçesinin karşı tarafa tebliği, dosyanın mahkemesine gönderilmesi, buradan ilk derece mahkemesine geri gelmesi, kararların taraflara tebliği gibi posta ve tebligat masraflarından<sup>24</sup> oluşur.

492 sayılı Harçlar Kanunu’nun Eki 1 Sayılı Tarifinin A/IV bölümünde, kanun yolları ile itiraz başvurularında alınacak harçlara ayrılmış ve bölüm başlığı “Temyiz, İstinaf ve İtiraz Harçları” şekline dönüştürülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin<sup>25</sup> iptal kararlarından sonra, Yargıtay ceza dairelerine yapılacak temyiz başvurularından, Bölge Adliye Mahkemeleri ceza dairelerine yapılacak istinaf yolu başvurularında, idari yaptırımlar konusunda sulh ceza mahkemelerince verilen son karara karşı itirazen yapılacak başvurularda, icra mahkemelerinin kararlarına karşı itirazen yapılacak başvurularda, bu işlemlerden dolayı harç alınmaz.

### a. İstinaf Kanun Yolunda Başvuru Harcı

492 sayılı Harçlar Kanunu ile mevzuata girmiş olan başvuru harcı, davalarda, takiplerde, çekişmesiz yargı işlerinde ve kanunda düzenlenen diğer benzer iş ve işlemlerde, talepte bulunulurken maktu olarak ödenen ve peşin olarak alınan bir harçtır<sup>26</sup>. Harçlar Kanunu’nun Eki 1 Sayılı Tarifinin A/IV bölümü kanun

<sup>22</sup> Mahkeme harçları ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. ERTANHAN, s. 33 vd. “...5235 Sayılı Kanunun 52. maddesi ile Harçlar Kanununa bağlı (1) sayılı tarifinin “(A) Mahkeme Harçları” başlıklı bölümün “I- Başvurma Harcı” ile “III- Karar ve İlam Harcı” başlıklı bölümünde “Bölge Adliye Mahkemeleri” ibaresinin eklenmesi ile istinaf başvurusunda başvurma harcı ile maktu ya da nispi karar ve ilam harcının alınacağı düzenlenmiştir...” Bkz. İstanbul BAM 13. HD, E. 2019/90, K. 2019/124, 30.01.2019, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 19.11.2024.

<sup>23</sup> Bkz. RG, 17/7/1964, S. 11756.

<sup>24</sup> Kanunda (HMK m.344), “istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli ... tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir.” şeklinde açıklama yer almaktadır. Makalede belirtilen kavramı karşılamak üzere, “gider avansı” ibaresi kullanılacaktır.

<sup>25</sup> Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 20/10/2011 tarihli ve E. 2011/54, K. 2011/142 sayılı Kararı ile 01/11/2012 tarihli ve E. 2011/64, K. 2012/168 sayılı kararlarına (Çevrimiçi), <https://www.anayasa.gov.tr/anasayfa>, E.T. 11.11.2024.

<sup>26</sup> Bkz. ERTANHAN, s. 65 vd.

yolları ile itiraz başvurularında alınacak harçlara ayrılmıştır. Bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerine yapılacak istinaf başvurularında (2025 yılı için 945,40-TL) başvuru harcı alınır<sup>27</sup>. Ancak, harca tabi olmayan davalar (HK m.13) ile harç muafiyeti tanınan kişi, kurum, kuruluş veya idarelerin (HK m.14, 123, 124) kanun yollarına başvurusunda harç alınmaz.

Bu harç, istinaf edilen dava konusundan ve de kararı veren ilk derece mahkemesinin niteliğinden bağımsız olup, maktu bir tutar olarak belirlenmiştir.

Objektif dava birleşmesinde (davaların yığılmasında), asıl dava yanında karşı davanın da açılıp birlikte karar verildiği hallerde ya da birleşen davalarda, esasen ayrı ayrı dava ve kararlar yer aldığından, başvuru harcının da her bir dava konusu için ayrı ayrı alınması gerektiği görüşüne katılıyoruz<sup>28</sup>. Fakat uygulamada gerek ilk derece mahkemelerinde ve gerekse kanun yollarında tek başvuru harcı alınmaktadır. Yargıtay<sup>29</sup> başvuru harcının dilekçedeki bütün istekleri kapsayacağını, bu nedenle tek bir başvuru harcının alınması gerektiğine karar vermektedir.

İstinaf talebinde bulunanın istemi, hukuka uygun bulunsa bile, başvuru harcı iade edilmez. Bu harç yapılan başvuru karşılığında alındığı için kural olarak başvurunun yapılması ile beraber ilgili kişi harcın yükümlüsü haline gelir ve ödenmesiyle beraber de Hazineye gelir kaydedilmiş olur.

### ***b. İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Karar ve İlam Harcı***

#### **(a) Genel Uygulama**

Bölge adliye mahkemelerine istinaf kanun yolu için başvurulması halinde, alınacak istinaf karar ve ilam harcında genel uygulama, ilk derece mahkemesinde davanın niteliğine bağlı olarak hangi tür ve tutarda karar ve ilam harcı alınmış ise aynısının alınmasıdır<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> “... Yargı işlemlerinden alınacak harç yatırılmadıkça müteakip işlemlerin yapılamayacağı, istinaf dilekçesi verilirken istinaf başvuru harcının yatırılmadığının anlaşılması halinde harcı tamamlamak üzere iki haftalık kesin süre verilerek harç ikmal ettirildikten sonra istinaf incelemesine başlanabileceği...” Bkz. İstanbul BAM, 3. HD, E. 2017/1516, K. 2018/1227, 03.10.2018, (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>, E.T. 12.11.2024. Alınacak başvuru harcı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. ERTANHAN, s. 254 vd.; ÇİFTÇİ, s. 150 vd.; ALBAYRAK, 105; KURTOĞLU, s. 75 vd.

<sup>28</sup> “... asıl ve birleşen dava dosyaları için ayrı ayrı istinaf kanun yoluna başvurulduğunda, başvuru harcı ile karar ve ilam harcı ayrı ayrı alınır...” şeklindeki BAM kararı için bkz. Ankara BAM 17. HD, E. 2020/243, K. 2020/98, 18.02.2020, COŞKUN, s. 207.

<sup>29</sup> Bkz. Yar. 2. HD, E. 2018/36, K. 2018/6134, 14.05.2018, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, 12.11.2024.

<sup>30</sup> Bkz. Yar. İBK, E. 1965/1, K. 1965/1, 10.05.1965, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 11.11.2024. Ayrıca değerlendirmeler için bkz. GÜL, Mehmet Akif, **Medeni Usul Hukukunda Dava Değeri**, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 183; ERTANHAN, s. 255 vd.

Dolayısıyla ilk derece mahkemesinde davanın niteliğine bağlı olarak maktu karar ve ilam harcı alınmış ise, maktu karar ve ilam harcına tabi olan davanın istinaf aşamasında da aynı tutarda maktu istinaf karar ve ilam harcı alınır. Maktu karar ve ilam harcının tamamı peşin olarak yatırılır. Maktu karar ve ilam harcı, Harçlar Kanununun Eki 1 Sayılı Tarife Madde A/III-2 gereği 2025 yılı için 615,40-TL'dir<sup>31</sup>.

İlk derece mahkemesinde davanın niteliğine bağlı olarak alınan harçta olduğu gibi, nispi karar ve ilam harcına tabi olan davanın, istinafa başvurusunda da, nispi istinaf karar ve ilam harcı alınır. İlk derece mahkemelerinde geçerli olan esaslar uygulanacağından, nispi karar ve ilam harcının ¼'ü peşin alınır<sup>32</sup>. Nispi harcın hesaplanmasında, kararda yer alan dava konusunun değeri üzerinden değil, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan harç tutarı üzerinden 1/4 olarak hesaplanır<sup>33</sup>. Daha açık bir ifadeyle, istinaf başvurusuna konu ilk derece mahkemesinin kararında hesaplanan ve hüküm altına alınan karar ve ilam harcının 1/4'ü, istinaf karar ve ilam harcı (uygulamadaki adıyla peşin harç) olarak alınır.

Genel uygulamaya bağlı olarak, ilk derece mahkemelerince esasa ilişkin olmayan (görevsizlik, yetkisizlik, davanın usulden reddi, karar verilmesine yer olmadığı, davanın açılmamış sayılması gibi) kararlar verildiği hallerde, davada maktu karar ve ilam harcı hesaplanacağından (HK Eki 1 Sayılı Tarife A/III (a)), bu kararlara karşı istinaf kanun yoluna gidilmesi halinde yine aynı tutarda maktu karar ve ilam harcı alınır<sup>34</sup>. Bu nedenle, nispi harca tabi olarak açılan bir davada, davanın usul veya esas yönünden reddi halinde, maktu karar ve ilam harcı alınacağından, istinaf kanun yolunda da maktu karar ve ilam harcı alınır. Böyle

<sup>31</sup> Ancak 2/7/1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanununa bağlı tarifelerde yer alan maktu harçlar (maktu ve nispi harçların asgari ve azami miktarlarını belirleyen hadler dahil) yeniden değerlendirilerek hesaplanarak yine aynı Kanunun mükerrer 138'inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarına dayanılarak hazırlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği ile güncellenmektedir.

<sup>32</sup> "...Nispi harca tabi davalarda, hükmü temyiz eden davalının ilam harcının 1/4'ünü peşin olarak yatırması gerekir. Temyiz eden davalının temyiz dilekçesinin süresinde temyiz defterine kaydının yapılmış bulunmasına rağmen peşin temyiz harcını yatırmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda 25.01.1985 gün ve 5/1 sayılı İBK gözönünde tutularak davalıya harcı yatırması için önel verilmesi, süresi içinde harç yatırıldığı takdirde dosyanın temyiz incelemesi yapılmak üzere geri gönderilmesi, süresi içinde harç yatırılmadığı takdirde kararın temyiz edilmiş sayılmasına karar verilmesi için dosyanın mahalline geri çevrilmesine 06.03.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi..." Bkz. Yar. 4. HD, E. 2021/12700, K. 2022/4772, 14.03.2022; 17. HD, E. 2012/13690, K. 2014/3111, 06.03.2014 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 11.11.2024.

<sup>33</sup> Aynı görüşte BOZTAŞ, s. 93. Ayrıca bkz. Yar. HGK, E. 2011/5-619, K. 2011/716, 30.11.2011, KAYA, s. 173.

<sup>34</sup> Ayrıca bkz. ERTANHAN, s. 69 vd.; ÇİFTÇİ, s. 158; KURTOĞLU, s. 78.

hallerde ister davacı veya isterse hukuki yararı olmak şartıyla davalı taraf istinaf kanun yoluna başvurmuş olsun, hesaplanacak istinaf karar ve ilam harcı maktu harçtır.

**(b) İlk Derece Mahkemesince Harçların Yanlış, Eksik veya Fazla Belirlenmiş Olması Halinde İstinaf Karar ve İlam Harcının Tespiti**

*i. Öğretideki Görüşler ve Yargıtay Uygulaması*

İstinaf dilekçesinin verilmesiyle beraber, yukarıda açıklandığı üzere, istinaf başvurusunun yapıldığı ilk derece mahkemesinin kararında belirttiği harca uygun olarak, istinaf karar ve ilam harcı ödenmesi gerekir. Eğer başvuran taraf harçlardan muaf ise sadece gider avansı öder.

Diğer yandan ilk derece mahkemesince davada karar ve ilam harcı yanlış belirlenmiş olabilir. Örneğin maktu karar ve ilam harcı yerine, nispi; nispi karar ve ilam harcı yerine maktu harç alınmış veya belirlenmiş olabilir. İlave olarak harç türü doğru belirlenmesine rağmen hesap hatası yapılarak harç eksik veya fazla alınmış olabilir. Örneğin, ilk derece mahkemesince, toplama, çarpma, bölme gibi işlem hataları nedeniyle, karar ve ilam harcı hesaplaması hatalı yapılmış olabilir. Ya da oranlar hatalı uygulanmış olabilir. Hatta dava konusunun birden fazla olduğu hallerde eksik harç da alınmış olabilir.

Öğretide<sup>35</sup> “İstinaf kanun yoluna başvuruda, başvuruda bulunandan tahsil edilecek karar ve ilam harcı, ilk derece mahkemesinin kararına esas aldığı dava konusunun değerine göre hesaplanmalı ve nispi harç doğru olarak belirlenmelidir” şeklinde görüş mevcuttur. Başka bir ifadeyle, ilk derece mahkemesi, davada hüküm altına aldığı dava konusunun değeri üzerinden nispi harç hesaplar-ken yanlış hesaplama veya hatalı uygulama yapmış ise, istinaf başvurusu sırasında davada hüküm altına alınan dava konusunun değeri üzerinden harç yeniden ve doğru olarak hesaplanmalıdır. İlk derece mahkemesinin hatalı belirlediği harç tutarı esas alınmamalıdır.

Gözütök’a göre<sup>36</sup>, ilk derece mahkemesi kararında harca eksik hükmedilmiş olursa bile istinaf başvurusu nedeniyle alınacak karar ve ilam harcının, ilk derece mahkemesi kararında mahkemece alınmasına karar verilen harç miktarı üzerinden hesaplanmalı; ancak bölge adliye mahkemesince verilecek kararda bu

<sup>35</sup> Bkz. ÖZTEK s. 189 vd.; GÖZÜTOK, s. 74. Öğretide Kaya da benzer olarak, “Fazla harç alınmasının hakka ulaşımı engelleyeceği veya güçleştireceği, dolayısıyla modern hukuk sistemlerinde hakka ulaşımı engelleyen veya güçleştiren yorum yöntemi kabul edilmemektedir” şeklinde açıklama yapmaktadır. Bkz. KAYA, s. 39. Ayrıca karş. COŞKUN, s. 128.

<sup>36</sup> Bkz. GÖZÜTOK, s. 74 vd.

hatalı hesaplama ile bağı kalınmayarak alınması gereken doğru harç miktarının belirlenmesi ve buna göre bir karar verilmesi gerekir. Ancak Gözütok'un görüşüne göre, harçtan muaf olunan hallerde, bu durum gözetilmeksizin harç alınmasına karar verilmiş ise, belirtilen içtihadı birleştirme kararı nedeniyle, ilk derece mahkemesinin kararında belirlediği harç tutarına göre istinaf karar ve ilam harcı alınmamalıdır. Daha açık bir ifadeyle, bu halde, istinaf başvurusunda karar ve ilam harcı alınmamalıdır. Yine ilk derece mahkemesinin kararında, HK Eki 1 Sayılı Tarife hükümlerine göre alınması gereken harçtan, daha fazla miktarda harca hükmedilmiş ise, istinaf başvurusunda alınacak peşin karar ve ilam harcı, mahkeme kararında yanlış olarak hesaplanan tutara göre değil, kanun hükümleri gözetilerek doğru miktar üzerinden alınmalıdır.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Yargıtay'ın, kanun yolu başvurusunda İBK'da<sup>37</sup> belirttiği ve ilk derece mahkemesinin kararında hesaplanan harç tutarı üzerinden harç alınacağı<sup>38</sup> şeklindeki uygulaması yanında, yanlış hesaplama yapılmış olsa bile ilk derece mahkemesinin kararına uygun olarak harç alınacağı yönünde kararı da mevcuttur. Örneğin, yerel mahkemece "irtifak hakkının terkinini" istemiyle açılan davada, maktu karar ve ilam harcı alınmıştır. Kararın temyizi üzerine Yargıtay, terkinini istenen irtifak hakkının bedeli üzerinden nispi karar ve ilam harcının alınması gerektiğine karar vermiştir. Her ne kadar ilk derece mahkemesi yanlış karar vermiş olmasına rağmen, Yargıtay, temyiz karar ve ilam harcının hesaplanmasında aynı miktardaki karar ve ilam harcının esas alınacağını belirtmiştir. Dolayısıyla temyiz karar ve ilam harcı nispi olarak alınması gerekmekte ise de, ilk derece mahkemesince maktu harca hükmedildiğinden, temyiz başvurusunda da yine maktu karar ve ilam harcı alınacağına karar vermiştir<sup>39</sup>. Ancak karar esas incelemesine geçildikten sonra eksik harç alınması nedeniyle bozulmuştur.

Öztek<sup>40</sup>, Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararıyla ilgili olarak yaptığı değerlendirmede, istinaf sırasında alınacak peşin karar ve ilam harcının ilk derece mahkemesinin hesapladığı harç miktarı üzerinden değil, karara bağlanan dava

<sup>37</sup> Bkz. Yar. İBK, E. 1965/1, K. 1965/1, 10.05.1965, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 11.11.2024; ayrıca değerlendirmeler için bkz. GÜL, Mehmet Akif, **Medeni Usul Hukukunda Dava Değeri**, On İki Levha, İstanbul, 2022, s. 183; ERTANHAN, s. 255 vd.

<sup>38</sup> "Nispi karar ve ilam harcına tabi davaların kabulüne (ya da kısmen kabulüne) ilişkin kararların istinaf edilmesi halinde alınması gereken istinaf karar ve ilam harcı nispi olup, mahkemece alınmasına karar verilen nispi karar ve ilam harcının dörtte biri peşin olarak (nispi istinaf karar ve ilam harcı olarak) alınır." Bkz. Yar. 9. HD, E. 2017/24255, K. 2017/21001, 12.12.2017, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 11.11.2024. bir tane mi karar tespit ettin-burada açıkça yanlış hesaplama yapılmış olsa bile demiyor.

<sup>39</sup> Yar. HGK, E. 2014/14-1528, K. 2016/629, 25.05.2016, KAYA s. 162-164.

<sup>40</sup> ÖZTEK, s. 189-190.



konusunun değeri üzerinden, doğru olarak alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu doğrultuda, ilk derece mahkemesi nispi karar ve ilam harcını fazla hesaplamışsa, istinaf başvurusu sırasında alınacak nispi karar ve ilam harcı ilk derece mahkemesinin yanlış hesapladığı harç miktarı üzerinden değil, kanun hükümlerince doğru miktar hesaplanarak bu miktar üzerinden alınmalıdır; aksi çözüm adil yargılanma hakkının ihlaline neden olabilir.

## ii. İstinaf Başvurusunda Alınacak Harçla İlgili Görüşümüz

Harçlar Kanunu'nun Eki 1 Sayılı Tarifenin A/IV bölümünün (e) bendinde, bölge adliye mahkemeleri hukuk dairelerine yapılacak istinaf başvurularında alınacak başvuru harcı açıkça düzenlenmiştir. Buna karşılık, yine aynı Tarifenin III/1 bölümünün (e) bendinde, bölge adliye mahkemelerince karar verildiğinde, karar ve ilam harcının hesaplanmasında belirtilen oranların aynen uygulanacağı ifade edilmiştir. Uygulamada ve öğretilerde tartışılan husus, istinaf kanun yolundaki karar ve ilam harcının hesaplanmasında, ilk derece mahkemesinin kararında hesaplanan harç tutarı mı esas alınacak, yoksa, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan dava konusunun değerine göre mi hesaplanacak sorunudur. Kanaatimizce, istinaf kanun yolu aşamasında tahsil edilecek harçlara ilişkin hesaplama, "ilk derece mahkemesi kararında mahkemece alınmasına karar verilen harç miktarı üzerinden" yapılmalıdır. Dolayısıyla, harçları tahsil edecek mahkemece, kararı veren ilk derece mahkemesince, karar ve ilam harcının yanlış alındığını belirterek istinaf başvurusunda bulunandan, doğru tutar veya türde harç alınması yoluna gidilememelidir. Zira aksinin kabulü halinde, özellikle başka yer mahkemelerine yapılan istinaf başvuruları ile UYAP üzerinden yapılan başvurularda, davada hüküm altına alınan ve harca esas olacak dava konusunun ne olacağı, hangi oranın uygulanacağı, maktu veya nispi olarak mı alınacağı, harç muafiyet veya istisnasının olup olmadığı gibi bir çok sorun ortaya çıkabilir. Bu durum kanun yolunda hem zaman hem de fazladan masraf yapılmasına sebep olacağından usul ekonomisi ilkesine de uygun olmaz.

Şunu da belirtelim ki, eksik veya fazla harç alınması yahut yanlış türde harç alınması, hukuka aykırı bir karardır. İlk derece mahkemesince nihai karar verildiği andan itibaren, mahkeme bu karardan elini çekmiştir. Mahkeme kararında yanlışlık veya hukuka aykırılık olduğu belirtilerek, istinaf başvurusunda bulunan mahkeme tarafından doğru tutar veya türde harç alınmasına karar verilirse, ilk derece mahkemesinin kararına müdahale edilmiş olur. Hükümün tashihi, tavihi ve tamamlanmasına ilişkin HMK m.304-306'da yer alan düzenlemelerde olduğu gibi, kanun yolu denetimleri haricinde, verilen bir nihai kararın hangi hallerde ve nasıl denetleneceği, yeniden incelenebileceği veya düzeltilebileceği

Kanunda belirtilmiştir. Dolayısıyla, istinaf kanun yoluna başvuruda, başvuruya konu ilk derece mahkemesinin kararında, harçların yanlış hesaplandığı<sup>41</sup> gerekçesiyle, harçları tahsil edecek olan (istinaf başvurusunun yapıldığı) mahkemeye, ilk derece mahkemesinin verdiği karardaki harcın esas alınmaması ve düzeltilerek uygulanmasının ilk derece mahkemesi kararının denetlenmesi anlamına geleceğinden, HMK'daki kanun yolu düzenlemeleri ile (HMK m.304-306, 341 vd. ile m.361 vd.) içtihadı birleştirme kararına<sup>42</sup> uygun olmadığı kanaatindeyiz.

*iii. Yanlış Harç Hesaplaması Halinde İstinaf Mahkemesinin Vereceği Kararla İlgili Görüşümüz*

İlk derece mahkemesince karar ve ilam harcı hukuka aykırı olarak yanlış belirlenmiş olabilir. Buna dayanılarak istinaf başvurusunda da yanlış karara bağlanan harç üzerinden istinaf karar ve ilam harcı alındığında, istinaf başvurusunda da yanlış harç alınmış olur. Bu halde bölge adliye mahkemesince ön inceleme aşamasında söz konusu durum gerekçe gösterilerek geri gönderme veya geri çevirme kararı verilemez (HMK m.352/1). Çünkü bu durum ancak esas incelemesine (HMK m.353/1(b)) konu edilebilecek bir husustur. Zira istinaf karar ve ilam harcının hesaplanmasına esas alınan ve asıl davada karara bağlanan karar ve ilam harcının yanlış, fazla veya eksik olduğu yönündeki tespit, ancak esas incelemesi sonucunda yapılabilir, yani esas incelemesini gerektirir. Ön inceleme safhasında bu yönde bir tespit yapılarak istinaf karar ve ilam harcının doğru şekilde alınması kararı verilemez (HMK m.352, 353, 354).

Bir davada harçtan muaf olan davacıdan başlangıçta başvuru harcı ile maktu karar ve ilam harcının alınmış olabilir. Bu durumda hükümde, alınan harçların davacıya iadesine karar verilmesi gerekirken, bu hususun göz ardı edilmesi halinde, Yargıtay<sup>43</sup>, kanun yoluna başvuru aşamasında geri gönderme kararı verilemeyeceğini belirtmiş, “kararın bu yönüyle usul ve yasaya aykırı olduğu” gerekçesiyle bozma kararı vermiştir. Aynı esaslar dâhilinde bölge adliye mahkemelerinde de, yukarıda belirttiğimiz şekilde uygulama yapılması Kanuna uygun olan yoldur. Daha açık bir ifadeyle, bir davada hiç harç alınmaması gerekirken, harç alınmış olması veya fazla harç alınmış olması halinde, eğer karar diğer yönleriyle usul ve esas bakımından hukuka uygun ise, yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayacağından bölge adliye mahkemesince harçlar yönüyle de gerekli karar verilir. Eğer esas ince-

<sup>41</sup> Boztaş'a göre de, ilk derece mahkemesi harcı yanlış hesaplamış olsa bile, yine de istinafta ilk derece mahkemesinin hesapladığı tutar üzerinden hesaplanır. Bkz. BOZTAŞ, s. 93.

<sup>42</sup> Bkz. Yar. İBK, E. 1965/1, K. 1965/1, 10.05.1965, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 11.11.2024.

<sup>43</sup> Yar. 13. HD, E. 2016/25317, K. 2019/8652, 23.09.2019, KAYA, s. 177-178.

lemesine geçilmiş ise, esas incelemesi sonunda, fazla alınan harçla ilgili karar da verilir. Bu anlamda verilen hüküm esas ve usul bakımından hukuka uygun ise, HMK m.353/1, (b-2) hükümlerince, yeniden yargılama yapılmasına ihtiyaç duyulmayacağından, harçlar yönüyle hata edilmiş olduğundan, fazla alınan harcın iadesi yönünden düzelterek yeniden karar verilir.

İstinaf kanun yolunda esas incelemesine geçilmeden önce veya geçildikten sonra usule ilişkin bir karar verilmiş ise bu karar ile beraber fazla alınan harç ile ilgili karar da verilir.

Diğer bir husus, istinaf başvurusunda alınan karar ve ilam harcının ilk derece mahkemesince belirlenen tutardan az tahsil edilmiş olmasıdır. Bu halde “harcın (HMK m.344 gereği) tamamlanması için” geri gönderme kararı verilir.

### **(c) İstinafa Başvuruda Alınacak Harçlar ile Harç Miktarının Belirlenmesinde Başka Yer Mahkemelerinin Yetkisi**

İstinaf başvuruları kararı veren mahkemeden başka yer mahkemelerine de yapılabilir (HMK m.343). Başka yer mahkemelerinin de kararı veren mahkemece harçların fazla veya yanlış alınmış olduğu belirtilerek, istinaf başvurusunda doğru hesaplanmış tutar üzerinden harç tahsil etme yetkileri bulunmaz.

İstinaf başvurusunun, kararı veren mahkemeden başka bir yer mahkemesine yapıldığı hallerde, o yer mahkemesinin yetkisi sadece harçların ve gider avansının yatırılıp yatırılmadığı ile sınırlıdır. Dolayısıyla, kanun yollarına başvuru aşamasında, başka yer mahkemesi, harçlar ve gider avansı itibariyle kararı veren mahkemece hesaplanan harçların yanlış olduğunu belirterek doğru tutar üzerinden harç alınmasına karar veremez; verilen kararda böyle bir denetleme yapması söz konusu olamaz.

### **(d) Ödenecek Karar ve İlam Harcının Tespitinde İstisnai Durumlar**

Bölge adliye mahkemelerine istinaf kanun yolu için başvurulması halinde, alınacak istinaf karar ve ilam harcı, aynı davada ilk derece mahkemesinde alınan karar ve ilam harcı kadardır. Ancak bu genel kuralın (uygulamanın) bazı istisnaları vardır.

**(1) Nispi karar ve ilam harcına tabi bir davanın tamamen veya kısmen kabulü<sup>44</sup>** halinde, ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan miktar üzerinden nispi karar

<sup>44</sup> Kavram benzerliği nedeniyle açıklamakta yarar vardır ki, bir davada davalının, davacının ileri sürdüğü talepleri kısmen veya tamamen kabul etmesi olan “davayı kabul (HMK m.308)” ile mahkemece esas hakkında karar verilmesi anlamını taşıyan, davacının en azından bir kısım taleplerinin kabul edildiği “mahkemece bir davanın tamamen veya kısmen kabulü” kavramı birbirinden farklıdır.

ve ilam harcı hesaplanmış olduğundan, davalı istinaf kanun yoluna başvurursa, hesaplanacak istinaf kanun yolu karar ve ilam harcı da nispi olarak hesaplanır.

Eğer bu hüküm hukuki yararı olmak şartıyla davacı tarafından istinaf kanun yoluna götürülürse, bu defa davacı maktu istinaf karar ve ilam harcı öder<sup>45</sup>. Daha açık bir ifadeyle, ilk derece mahkemesinde davacı haklı görülmüş ve istemleri kısmen veya tamamen kabul edilmiş ise hukuki yararı olması şartıyla<sup>46</sup>, istinaf kanun yoluna davacı da başvurabilir (HMK m.361). Bu halde, dava nispi karar ve ilam harcına tabi olarak karara bağlanmış bir dava olsa bile, istinaf başvurusunda bulunan davacı taraf “istinaf başvurusu için maktu karar ve ilam harcı” öder. Çünkü davacı ret edilen talepleri veya ret edilen kısım için ya da gerekçe yönüyle istinaf kanun yoluna başvurduğunda, davada ret edilen kısımlar üzerinden nispi harç hesaplanmaz. HK Eki 1 Sayılı Tarifedeki genel esas, nispi harcın hesaplanmasında karara bağlanan tutar veya değer esas alınmasıdır. Ancak, davacının haklı çıktığı veya lehine hüküm verildiği tutar üzerinden istinaf karar ve ilam harcı ödemesi genel esaslara uygun değildir.

(2) Yargıtay’ın 10.05.1965 tarihli ve 1/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla<sup>47</sup>, peşin ödenmesi gereken temyiz harcının, hüküm altına alınan karar ve ilam harcının dörtte biri olacağı kabul edilmiştir. Harçlar Kanunu’nun 28/1. maddesine göre ölüm ve cismani zararlarda 1/20 oranında peşin nispi karar ve ilam harcı alınacağı belirtilmekle birlikte, bu oran ilk derece mahkemelerinde açılan davalarda uygulanacak olup, kanun yolları aşamasında ise 1/4 oranı uygulanmalıdır. Uygulama da aynı şekilde yürütülmektedir<sup>48</sup>.

(3) Nispi harca tabi bir davada, hükmeye karşı istinaf yoluna başvuran davalı taraf, maktu karar ve ilam harcı ödemişse, kararı veren mahkeme bu harcın nispi harcı karşılayıp karşılamadığına bakar. Eğer harç eksik ise, harcın tamamlanması yoluna (HMK m.344) gidilir<sup>49</sup>.

(4) Birleştirilen davalarda, her dava için; yine karşı davalarda da asıl dava ve karşı dava için, ayrı ayrı istinaf harç ve gider avansı hesaplanır. Böyle hallerde aslında birden çok dava birlikte görülmektedir. Birlikte görülen bu davalarda

<sup>45</sup> ÖZTEK, s. 190; KURTOĞLU, s. 78.

<sup>46</sup> Karar lehine sonuçlanan taraf, HMK m.361/2 gereği, özellikle yargılama giderlerinden olan masraflar, harçlar ve vekâlet ücreti gibi konularda hatalar olduğunu belirterek temyiz yoluna başvurabilir. Yine davanın esastan değil de usulden reddi kararının verildiği hallerde davalının da hukuki yararı var kabul edilir. Bkz. KURTOĞLU, s. 63.

<sup>47</sup> Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, E.T. 23.11.2024.

<sup>48</sup> Bkz. Yar. 17. HD, E. 2020/2020, K. 2020/5335, 08.10.2020, <https://barandogan.av.tr/>, E.T. 22.11.2025.

<sup>49</sup> Ayrıca bkz. İstanbul BAM 1. HD, E. 2020/232, K. 2020/209, 18.02.2020, COŞKUN, s. 137.

da her bir dava için istinafa başvuru ayrı ayrı değerlendirilir. Ancak böyle hallerde hükümler ayrı ayrı verilecek olmakla beraber gerek birleşen davalar yönüyle gerekse asıl dava-karşı dava yönüyle ayrı ayrı başvuru yapılmasına gerek ve zorunluluk da yoktur. Uygulamada tek bir dilekçe ile başvuru yapıldığı takdirde tek bir başvuru harcı alınmaktadır. Karar ve ilam harcı yönüyle ise birlikte görülen bu davalarda, ilk derece mahkemesince belirlenen ve alınmasına karar verilen karar ve ilam harcı, istinaf kanun yolu başvurusunda alınacak karar ve ilam harcının hesaplanmasına esas alınır.

Objektif dava birleşmesinde (davaların yığılmasında), asıl dava yanında karşı davanın da açılıp birlikte karar verildiği hallerde ya da birleşen davalarda, aslında burada ayrı ayrı dava ve kararlar olduğundan, aynı dava içinde görülme-leri nedeniyle sadece belli dava veya kararlara karşı istinaf yoluna gidilebilir. Yani davaların yığılmasında sadece bir dava konusu istinaf konusu yapılabilir. Aynı şekilde, birleşen davalarda da yine davalardan yalnızca birisi, yine asıl dava-karşı davanın birlikte görüldüğü hallerde de yalnızca birisine ait kararlar ilgili olarak istinaf yoluna gidilebilir. Zaten mahkeme tarafından bu hallerin her birinde ayrı ayrı hüküm oluşturulduğu<sup>50</sup> ve yargılama giderleri de ayrı ayrı belirlendiği<sup>51</sup> için, hangi dava konusu için istinaf yoluna başvurulmuş ise, o dava konusu için genel olarak yukarıda belirttiğimiz esaslar dâhilinde istinaf karar ve ilam harcı hesaplanır. Ayrıca her bir ayrı başvuruda istinaf kanun yoluna başvuru harcı da ödenir.

(5) Diğer yandan istinaf kanun yoluna başvuran taraf veya ilgili, ilk derece mahkemesi kararının bir kısmına karşı istinaf yoluna giderse buna “kısmi istinaf”<sup>52</sup> denir. Örneğin, işçi alacaklarında kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kullanılmayan izinlerin ücretlerine ilişkin talep, tatil günlerindeki çalışmalara dayalı ücret taleplerinde olduğu gibi. İstinaf yoluna giden taraf verilen hükmün sadece kullanılmayan izinlere ait ücret ile tatil günlerindeki çalışmalara dayalı ücret alacakları için istinaf yoluna başvurmuş ise, bölge adliye mahkemesi istinaf incelemesini de sadece hükmün bu yönüyle yapacağından (kamu düzenine ilişkin hususlar hariç, HMK m.355) diğer kısımlar olan kıdem tazminatı ve ihbar tazminatına ilişkin inceleme yapamaz. Hal böyle olunca istinaf yoluna başvuran taraf nispi karar ve ilam harcını mahkemece hesaplanan toplam nispi karar ve ilam harcı üzerinden mi yoksa bu kısma isabet eden kısım üzerinden mi ödeyecektir?

<sup>50</sup> YAVAŞ, s. 38.

<sup>51</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTANHAN, s. 97 vd.

<sup>52</sup> Bkz. KURU / AYDIN, s. 501; BOZTAŞ, s. 225; TAŞPOLAT-TAĞSAVUL, s. 321.

Kanaatimizce Yargıtay'ın ilgili İBK'nı da göz önünde tutarak hüküm altına alınan karar ve ilam harcının tamamı üzerinden 1/4 oranında peşin nispi istinaf karar ve ilam harcı alınmalıdır. Zira bir davada istinaf kanun yoluna başvuru yapılırken, tarafların kabul edilen veya reddedilen taleplerine göre değil, mahkemece hüküm altına alınan karar ve ilam harcına göre istinaf karar ve ilam harcı hesaplanır.

Ancak mahkeme tarafından her bir talep için ayrı ayrı karar verilmiş ve ayrı ayrı hüküm oluşturularak, ayrı karar ve ilam harcı belirlenmiş ise, davaların yığılmasında olduğu gibi, hangi talep konusuyla ilgili kanun yoluna başvuruluyorsa, o hükümde yer alan karar ve ilam harcı esas alınır. Bununla birlikte ilk derece mahkemesi tek bir hüküm oluşturarak tek bir karar ve ilam harcı belirlemiş ise istinaf başvurusunda alınacak karar ve ilam harcı, bölünemez.

Yine istinaf kanun yoluna başvuran, hiçbir sebep göstermese de bölge adliye mahkemesince kamu düzenine ilişkin hususlar yönünden istinaf incelemesi yapılır. Bu incelemede kamu düzenine aykırı bir yön bulunmaması halinde, istinaf başvurusunun usulden<sup>53</sup> değil, esastan reddine karar verilir<sup>54</sup>. Zira istinaf başvurusunun kamu düzenini ilgilendiren yönleriyle incelenmesi<sup>55</sup> esasa ilişkin incelemenin de yapıldığı<sup>56</sup> anlamına gelir. Bu halde de karar ve ilam harcının hesaplanmasında ilk derece mahkemesince hüküm altına alınan toplam harç tutarı esas alınır<sup>57</sup>.

(6) Ayrık durumlar, bazen Kanunlarda açıkça düzenlenmiş de olabilir. Bu bağlamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)<sup>58</sup> m.18/3 gereği, taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Anlaşma belgesine icra edilebilirlik şerhi verilmesi için mahkemeye yapılacak olan başvuru ile bunun

<sup>53</sup> "... kamu düzenine aykırı herhangi bir sebep bulunmadığından davalının istinaf talebinin HMK m.352 gereğince usulden reddine karar veril(miştir)...". Bkz. İstanbul BAM 22. HD, E. 2020/1042, K. 2020/1201, 05.07.2020, COŞKUN, s. 208.

<sup>54</sup> Yar. 22. HD, E. 2017/30909, K. 2017/7476, 03.04.2017, COŞKUN, s. 122.

<sup>55</sup> "... kararda ve kararın verildiği ilk derece yargılamasında kamu düzenine aykırı bir yön bulunup bulunmadığını ortaya çıkartmak için çoğu zaman dava dosyasının bütünüyle yani ön incelemeden esas incelemeye geçilmesini gerektirir. Bkz. COŞKUN, s. 200; PEKCANİTEZ, ATALAY / ÖZEKES, s. 498.

<sup>56</sup> Bkz. Yar. 12. HD, E. 2018/47, K. 2018/6880, 27.06.2018, COŞKUN, s. 205-206.

<sup>57</sup> Ancak kısmı istinaf halinde, kararın istinaf edilmeyen kısımları burada kural olarak kesinleşir. Bkz. YILDIRIM, M. Kamil, **Hukuk Devletinin Gereği İstinaf**, Text Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000, s. 46.

<sup>58</sup> Bkz. RG 22.06.2012, S. 28331.

üzerine verilecek kararlara karşı ilgili tarafından istinaf yoluna gidilmesi hâlinde, maktu harç alınır (HUAK m.18/3).

Benzer şekilde İİK m.309/p gereği, sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılmasında, tasdik veya ret kararına karşı borçlu yanında tasdik duruşması sırasında itirazda bulunmuş olan alacaklılar da; tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde istinaf yoluna, istinaf incelemesi üzerine verilen karara karşı da tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde temyiz yoluna başvurabilir. Tarafların itirazı ile istinaf ve temyizde maktu karar ve ilam harcı hesaplanır. Yine örnek olarak İİK m.89/3 gereği açılacak menfi tespit davalarında maktu harç hesaplandığından, bu kararlara karşı kanun yollarına başvurulduğunda da maktu karar ve ilam harcı hesaplanır.

### *c. İstinaf Kanun Yoluna Başvuruda Giderler (Gider Avansı)*

İstinaf kanun yoluna başvuran taraf, istinaf başvurusunun ilgili mahkemelere gönderilmesi yanında, gerekli tebligatların yapılabilmesi için ihtiyaç duyulan miktarda posta ve tebligat gideri<sup>59</sup> gibi masrafları karşılamak için gider avansı da yatırmalıdır. Posta ve tebligat masrafları için alınacak olan gider avansının hesaplanmasında ve varsa fazla tutarın iadesinde HMK Gider Avansı Tarifesi (HMK m.121/1) hükümlerinin, HMK m.344'deki düzenleme esas alınarak kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Bölge adliye mahkemesine istinaf yolu ile başvurulduğunda, istinaf başvurusu sebebiyle yatırılan gider avansının artan kısmının iadesi, verilen karara bağlı olarak gerçekleştirilir. Şayet bölge adliye mahkemesi, istinaf üzerine kararı kaldırır ve yeniden karar verilmek üzere dosyanın ilk derece mahkemesine geri gönderilmesine karar verirse (HMK m.353 vd.) avansın iadesi ilk derece mahkemesince yapılır<sup>60</sup>. Eğer karar bölge adliye mahkemesince verilecekse kanun yolları için ödenen gider avansının artan kısmı iade edilmeyip istinaf yargılaması sırasında kullanılır.

<sup>59</sup> “Kanun maddesinde ön görülen tüm giderlerden kastın posta ve tebliğ giderlerine ilişkin olduğu açıktır”. Bkz. KADAYIYIÇI, s. 127.

<sup>60</sup> Bkz. İstanbul BAM 3. HD, E. 2021/1565, K. 2021/2061, 08.07.2021, (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>, E.T. 24.09.2024.

## B. Bölge Adliye Mahkemesine İstinaf Kanun Yolu Başvurusu İçin Harçların ve Gider Avansının Ödenmesi Usulü

### 1. Genel Olarak İstinaf Başvurusunun Yapılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (m.341, 343) ile Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte<sup>61</sup> (Yönetmelik m.208) belirtildiği üzere, kanun yoluna başvuru işlemlerinden olan istinaf dilekçesi, karşı taraf sayısından bir fazla hazırlandıktan sonra kararı veren mahkemeye veya başka yer mahkemesine verilebilir.

İstinaf kanun yoluna başvuru tarihi HMK m.343/3 atfı sebebiyle, m.118 hükmüne göre belirlenir. Yani kanun yolu başvurusu, buna ilişkin dilekçenin kaydedildiği tarihte yapılmış sayılır (HMK m.343, 118; Yönetmelik m.208). Yargıtay<sup>62</sup> da istinaf başvuru dilekçesinin, her ne kadar harç daha sonra yatırılmış olsa da, sistem üzerinden (iki haftalık) istinaf süresi içinde düzenlenip gönderildiği durumlarda, HMK m.343/3 maddesinin delaletiyle yine HMK m.118 gereğince, istinaf başvurusunun sisteme kaydedildiği tarihte yapılmış olacağına karar vermektedir.

Kanun yolu başvuruları ilgili taraf veya vekillerince elektronik ortamda, UYAP üzerinden de yapılabilir.. Kanun yolu başvurusu, dilekçenin sisteme kaydedildiği tarihte yapılmış sayılır. İşlem sonucunda başvuru sahibinin elektronik ortamda erişebileceği bir alındı belgesi oluşturulur.

Davanın ilgili tarafında, mecburi dava arkadaşlığı (HMK m.59-60) ilişkisi varsa, kanun yoluna başvurusunda, mecburi arkadaşlarının birlikte hareket etmesi ve işlem yapması gerekir. Mecburi dava arkadaşlığında tek bir başvuru harcı ile tek bir karar ve ilam harcı ödenir.

Davacı veya davalı taraftaki dava arkadaşlığı ihtiyari dava arkadaşlığı ise (HMK m.57-58), burada ihtiyari dava arkadaşının sayısı kadar ayrı dava vardır. İhtiyari dava arkadaşlığında, davalar birbirinden bağımsızdır. Dava arkadaşlarından her biri, diğerinden bağımsız olarak hareket eder. İhtiyari dava arkadaşlarının her biri ayrı ayrı istinaf kanun yoluna başvurabilirler. Dolayısıyla her biri ayrı ayrı istinafa başvuru harcı ile istinaf karar ve ilam harcı yanında gider avansı da öder.

<sup>61</sup> Bkz. RG 06.08.2015, S. 29437.

<sup>62</sup> Yar. 8. HD, E. 2018/11753, K. 2018/14339, 25.06.2018; Yar. 11. HD, E. 2019/2519, K. 2020/576, 20.01.2020, ÖZTEK, s. 193.



## 2. İstinaf Başvuru Sırasında Başvuruya İlişkin Harç ve Giderlerin Ödenmesi

Kanunda (HMK m.344) belirtildiği üzere, istinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir. Başka bir anlatımla, istinaf kanun yolunda temel yargılama giderlerinden olan istinaf başvuru harcı ile yapılacak posta ve tebligat gibi harcamalar için gider avansının tamamı peşin olarak ödenir. Bununla birlikte, istinaf karar ve ilam harcı maktu ise tamamı peşin alınırken, nispi nitelikte ise nispi harcın  $\frac{1}{4}$ 'ü peşin ödenir (HMK m.344)<sup>63</sup>.

İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı, istinaf kanun yoluna gidildiğinde istinaf başvuruları, kararı veren ilk derece mahkemesine veya başka bir yer mahkemesine de yapılabileceğini belirtmiştik. Harç ve giderler başvuru hangi mahkemeye yapılmışsa, başvurunun yapıldığı yer mahkemesince tahsil edilir (HMK m.344, Yönetmelik m.208).

Ancak Öztekin de belirttiği gibi<sup>64</sup>, uygulamada UYAP üzerinden yapılan istinaf kanun yolu başvurularında harç ve gider yatırılmadan dilekçeler gönderilebilmekte ve böylece bu dilekçeler sisteme kaydedilmektedir. Başka bir deyişle, istinaf başvurularında, başvuru UYAP üzerinden yapılıyorsa, sistem karar ve ilam harcı yatırılmadan istinaf başvurusunu kabul etmektedir. Zira, aleyhine istinaf kanun yoluna gidilen ilk derece mahkemesi kararındaki karar ve ilam harcının sisteme girilmesi gerekmektedir. Girilmediği takdirde harçsız işlem yapılabilmektedir.

Diğer yandan, fiziksel ortamdaki başvurularda, mahkemelerin ön büro veya bu işlerle görevlendirilmiş yazı işleri personeli, istinaf harç ve giderleri yatırılmadan istinaf başvuru dilekçesini kabul etmemeli, işleme koymamalıdır. Ayrıca harç ve giderler yatırılmadan dilekçenin ön büro veya görevli personele verilmesi, istinaf başvurusunun yapıldığı anlamına gelmez<sup>65</sup>. Başka bir ifadeyle, harç ve giderler yatırılmadan istinaf başvuru dilekçesi hazırlanarak ilk derece mahkemesine veya başka yer mahkemesine verilmesi durumunda görevli memurların bu dilekçeyi başvuru defterine kaydetmemeleri gerekir. Özellikle HK m.127'de belirtildiği üzere, harçların tamamı peşin ödenmedikçe harca mevzu

<sup>63</sup> HMK m.344 ve 366 hükümlerini birlikte değerlendirdiğimizde, istinaf dilekçesi verilirken gerekli harç ve giderlerin tamamı peşin olarak alacağı belirtilmekle birlikte, burada kastedilen maktu harçlar olup, nispi esasa tabi karar ve ilam harçlarında  $\frac{1}{4}$ 'üdür. Bkz. Yar. 4. HD, E. 1997/8136, K. 1997/12099, 18.12.1997; Yar. 11. HD, 1987/2527, 1987/5319, 14.10.1987, **İstanbul Barosu Dergisi**, 1992/7-9, s. 843.

<sup>64</sup> Bkz. ÖZTEK, s. 192.

<sup>65</sup> Karş. ÖZTEK, s. 192; GÖZÜTOK, s. 77; ÇİFTÇİ, s. 169.

işlem yapılmaz. Yine HMK m.344 gereği de harç ve giderlerin yatırılması zorunludur. HMK m.344 hükümleri kapsamında harç ve gider avansının tahsili, HK m.127 yanında, m.32 hükümleri de göz önüne alındığında, kamu düzenine ilişkin olup, ön büroda veya tevzi bürosunda ya da mahkeme yazı işlerinde görevli memurlar harç ve gider avansını tahsil etmeden işlem yapmamalıdır; istinaf başvuru dilekçesini işleme almamalıdır.

Ancak ön büroda veya tevzi bürosunda ya da mahkeme yazı işlerinde görevli memurlar gerek harç ve/veya gider avansı yatırılmadan ya da eksik yatırılarak istinaf başvuru dilekçesini kaydetmişlerse, istinaf başvurusu, istinaf dilekçesinin kaydedildiği tarihte yapılmış sayılır (HMK m.343, 118, Yönetmelik m.208). Aynı esaslar UYAP üzerinden yapılan başvurular için de geçerlidir. UYAP üzerinden yapılan başvurularda da harç ve gider avansı yatırılmadan veya eksik yatırılarak başvuruda bulunulmuş olsa da, artık istinaf başvuru dilekçesi kaydedilmiştir. Sisteme kaydı ile beraber istinaf başvurusu yapılmış olarak kabul edilir.

## II. İSTİNAF KANUN YOLUNA BAŞVURU AŞAMASINDA HARÇ VE GİDERLERİN TAMAMLATTIRILMASI

### A. İstinaf Kanun Yolu Başvurusuna Ait Harç ve Giderlerin Yatırılmadığının Kararı Veren İlk Derece Mahkemesince Tespiti ve Tamamlattırma Usulü

#### 1. Genel Olarak Harç ve Gider Avansının Tamamlattırılması Usulü

İlk derece mahkemelerinin kararlarına karşı istinaf kanun yoluna başvuru, kararı veren ilk derece mahkemesi yanında, başka yer mahkemelerine de yapılabilir (HMK m.343, 344). İstinaf kanun yolu başvurusu için gerekli harçlar ve gider avansı başvuru mahkemesine tahsil edilir. İstinaf başvurusu yapıldıktan sonra, harç ve gider avansının yatırılıp yatırılmadığına ilişkin inceleme, ilk olarak, ilk derece mahkemesince yapılır. Kanun koyucu HMK m.344'te, harçların hiç ödenmemesi ile eksik ödenmesi arasında bir ayırım yapmadan her ikisini de aynı hukuki sonuçlara tabi tutmuştur. Aynı şekilde harçlar ile gider avansı arasında da bir ayırım yapılmamış; bunlardan herhangi birinin hiç ödenmemesi veya eksik ödenmesi yine aynı sonuçlara tabi kılınmıştır.

Harç ve gider avansının eksik yatırılmış olduğu veya hiç yatırılmadığı hallerde, kural olarak tespit hangi mahkeme tarafından yapılmış olursa olsun, tamamlattırma işlemi, kararı veren ilk derece mahkemesince yapılır<sup>66</sup>. Bu anlamda

<sup>66</sup> “Kanun koyucu, istinafa başvuru dilekçelerinin geçerli sayılması için gerekli temel hususları (başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığını, başvurunun kesin bir karara ilişkin olup olmadığını ve istinaf başvuru harç ve giderlerini yapılıp yapılmadığını) öncelikle ilk derece mahkemesinin denetlemesini zorunlu kılmıştır.” Bkz. ŞAHİN, 2667; ÖZEKES, *İstinaf ve Temyiz*, s. 76.

söz konusu tespit istinaf dilekçesinin verildiği başka yer mahkemesince veya kararı veren ilk derece mahkemesince ya da istinaf aşamasında bölge adliye mahkemesince yapılmış olabilir.

(1) İstinaf dilekçesi doğrudan kararı veren ilk derece mahkemesine verilmiş ve harçlar ile gider avansının hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğunun tespiti aynı mahkeme tarafından yapılmış ise, mahkemece tamamlattırma işlemi yapılır (HMK m.344). Kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir (HMK m.344).

(2) Kararı veren mahkeme tarafından, istinaf kanun yolu başvurusu için gerekli harç ve gider avansının hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğunun ilgili tarafa<sup>67</sup> bildirilmesi önemli usulü işlemlerden biridir. Özellikle bu bildirim içeriği önem arz eder<sup>68</sup>.

Zira bildirimde:

(i) Eksik olan veya yatırılmayan unsurun ne olduğu, yani başvuru harcı mı, karar ve ilam harcı mı ve/veya gider avansının mı eksik olduğu,

(ii) Ödenmesi gereken başvuru harcının, karar ve ilam harcının veya gider avansının tutarının ne olduğu,

(iii) Eksik harç ve/veya gider avansının nereye yatırılacağı,

(iv) Eksik harç ve/veya gider avansının bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması gerektiği,

(v) Eksikliğin tamamlanmaması ya da yatırılmaması durumunda başvurudan vazgeçmiş sayılacağı,

Husurları açık ve tereddütte yer vermeyecek şekilde başvurana yazılı olarak bildirilmelidir<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> Diğer yandan, kanun yoluna başvuru, vekille yapılan hallerde, mahkeme tarafından verilen kesin süre bildirimleri vekile, avukata yapılır. Asile tebligat yapılmaz. Bkz. HMK m.438, Teb.K. m.11.

<sup>68</sup> Yargıtay'ın istikrar kazanan görüş ve uygulamasına göre, harç ve giderlerin (avansların) tamamlatılmasında tamamlatmayı yaptıracak merci (mahkeme) mutlaka ilgili tarafa muhtıra yazıp göndermelidir. Söz konusu bildirimde (muhtırada) yapılması gereken işlemin ne olduğu açıkça ve ilgili tarafın yanılmasına neden olmayacak biçimde gösterilmeli, yatırılacak veya tamamlanacak harç ve/veya giderin miktarı, yatırılacak yer ve süresi, bunun yapılmamasının sonuçları çok açık biçimde belirtilmelidir. Örneğin "dosyaya yatırılması" şeklindeki ifadeler tarafın yanılmasına neden olabileceğinden, bu şekilde yazılan muhturalar geçersizdir. Zira usulüne uygun düzenlenmeyen muhturalara (tarafa yapılan bildirimlere) dayalı olarak oluşturulan kararlar hüküm ve sonuç doğurmaz. Bkz. Yar. 22. HD, E. 2019/2739, K. 2019/7054, 29.03.2019, Yar. 15. HD, E. 2018/843, K. 2018/2625, 21.06.2018, ÖZTEK, s. 200, dn. 19.

<sup>69</sup> "... Davalılar vekili tarafından dava dosyası ile istinafa başvurulduğu görülmüş ise de, davalılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı olması nedeniyle, her bir davalı için, davalı vekilinin başvurma ve nispi karar

(3) Yargıtay bildirimim mutlaka kararı veren mahkeme hâkimi veya başkanı tarafından yapılması ve imzalanması gerektiğini içtihat etmiştir. Yargıtay<sup>70</sup> HMK m.344’de “mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde” ibaresinin bulunması nedeniyle, bu bildirimlerin hâkimin imzasıyla gönderilebileceğini belirtmektedir. Zira Yargıtay’a göre yazı işleri müdürü veya personelinin ilgili tarafa istinaf başvuru harcı ve/veya gider avansını yatırması veya eksikliğini tamamlaması için süre verme yetkileri yoktur.

Diğer yandan öğretilerde<sup>71</sup> HMK m.344’te “kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık süre” ibaresi kullanıldığı, bu ibareden, bildirimim, mutlaka mahkeme hâkimi veya başkanı tarafından, yani hâkim veya mahkeme başkanının imzasıyla, yapılması anlamının çıkarılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira yazı işleri müdürünün imzasıyla yapılması halinde de geçerli olacağı gibi, harç ve gider avansının yatırılması veya eksikliklerinin tamamlanmasına yönelik bildirimlerin ilk derece mahkemelerinde hâkim veya toplu mahkemelerde mahkeme başkanı dışında yazı işleri müdürünce de imzalanıp gönderilebileceği belirtilmiştir. Özellikle hâkim veya mahkeme başkanlarının iş yükünün hafifletilerek usul ekonomisi ilkesine uygun olacağı hususu, gerekçe olarak ileri sürülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Kanunun değişik yerlerinde (HMK m.45, 189, 265, 290, 382 ... gibi) “mahkeme tarafından” ibaresi kullanılmaktadır. Mahkemelerde kural olarak yargılama faaliyeti kapsamında irade açıklaması ve karar verme yetkisi hâkim, mahkeme başkanı veya hâkimlerden oluşan toplu mahkeme ya da tek hâkime aittir. Yargılama faaliyeti kapsamındaki işlemlerde, yapılan işlemin geçerliliği mahkemenin asli unsuru olan hâkim, mahkeme başkanı veya toplu mahkemelerde hâkimlerden oluşan topluluğun irade açıklamasına bağlıdır.

Bunun dışında yazı işleri müdürü veya diğer görevlilerin yargılama faaliyeti kapsamındaki işlemlere yönelik mahkeme adına yetki kullanabilmesi için kendilerine açıkça yetki belirlemesi ya da yetki devri yapılmış olması gerekir (HMK m.158, 159, 216, 301, 445’te olduğu gibi).

---

harçlarını yatırması gerektiği, oysa tek başvurma harcı ve karar harcı yatırıldığı anlaşılmaktadır. ... HMK’nın 344/1. maddesinde “İstinaf dilekçesi verilirken, istinaf kanun yoluna başvuru için gerekli harçlar ve tebliğ giderleri de dâhil olmak üzere tüm giderler ödenir. Bunların hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi halde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir. Verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, mahkeme başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verir. Bu karara karşı istinaf yoluna başvurulması hâlinde, 346. maddenin 2. fıkrası hükmü kıyas yoluyla uygulanır.” hükmü getirilmiştir...” Bkz. Konya BAM, 3. HD, E. 2020/133, K. 2020/162, 4.2.2020, (Çevrimiçi) <https://khyk.kazancihukuk.com>, E.T. 11.11.2024.

<sup>70</sup> Yar. 12. HD, E. 2020/7484, K. 2020/9424, 09.11.2020, ÖZTEK, s. 202-203.

<sup>71</sup> Bkz. ÇİFTÇİ, s. 162-163; ÖZTEK, s. 201.

Bu nedenle, yazı işleri müdürlerine mevzuatta yetki verilmediği veya yetki devri ya da imza yetkisi devri yapılmadığı müddetçe, yargılama faaliyeti kapsamında yapılacak işlemlerde yetki (irade açıklaması)<sup>72</sup> hâkim veya mahkeme başkanına aittir. Başka bir ifadeyle, yargılama faaliyetleri kapsamında taraflara veya ilgili kişi ya da mercilere bildirim, davetiye, talimat gibi adli yazıların yazılmasına ve gönderilmesine, kanunlarda açıkça aksi belirtilmedikçe, mahkemenin asli unsuru olan hâkim tarafından karar verilebilir. Söz konusu yazıların da hâkim veya mahkeme başkanınca imzalanması gerekir.

Kanaatimizce, mahkemelerin iş yoğunluğu ve bu anlamda hâkimlerin de iş yoğunluğunun fazla olması karşısında, bu tür yazıların “hâkim adına” ilgili yazı işleri müdürünce imzalanabilmesi doğru bir uygulama olur. Başka bir ifadeyle, mahkemelerin, dolayısıyla hâkimlerin, iş yoğunluğunun fazla olması nedeniyle, bu tür yazıların hazırlanması ve yazışmaların yapılmasında yargısal faaliyetler kapsamında yetki devri yapılmasının ya da hâkimler adına yazı işleri müdürlerine imza yetkisi verilmesi usul ekonomisi ilkesine uygun olur. Yetki devri veya imza yetkisi devrine ilişkin düzenlemeler, yetkilerin kaynağının Kanundan (özellikle HMK’dan) kaynaklanması nedeniyle, yine kanunla yapılması gerekir. Örneğin bu anlamda 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun veya Hukuk Muhakemeleri Kanununda bu yönde düzenleme yapılabilir.

## 2. Verilen Kesin Süre İçinde Harç ve Gider Avansının Tamamlanmış Olması

İhtarda belirtilen süre içinde ve de mahkemece belirtilen tutarda harç ve gider avansı yatırıldığı, yani eksiklik tamamlandığı takdirde, dosya istinaf incelemesi için bölge adliye mahkemesine gönderilir. Harç ve giderlere ilişkin düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olduğundan, bölge adliye mahkemesi istinaf başvurusu sırasında yatırılan harç ve gider avansının miktarı yanında, mahkemenin tamamlattırma işleminin hukuka uygun olup olmadığını da resen denetler. Bir hukuka aykırılık varsa istinafa ilişkin kararında bu hususu belirterek kendisi gerekli olan kararı verir (HMK m.352).

<sup>72</sup> İmza, elektronik imza, hatta paraf, iradenin açıklandığı ve yetkinin kullanıldığı fiziki belgeye veya elektronik ortama yansımadır. Böylece imza atan kişi, makam veya merci söz konusu belgeyi yazdığını ve içeriğini onayladığını belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ERTANHAN, Mesut, **Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 23 vd.

### 3. Verilen Süre İçinde Harç ve Giderlerin Tamamlanmamış Olması

#### a. Genel Olarak

Kararı veren mahkeme, süresinde istinaf başvurusunda bulunan, ancak harç ve gider avansını hiç yatırmayan veya eksik yatıran tarafa, HMK m.344 gereği, harç ve gider avansını tamamlaması için bir haftalık süre verir. İstinaf harç ve gider avansının hiç yatırılmaması veya eksik yatırılması halinde, tamamlattırma yetkisi kararı veren ilk derece mahkemesine aittir. İlgili taraf harç ve gider avansı yatırmış olmakla beraber, ilk derece mahkemesinin kararında belirttiği tutarda tamamlama yapmamış ise, kısmen tamamlama, harç ve gider avansının tamamlanmamasının hukuki sonuçlarına tabidir.

Dolayısıyla verilen süre içinde (HMK m.344) harç ve gider avansı tamamlanmadığı takdirde, kararı vermiş olan mahkeme istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verir.

Verilen süre içerisinde değil de, süre geçtikten sonra eksik harç ve gider avansı tamamlanmış olsa bile, süresinde tamamlama yapılmadığı için yine istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilir. Bu kararda sonradan ikmal edilen harç ve gider avansı ile varsa başlangıçta yatırılmış olan harç ve gider avansı hakkında da hüküm kurulur.

Ayrıca mahkemenin harç ve gider avansının tamamlanmasına ilişkin bildiri mi bir ara karar olduğu, nihai bir karar olmadığı için, bu karara karşı konulamaz. Yani ilk derece mahkemesince harç ve giderlerin tamamlanması için yapılan bildirim üzerine ilgili taraf, doğrudan bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvuramaz. İlgili taraf şöyle hareket edebilir: İlk olarak tamamlama işlemini yapar ve esas davanın istinaf kanun yolu mahkemesi olan bölge adliye mahkemesine gönderilmesini sağlar. Bu aşamada zaten esas dava istinaf kanun yoluna götürüldüğü için tamamlattırma işlemi de resen bölge adliye mahkemesince denetlenir.

İkinci olarak harç ve giderleri ihtaratta belirtildiği şekilde tamamlamaz ve mahkemenin “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararının” tebliğini bekler. Bu kararın tebliği üzerine, yalnızca bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurabilir (HMK m.344, 346).

#### b. İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılmasına Karar Verilmesi

İlgili taraf “verilen süre içinde harç ve giderleri yatırmadığı veya eksikliğini tamamlamadığı” takdirde, kararı veren mahkemece yapılacak tespit üzerine “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına” karar verilir (HMK m.344).

İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı harca tabi değildir. Bununla birlikte istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararının neticesinde, ortada vaki bir başvurunun olduğu kabul edilmediğinden, istek halinde başvuru harcı ile karar ve ilam harcının da iadesine karar verilmelidir. Gider avansından yapılan masraflar düşüldükten ve karar kesinleştikten sonra varsa artan bakiye de iade edilir. Diğer yandan, “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı”, mahkemece ilgili tarafa tebliğ edilir. “İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı, istinaf kanun yoluna başvurulabilir (HMK m.344). Bu durumda HMK m.346/2 hükmü kıyas yoluyla uygulanır.

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” tebliğ edilmeden önce, ilgili taraf yeniden istinaf dilekçesi vermiş veya süre geçtikten sonra tamamlama yapmış olabilir. Harç veya gider avansındaki eksikliklerin süre sona erdikten sonra tamamlanması veya kanun yoluna başvuru süresi sona erdikten sonra ikinci defa yeniden istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesi verilmesi, ilk derece mahkemesince verilecek olana “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” etki etmez<sup>73</sup>.

Bu halde HMK m.344’ün yaptığı atf nedeniyle, m.346/2 gereği, “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına karşı” ilgilinin yapacağı işlem beklenir. HMK m.346/2 gereği artık ilgili bu defa yeniden harç ve gider avansı yatırarak “başvurunun yapılmamış sayılması kararına” karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir.

Bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulmazsa (HMK m.344, 346/2), “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” kesinleşmiş olacağı gibi, esas davada verilen hüküm de süresinde kanun yollarına gidilmediği için kesinleşmiş olur. Ancak diğer taraf veya ilgililerin istinaf kanun yoluna başvuru hakları varsa ve süresinde başvururlarsa karar henüz kesinleşmemiş olur.

<sup>73</sup> “...İstinaf yoluna başvuran davacı vekili tarafından ilk derece mahkemesince hiç yatırılmayan 98,10 TL başvurma harcı ile ... 35,90 TL istinaf karar harcının HMK 344. maddesine göre bir haftalık kesin süre içerisinde dosyaya yatırılması, aksi halde istinaf isteminden vazgeçmiş sayılacağıın ihtar edildiği, muhtıra tebligatının istinaf yoluna başvuran davacı vekiline 12/10/2018 tarihinde tebliğ edildiği ancak süresi içerisinde istinaf harçların yatırılmadığı ... görülmekle, mahkemenin ‘istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına’ ilişkin kararına karşı davacı vekili tarafından istinafa başvurulduğu, bu başvurusu için istinaf harçlarını yatırmış olduğu, bu harçların yatırılmış olması, esas kararın istinaf başvurusu için kendisine verilen kesin sürede harç yatırılmaması sonucunu değiştirmeyeceği, dolayısıyla mahkemenin davacı vekilinin bir haftalık kesin süre içinde istinaf harçlarını yatırmadığı gerekçesiyle “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına” ilişkin kararının usul ve yasaya uygun olduğu anlaşılmıştır. Bkz. İstanbul BAM 13. HD, E. 2019/90, K. 2019/124, 30.01.2019, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T. 23.11.2024.

### ***c. İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılmasına Karşı İstinaf Kanun Yoluna Başvurulması***

İstinaf başvurusu yapılmamış sayılan taraf veya ilgili, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren iki hafta<sup>74</sup> içinde bu karara karşı istinaf kanun yoluna başvurabilir (HMK m.346/2). Yani istinaf kanun yoluna başvuran taraf, harçların ve/veya gider avansının tam olduğunu, ilk derece mahkemesinin tamamlattırmaya yönelik kararının hukuka aykırı olduğunu, dolayısıyla “başvurusunun kabul edilmeyerek istinaf isteminden vazgeçilmiş sayılması kararının” hukuka aykırı olduğunu iddia edebilir. Ya da tamamlattırma işleminin usulüne uygun olarak yapılmadığını belirterek “başvurusunun kabul edilmeyerek istinaf isteminden vazgeçmiş sayılması kararına” karşı esas hükümden (karardan) ayrı olarak istinaf kanun yoluna başvurabilir.

Bölge adliye mahkemesine yapılacak bu başvuruda, ayrıca hem başvuru harcı hem de karar ve ilam harcı ödenir. Daha açık bir ifadeyle, bu başvuru, ayrı ve başkaca bir karara karşı olduğu için, istinaf kanun yoluna başvuru harcı, karar ve ilam harcı ve gider avansı yatırılmalıdır (HMK m.346). Bu durumda, esas dosya da bu başvuru ile beraber bölge adliye mahkemesine gönderilir.

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı”, istinaf incelemesi talep edilen asıl dava konusu karardan ayrı ve nihai bir karardır. Konusu itibariyle maktu karar ve ilam harcına tabidir. Zira bu kararın konusu, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması olduğu için, usule ilişkin bir karardır. Dolayısıyla konusu usule ilişkin nihai karar olan veya parasal değer ifade etmeyen davalarda hesaplanacak karar ve ilam harcı maktudur (HK Eki 1 Sayılı Tarife A/III, (2)). Bu anlamda, istinafa konu olan asıl davadaki kararın niteliği gereği nispi karar ve ilam harcı hesaplanmış olsa bile, HMK m.346 anlamında istinaf konusu, asıl karar olmadığından, alınacak harç ilk derece mahkemesinin kararında hüküm altına alınan karar ve ilam harcına göre belirlenmez<sup>75</sup>.

### ***d. İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılması Kararının İstinaf Kanun Yolunda İncelenmesi***

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı, HMK m.346/2 hükümlerince istinafa gidildiğinde, bölge adliye mahkemesi “ilk derece mah-

<sup>74</sup> 7499 sayılı Kanununun 37 nci maddesiyle 1/6/2024 tarihinde yürürlüğe girmek üzere bu fıkrada yer alan “bir hafta” ibaresi “iki hafta” şeklinde değiştirilmiştir. Bkz. RG, 12.3.2024, S. 32487.

<sup>75</sup> Aynı görüşte bkz. GÖZÜTOK, s. 211. GÖZÜTOK, ayrıca başvurusunun yapılmamış sayılması kararı süresinde tamamlanmamış harç eksikliği nedeniyle verilmiş ise bu karara karşı istinaf başvurusu yapılması halinde peşin harcın maktu olarak yatırılması yeterlidir. Ancak taraf nispi temyiz harcı yatırmak isterse buna da engel olunmamalı bu harç alınmalıdır. Bu ilerde geri çevirme kararı verilmemesi için önemli olabilecektir. Bkz. GÖZÜTOK, s. 80.



kemesinin istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararını” öncelikle<sup>76</sup> ince-ler. Bölge adliye mahkemesince inceleme, verilen kararda yer alabilecek du-rumlara göre aşağıda belirtildiği şekilde yapılabilir.

**(a) Asıl Davadaki İstinaf Başvurusunda Harç ve Gider Eksikliği Olmadığı ya da Eksiklik Tamamlandığı Halde “İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılmasına” Karar Verilmiş Olması**

Bölge adliye mahkemesince önce HMK m.344 anlamında, esas davada istinaf başvurusu yapılırken istinaf harç ve gider avansının kurallara uygun (eksiksiz) yatırılmış olup olmadığına bakılır. Eğer istinaf başvurusunda bulunan taraf, kurallara uygun (eksiksiz) olarak istinaf harçları ile gider avansını yatırmışsa ya da eksiklikleri tamamlamışsa, ilk derece mahkemesinin HMK m.344 ve 346/2 anlamında aldığı “başvurunun yapılmamış sayılması kararını” kaldırır ve esas dosya yönünden istinaf incelemesine geçer (HMK m.346/2). Başka bir deyişle, ilk derece mahkemesi eksik harç veya avans olmadığı ya da süresinde eksik harç veya gider avansı tamamlandığı halde, başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermiş ise, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin bu kararını kaldırarak ilk istinaf dilekçesinde belirtilen esas ve usul dâhilinde istinaf incelemesini yapar.

Bu durumda “ilk derece mahkemesinin istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” kaldırıldığı ve başvuruda bulunan haklı görüldüğü için başvuru- rucunun başlangıçta yatırdığı maktu karar ve ilam harcının isteği halinde (HK m.31) iadesine karar verilir. Varsa gider avansından harcanmayan kısım da iade edilir. Başvuru harcı iade edilmez.

**(b) Kararı Veren Mahkeme Tarafından Harç ve Avansların Tamamlattırılmasında Usulüne Uygun Bildirim Yapılmadan Karar Verilmiş Olması**

İlk derece mahkemesince, istinaf başvuru harç ve giderindeki eksikliğin tamamlanmasıyla ilgili olarak, başvuran tarafa usulüne uygun bildirim yapılmamış olabilir. Örneğin bildirim ihtarat içermemesi veya açık olmaması, sü- renin veya tamamlatılması istenen tutarın yanlış belirtilmesi gibi.

Böyle bir durumda “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına” karar ve- rilmiş ve bu karara karşı ilgili taraf istinaf kanun yoluna başvurmuştur. Söz konusu karar hukuka uygun olmadığından, HMK m.344 gereği, bölge adliye mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını kaldırmalı ve geri çevrilmesine karar vermelidir. Zira bu durumda ilk derece mahkemesi ilgili tarafa usulüne uygun olarak (HMK

<sup>76</sup> ALBAYRAK / ARSLAN, s. 92.

m.344) yeniden bildirimde bulunarak harç ve/veya gider avansının tamamlanmasını ister. Eğer ilgili taraf süresi için bu eksikliği tamamlar ise, dosya istinaf incelemesi için bölge adliye mahkemesine gönderilir. Aksi takdirde ise ilk derece mahkemesine HMK m.344 uyarınca, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verir<sup>77</sup>.

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı istinafa başvuran tarafın yatırdığı istinaf karar ve ilam harcının isteği halinde iadesine karar verilir. Varsa gider avansından harcanmayan kısım da iade edilir.

**(c) İlk Derece Mahkemesince Usulüne Uygun Bildirim Yapılmış, Fakat Harç ve Gider Avansı Tamamlatılmadan Dosya Bölge Adliye Mahkemesine Gönderilmiş Olması**

İlk derece mahkemesince, istinaf başvurusu sırasında ödenmesi gereken harçlar ile gider avansının hiç yatırılmadığı ya da eksik yatırıldığı tespit edilmiş ve ilgili tarafa usulüne uygun biçimde bildirim yapılmıştır. Fakat harç ve gider avansı tamamlanmadan veya eksiklikler tam olarak giderilmeden, ilgili tarafın istinaf başvurusu kabul edilerek, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş olabilir. Eğer mahkemece dava dosyası, tamamlama süresi bitmeden ve tamamlama yapılmadan bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise, bölge adliye mahkemesince gerekli işlemlerin yapılması için dosyanın ilk derece mahkemesine “geri çevrilmesine” karar verilmelidir (HMK m.352/1(ç))<sup>78</sup>.

**(d) İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılmasına” Karar Verilebilmesi İçin Gerekli Şartlar Oluştığı Halde, Bu Karar Verilmeden Dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine Gönderilmiş Olması**

İlk derece mahkemesince, “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına” karar verilebilmesi için gerekli şartlar olduğu halde, bu karar verilmeden dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş olabilir.

Öğretide<sup>79</sup>, ilk derece mahkemesince HMK m.344 uyarınca usulüne uygun olarak bildirim yapılmasına rağmen, harç ve gider avansı tamamlanmadan ve başvuru-

<sup>77</sup> Ayrıca bkz. ÖZTEK, s. 207; KURTOĞLU, s. 99; ÇİFTÇİ, s. 165, 644-645.

<sup>78</sup> “...- İlk Derece Mahkemesinin 01.09.2023 tarihli ve 2022/696 E., 2023/535 K. sayılı ek kararının ortadan kaldırılmasına, 2- Davalının istinaf talebi yönünden, bu talebe ilişkin harç ve giderler yatırılmış ise makbuzun eklenerek, yatırılmamış ise yatırılması gereken harç ve giderlerin kanunda öngörülen bir haftalık kesin süre içinde talep eden tarafından tamamlanması, aksi halde istinaf başvurusundan vazgeçilmiş sayılacağı konusunda 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 344. maddesi uyarınca ilgili tarafa muhtıra çıkartılarak kanuni süre beklendikten sonra gönderilmesi için dosyanın mahkemesine geri çevrilmesi-ne, 28/12/2023 gününde oy birliğiyle karar verildi...” Bkz. Ankara BAM 9. HD, E. 2023/3846, K. 2023/4988, 17.01.2024.

<sup>79</sup> Bkz. ALBAYRAK / ARSLAN, s. 97; AKKAYA, *İstinaf*, s. 242, 248-249; MERAKLI-YAYLA, Deniz, *Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması*, Seçkin Yayıncılık,

nun yapılmamış sayılması kararı verilmeden, dosya istinaf incelemesi için bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise, bölge adliye mahkemesince ön inceleme aşamasında “başvurunun yapılmamış sayılması kararı” verilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>80</sup>. Hatta benzer başka bir görüşe göre<sup>81</sup>, istinafa başvurulurken yatırılması gereken harçların yatırılmadığının veya eksik yatırıldığının bölge adliye mahkemesince tespit edilmesi halinde, istinaf mahkemesinin bu eksikliği tamamlayabilmesi için tarafa süre vermesi ve süresinde tamamlama yapılmaz ise “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı verebileceği de ileri sürülmüştür.

Yargıtay’ın 05.01.1949 tarihli, 1944/32 esas ve 1949/1 karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>82</sup> harç ve giderler tamamlanmadığı için “temyiz başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” verilmesi gerekirken, bu karar verilmeden dosya temyize gönderilmiş ise, bu durumda temyizde “başvurunun yapılmamış sayılacağına karar verilemeyeceği” belirtilmiştir. Diğer taraftan Yargıtay<sup>83</sup> 12. HD’nce verilen bir kararda ise, başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilmeden dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmişse, bölge adliye mahkemesince “HMK’nın 344 ve 352’nci maddeleri gereği, istinaf masraflarının süresinde yatırılmadığı, dolayısıyla, başvuru şartlarının yerine getirilmediği gerekçesiyle istinaf başvurusunun usulden reddine<sup>84</sup> karar verilmesi gerekeceğini belirtmiştir.

Kanaatimizce, başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilmeden dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise, bölge adliye mahkemesince, HMK m.344 hükmünde belirtilen usule aykırı olarak harç ve gider avansının tamamlanmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin yerine geçilerek “başvurunun yapılmamış sayılması kararı” verilememelidir<sup>85</sup>.

Ankara 2014, s. 58; KURTOĞLU, s. 98-99; ÇİFTÇİ, s. 456-457, 646-647; BOZTAŞ, s. 110; karş. ÖZTEK, s. 204; UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014 s. 1001; GÖZÜTOK, s. 75-76, 91; COŞKUN, s. 204.

<sup>80</sup> “Usulüne uygun bildirim yapıldığı ve eksik harç ve/veya gider tamamlanmadan dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmesi halinde, başvurunun yapılmamış sayılması kararını bölge adliye mahkemesi de verebilir.” Bkz. ÇİFTÇİ, s. 457, 639, 644.

<sup>81</sup> AKKAYA, **İstinaf**, s. 242, 249; BUDAK / KARAASLAN, s. 344; ÇİFTÇİ, s. 201; MERAĞLI-YAYLA, s. 59; ŞAHİN, s. 2682-2683; ÖZEKES / PEKCANİTEZ, **Usul**, s. 2239-2240; ÖZEKES, **Kararlar**, s. 95; KURTOĞLU, s. 99.

<sup>82</sup> Bkz. (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr>, E.T. 23.11.2024.

<sup>83</sup> Bkz. Yar. 12. HD, E. 2019/3993, K. 2019/5844, 09.04.2019, COŞKUN, s. 198-199.

<sup>84</sup> “Zira istinaf başvurusunun usulden reddi kararının verilebilmesi için öncelikle geçerli, harç ve giderleri yatırılmış bir başvurunun olması gerekmektedir. Hâlbuki ortada harçlandırılmış yani caiz bir başvuru yoktur. Dolayısıyla tıpkı davanın açılmamış sayılması kararlarında olduğu gibi, istinaf başvurusunun maddi hukuk ve usul hukuku yönünden doğurduğu tüm sonuçları ortadan kaldıracak şekilde başvurusunun yapılmamış sayılması kararı verilmesi gerekmektedir”. Bkz. ŞAHİN, s. 2683.

<sup>85</sup> Benzer görüş için bkz. ERGÜN, Zafer, **Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü**, İstanbul 2005, s. 18.

Bölge adliye mahkemesince “başvurunun yapılmamış sayılması kararı” verilmesi, en başta HMK m.344’te yer alan “harç ve giderlerin hiç ödenmediği veya eksik ödenmiş olduğu sonradan anlaşılırsa, kararı veren mahkeme tarafından verilecek bir haftalık kesin süre içinde tamamlanması, aksi hâlde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı hususu başvurana yazılı olarak bildirilir.” hükmüne aykırılık oluşturur. Zira harç ve giderlere ilişkin olarak HMK m.344 özel düzenleme getirmiştir. Bu düzenlemeye göre istinaf harç ve gider avansı tamamlanmadığı takdirde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmesidir. Ancak HMK m.344 gereği istinaf kanun yolunda harç ve giderlerin tamamlattırılması işlemleri yapma ve buna yönelik kararları alma yetkisi ilk derece mahkemesine aittir. HMK’da bu yetki kararı veren mahkemeye bırakılmıştır. Kanun koyucu bu kararın Yargıtay veya bölge adliye mahkemesince verilmesini de kabul etmiş olsaydı, yeni Kanunda yerini bulur ve ona göre kanun çıkarılırdı<sup>86</sup>.

Sonuç olarak, harç ve gider avansı eksikliği tamamlanmadığı için “başvurunun yapılmamış sayılması kararı verilmemiş” iken, ilk derece mahkemesi yerine Yargıtay veya bölge adliye mahkemesi tarafından “başvurunun yapılmamış sayılması kararı” verilememelidir<sup>87</sup>. Burada verilecek karar “dosyanın mahkemesine geri gönderilmesine/çevrilmesine” olmalıdır<sup>88</sup>.

İlgili taraf, tamamlattırma süresi geçtikten sonra harç ve giderlerdeki eksikliği tamamlayarak yeniden başvuruda bulunmuş olabilir. Bu halde HMK m.346 gereği, süresinde istinaf kanun yoluna başvurulmayarak kesinleşmiş bir karara karşı istinaf talep edildiğinden, kararı veren ilk derece mahkemesince “istinaf başvurusunun usulden reddine”<sup>89</sup> değil, “istinaf dilekçesinin reddine” karar verilir. Bu durumda dosyanın bölge adliye mahkemesine gönderilmemesi gerekir.

<sup>86</sup> 12. HD bir kararında, harç ve giderin eksikliğinin tamamlanması için ilk derece mahkemesince usulüne uygun olarak süre verildiği halde, süresi geçtikten sonra harç ve gider tamamlanmış, ancak dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise, HMK m.344 ve 352 uyarınca bölge adliye mahkemesinin istinaf başvurusunun usulden reddine karar vermesi gerekeceğine hükmetmiştir. Bkz. Yar. 12. HD, E. 2019/3993, K. 2019/5844, 09.04.2019, ÖZTEK, s. 205-206. Ankara BAM 21. Hukuk Dairesi de bir kararında, ilgili tarafa verilen kesin süre içinde eksik harç tamamlanmadığı için istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar vermiştir. Bkz. Ankara BAM 21. HD, E. 2017/530, K. 2017/804, 23.11.2017, ÖZTEK, s. 206.

<sup>87</sup> Aynı görüşte GÖZÜTOK, s. 91; ERGÜN, s. 18.

<sup>88</sup> Yargıtay 3. HD bir kararında “tebliğ edilen muhtıraya rağmen istinaf harcının yatırılmaması nedeniyle davalının istinaf isteminden vazgeçmiş sayılarak istinaf dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken davalının istinaf talebinin bölge adliye mahkemesince incelenmesini hukuka aykırı bulmuştur.” Bkz. Yar. 3. HD, E. 2021/4175, K. 2022/6, 17.01.2022, COŞKUN, s. 132-133.

<sup>89</sup> “... alacaklı vekilince harç ve masrafın verilen kesin süre geçtikten sonra ... yatırıldığı görülmüştür. Bölge adliye mahkemesince ... istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmesi gerekir...”. Bkz. Yar. 12. HD, E. 2019/3993, 2019/5844, 09.04.2019, COŞKUN, s. 135.

Eğer kararı veren mahkeme, istinaf dilekçesini ret ettiği halde, dosyayı bölge adliye mahkemesine göndermiş ise, bölge adliye mahkemesince bu talep inceleme konusu yapılamaz. Bu durumda bölge adliye mahkemesince istinaf dilekçesinin reddine karar verileceği öğretide ileri sürülmüş<sup>90</sup> ise de, kanaatimizce bölge adliye mahkemesince yapılacak bir işlem olmadığı gibi, zaten kararı veren mahkeme tarafından ret kararı verilmiş bir talep ile ilgili olarak yeniden bölge adliye mahkemesince ret kararı verilmesi doğru olmayacaktır.<sup>91</sup> Burada, asıl davaya ilişkin karara yönelik değil, asıl davaya ilişkin istinaf dilekçesinin reddi kararına yönelik istinaf talebinde bulunulabileceği belirtilerek dosyanın kararı veren mahkemeye “geri çevrilmesine” karar verilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

**(e) İlk Derece Mahkemesince Usulüne Uygun Bildirim Yapılmış, Fakat Harç ve Gider Avansı Süre Geçtikten Sonra Tamamlanmış ve İlk Derece Mahkemesince “İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılması” Kararı Verilmiş, Ancak Bu Karara Karşı Süresinde HMK m.346/2 Kapsamında İstinafa Başvurulmamış Olması**

İlk derece mahkemesinin usulüne uygun bildirimine (HMK m.344) rağmen harç ve giderler tam olarak yatırılmaz veya eksiklik giderilmez ya da süre geçtikten sonra tamamlanırsa, kararı veren mahkeme tarafından “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” verilir ve ilgili tarafa tebliğ edilir (HMK m.344, 346/2). İlgili taraf, “başvurunun yapılmamış sayılması yönündeki ek karara” karşı HMK m.346/2 gereği istinaf yoluna gidebilir. İlgili tarafın bu defa “başvurunun yapılmamış sayılması kararına karşı” süre geçtikten sonra istinafa başvurusu halinde, istinaf dilekçesinin kararı veren ilk derece mahkemesince reddine karar verilir<sup>92</sup>. Zira süresinde kanun yoluna başvurulmadığı için başvurunun yapılmamış sayılması kararı kesinleşmiştir. İstinaf dilekçesinin reddi kararı verilmeden, dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmiş ise bölge adliye mahkemesince “başvurunun yapılmamış sayılması kararına karşı süresinde başvuru yapılmadığı için istinaf dilekçesinin reddine” değil, “başvurunun usulden reddine” karar verilir<sup>93</sup> (HMK m.352/1(c)).

<sup>90</sup> TEMİZEL, s. 354.

<sup>91</sup> “HMK m.352’ye göre, başvuru şartlarının yerine getirilmemiş olması halinde öncelikle gerekli kararların verileceği düzenlenmiş ise de, bu düzenleme bölge adliye mahkemesi hukuk dairesinin, harç ve giderlerin yatırılmaması nedeniyle istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verebileceği anlamına gelmez.” Bkz. GÖZÜTOK, s. 75.

<sup>92</sup> Bu durumda karar kesinleştiği için dilekçe ve ilgili dosya, bölge adliye mahkemesine gönderilmez. Mahkemece verilecek ek karar ile “başvurunun yapılmamış sayılması kararına” karşı süresinde istinaf kanun yoluna başvuru yapılmadığından bu kararın kesinleştiği, ancak asıl karara karşı da geçerli bir kanun yolu başvurusu olmadığından asıl kararın da tebliğ tarihinden itibaren iki hafta sonraki tarihte kesinleştiğine karar verilir.

<sup>93</sup> Yar. 11. HD, E. 2023/5540, K. 2023/6076, 23.10.2023; Yar. 12. HD, E. 2019/3993, K. 2019/5844, 09.04.2019, COŞKUN, s. 157-158, s. 198-199.

İlgili taraf HMK m.344 ve 346/2 gereği “başvurunun yapılmamış sayılması kararına” karşı süresinde istinaf kanun yoluna başvuramaz ise hem bu karar (başvurunun yapılmamış sayılması kararı), hem de asıl davadaki karar da kural olarak kesinleşmiş olur.

(f) Bölge Adliye Mahkemesince, İlk Derece Mahkemesinin İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılmasına İlişkin Kararının Hukuka Uygun Bulunması ve İstinaf Başvurusunun Reddine Karar Verilmesi (HMK m.353, b/1)

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı, istinaf yoluna başvuran taraf, esas davada istinaf harç ve/veya gider avansı yatırmamış veya eksik yatırmış; kendisine usulüne uygun olarak HMK m.344 anlamında bildirim yapılmasına rağmen bu eksiklikleri yine süresinde tamamlamamış olabilir.

İlk derece mahkemesince verilen “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı (HMK m.344) hukuka uygun olduğu için, bölge adliye mahkemesince bu durumun tespiti halinde, HMK m.346/2 anlamında yapılan istinaf başvurusunun reddine karar verilir. Böylece kural olarak, asıl davada istinaf kanun yoluna başvuru hakkı da ortadan kalkmış olur<sup>94</sup>.

İstinaf başvurusunun bölge adliye mahkemesince reddine karar verilmesi halinde, ilgili tarafın, bu karara karşı, temyiz kanun yoluna gidebileceği kanaatindeyiz. Çünkü bölge adliye mahkemesinin bu yöndeki kararının kesin olduğuna ilişkin bir hüküm olmadığından, yani bunu yasaklayan bir hüküm bulunmadığından<sup>95</sup> temyiz kanun yoluna gidilebilmelidir. Zira Kanunlarda açıkça konu bakımından sınırlandırıcı bir hüküm olmadığı müddetçe kararın istinaf veya temyiz edilebilirliği esastır<sup>96</sup>. Zira HMK m.361 ve 362’de konu bakımında kanun yollarına gidilemeyecek kararlar belirtilmiştir<sup>97</sup>. Ayrıca İİK m.363 yanında m.365’te de konu bakımından getirilen sınırlandırmalar mevcuttur.

Eğer temyiz kanun yoluna başvurulmaz ise, “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı” kesinleşmiş olur. Bu kararın kesinleşmesi ile beraber, esas davada verilen hüküm de süresinde geçerli bir kanun yolu başvurusu yapı-

<sup>94</sup> Bkz. ÖZTEK, s. 203, AKKAYA, *İstinaf*, s. 249; ÇİFTÇİ, s. 164, 725; ŞAHİN, s. 2682.

<sup>95</sup> ÖZTEK, s. 204.

<sup>96</sup> Çiftçi, bu durumu “bir kararın kesin olduğuna ilişkin açık kanun hükmü bulunmayan hallerde, kararın istinaf veya temyiz edilebilirliği esastır” şeklinde açıklamaktadır. Bkz. ÇİFTÇİ, s. 163. Diğer yandan bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilmesinin istinaf sistemini zorladığı gerekçesiyle temyiz yoluna gidilememesi gerekeceği de savunulmaktadır. Bkz. AKKAYA, *İstinaf*, s. 249.

<sup>97</sup> İlaveten bkz. HMK m.35, 43, 44, 45, 272, 337 ve İİK m.36, IV, 79/a, 88/a, 265, 290, 293, 359.

larak istinafa gidilmediği için kesinleşmiş olur<sup>98</sup>. Kesinleşme tarihi de ilk derece mahkemesinin verdiği karar için istinafa başvuru süresinin sona erdiği tarihtir. Diğer yandan esas davada, istinafa başvuran taraf kısmen harç ve gider avansı yatırmış ise, giderler düşüldükten sonra varsa geri kalan avansı ile kısmi yatırdığı başvuru harcı ile karar ve ilam harcı isteği halinde iade edilmelidir. Zira ortada yapılmamış sayılan bir başvuru vardır.

HMK m.344 gereği, “verilen kesin süre içinde harç ve giderler tamamlanmadığı takdirde, kararı veren mahkemece başvurunun yapılmamış sayılmasına karar verilmesi” halinde, mahkemenin bu kararı, ayrıca karar ve ilam harcına tabi değildir. Burada harç ve gidere tabi olan, HMK m.346/2 kapsamında yapılacak başvurudur.

### ***e. İstinaf Başvurusunun Yapılmamış Sayılması Kararına Karşı Başvuruda İstinaf Harç ve Giderlerinin Yatırılmamış veya Eksik Yatırılmış Olması***

#### **(a) Başvuru üzerine kararı veren mahkemece yapılacak işlemler**

İlk derece mahkemesince “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması” kararından önce, usulüne uygun bildirim yapılmış, bu bildirimle rağmen belirtilen harç veya gider avansı eksikliği tamamlanmamış olabilir. Bunun üzerine “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması” kararı verilir ve ilgili tarafa tebliğ edilir. İlgili taraf, bu defa “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı HMK m.346/2 gereği gerekli karar ve ilam harcı ile başvuru harcını ve ayrıca gider avansını da hiç yatırmamış veya eksik yatırmış olabilir. Böyle bir durumda ilk derece mahkemesince HMK m.346/2 kapsamında verilen istinaf dilekçesi kabul edilmez; yani dilekçe kaydedilmez. Çünkü HMK m.344 düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olduğu gibi HK m.32, 127 ve 128. maddeler gereği harca tabi işlem, harç yatırılmadan yapılmamalıdır. Bununla birlikte UYAP üzerinden ve gerekse görevlilerce eksik harç ve/veya gider avansı yatırıldığı halde HMK m.346/2 kapsamındaki istinaf başvurusu kayda alınmış ise istinaf başvurusunun yapıldığının kabulü gerekir.

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı istinaf başvurusunda da gerekli harç ve gider avansı yatırılmadığı veya eksik yatırıldığı takdirde ilk derece mahkemesince nasıl bir karar verilmelidir? Örneğin bu başvuruda da yeniden tamamlatma işlemi yapılacak mıdır?

<sup>98</sup> “GÖZÜTOK’a göre, kişi harç ve giderleri yatırmadan başvuru yapmış ise yeniden süre verilmelidir. Yatırmaz ise bu başvurunun da yapılmamış sayılmasına karar vermeye gerek yoktur. Ancak harç ve gider yatırılmadan yeniden böyle bir başvuru yapılmış ise belirtilen miktarda gider (ve harç) yatırıldığı takdirde dosyanın istinaf incelemesi için gönderileceğine şeklinde bir ek karar verilmesi yeterlidir. Bkz. GÖZÜTOK, s. 80.

Çiftçi'ye göre<sup>99</sup> bu durumda “asıl davanın istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararı yanında, bu karara karşı da HMK m.346/2 anlamında istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilir ve dosya artık bölge adliye mahkemesine gönderilmez.

Gözütok'a göre, burada kişi harç ve giderleri yatırmadan başvuru yapmış ise yeniden süre verilmeli; bu süre içerisinde de harç ve gider avansı yatırılmaz veya tamamlanmaz ise, bu defa “başvurunun yapılmamış sayılmasına karar vermeye gerek yoktur”. Ancak harç ve gider avansı yatırılmadan yeniden böyle bir başvuru yapılmış ise belirtilen miktarda gider (ve harç) yatırıldığı takdirde dosyanın istinaf incelemesi için gönderileceğine şeklinde bir ek karar verilmesi yeterli olur<sup>100</sup>.

Kanaatimizce, asıl davada, istinaf harç ve gider avansı eksikliğinin tamamlanmaması nedeniyle verilen, “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı yapılan istinaf başvurusunda da harç ve gider avansının ödenmemesi veya eksik ödenmesi hallerinde, HMK m.344 ve 346/2 kapsamında dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmemelidir. Daha açık bir ifadeyle, istinaf başvurusu yapılmamış sayılan taraf, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içinde harç ve giderleri tam olarak yatırmadan ya da eksik yatırarak yeniden başvuruda bulunsa bile, iki haftalık sürenin dolması ile beraber istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması” kararı kesinleşir. Çünkü istinaf başvurusu yapılmamış sayılan tarafın, bu kararın tebliğinden itibaren iki hafta içinde HMK m.346/2 hükmünce gerekli harç ve giderleri yatırmaksızın veya eksik yatırarak yaptığı başvuru geçerli bir başvuru değildir. Tamamlanması için süre de verilmez. Çünkü HMK m.346/2'de açıkça “gerekli giderler de yatırıldığı takdirde dosya, kararı veren mahkemece yetkili bölge adliye mahkemesine gönderilir” hükmü nedeniyle, dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmemelidir. Zira “ilk derece mahkemesinin istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı istinaf yoluna başvurulabilmesi ve dosyanın istinaf mahkemesine gönderilebilmesi için harç ve giderlerin “tam ve eksiksiz olarak” yatırılmış olması gerekir.

Böyle bir halde kararı veren ilk derece mahkemesi, istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına yönelik kararın kesinleştiği, bunun sonucu olarak asıl davada süresinde geçerli istinaf kanun yolu başvurusu yapılmadığı için asıl davadaki kararın da kesinleştiği belirtilerek ek karar verilmeli ve kesinleşme kaydı

<sup>99</sup> ÇİFTÇİ, s. 456-457, 643 vd.

<sup>100</sup> Bkz. GÖZÜTOK, s. 80.



düşülmelidir. Çünkü Kanun burada ilgili tarafa tekrar tekrar başvuru yaparak işlem yapılmasını isteme hakkı vermez. Bu doğrudan hem hakkın kötüye kullanılması olup hem de dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur.

**(b) HMK m.346/2 Kapsamında Yapılan Başvuruyla İlgili Herhangi Bir Karar Alınmadan Dosyanın Bölge Adliye Mahkemesine Gönderilmiş Olması**

“İstinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına” karşı, istinaf kanun yoluna başvuran taraf, bu başvurusunda da harç ve gider avansı yatırmadığı veya eksik yatırmış olduğu halde, mahkemece herhangi bir karar alınmadan dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş olabilir. Bu halde öncelikle bölge adliye mahkemesi harç ve giderlerin yatırılmamış veya eksik yatırılmış olması nedeniyle dosyanın geri çevrilmesi kararı verir.

Geri çevirme kararının gerekçesi şudur: HMK m.346/2 hükümlerince “istinaf başvurusunun yapılmamış sayılması kararına karşı” yeniden istinaf kanun yoluna başvurabilmek için harç ve gider avansı yatırılması zorunluluğu vardır (HMK m.344, 346/2). Bu başvuruda da harç ve gider avansı yatırılmamış veya eksik yatırılmış olduğu halde dosya bölge adliye mahkemesine gönderilmiş olabilir. Dolayısıyla genel hüküm olan HMK m.344 gereği bir istinaf başvurusunda harç ve gider avansı yatırılmadığından, HK m.32 ve 127 gereği, müteakip işlemler yapılamayacaktır. İlaveten HMK m.352/1(ç) bendi gereği, harçlar ve gider avansı yatırılmadığından, başvuru şartları yerine getirilmemiş<sup>101</sup>, yani HMK m.344 ve 346 hükümleri uyarınca usulüne uygun bir başvuru yapılmamış olduğundan “geri gönderme” kararı verilir. Dolayısıyla HMK m.352/1 gereği, bölge adliye mahkemesince ön incelemede bu durumun tespiti halinde, gerekli (yani geri gönderme, geri çevirme) kararı verilir. Zaten harçları tamamlama yetkisi HMK m.344 gereği münhasıran kararı veren ilk derece mahkemesine aittir.

Bu karar nedeniyle bölge adliye mahkemesince gerek başvuru harcı ve gerekse karar ve ilam harcı ile ilgili herhangi bir karar verilmez. Zira dosya harç ve gider eksikliği nedeniyle ilk derece mahkemesine geri çevrilmiştir. Ayrıca “geri çevirme kararının” kendisi de harca tabi değildir. Çünkü HK Eki 1 Sayılı Tarife gereği harca tabi kararlardan değildir. Yargıtay ve bölge adliye mahkemelerinin uygulaması da bu şekildedir<sup>102</sup>.

<sup>101</sup> Aynı görüşte bkz. ŞAHİN, s. 2680.

<sup>102</sup> Bkz. Yar. 4. HD, E. 2023/7049, K. 2023/10059, 02.10.2023; 11. HD, E. 2021/8195, K. 2021/6633, 29.11.2021; 11. HD, E. 2021/8898, K. 2021/7382, 27.12.2021, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 22.02.2025.

HMK m.346/2 kapsamında yapılan istinaf kanun yolu başvurusunda, geçerli bir başvuru olmaması bir tarafa, harç ve gider avansını tekrar tekrar yatırmayarak veya eksikliği tamamlamayı istinaf kanun yoluna başvuran tarafın, kötüniyetle istinaf yoluna başvuru yaptığı kabul edilmelidir (HMK m.351). Eğer böyle bir tespit yapılırsa istinaf başvurusu kötü niyetle yapıldığı için, bölge adliye mahkemesince<sup>103</sup> HMK m.329 hükümleri uygulanmalıdır. Dolayısıyla yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm da edilebilir.

## **B. Bölge Adliye Mahkemesince Harç ve Gider Avansının Yatırılmadığının veya Eksik Yatırıldığına Tespiti ve Tamamlattırma Usulü**

### **1. Dosyanın Yanlış Bölge Adliye Mahkemesine veya Bölge Adliye Mahkemesinin Yanlış Hukuk Dairesine Gönderilmesi ve Başvuruyla İlişkin Harç ve Giderlere Etkisi**

İstinafa başvuran taraf, istinaf dilekçesinde, bölge adliye mahkemesini ve/veya hukuk dairesini yanlış yazmış olsa bile, kararı veren ilk derece mahkemesi, dosyayı yetkili ve görevli bölge adliye mahkemesine gönderir (HMK m.343/4). Bu defa söz konusu dilekçe, ilk derece mahkemesince yanlış bölge adliye mahkemesine veya yanlış hukuk dairesine gönderilmiş ise HMK m.352/1(a) kapsamında, dosya kendisine gönderilen bölge adliye mahkemesi, yetkili bölge adliye mahkemesine veya ilgili hukuk dairesine gönderme kararı verir. Bu kararlar harca tabi değildir; yani başvurudan yeniden başvuru harcı ile karar ve ilam harcı alınmaz. Zira gönderme kararları bu gibi hallerde görevsizlik kararı olarak değerlendirilemez; bu işlem dava dosyasının bir mahkemeden başka bir mahkemeye devri niteliğindedir<sup>104</sup>.

Aynı hususlar, bölge adliye mahkemesinin iki dairesi arasında uyuşmazlık çıkması halinde, dosyanın Başkanlar Kuruluna gönderilmesi ve Başkanlar Kurulunca karar verilmesi hallerinde de geçerlidir (5235 sayılı Kanun m.35). Söz konusu göndermelerde ve kararlarda da harç ve gider alınmaz. Zira buradaki kararlar, HK Eki 1 Sayılı Tarifede belirtilen ve harç alınmasını gerektiren kararlardan olmadığı gibi, Yargıtay veya Bölge Adliye Mahkemelerinin kendi iç

<sup>103</sup> “Başvurunun kötü niyetli olup olmadığını belirlemek dosya kapsamında bulunan delillere göre bölge adliye mahkemesine aittir.” Bkz. ALBAYRAK / ARSLAN, s. 247.

<sup>104</sup> Bkz. ERTANHAN, s. 165 vd.; GÖZÜTOK, s. 89. “Zira dosyanın geldiği istinaf mahkemesi hukuk dairesi, eğer Başkanlar Kurulu’nun belirlediği iş bölümüne göre (5235 sayılı Kanun m.35/1) görevli değilse, zaten diğer hususları da inceleme imkânı olmayacaktır. Dosya kendisine ulaşan istinaf mahkemesi hukuk dairesi, ön inceleme aşamasında kendisinin bu iş bölümü uyarınca görevli olmadığı kanaatine varırsa, dosyayı görevli gördüğü hukuk dairesine gönderir. Bkz. ŞAHİN, s. 2673-2674.

işleyişi ve dairelerinin iş bölümü ile ilgili hususlardaki kararları da harca tabi kararlardan değildir<sup>105</sup>.

## 2. Bölge Adliye Mahkemesince Ön İnceleme Aşamasında İstinaf Başvurusu İçin Harç ve Gider Avansının Yatırılıp Yatırılmadığının Denetimi

İstinafa başvuruda, harç ve gider avansının tam olarak yatırılıp yatırılmadığının denetlenmesi görevi, öncelikle kararı veren ilk derece mahkemesine aittir. Bu nedenle istinaf harç ve gider avansında herhangi bir eksiklik veya yanlışlığın tespiti halinde kararı veren ilk derece mahkemesince gerekli işlemler yapılır (HMK m.344). Bununla birlikte istinaf harç ve gider avansının denetimi kamu düzenine ilişkin olduğundan, bölge adliye mahkemesince de bu denetim yapılır.

Bölge adliye mahkemesince denetimin yapılacağı ilk safha, ön inceleme safhasıdır. HMK m.352/3'te de belirtildiği üzere “eksiklik bulunmadığı anlaşılan dosya incelemeye alınır”. Başka bir ifadeyle, ön incelemede eksiklik tespit edilmemesi halinde dosya asıl incelemeye alınır, bir eksiklik varsa, esas incelemeye geçilmez<sup>106</sup>. Bu anlamda yargılama giderlerinin (HMK m.344) yatırılması kamu düzenine ilişkin olup, yatırılmamış veya eksik yatırılmış olması hallerinde davalarda sonraki safhaya geçilemez (HK m.32, 127). Başka bir deyişle istinaf yargılaması her şeyden önce usulüne uygun bir istinaf başvurusunun yapılmış olmasını gerektirir<sup>107</sup>.

Kanunun 352/1 (ç) maddesinde “Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi” hükmü yer almış olup, istinafa başvuruda yargılama giderlerinin (harç ve peşin yatırılması gerekli gider avansının) yatırılmaması veya eksik yatırılması başvuru şartlarının yerine getirilmediği anlamına gelir. Yani istinaftaki temel başvuru şartlarından biri olan ve aynı zamanda kamu düzenine ilişkin bulunan husus “istinaf harç ve gider avansının yatırılmasıdır”.

İstinaf başvurusu sırasında alınacak harçlar ile gider avansının yatırılması, kamu düzenine ilişkin ve resen incelenecek hususlardan biri olduğu gibi, bölge

<sup>105</sup> “İstinaf mahkemesinin bu aşamalarda verebileceği karar sadece gönderme kararı olup, bu karar “aidiyet” niteliğinde bir karardır. Dosya kendisine gönderilen mahkeme, tıpkı ilk derece mahkemelerindeki yetkisizlik ve görevsizlik kararlarında olduğu gibi, hukuk dairesinin verdiği bu kararla bağlı değildir”. Bkz. ŞAHİN, s. 2673-2674; ERGÜN, s. 17.

<sup>106</sup> Bkz. ATALI / ERMENEK, *Usul* s. 329 vd.; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, *Usul*, s. 648-649; PEK-CANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 498; ÇİFTÇİ, s. 445 vd.; TAŞPOLAT-TAĞSAVUL, s. 323; AK-KAYA, *İstinaf*, s. 342; ŞAHİN, s. 2668.

<sup>107</sup> ÇİFTÇİ, s. 628; ŞAHİN, s. 2679 vd.

adliye mahkemesi, sadece ön inceleme aşamasında değil, davanın her aşamasında bu yönde tespit yapabilir ve gerekli kararları verebilir.

Bu bağlamda, HMK m.352(1/ç)'ye göre, bölge adliye mahkemesi, istinaf başvuru harçları ve gider avansının yatırılmasıyla ilgili denetimini “Başvuru şartlarının yerine getirilmemesi” hükmü içinde yapabilir. İstinaf başvuru sürecinde harç ve gider avansının hesaplanmasında şekli bir denetim söz konusu olup istinafa ilişkin harç ve gider avansının tam olarak yatırılıp yatırılmadığına bakılır. HMK m.344 hükümlerine göre yatırılması gereken harç ve gider avansı eksik ise tamamlanılmak üzere dosya kararı veren ilk derece mahkemesine geri çevrilir (HMK m.352/1(ç)).

Bununla birlikte istinaf karar ve ilam harcının hesaplanmasına esas alınacak olan ilk derece mahkemesinin asıl davada belirlediği harçların doğru belirlenip belirlenmediğine ön inceleme aşamasında bakılmaz. Zira ilk derece mahkemesince verilen karar ile beraber, söz konusu davada alınması gereken harçların kurallara uygun olarak alınıp alınmadığı hususu, “kanun yolu denetiminde esas yönünden denetimin” bir parçasıdır. Dolayısıyla HMK m.352/3 gereği, dosya incelemeye alındıktan sonra harç ve giderlere ilişkin esas yönünden denetim yapılabilir. Çünkü bölge adliye mahkemesinin ön inceleme aşaması, ilk derece mahkemesinin kararının esas yönden incelenmesine girmeye engel teşkil eden şekli hususların olup olmadığına bakılan bir aşamadır<sup>108</sup>. İlk derece mahkemesince verilen hükümde harçlara ilişkin hukuka aykırı karar verilmişse, asıl incelemeye geçildikten sonra, esasa ve usule ilişkin verilecek diğer kararlarla birlikte, harçlara ilişkin karar da verilir (HMK m.353).

### **3. Bölge Adliye Mahkemesince Asıl İnceleme Aşamasında İstinaf Başvurusu İçin Harç ve Gider Avansının Yatırılıp Yatırılmadığının Denetimi**

Kural olarak asıl inceleme, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapılır. Ancak, bölge adliye mahkemesi kamu düzenine aykırılık gördüğü takdirde, istinaf incelemesi sırasında bu durumu resen gözetir (HMK m.355). Bu bağlamda başvuru aşamasında yatırılması gereken harç ve gider avansının yatırılmamış veya eksik yatırılmış olduğu, ön inceleme aşamasında tespit edilememiş olabilir. Dolayısıyla harç ve gider avansının yatırılmamış veya eksik yatırılmış olduğu asıl inceleme sırasında anlaşılmış ise, bu durum kamu düzenine ilişkin olduğundan istinafta esas incelemesine geçilmiş olmasına rağmen, bu

<sup>108</sup> “Ön inceleme aşamasında esasa ilişkin bir inceleme yapılmaz.” Bkz. KURTOĞLU, s. 88.

aşamadan sonra başkaca işlem yapılmaz<sup>109</sup>, yani bu tespitin yapılmasından sonra müteakip işlemler yapılamaz (HK m.32, 127; HMK m.344).

Bölge adliye mahkemesinin istinaf kanun yoluna başvuru için yatırılması gereken harç ve gider avansının yatırılmadığının veya eksik yatırıldığının tespiti kararı ile beraber, harç ve gider avansının tamamlattırılması amacıyla dosya kararı veren ilk derece mahkemesine gönderilir. Bu gönderme kararı, yani istinaf başvuru harç ve giderlerinin eksik yatırılmış veya hiç yatırılmamış olduğuna yönelik kararlar, harca tabi değildir. Ancak posta ve tebligat gideri yapılacaksa, varsa kullanılmamış gider avansından karşılanır; avansın bulunmaması halinde maliye hazinesinden karşılanır.

## SONUÇ

Dava açılması ve çekişmesiz yargı işlerine başvurularda olduğu gibi, ilk derece mahkemelerince hüküm verildikten sonra kanun yollarına başvurulması Hukuk Muhakemeleri Kanununa ve temel olarak Harçlar Kanununa göre, yargı harçlarına tabidir. İlâveten istinaf incelemesi için yapılabilecek masraflar için gider avansı da ödenmesi zorunludur.

Harçların bir kısmı istinaf kanun yoluna başvuru dilekçesinin verilmesi sırasında peşin ödenmekte, bir kısmı da istinafta karar verilmesinden sonra ödenir. Ayrıca istinaf sürecinde yapılan işlemlere bağlı olarak ödenen harçlar da vardır. Ancak istinafa başvuru sırasında alınacak karar ve ilam harcının nasıl belirleneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamakta, uygulama Yargıtay'ın içtihadı birleştirme kararı doğrultusunda yürütülmekte; ilk derece mahkemesince alınmasına karar verilen karar ve ilam harcı istinaf başvurusunda da esas alınmaktadır. Özellikle ilk derece mahkemelerince verilen kararlarda karar ve ilam harcının yanlış belirlenmesi veya eksik hesaplanması hallerinde sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Yasa koyucu tarafından Harçlar Kanununda veya Hukuk Muhakemeleri Kanununda alınacak harcın türü ve miktarı yanında harcın nasıl hesaplanacağı konusunda açık ve tartışmaya mahal vermeyecek bir düzenleme yapılmasında yarar bulunmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda harçların ve gider avansının ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde ilgili tarafa kesin süre verilmekte, tamamlanma-

<sup>109</sup> ŞAHİN'in de belirttiği gibi, ön incelemenin amacı doğrultusunda, ön incelemede değerlendirilen hususlar istinaf başvurusunun caizliği ile ilgili olduğundan inceleme aşamasında da göz önüne alınabilmeli ve tespit edilecek eksiklikler hakkında ön incelemede verilmesi gereken kararlar her aşamada verilebilmelidir. Bkz. ŞAHİN, s. 2673.

ması halinde başvurudan vazgeçmiş sayılacağı bildirilmektedir. Harç ve giderlerin ödenmemesi veya eksikliğinin tamamlanmaması halinde istinaf başvurusunun yapılmamış sayılmasına karar verilmektedir. Bu hususta Harçlar Kanununda da genel anlamda bir hüküm bulunmakta ve söz konusu hükme göre harçlar ödenmedikçe davada başka safhaya geçilememekte, yani yargılama süreci devam ettirilememektedir.

Bu bağlamda başvurucuya “istinaf başvurusu yapılmamış sayılması” kararının tebliğ ile birlikte, tekrar bu karara karşı istinaf kanun yoluna gidilmesi halinde, bu başvuru için de harç ve gider avansı eksik yatırılmış veya hiç yatırılmamış ise “her defasında tamamlatma işlemi yapılacak mı” sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda kanun koyucunun HMK m.344’ün atfıyla, HMK m.346/2 gereği yapılacak başvuruda harç ve gider avansı ödenmediği takdirde yeniden tamamlama işlemi yapılamayacağı ve “istinaf başvurusu yapılmamış sayılması” kararının kesinleşeceği yönünde düzenleme yapılmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- AKİL, Cenk, **İstinaf Kavramı**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- AKKAYA, Tolga, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2009.
- AKTEPE ARTIK, Sezin, “İstinaf Kanun Yolunda Kamu Düzeni Kavramı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Y. 2018, S. 134, s. 257-292.
- ALBAYRAK, Adem, **Hukukta İstinaf Uygulaması**, 3. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- ALBAYRAK Adem, / ARSLAN, Cihat, **Hukukta İstinaf Uygulaması**, Adalet Yayınevi, İstanbul, 2016.
- BOZTAŞ, Nevzat, **Türk Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Aristo Yayınları, İstanbul, 2020.
- ASLAN AKYOL, Leyla, “Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 Tarihli Kararı Çerçevesinde Yargı Harçlarına İlişkin Bazı Sorunlar ve Güncel Gelişmeler.”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, S. 1, s. 32-52.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema / HANAĞASI Emel, **İcra ve İflas Hukuku**, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR-AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, 10. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim, **Medeni Usul Hukuku**, 6. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim, **İcra ve İflas Hukuku**, 7. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2024.
- ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, 8. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- BUDAK, Cem / KARAASLAN, Varol, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2023.

- ÇİFTÇİ, Murat Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf**, 3. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- COŞKUN, Mahmut, **Hukuk Yargılamasında İstinaf ve Temyiz**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis, “İstinafa Başvuru Şartları”, **MİHBİR** 15. Antalya Toplantısı, 6-7 Ekim, 2017, Ankara 2018.
- ERGÜN, Zafer, **Bölge Adliye Mahkemeleri Hukuk Dairelerinde Yargılama Usulü**, İstanbul, 2005.
- ERMENEK, İbrahim, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yürürlüğe Girmesinden Sonra Yargılama Giderlerine İlişkin Olarak Ortaya Çıkan Bazı Güncel Sorunlar ve Usul Ekonomisi İlkesi.”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **MİHBİR Özel Sayısı**, (2014), s. 215-243.
- ERTANHAN, Mesut, **Yargılama ve Takip Giderleri**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- ERTANHAN, Mesut, **Kamu Görevlilerinin İmza, Paraf ve Elektronik İmzalarından Doğan Sorumlulukları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- GÖRGÜN, L. Şanal / BÖRÜ, Levent / KODAKOĞLU, Mehmet, **Medeni Usul Hukuku**, 13. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- İPEKÇİ, Nizam, **Hukuk, Ceza ve İdari Yargıda İstinaf Yargı Düzenine İlişkin Atıflar**, Ankara 2016.
- KADAYIFÇI, Derya Ece, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2020.
- KARADEMİR AYDEMİR, Dilek, **Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi**, 2. Bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KARAASLAN, Varol, “HMK m.353/1-a Üzerine Bir İnceleme”, **DÜHFD**, Y. 2017, C. 22, S. 37, s. 219-239.
- KARAASLAN, Varol, “Kanun Yolları Sistemine Eleştirisel Bir Bakış”, **MİHDER**, Y. 2019/2, C. 15, S. 43, s. 441 vd.
- KAYA, Hasan, **Yargılama Giderleri**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022.
- KIYAK, Emre, **Davanın Açılmasının Usul Hukukuna İlişkin Sonuçları**, Legal Yayınları, Ankara, 2014.
- KOÇYİĞİT, İlker, “Davanın Açılması ve Dilekçeler Aşaması”, **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Y. 2015, S. 2, s. 39-58.
- KURTOĞLU, Tülin, **Özel Hukukta İstinaf ve Denetimi ve Uygulaması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2017.



- KURU, Baki, **Hukuk Usulü Muhakemeleri**, C. II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- KURU, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C. IV, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2001.
- KURU, Baki / AYDIN, Burak, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- MERAKLI YAYLA, Deniz, “**Medeni Usul Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Yeniden Tahkikat Yapılması**”, Ankara, 2014.
- ÖZBAY, İbrahim / OKUMUŞ, Nagehan, “Kanun Yollarına İlişkin Son Değişiklikler ve Yargı Kararları Işığında Medeni Usul Hukukunda Katımlı Kanun Yolu”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 349-379.
- ÖZEKES, Muhammet / BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, **Deliller ve Hüküm Eksikliği Yönünden İstinaf İncelemesi ve Kararı**, HMK 353/1-a-6, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- ÖZEKES, Muhammet, “İstinaf İncelemesi Sonunda Verilecek Kararlar”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde İstinaf, Antalya 6-7 Ekim 2017, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı XV, Ankara 2018.
- ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi (İstinaf ve Temyiz)**, TBB Yayını, 2. Bası, Ankara, 2011.
- ÖZEKES, Muhammet, 100 Soruda Medeni Usul Hukukunda Yeni Kanun Yolu Sistemi İstinaf ve Temyiz, Ankara 2016.
- ÖZMUMCU, Seda, “Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi” **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Y. 2012, C. LXX, S. 2, s. 183-206.
- ÖZTEK, Selçuk, **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ÖZTÜRK, İlhami, “Bir Hükümün Bozulmasını Takiben Verilen Kararda Yargı Harcından Bozulan Hüküm Dolayısıyla Ödenmiş Olan Harcın Mahsubu.” **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2015, C. 5, S. 2, s. 139-164.
- ÖZTÜRK, İlhami, “Süresinde Ödenmeyen Karar ve İlam Harçlarına Gecikme Zammı Uygulanması.” **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. XX, S. 1, s. 573-607.
- ÖZTÜRK, İlhami, **Mahkeme Harçları**, 2. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, 12. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.
- PEKCANITEZ, Hakan, / ATALAY, Oğuz, / SUNGURTEKİN-ÖZKAN, Meral / ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku (Ders Kitabı)**, 11. Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2024.

- PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku (Temel Bilgiler)**, 18. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2024.
- PEKCANITEZ, Hakan, **Medeni Usul Hukuku**, C. II, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan, **Medeni Usul Hukukunda Feri Müdahale**, DEÜHF Yayını, İzmir 1992.
- RUHİ, Canan / RUHİ, Ahmet Cemal, **Uygulamada Yargı ve İcra Harçları**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, **Dosyanın İşlemden Kaldırılması**, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- ŞAHİN, Çağatay Serdar, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Uyarınca İstinaf Yargılamasında Ön İnceleme Aşaması”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 2659-2701.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. I, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C. II, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- TAŞPOLAT TAĞSAVUL, Melis, “İstinaf İncelemesi Sonucunda Verilecek Kararlar”, **TBBD**, Y. 2018, S. 4, s. 313-355.
- TERCAN, Erdal / RÜZGARESEN, Cumhuriyet, “Harçlar Kanunu m.28/a ve m.32’nin Mahkeme Kararları ve Yeni Kanuni Düzenlemeler Işığında Değerlendirilmesi”, **Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2010, C. XIV, S. 1-2, s. 137-167.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, C. I-II, 6. Basım, Alfa Basım Yayın, İstanbul, 1997.
- YAVAŞ, Murat, **Medeni Usul Hukukunda Temyiz**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- YILDIRIM, M. Kamil, **Hukuk Devletinın Gereği-İstinaf**, Nesil Matbaacılık, İstanbul 2000.
- YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C. II, Yetkin Yayıncılık, 4. Bası, Ankara, 2021.
- YILMAZ, Ejder, **İstinaf**, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- YILMAZ, Zekeriya, **Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekâlet Ücreti**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2010.
- YÜCEL, Mehmet, **İstinaf Kanun Yolu**, Legal Yayın Evi, Ankara, 2023.

# Yapay Zekanın Konteyner Yolu ile Yük Taşımacılığına Etkileri: Akıllı Konteynerlerin Ulusal ve Uluslararası Kurallar erevesinde Hukuki Yansımaları<sup>(\*)</sup>

Effects of Artificial Intelligence on Cargo Transportation Via Container: Smart Containers and Legal Reflections within the Framework of National and International Rules

Ayça UÇAR<sup>(\*\*)</sup>

## z:

Dünya ticaretinin %80'inden fazlası okyanuslarda gerçekleşmektedir. Dolayısıyla konteyner taşımacılığı küresel tedarik zincirlerinin temelini oluşturmaktadır. Konteyner ile yk taşımacılığından kaynaklanan yk hasarları; sorumluluğun kime ait olacağı, alınması gereken tedbirler ve tarafların karşılaştıkları hukuki sorunlar deniz ticareti hukukunun en çok tartışılan konuları arasındadır. Günümüzde taşımacılıkta teslimatları hızlandırmak, yk kaynaklı zarar risklerini azaltmak gibi nedenlerden dolayı yapay zeka (YZ) teknolojisi kullanılmaya başlanmıştır.

Özellikle, akıllı konteynerler tedarik zincirlerinde devrim yaratma konusunda umut vaat etmektedir. Değişen ve gelişen teknolojiler ışığında akıllı konteynerlere yüklenen yükün güvenli olarak taşınması için içeriği, durumu, adedi yapay zeka teknolojisi ile saptanabilecektir. Yine, varma limanında yükün eksik çıkması ya da zarara uğraması halinde zararın taşıma sırasında mı yoksa yükleme/boşaltma sırasında mı gerçekleştiği ve uğranılan zarardan kimin sorumlu olacağı akıllı konteynerlere entegre edilen yapay zeka teknolojisi ile belirlenebilecektir. Bununla birlikte, yapay zeka, kargo ağırlığı ve hacmi, gemi stabilitesi ve liman altyapısına ilişkin verileri analiz ederek kargo yükleme ve boşaltma işlemine optimize etmek, kargo dağıtımını, hızlandırmak, kazaları önlemek ve verimliliği artırmak gibi nedenler ile günümüzde taşımacılıkta tercih edilmeye başlanmıştır. Halihazırda, konteynerleri akıllı hale getirmek için blok zincir teknolojisi, internet of things ("IoT") gibi yapay zeka teknolojileri kullanılmaktadır.

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 05.07.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 27.02.2025

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1660213>

Bu makaleye atıf için: UÇAR, Ayça, "Yapay Zekanın Konteyner Yolu ile Yük Taşımacılığına Etkileri: Akıllı Konteynerlerin Ulusal ve Uluslararası Kurallar erevesinde Hukuki Yansımaları", **İMİHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 389-423

<sup>(\*\*)</sup> *Dr.*, Reading Üniversitesi UK, Hukuk Fakültesi, Reading-İngiltere

E-posta: [aycaucar@hotmail.co.uk](mailto:aycaucar@hotmail.co.uk)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3308-053X>

Bu çalışmada, yapay zeka teknolojisi ve akıllı konteynerlerin deniz taşımacılığına etkileri ve mevcut kanuni düzenlemelere ve uluslararası kurallara etkisi, akıllı konteynerlerin kullanımı ile birlikte uluslararası düzenlemelerde değişikliklerin gerekip gerekmeyeceği konuları incelenecektir.

### **Anahtar Kelimeler:**

Yapay Zeka Teknolojisi, Akıllı Konteyner, Kargo Taşımacılığı, Blokzincir Teknolojisi, Uluslararası Kurallar.

### **Abstract:**

More than 80% of world trade takes place in oceans. For this reason, container transportation forms the basis of global supply chains. Container-related cargo damages, responsibility of the parties, prevention methods and legal problems of the parties mostly discussed in Maritime Law. Today, artificial intelligence (AI) technology has begun to be used in transportation such as accelerating deliveries and reducing the risks of cargo-related damage. In particular, smart containers hold promise for revolutionizing supply chains. In the light of changing and developing technologies, the safe transportation of the cargo loaded into smart containers will be possible by determining its content, condition and number with artificial intelligence technology, and in case the cargo is missing or damaged at the destination port, it will be possible to determine whether the damage occurred during transportation or during loading/unloading and who will be responsible for the damage suffered. Likewise, Artificial Intelligence has begun to be preferred in transportation today such as optimizing the cargo loading and unloading process, accelerating cargo distribution, preventing accidents and increasing efficiency by analyzing data on cargo weight and volume, ship stability and port infrastructure. Currently, artificial intelligence technologies such as Blockchain technology, internet of things ("IoT") are used to make containers smart.

In this study, the effects of artificial intelligence technology and smart containers on maritime transportation and their impact on existing legal regulations and international rules will be examined, as well as whether changes will be required, especially in international regulations, with the use of smart containers.

### **Keywords:**

Artificial Intelligence Technology, Smart Container, Cargo Transportation, Blockchain, International Rules.

## **GİRİŞ**

Yüklerin tek bir konteyner içerisinde gemi, demiryolu ve karayolu yolu ile çok uzak mesafelere taşındığı intermodal taşımacılıkta, "akıllı konteyner" in ortaya çıkışı, verimliliği ve güvenilirliği önemli ölçüde artıran bir teknolojik devrim niteliğinde olmuştur. Yüklerin bu kadar çeşitli taşıma modelleri arasında taşınmasının zorluklarıyla karşı karşıya kalındığında, yapay zeka teknolojisi ile birlikte uzaktan yükün durumunun yani hacminin, sıcaklığının takip edilebileceği akıllı konteynerlerin kullanımı çok önemli bir hale gelmiştir. Yük ilgililerinin konteyner içerisinde taşınan yük hakkında doğru ve güncel bilgiye ihtiyaç duyması, birden fazla tarafın dahil olması nedeniyle geleneksel metodlar ile yük takibinin çok zorlaşması, yükün taşıma sırasında mı yoksa yükleme/boşaltma

sırasında mı zarara uğradığının tespitinin karmaşık hale gelmesi, yapay zeka teknolojisi ile inşa edilen ve yükün anlık durumunu gösteren akıllı konteynerlere ihtiyaç duyulmasını beraberinde getirmiştir.

Tedarik zinciri gereksinimleri geliştikçe, gelen yük akışını doğru bir şekilde takip etmek, artan talepleri karşılamak ve öngörülemeyen zorluklara hızlı bir şekilde çözüm getirmek için ileri teknolojiyle donatılmış akıllı konteynerler, küresel lojistik yönetimini, takibini ve yük taşımacılığının güvenliğini geliştirerek dönüştürücü bir çözüm sunmaya başlamıştır.

Bu makalede, geleneksel konteynerlerde karşılaşılan hukuki sorunlar, halihazırdaki ulusal ve uluslararası hukuk kuralları incelenecek, yapay zeka (YZ), akıllı konteynerler (*smart containers*) ve avantajları hali hazırdaki hukuki mevzuatın yeni teknoloji ile uyumlaştırılması için gerekli düzenlemeler üzerinde durulacaktır.

## I. DENİZ YOLU İLE KONTEYNER TAŞIMACILIĞI

### A. Tarihçesi

15. yüzyılda yüklerin hangarlarda çuvallarda taşınması, yükleme/boşaltma işlerinin hem emek hem de çok zaman alması neticesinde yüksek maliyetler ile karşılaşılması sorununa çözüm getirmek amacı ile 1930'lu yıllarda Malcolm McLean satın aldığı tankerlerden birisini konteyner gemisine dönüştürmüştür. Gemi ilk seferini New Jersey'den yüklediği 58 konteyner ile Houston'a doğru yapmış ve bu sefer ilk modern konteyner taşımacılığının başlangıcı olmuştur<sup>1</sup>. O günden sonra konteyner yolu ile yük taşınması uygun maliyetli olması ve yüklerin çeşitliliği ve taşımada yüklerin zarar görme riskinin azaltılması bakımından tercih edilen bir taşımacılık sistemi olmuştur<sup>2</sup>.

1960'lı yıllarda, limanlardaki yoğunluk, iş gücünde ortaya çıkan sorunlar transit taşıma sürelerinin uzamasına sebep olmuştur. Özellikle Avrupa ve ABD arasında taşıma süreleri ayları bulmuştur. Denizcilik firmaları yüklerin çeşitliliğinin fazla olması dolayısı ile 20'lik standart konteyner boyutlarına sığamayacak yük ebatları ile karşıkarşıya kalmış ve bu tür yükler konteynerleşme sürecini de devre dışı bırakmıştır. Ancak süreç içerisindeki gelişmeler farklı ebatlar-

<sup>1</sup> BİCAN, Buğrahan, **Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zararlardan Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 42.

<sup>2</sup> TAŞKIN, Melda, **Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu**, 1. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023, s. 9.

daki yüklerin de taşınabilmesini mümkün kılmış, konteyner taşımacılığının destekleyenlerin bile öngörülerini aşan sonuçlar ortaya çıkmıştır. Mesela, konteynerin icat edilmesinden önce gemiler dört ila altı gün limanlarda beklerken iki yıl gibi kısa bir süre içerisinde bekleme süreleri %10'a düşmüştür. Yine günümüzde artan teknolojik gelişmeler ile birlikte bekleme süreleri saatler ile ölçülebilecek bir konuma gelmiştir<sup>3</sup>. Konteynerin taşımacılıkta yaratmış olduğu devrime en çok katkı sağlayan etken bilgisayar teknolojilerindeki gelişmedir. Mikroçiplerin kullanılmaya başlaması sayesinde 1970'li yıllardan itibaren bilgisayar ve konteyner taşımacılığı birbirine paralel bir şekilde gelişmiştir. Konteynerlerin denizde ve karada takibi, daha fazla veri aktarımının daha hızlı şekilde işlenmesi, ve bu hareketlere konu olan fatura vb. belgelerin doğru bir şekilde hazırlanması konteyner hareketlerinin daha doğru bir şekilde kontrol edilmesi ihtiyacı, bilgisayar teknolojilerinin gelişimi ve iletişim teknolojilerinin gelişimini hızlandırmış, dijitalleşme akıllı konteyner, blockchain teknolojisi gibi bir çok devrimin yolunu açmıştır<sup>4</sup>.

### 1. Konteynerin Tanımı ve Konteynerler hakkında Uluslararası Sözleşmeler

90'lı yıllarda, ülkemizde konteyner taşımacılığına ilişkin özel girişimlerin yaygınlaşmaya başlamasına rağmen, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda ("TTK") konteynerin tanımının yapıldığı bir düzenleme yoktur. Sadece, "TTK'nin" Deniz Ticareti Kitabında konteyner ile ilgili düzenlemeler, eşyanın konteyner içerisinde taşınması durumunda sorumluluk sınırının ne olacağına ilişkin TTK m.1186/3 ve gemi alacaklısı hakkı veren hallerin düzenlendiği TTK 1320/1(e)'de yer alan hükümlerden oluşmaktadır<sup>5</sup>. Yine, Kanundaki pek çok düzenlemenin kaynağını oluşturan Hamburg Kuralları veya Lahey/Visby kurallarında da konteyner tanımlanmamıştır. Buna karşılık, Rotterdam Kurallarında konteynerin tanımı yer almaktadır<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> BİCAN, s. 44.

<sup>4</sup> TÜRKEL, "Taylan, taşıyanın tedarik ettiği konteynerin yüke elverişsizliğinden kaynaklanan ziya veya hasardan doğan sorumluluğu" (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGUS-TAYLAN-TURKEL.pdf>, E.T. 04.12.2024, s. 2472.

<sup>5</sup> TAŞKIN, s. 17.

<sup>6</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf>, E.T. 04/12/2024; Rotterdam Rules Article 1(26); "Container" means any type of container, transportable tank or flat, swapbody, or any similar unit load used to consolidate goods, and any equipment ancillary to such unit load.

Konteynerin tanımı bazı uluslararası sözleşmeler ve düzenlemelerde de mevcuttur. Örneğin 1972 tarihli Türkiye'nin de 1993 tarihinde taraf olduğu Gümrük Sözleşmesi<sup>7</sup>, Uluslararası Denizcilik Örgütü ("*International Maritime Organization*") tarafından konteynerlerin elleçlenmesi ve taşınması sırasında can ve mal güvenliğini sağlamak, konteyner taşımacılığını kolaylaştırmak, konteynerlerin muayene ve kontrol esaslarını belirlemek, operasyonel gereklilikler ile emniyet ve güvenliğe ilişkin hususları uluslararası alanda düzenlemek amacı ile 1972 tarihli Emniyetli Konteynerler Hakkında Uluslararası Sözleşme (*International Convention for Safe Containers-CSC-IMO 1972*) düzenlenmiştir<sup>8</sup>. 2013 yılında Resmi gazetede yayınlanmış ve Ağustos 2014 yılında ise Türkiye Cumhuriyeti bakımından yürürlüğe girmiştir.

Buna göre, CSC'de konteyner tanımına bakıldığında 2/1'de konteyner, "*kalıcı karakterde ve bundan dolayı tekrar kullanım için uygun yeterlikte sağlamak, (b) arada yeniden elleçleme olmaksızın, bir veya daha fazla ulaştırma türü ile malların ulaştırmasını kolaylaştırmak için özellikle dizayn edilmiş, (c) bağlanmak ve/veya kolaylıkla elleçlenmek için dizayn edilmiş, bu amaçlar için köşe tertibatına sahip; (d) dört dış taban köşesi tarafından kapsanan aşağıdaki büyüklükte alanı olan; (i) en az 14 metrekare (150 fit kare), veya (ii) eğer üst köşe tertibatı yerleştirilmişse, en az 7 metrekare; bir taşıma eşyası teçhizatı anlamına gelir.*"<sup>9</sup> IMO tarafından düzenlenen ve Türkiye için de yürürlüğe girmiş olan bu konvansiyonun en temel iki amacı kabul edilebilir test prosedürleri ve ilgili dayanıklılık gerekliliklerini sağlayarak, konteynerlerin taşınması ve elleçlenmesinde yüksek düzeyde insan hayatının güvenliğini sağlamaktır. Diğeri ise tüm taşıma şekillerine eşit şekilde uygulanabilecek tek tip uluslararası güvenlik düzenlemeleri sağlayarak, konteynerlerin uluslararası taşımacılığını kolaylaştırmaktır. Bu şekilde, farklı ulusal güvenlik düzenlemelerinin çoğalmasından önlenilecektir<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> "1972 Konteyner ile İlgili Gümrük Sözleşmesi" (Çevrimiçi) <http://www.nuansgumruk.com/wp-content/uploads/2018/03/1972-konteynerle-iligili-gumruk-sozlesmesi.pdf>, E.T. 13.06.2024.; (Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Uluslararası Eşya Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi). 11/12/2008'de BM Genel Kurulu'nda kabul edilen bu sözleşme, 23/9/2009'da Rotterdam'da imzalanmıştır. Uluslararası Sözleşmenin açıklamalı çevirisi için bkz. SÜZEL, C./DAMAR, D.: Kısmen veya Tamamen Deniz Yoluyla Eşyanın Milletlerarası Taşınması Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Rotterdam Kuralları), **BATİDER** 2010, C. 26, S. 2, s. 149-240.

<sup>8</sup> ALGANTÜRK LİGHT, D., "Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar (s. 17-27) **İKÜHF-HAD**, Y. 2017, C. 16, S. 2, s. 15.

<sup>9</sup> "Emniyetli Konteynerler için Uluslararası Sözleşme" (Çevrimiçi) <https://www.avrupadenizcilikkursu.com/emniyetli-konteynerler-icin-uluslararasi-sozlesme/icerik/138>, E.T. 21.04.2024.

<sup>10</sup> "International Convention for Safe Containers (CSC)" (Çevrimiçi) [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-Safe-Containers-\(CSC\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-Safe-Containers-(CSC).aspx), E.T. 12.05.2024.

1972 tarihli, Türkiye'nin 1993 tarihinde taraf olduğu Gümrük Sözleşmesi madde 1(c)'de yer alan konteyner tanımına göre, “*taşıma işlerinde kullanılan (büyük sandık, müteharrik sarnıç veya benzerleri) ve; (i) İçerisine eşya koymak için bir kompartıman oluşturacak şekilde tamamen veya kısmen kapatılmış; (ii) Sürekli kullanım özelliğine sahip ve buna uygun olarak defalarca kullanılacak kadar sağlam; (iii) Yeniden yüklenmesini gerektirmeden, bir veya daha fazla taşımacılık türü ile eşyanın taşınmasını kolaylaştıracak şekilde özel olarak imal edilmiş; (iv) Özellikle bir taşımacılık türünden diğerine transfer hallerinde pratik kullanım özelliğine sahip biçimde yapılmış; (v) Kolayca doldurup boşaltılabilecek şekilde imal edilmiş; ve (vi) İç hacmi bir metre küp veya daha fazla olan bir taşıma aracı; anlamındadır*”<sup>11</sup>.

Yine, Eşyanın Deniz yolu ile Kısmen veya Tam Olarak Taşınmasına Yönelik Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (*United Nation Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or partly by Sea-Rotterdam Rule 2009*) madde 1(26). fıkrada konteyner şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Container means any type of container, transportable tank or flat, swapbody, or any similar unit load used to consolidate goods, and any equipment ancillary to such unit load.*”<sup>12</sup> Bu tanımda konteyner kavramı, “her türlü konteyner, taşınabilir tank veya düz, takas gövdeli veya benzeri herhangi bir birim yük ve bu birim yüke yardımcı olan herhangi bir ekipman” olarak değerlendirilmiştir.

Son olarak, Uluslararası Ölçü ve Standartlarında (ISO, “*International Organization for Standardization*”) konteyner kavramı yukarıda açıklanan CCS VE CSC konvansiyonları ile benzerdir<sup>13</sup>. ISO'nun konteyner tanımı standart yük konteyner sisteminin her çeşidini kapsamaktadır. Taşıma faaliyetlerini hızlandırmayı amaçlayan konteyner taşımacılığında, yükleme, boşaltma, istifleme faaliyetleri uluslararası mevzuatta belirlenen konteyner boyutları dikkate alınarak özel olarak üretilmiş araçlarla sağlanmaktadır. Bu nedenle uygulamada, konteyner tip ve boyutlarının standart olması önem taşır<sup>14</sup>. Çalışmamın ileriki bölümlerinde detaylı olarak incelenecek olan Akıllı konteyner tiplerine göre bahsedilen tüm uluslararası kurallarda ve konvansiyonlarda tanımın revize edilmesi gerekli olacaktır.

<sup>11</sup> “1972 Konteyner ile ilgili Gümrük Sözleşmesi” (Çevrimiçi) <http://www.cemkabdan.av.tr/tr/tasima/konteyner/>, E.T. 12/04/2024.

<sup>12</sup> “United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea” (Çevrimiçi) <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/rotterdam-rules-e.pdf>, E.T. 12.05.2024.

<sup>13</sup> BİCAN, s. 44.

<sup>14</sup> HEPGÜLERLER, Ezgi, **Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanlarının Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 21.



## B. Deniz Yolu ile Konteyner Taşımacılığında Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Tarafların Sorumluluğunu Düzenleyen Uluslararası Sözleşmeler

### 1. Uluslararası Sözleşmeler

Yüklerin Konteyner yolu ile taşınmaya başlaması, denizcilikte yaşanan gelişmeler, dünya ticaretinin %90'dan fazlasının deniz yolu ile gerçekleşmesi, dünya denizlerinin kalabalık olması, hava ve deniz şartlarındaki değişiklikler, yükleme, boşaltma ve istifleme sırasındaki tedbirsizlikten kaynaklanan çok çeşitli sebepler, deniz kazalarını ve özellikle konteynerle ilgili yük hasarlarının oluşmasını beraberinde getirmiştir. Bu gibi durumlar özellikle taşıyan, taşıtan ve gönderilen için bir takım hukuki sorunlar ortaya çıkarmıştır. Donatanlar charter-parti ve konişmentolara koydukları sorumsuzluk şartları ile yük ilgililerinin hukuki taleplerini önleme yoluna geçmişler, bu durum bir tarafın güçlü diğer tarafın da zayıf duruma düşmesine ve karışıklığa yol açmıştır. Bu nedenle, haksız durumu engellemek için yeknesak kurallara ihtiyaç duyulmuştur. İlk tepki Amerika Birleşik Devletlerinde 1893 yılında yürürlüğe giren "Harter Act" ile ortaya çıkmış ve taşıyanın sorumluluğuna ilişkin hükümler getirilerek sorumsuzluk kayıtlarına sınırlamalar getirilmiştir<sup>15</sup>. Uluslararası Hukuk Derneği (*International Law Association*, "ILA") tarafından düzenlenen konferansta sorumsuzluk kayıtlarına birtakım sınırlamalar getirilmiş ancak bu kurallar tavsiye niteliğini aşmamış, bunun üzerine 1924 tarihinde Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (*International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading and Protocol of Signature*) bu alandaki ilk uluslararası Konvansiyon olmuştur<sup>16</sup>. Zaman içerisinde Lahey kuralları<sup>17</sup> güncelliğini yitirmiş ve bazı yönleri ile ekonomik ve ticari gelişmeler karşısında yetersiz kalmaya başlamıştır. Özellikle konteyner taşımacılığının artması, konvansiyonda öngörülen parça başına sorumluluk sınırının enflasyon neticesinde değersiz kalması ve zarar ihbar süresinin çok kısa olması gibi sorunlar Lahey Kurallarında değişiklik yapılması zaruretini doğurmuştur. 1968 tarihlerinde Visby'de toplanan diplomatik konferansta "Konişmentoya Dair Bazı Kaidelerin Birleştirilmesi Hakkında 25.08.1924 tarih-

<sup>15</sup> BİCAN, s. 117; BOLCA, Tunca, **Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 23; BAATZ, Yvonne, **Maritime Law**, 5. Basım, Informa Law, 2021, s. 132.

<sup>16</sup> BAATZ, s. 132.

<sup>17</sup> International Convention for the Unification of Certain Rules of Law relating to Bills of Lading ("Hague Rules"), and Protocol of Signature (Çevrimiçi) <http://www.admiraltylawguide.com/conven/haguerules1924.html>, E.T. 29.11.2024.

li Brüksel Sözleşmesinin Tadiline Dair Protokol (“Visby Protokolü”) kabul edilmiştir<sup>18</sup>. 1979 tarihli ikinci protokol ile özel çekme hakkı (ÖÇH) (*Special Drawing Rights, SDR*) Visby protokolü 4/5(c)’de “container clause” ile yük taşınmasında palet, konteyner veya benzeri bir aracın kullanıldığı hallerde bu araçların içeriklerinin konişmentoda belirtilmesi ile her bir konteynerin ve içindeki ünitelerin paketlenildiği durumda her bir paketin koli ya da parça olarak değerlendirilebilme olanağı sağlanmıştır<sup>19</sup>.

Lahey-Visby Kuralları, kargo taleplerinden kaynaklanan anlaşmazlıklara, yasal olarak uygulanabilir veya sözleşmeye bağlı olarak charterpartilere özel kloz (“clause Paramount”) olarak dahil edilebilir. Bunlar, 1971 tarihli Yüklerin Deniz Yoluyla Taşınması (*Carriage of Cargo by Sea COSGA*)<sup>20</sup> kanunu ile düzenlenen COGSA 1971’de öngörülen ölçüde zorunludurlar. Yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun hazırlanmasında Lahey-Visby Kuralları dikkate alınmıştır<sup>21</sup>. Buna göre, TTK m.932’de geminin denize, yola ve yüke elverişliliği ilişkin kapsamlı bir düzenleme mevcuttur. Ancak TTK m.1141’de ise denize, yola ve yüke elverişlilik kavramlarının tanımı yapılmamış olup taşıyanın navlun sözleşmesinden dolayı sorumluluğu düzenlenmiştir<sup>22</sup>. Öğretide, “geminin denize elverişliliği”, geminin deniz yolu ile yük taşınmasına konu teşkil eden yükle yapacağı yolculuğun beklenmedik ve olağanüstü tehlikeler hariç olmak üzere olağan ve beklenen deniz ve hava koşullarına karşı koyabilecek şekilde olması olarak tanımlanmaktadır<sup>23</sup>.

Lahey-Visby Kurallarının zorunlu olmadığı durumlarda, bunlar taşıma sözleşmesine bağlı olarak Konşimentonun charterparti şartlarını içermesi durumunda dolaylı olarak Lahey-Visby Kuralları uyuşmazlık durumunda uygulanabilir<sup>24</sup>.

<sup>18</sup> BOLCA, s. 26.

<sup>19</sup> ŞAMLI, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik” (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97847>, E.T. 12.03.2024; TÜRKEK, Taylan, “taşıyanın tedarik ettiği konteynerin yüke elverişsizliğinden kaynaklanan ziya veya hasardan doğan sorumluluğu” (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGUS-TAYLAN-TURKEL.pdf>, E.T. 11.02.2024; BRIDGE Michael, **Benjamin’s Sale of Goods**, 10. Baskı, Sweet & Maxwell, s. [18-011].

<sup>20</sup> Carriage of Goods by Sea Act 1971 (çevrimiçi) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1971/19>, E.T. 28.11.2024.

<sup>21</sup> UÇAR, Ayça, “Lahey-Visby Kuralları Uyarınca Taşıyanın Yüke Karşı Asli Yükümlülüklerinin Saptanması: Yüke Özen Borcu İçin “Sound System”in Benimsenmesi ve “İspat Yüğü” Açısından Yeni Gelişmeler”, (s. 27-52) **UTDER Y.** 2021, C. 10, S. 1, s. 27.

<sup>22</sup> TAŞKIN, s. 116; MERTOL, Can, **Deniz Ticaret Hukuku Ders Kitabı** 1. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 21; KENDER Rayegân/ÇETİNGİL Ergon/YAZICIOĞLU Emine, **Deniz Ticareti Hukuku, Temel Bilgiler**, 16. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, p. 208.

<sup>23</sup> SÖZER, Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku** 1 6. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2022, s. 3.

<sup>24</sup> KARA, Hacı, **Roterdam Kurallarına Göre Taşıyanın Ziya Hasar ve Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, 2015, s. 6.

Lahey-Visby madde 3(1)<sup>25</sup> taşıyanın gemiyi denize, yola ve yüke elverişli halde bulundurma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Madde 3(1) uyarınca taşıyan yolculuktan önce ve yolculuğu başlangıcında;

- a) Gemiyi denize elverişli hale getirmek;
- b) Yeterli sayı ve nitelikte gemi adamı bulundurmak
- c) Gemiyi uygun şekilde donatmak, ambarlarını, soğutma tesisatını ve diğer tüm kısımlarını yükün kabulüne ve güvenli olarak taşınmasına uygun halde bulundurmak için gereken özeni göstermekle yükümlüdür.

Lahey-Visby kuralları charterpartilere ve konşimentolara dahil edilebilir. Bu durumda kurallar, taşıyanlara, sözleşme öncesinde ve başlangıcında gemiyi denize uygun hale getirmek için gereken özeni gösterme yükümlülüğü getirmektedir<sup>26</sup>. Taşıyanın, geminin uygun şekilde personel ve teçhizata sahip olduğundan ve ambarlarının kargoyu almaya uygun olduğundan emin olması gerekmektedir. Taşıyanın gemiyi denize elverişli halde bulundurma yükümlülüğü çoğu mahkeme kararı bakımından “makul özen gösterme yükümlülüğü” olarak yorumlanmıştır<sup>27</sup>. Örneğin, *The Muncaster Castle*<sup>28</sup> davasında Gemi, Avustralya’dan Londra’ya yaptığı yolculuk sırasında ağır hava ve deniz koşullarıyla karşılaşmış ve geminin 5 No.lu alt ambarındaki yük deniz suyunun ambara sızması ile zarar görmüştür. Yapılan incelemede deniz suyu girişinin vana kapaklarındaki sızıntıdan kaynaklandığı tespit edilmiştir. Bu kapaklar, geminin Birleşik Krallık’tan Avustralya’ya olan önceki yolculuğundan önce vanaların incelenmesinin hemen ardından değiştirilmiştir, ancak mahkeme, sabitleme somunlarının uygunsuz şekilde takıldığını tespit etmiş ve bu nedenle, gemi sahibinin Lahey-Visby Kuralları 3(1) uyarınca sorumluluğuna karar vermiştir.

Yine, Lahey-Visby madde II kural 1(b) geminin, uygun şekilde personel, teçhizat ve malzemeye sahip olmasını gerektirir. Mürettebat yeterli, nitelikli ve eğitilmiş olmalıdır. Ayrıca mürettebatın, ilgili gemide fiilen yerine getirmek üzere görevlendirildikleri görevleri yerine getirebilecek niteliklere sahip olmaları gerekmektedir. Denizde Can Güvenliği Sözleşmesi’nin bir parçası olan Gemi

<sup>25</sup> CHUAH, Jason, “**Law of International Trade**” 5th ed. Sweet & Maxwell Ltd, s. 360; YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, (479-496) **İÜHF M Y.** 2013, C. 71, S. 2, s. 479.

<sup>26</sup> KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2020, s. 220.

<sup>27</sup> *Riverstone Meat Co Pty Ltd v Lancashire Shipping Co Ltd (The Muncaster Castle)* [1960] 1 QB 536.

<sup>28</sup> *The Muncaster Castle* [1960] 1 QB 536.

Adamlarının Eğitimi, Sertifikasyonu ve Vardiya Tutma Standartları 2010 (The Standards of Training, Certification and Watchkeeping of Seafarers 2010, which is part of the Safety of Life at Sea Convention), mürettebatın yeni gelişmelere ve teknolojiye ayak uyduracak şekilde sürekli olarak eğitilmesini gerektirmektedir<sup>29</sup>. Mesela, *The Star Sea*<sup>30</sup> davasında, kaptan, nitelikli ve çok tecrübeli olmasına rağmen, gemide yangınla mücadele ekipmanlarını kullanma konusunda eğitim almamıştır. Yangın çıktığında yangın söndürme ekipmanını yeterince hızlı kullanamamış ve gemi tamamen zarara uğramıştır. Olayda mahkeme seferin başlangıcında gemiye yeni kurulan bir yangın söndürme sisteminin nasıl kullanılacağı konusunda ne kaptanın ne de gemi personelinin eğitilmediği ve sefer sırasında çıkan yangında, yangın söndürme sistemini zamanında çalıştıramadıklarından dolayı yangının kısa zamanda geminin diğer alanlarına da yayılarak hem yük hem de geminin zarar görmesinden dolayı gemi sahibinin gemiyi denize elverişli olarak sefere çıkarmak sorumluluğunu yerine getirmediğini tespit etmiş ve tedbirli bir taşıyandan beklenen gerekli özeni göstermediğinden bahisle gemi sahibinin sorumluluğuna karar vermiştir.

Son olarak, son yıllarda İngiliz Yüksek Mahkemesinin (The United Kingdom Supreme Court) en tartışmalı kararlarından olan *Volcafe Ltd and another v Compania Sud Americana de Vapores SA*<sup>31</sup> davasında dokuz adet torbalanmış kahve çekirdeği sevkiyatı, Kolombiya'dan Almanya'ya 20 adet havalandırmasız konteynerle taşınmıştır. Taşıyan tarafından düzenlenen konişmento Lahey Kurallarını kapsamaktaydı ve konişmento taşıyanın kargoyu iyi düzen ve koşulda teslim aldığına ilişkin şerh içeriyordu. Taşınan kahveler nemi çeken (higroskopik) bir yük olarak değerlendirilmiş ve nemi depolaması ve yayabilmesi sebebi ile havalandırmasız ve havalandırılmalı konteynerlerin ikisinde de taşınmaya uygun olduğuna değinilmiştir. Ancak havalandırmasız konteyner ile davaya konu kahve çekirdeklerinin daha sıcak iklimlerden daha soğuk iklimlere taşınırken nem yayma riski olduğundan dolayı, taşıyan nemden kaynaklanabilecek hasarlara karşı bir önlem olarak konteynerleri ambalaj kağıdıyla (*craft paper*) kaplamıştır. Bu önleme rağmen, tahliye sırasında, konteynerlerin içinde oluşan ve yüklerin üzerine düşen nem nedeniyle 20 konteynerden 18'indeki yük nemden dolayı ıslanarak zarar görmüştür. Yük sahipleri, taşıyanın Lahey Kuralları Madde III.2 kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürerek taşıyana

<sup>29</sup> BAATZ, Yvonne: **Maritime Law**, 5. Baskı, Informa law 2015, s. 138.

<sup>30</sup> *manifest shipping co. ltd. v. uni-polaris insurance co. ltd. and la reunion européenne (the "star sea")* [2001] UKHL/1[2001] 1 Lloyd's Rep. 389.

<sup>31</sup> *Volcafe Ltd and another v Compania Sud Americana de Vapores SA* [2018] UKSC 61.

karşı dava açmıştır. Taşıyan, kahve çekirdeklerinin belirlenen yolculuğun olağan gidişatına dayanamayacağı gerekçesiyle, hasarın tek sebebinin kahve çekirdeklerinin karakteristik özelliğinden kaynaklanan bir kusur olduğunu, nemden korumak için ne kadar ambalaj kağıdı kullanılırsa kullanılsın sonucun değişmeyeceğini iddia etmiştir<sup>32</sup>. İlk derece mahkemesi, ispat yükünün taşıyanda olduğunu ve taşıyanın Lahey Kurallarının 3. maddesinin ikinci fıkrasını ihlal ettiğini, olayda nemden dolayı yoğunlaşmayı önlemek için yeterli ambalaj kağıdı kullanıldığının ispat edilemediğini belirtmiştir. Mahkeme davada taşıyanın yükleri uygun şekilde taşıma yükünü yerine getiremediğine karar vermiştir.

Olayda İstinaf mahkemesi, taşıyanın sorumluluktan kurtulabilmesi için Lahey kuralları m.4(2)'de belirtilen sorumsuzluk hallerinden birinin olayda meydana geldiğini ispatlaması gerektiğini belirtmiştir. Mesela, Lahey kuralları madde IV(2)'de yükün karakterinden ileri gelen "içten bozulmanın" varlığını ispatladığı ölçüde sorumluluktan kurtulabilecektir. Başka bir deyişle, taşıyanın gerekli tüm önlemleri alsa bile yükün kendisinden kaynaklanan sebeplerden dolayı olağan deniz ve hava koşullarına dayanamayacağını kanıtlaması gerekmektedir<sup>33</sup>.

Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararına uyarak taşıyanın bütün önlemleri alsa da kahve çekirdeklerinin zarara uğramasını engelleyemeyeceğini ispat edemediğinden bahisle taşıyanın sorumluluğuna karar vermiştir. Kanımca, kahve çekirdekleri akıllı konteyner ile taşındıysa taşıyanın sorumlu olmadığına ilişkin ispat yükümlülüğü kolaylaşacak, asıl zararın kaynağının saptanması kolaylaşacağı için *Volcafe* davasında İngiliz Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karar taşıyan lehine değişebilecekti. Lahey-Visby kurallarının taşıyanın sorumsuzluk hallerini düzenleyen IV (2)'inci maddesi gerçek amacını sürdürebilecekti.

Yine, sıcaklık değişiklikleri nedeni ile nemden ve rutubetten zarar gören yükü konu alan *TM Noten BV v Harding*<sup>34</sup> davasında deri eldivenler Hindistan'dan Rotterdam'a taşınmak üzere konteynere yüklenmiş ancak Hindistan'daki muson yağmurları ve Rotterdam'daki soğuk hava değişiklikleri nedeniyle konteynerin üzerinde oluşan suyun deri eldivenlerin üzerine düşmesi so-

<sup>32</sup> OĞİS, Sinem, KAFEERO, Edward, "Volcafe Case - Common Law vs.Visby Hague Rules: Is It One Versus Another? (*Volcafe Davası - Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Lahey Kuralları: Kurallar Birbirleri ile Çatışıyor mu?*) (s. 749-757) **YUHFD**, Y. 2020, C. 18, s. 751; OĞİS, Sinem, "Lahey Kuralları ve Volcafe Davası Türk Hukuku Açısından Bakış (s. 1865-1868) **THD**, Y. 2020, C. 15, S. 169, s. 1867.

<sup>33</sup> TAŞKIN, Melda, "Inherent Vice of the Goods" Exception in the frame of "Volcafe Ltd and Others v. Compania Sud Americana de Vapores SA" Decision: An Assessment under Turkish-German Law, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, vol. 0, no. 73, 2023, pp. 121-133. (çevrimiçi) <https://doi.org/10.26650/annaes.2023.73.0003>, E.T. 19.12.2024.

<sup>34</sup> *TM Noten BV v Harding* [1990] 2 Lloyd's Rep 283 at p. 287.

nucu eldivenler varma limanında konteyner açıldığında ıslak, çürümüş ve tamamı ile zarar görmüş olarak bulunmuştur. Yük sahibi Lahey-Visby Kuralları m.3 uyarınca taşıyana dava açmıştır. Davada aslında deri eldivenlerin konteynerle ıslak olarak konulduğu ortaya çıkmıştır. Yine davada akıllı konteyner ile taşıma yapılmış olsaydı taraflar uzaktan konteynerin içerisindeki sıcaklık, nem ve rutubet seviyesinin anlık değişimini izleyerek yükün taşıma sırasında durumunda bir değişiklik olup olmayacağını görebilecekler ve zararın nerede ve ne zaman meydana geldiği daha kolay saptayabileceklerdi. Tarafların hukuki sorumluluğu konusundaki karmaşıklık ortadan kalkabilecekti.

## 2. Türk Hukuku

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun hazırlanmasında Lahey-Visby kurallarının dikkate alındığına yukarıda değinmiştik. Buna göre TTK'da geminin denize, yola ve yüke elverişsiz olması sebebi ile taşıyanın sorumluluğu TTK m.1141'de düzenlenmiştir. TTK m.1141(1) uyarınca, "her türlü navlun sözleşmesinde taşıyan, geminin denize, yola ve yüke elverişli bir hâlde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. (2) Taşıyan, yükle ilgili olanlara karşı geminin denize, yola veya yüke elverişli olmamasından doğan zararlardan sorumludur; meğerki, tedbirli bir taşıyanın harcamakla yükümlü olduğu dikkat ve özen gösterilmekle beraber, eksikliği yolculuğun başlangıcına kadar keşfe imkân bulunmamış olsun"<sup>35</sup>.

## 3. Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Sorumluluk

TTK m.1141'de yüke elverişlilik tanımına yer verilmemiş, ancak TTK m.932'de<sup>36</sup> denize, yola, yüke elverişlilik bir bütün olarak ayrı fıkralar halinde düzenlenmiştir. Maddedeki denize, yola ve yüke elverişlilik konusunda taşıyanın ne zaman sorumluluğunun başlayacağı, konteynerlerin yüke elverişsizliğinden kimin sorumlu olacağı önemlidir. Zira TTK'da taşıyanın konteynerleri yüke elverişli halde bulundurmamakla yükümlü olduğuna dair bir düzenleme mevcut değildir. Bununla birlikte, geminin bir bölümü olarak kabul edilmeyecek ve taşıyan tarafından temin edilecek konteynerler bakımından TTK m.1141'deki hükümlerin kıyasen uygulanması öngörülebilir<sup>37</sup>. Konteynerin delik olması, içinin kirli olma-

<sup>35</sup> Türk Ticaret Kanunu (çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6102&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T 22.04.2024; KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon/YAZICIOLU, Emine, **Deniz Ticareti Hukuku** 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 388.

<sup>36</sup> TTK m.932(1)(3) Soğutma tesisatı da dâhil olmak üzere, eşya taşımada kullanılan kısımları eşyanın kabulüne, taşınmasına ve muhafazasına elverişli olan bir gemi "yüke elverişli" sayılır. Bu tanım Lahey Visby Kuralları'nın 3. maddesinin yansımaları olarak Kabul edilebilir.

<sup>37</sup> TAŞKIN, s. 299.

sı, böceklenmesi, koku sinmesi, soğutmalı konteynerde jeneratörün devreye girmesi ve daha sonra durması, bozulabilir gıdalar bakımından yeterli havalandırma ve soğutma sistemine sahip olmaması gibi nedenlerden dolayı konteynerin yüke elverişsiz olmasından söz edilebilir. Ancak konteynerin elverişsizliği sebebi ile ortaya çıkan ziya ve hasarlar bakımından taşıyanın TTK m.1141’de düzenlenen şekilde geminin başlangıçtaki elverişsizliğinden sorumlu tutulabilmesi konteynerin işlevine verilecek anlama ve onun gemi ile bağlantısına bağlıdır.

Konteyner geminin bir bölümü olarak değerlendirildiğinde konteynerdeki elverişsizlikte geminin elverişsiz olarak değerlendirilmesine yol açacaktır. Taşıyanın konteynerin yüke elverişsizliğinden sorumlu olması için konteynerin kimin tarafından tedarik edildiği, sorumluluğun kimde olacağı bakımından bir ölçüt olarak değerlendirilmektedir. Konteynerin yük ilgilileri tarafından tedarik edildiği durumda, konteyner geminin bir parçası olarak kabul edilmeyecek ve taşıyanın sorumluluğundan bahsedilmeyecektir<sup>38</sup>.

Konteyner çoğu zaman taşıyan tarafından tedarik edilmektedir. Diğer taraftan, yük ilgilileri kendilerine ait (“*shipper owned container*”) veya üçüncü kişilerden kiraladıkları konteynerleri de kullanabilmektedirler<sup>39</sup>. Konteynerin yüke elverişsizliğinden dolayı yükün zarar görmesi tazminat davasında genel olarak uygulamada, taşıyanlar konişmento veya deniz yük senedinde yer alan tam dolu konteyner taşınması “Full Container Load” (FCL) veya eşyanın parsiyel olarak konteynerde taşındığını ifade eden “Less Container Load” (LCL) kaydı uyarınca riskin kimde olacağı konusunu tespit edebilirler. Mesela, FCL konteyner taşımalarında, konteyner yüklenmek üzere yükletenin işyeri deposuna gönderilmekte ve burada yükleten tarafından doldurulmakta, kapatılarak mühürlenmekte ve gemiye yüklenmek üzere liman bölgesine taşınmaktadır. Bu nedenle FCL taşımalarda yüklenip mühürlenmiş konteynerler yükletenin hakimiyet alanından çıkıp taşıyanın hakimiyet alanına girmekle taşıyanın konteyner içerisindeki eşya bakımından TTK m.1178 uyarınca “yüke özen yükümlülüğü” ve yüklenmiş haldeki konteynerler bakımından “başlangıçtaki mevcut olan elverişliliği devam ettirme yükümlülüğünün mevcut olduğunu kabul etmek gerekir<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> TÜRKEL, Doğuş Taylan, “Taşıyanın tedarik ettiği Konteynerin Yüke Elverişsizliğinden Kaynaklanan Zıya ve Hasardan Doğan Sorumluluğu”, s. 2488, (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGUS-TAYLAN-TURKEL.pdf>, E.T. 17.06.2024.

<sup>39</sup> TÜRKEL, s. 2479.

<sup>40</sup> TAŞKIN, S. 315; Yargıtay’ın 2018 yılında verdiği (11. Hukuk Dairesi kararında 2016/10471 E., 2018/4700 K.) kararında, FCL kaydı ile emtianın davalı taşıyan tarafından tedarik edilmiş konteynere yükleten tarafından yüklendiği, mühürlenerek taşıyana teslim edildiği görülmüştür. Yargıtay, konteynerin elverişsizliğini geminin bir parçası sayarak geminin yüke elverişsizliği olarak nitelendirmiş ve TTK

Yine konteynerin taşıyan tarafından tedarik edildiği FCL taşımalarında taşıyan tarafından yükletene veya onun temsilcisine temin edilen konteynerler onlar tarafından eşya ile doldurulmakta, kapalı ve mühürlü olarak taşıyana teslim edilmektedir. Bu durumda taşıyan konteynerin içeriğini kontrol etme şansına sahip değildir<sup>41</sup>. LCL konteyner taşımada ise, konteyner taşıyan tarafından temin edilir. Taşıyan yükletenden teslim aldığı eşyayı kendisi tarafından kullanılan konteynera yerleştirir ve eşyayı varma limanına taşır.

Sonuç olarak, konteyner taşımacılığında sorumluluğunun başladığı anın saptanması önem taşır. Buna göre, taşıyanın taşınmak üzere yükü teslim aldığı anın tespiti sorumluluk açısından büyük önem taşımaktadır. Uygulamada çoğu kez konteyner hasarı ve konteyner içerisindeki yükün hasara uğradığı iddiası ile taşıyana davalar açıldığı görülmektedir<sup>42</sup>. Halbuki konteyner taşımacılığının çeşidine göre hasarın hangi taşıyıcının sorumluluğu altında gerçekleşmiş olduğunun tespiti gerekir. Ayrıca, taşıyanın başlangıçtaki elverişsizlikten sorumluluğunu düzenleyen TTK m.1141'in uygulama alanı bulabilmesi için yüke elverişsiz olan konteynerin geminin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir. Aynı durum Lahey Kuralları m.3.1(c) için de geçerlidir<sup>43</sup>.

Konteyner taşımaları sadece deniz üzerinde taşımada ibaret olmamakta, yük kararlaştırılmış bir yerden alınıp, limana veya limandan depoya ya da doğrudan gönderilenin işyerine taşınabilir. Bu açıdan konteyner taşımacılığı, limandan limana (*port to port*), kapıdan kapıya (*door to door*) çeşitlerinden biri çerçevesinde gerçekleştirilir. Söz konusu değişik taşıma şekillerinde teslim, taşıyanın yükü limanda taşınmak üzere alması ile başlar. Öğretide taşıyan yüklü konteynerin kendisine teslimi öncesindeki taşımalardan sorumlu olacağını taahhüt etmedikçe, yüklü konteynerin kendisine teslimi öncesinde zarara uğramasından sorumlu değildir<sup>44</sup>.

---

m.1141'e göre taşıyanın yüklemenin başladığı andan yolculuğun başladığı ana kadar olan zaman dilimi içerisinde sorumlu olduğunu, konteynerdeki elverişsizliğin yüke elverişsizlik kapsamına girdiğini ve bu nedenle yüke gelen zarardan taşıyanın sorumluluğuna hükmetmiştir.

<sup>41</sup> TAŞKIN, s. 315; TÜRKEL, s. 2478.

<sup>42</sup> ALGANTÜRK LİGH, D., "Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar", (s. 17-27) İKÜHF-HAD, Y. 2017, C. 16, S. 2, s. 15; BİCAN, s. 125; *Volcafe Ltd and another v Compania Sud Americana de Vapores SA* ([2018] UKSC 61; davada torbalanmış ve konteyner yoluyla taşınan kahve çekirdeklerinin varma limanında ıslak çıkmasının asıl nedeninin Lahey-Visby kuralları m. IV (2)'de taşıyanın dayanacağı istisnalardan biri olan yükün kendi karakteristik özelliğinden dolayı olağan hava sıcaklığındaki değişimlere bağlı olarak nemden zarar görüp bozulmasını taşıyanın sorumsuzluğunu yeterli şekilde ispatlayamadığı gerekçesi ile İngiliz Yüksek mahkemesi taşıyanın sorumluluğuna hükmetmiştir.

<sup>43</sup> TÜRKEL, s. 2502.

<sup>44</sup> ALGANTÜRK, LİGH, s. 21-22.



#### 4. Taşıma Sözleşmelerine ve Konişmentolara Konulan Kayıtlar ve Taşıyanın Sorumsuzluk Halleri

Konteyner taşımalarında, taşıyanın sorumluluğunun tespiti açısından konteynerin kime ait olduğu, yükün konteynerlere kimin tarafından doldurulduğu, taşıyanın konteyner içerisindeki yükün detaylarından bilgisi olup olmadığı, konteynerin kimin huzurunda kapatılıp mühürlendiği, konteynerin taşıma sırasında açılıp açılmadığı, hasarın hangi safhada gerçekleştiğinin tespiti gereklidir<sup>45</sup>. TTK 1178/1 maddesinde düzenlenen bazı yükümlülükler ve bu yükümlülüklerden doğan sorumluluklar yük ilgililerine aktarılabilir. Konteyner taşımacılığında konteynerler mühürlenir ve taşıyana teslim edilir, ayrıca konişmentoda, konteyner numarası içindeki emtianın özellikleri belirtildikten sonra “sealed lashed” kaydına yer verilir. Bu kayıtlar konteynerin mühürlenerek teslim alındığına karine oluşturur. Yine Konişmentolarda uygulamada “yükleme, istif, sayım yükleyen tarafından yapıldı” (“*shipper’s load stow and count*”) kaydına da yer verilmektedir. Bu durumda konteyner içi istif yükleyen tarafından yapılır ve taşıyana kapalı şekilde teslim edilir. Taşıyan, yükün konteynere yerleştirilmesi, istiflenmesi ve yüklenmesinde TTK’nın 1178. maddesi kapsamında sorumluluğunu bertaraf edebilir<sup>46</sup>.

Yine taşıma sözleşmelerine ve konişmentolara konulan FIO (*Free in and Out Klotu*) veya bunun bir aşama daha ileri götürülmüş olan şekli FIOS (*Free in Out and Stowed*) kayıtları taşıyanın yükleme, istif ve boşaltmadan kaynaklanan bir sorumluluğu olmayacağına ilişkin kayıtlardır. FIO klotunda, taşıyan yükleme ve boşaltma işlerini ve keza masraflarını üstlenmez; yükleme taşıyan ve boşaltma gönderilen tarafından yapılır. FIOS klotunda ise, istif masrafları da taşıyan tarafından üstlenilir<sup>47</sup>. TTK m.1143’te kural olarak yükleme faaliyeti ve yükleme giderlerinin taşıyana ait olduğu fakat sözleşmeyle aksinin kararlaştırılabileceği düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Yine, Lahey Kurallarının uygulandığı durumlarda da Lahey-Visby m. III(2)’de taşıyanın yükleme, istif ve boşaltma sorumluluğunu yükletene yada gönderilene aktarabileceği açıklanmıştır<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> ALGANTÜRK, LIGHT, s. 18-19.

<sup>46</sup> BİCAN, s. 133; ALGANTÜRK LIGHT, s. 20.

<sup>47</sup> SÖZER, s. 426.

<sup>48</sup> CÖMERT, Venüs, **Taşıyanın Gemiyi Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul, 2022, s. 336.

<sup>49</sup> *Renton v Palmyra* 1957 AC 149.

Örneğin *Jindal Iron & Steel Co v Islamic Solidarity Shipping Co*<sup>50</sup> davasında taşıma sözleşmesi FIOST kaydı taşımaktaydı ve İngiliz Yüksek Mahkemesi (House of Lords) söz konusu kaydı taşıyan lehine yorumlamış ve taşıyan yük zararından sorumlu tutulmuştur.

*Yine Dodwell & Co Ltd v. British Dominions General Insurance Company Limited*<sup>51</sup> davasında Çin'den İngiltere'ye varil petrol yükü taşınmıştır. Hasarın nedeninin, tenekelerin orijinal olarak nemli ambalajda paketlenmesi nedeniyle paslanması ya da üretim sürecinde tespit edilemeyen bazı kusurlar olduğu ileri sürülmüştür<sup>52</sup>. *Gee and Garnham Ltd. v Whittall*<sup>53</sup> davasında konteynerde taşınan yükleten tarafından paketlenmiş alüminyum su ısıtıcılarının varma limanında lekeli ve paslanmış zarar görmüş olduğu tespit edilmiştir. Mahkeme zararın, olağan ve beklenen deniz riskleri, hava değişikliklerinden kaynaklı rutubet ve nemin alüminyum su ısıtıcıları üzerinde lekeler oluşturduğu ve paslanmalarına sebep olduğundan bahisle taşıyanın sorumlu olmadığına karar vermiştir<sup>54</sup>.

Son olarak yine bir konteyner ile yük taşınmasından kaynaklanan ve yüklerin zarar görmesi davası olan *Feultault Solution Systems Inc v Zurich Canada & Others*<sup>55</sup> davasında, ciltleme makinelerinin Kanada'dan Almanya'ya taşınması sırasında korozyon hasarına uğramıştır. Gönderenin çalışanları, konteynerlerin içindeki makineleri hareketsiz hale getirmek için basınçla işlenmiş ahşap parçaları kullanmıştır. Kargodaki korozyon, bu basınçla işlenmiş ahşabın yüksek nem içeriğinden dolayı konteynerlerde oluşan rutubet ve nemin yoğunlaşarak yüke zarar vermesinden kaynaklanmıştır. Hâkim, yükleri sarmak için kullanılan mevsimsiz ahşap malzeme nedeniyle yükün hasar gördüğünü, yolculuk sırasında olağanüstü ve öngörülemeyen olayların meydana gelmediğini ileri sürmüştür. Hâkim "paketleme" gibi "hazırlıkların normalde yüklemeye önce gönderen tarafından yapıldığını ancak paketleme hatası sebebi ile yükün hava sıcaklığı değişimlerinden etkilendiğini bu sebepten ötürü taşıyanın sorumluluğuna hükmedilemeyeceğine karar vermiştir<sup>56</sup>.

<sup>50</sup> [2005] 1 Lloyd's Rep 57; The charterparty provided freight was to be paid FIOST (free in and out stowed and trimmed) and shippers/charterers/receivers to put the cargo on board, trim and discharge cargo free of expense to the vessel. This agreement transferred responsibility for those functions from the shipowner to shippers, charterers and consignees. Both the bills of lading and the charterparty were governed by English law.

<sup>51</sup> *Dodwell & Co. Ltd. v British Dominions General Insurance Company Ltd* [1955] 2 Lloyd's Rep 391.

<sup>52</sup> UÇAR, Ayça: **Perils of the seas and Inherent Vice in Marine Insurance Law**" 1. Basım, Routledge, 2020; *Overseas Commodities Ltd. v Style* [1958] 1 Lloyd's Rep 546, s. 557.

<sup>53</sup> *Gee and Garnham Ltd. v Whittall* [1955] 2 Lloyd's Rep 562.

<sup>54</sup> UÇAR, Ayça **Pratik Çalışma Kitabı**, 5. Basım, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 108.

<sup>55</sup> *Feultault Solution Systems Inc v Zurich Canada & Others* 2012 FCA 215.

<sup>56</sup> DUNT, John, **Marine Cargo Insurance**, 2. Basım, 2015 para 8.45.

## II. YAPAY ZEKA TEKNOLOJİSİ VE AKILLI KONTEYNERLER: ULUSAL VE ULUSLARARASI KURALLAR ÇERÇEVESİNDE HUKUKİ YANSIMALARI

### A. Yapay Zeka Teknolojisi

Teknolojide yaşanan değişim ve gelişimler insan hayatını her alanda kolaylaştırmaya devam etmektedir. Denizcilik ve uluslararası ticaretin daha hızlı ve güvenli bir şekilde yürümesi için elektronik ticarete kullanılan “blockchain” gibi teknolojik gelişmeler ile son yıllarda denizcilik sektöründe özellikle otom gemiler, akıllı konteynerler gibi uluslararası taşımacılığın daha hızlı ve güvenli olması yolunda önemli adımlar atılmıştır<sup>57</sup>. Akıllı konteynerler ile ilgili detaylara girmeden önce genel olarak Yapay Zekanın tanımı yapılacak olursa, yapay zeka insan benzeri zeka görevlerini gerçekleştirmek amacı ile bilgisayar sistemlerine entegre edilen, dijital bilgisayarın ya da bilgisayarın kontrolünde bir robotun insan zekasını gerektiren görevleri yapabilecek mekanizmanın oluşturulmasından ibarettir<sup>58</sup>. Makine öğrenimi, derin öğrenme ve doğal işleme gibi alt dalları içerir. Yapay zeka, büyük veri analizleri, akıllı risk tahminleri, karar destek sistemleri ve otomasyon gibi bir çok alanda kullanılmaya başlamıştır<sup>59</sup>.

Son zamanlarda yaşanan COVID-19 salgını, savaşlar ve iklim felaketleri gibi dış etkenler global tedarik zincirinde büyük aksaklıklara neden olmuştur. Dünya çapında kargo taşımanın denizcilik sektörü için rutin bir iş olmasına rağmen, yılda 11 milyar ton mal teslim etmenin risklerle dolu bir süreç olduğu tartışılmaz bir gerçektir. 2017-2019 dönemindeki 779 konteynere kıyasla 2020-2021’de 3.113 konteyner denizde kaybolmuştur<sup>60</sup>.

Kayıp konteynerler kargo taşımacılığının tek karşılaşılan zorluğu olmayıp çoğu zaman yükler, kötü koşullar nedeniyle varış yerlerine hasarlı veya bozuk bir şekilde ulaşmaktadır. Örneğin öngörülemeyen hava koşulları, paketleme

<sup>57</sup> KARA, Hacı, “Deniz Ticaretinde Elektronik Konışmento ve Siber Güvenlik “(Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980715>, E.T. 18.06.2024.

<sup>58</sup> KARA, Hacı, “Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, s. 20 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1160122>, E.T. 18.06.2024.

<sup>59</sup> GÜVEN, Edinç, “Kargo Taşımacılığınca Yapay Zekanın Geleceği ve Etkileri” (Çevrimiçi) <https://tr.linkedin.com/pulse/kargo-ta%C5%9F%C4%B1mac%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1nca-yapay-zekan%C4%B1n-gelece%C4%9Fi-ve-etkileri-erdin%C3%A7-g%C3%BCven#:~:text=H%C4%B1z%20ve%20Verimlilik%20Art%C4%B1%C5%9F%C4%B1%3A%20Yapay,k%C4%B1salt%C4%B1r%20ve%20m%C3%BCC%C5%9Fteri%20memnuniyetini%20art%C4%B1r%C4%B1r>, E.T. 13.06.2024; ES-MER, Soner, “Deniz Taşımacılığı ve Lojistiği, Akademisyen Kitabevi 2020, s. 97.

<sup>60</sup> Smart Containers Key to be Improved Supply Chains” (Çevrimiçi) <https://www.ingwb.com/progress/insights-sustainable-transformation/smart-containers-key-to-improved-supply-chains>, E.T. 12.04.2024.

hatası, taşıma sırasında yükün bir ülkeden diğer ülkeye deniz yolu ile taşınmasında hava değişiklikleri nedeni ile konteyner içerisinde değişen anlık şartların takip edilememesi, yükleme ve boşaltmada tarafların sorumluluklarının belirlenmesi açısından delil ve ispat yetersizliği sebebi ile kusurun kimde olduğunun saptanamaması durumları özellikle konteyner yolu ile yük taşınması açısından hem mali hem de hukuki bilinmezlik yaratmaktadır.

Bu açıklanan sorunların çözülebilmesi ve taşımanın güvenli, rahat ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesi, yük ilgililerinin taşınan yüklerin ve konteynerlerin durumunu uzaktan takip edebilmeleri açısından yapay zeka teknolojileri ile geliştirilen akıllı konteynerlerin devreye sokulması ve taşıma sektöründe yaygın olarak kullanılmaya başlanması büyük kolaylıklar sağlayacaktır. Özellikle, günümüzde deniz yolu taşımacılığının en çok tercih edilen taşımacılık şekillerinden biri olması, gemilerin dünya denizlerinde karşılaşabilecekleri, küresel ısınma, doğa felaketleri, kazalar, hava ve deniz şartları, savaşlar gibi bir çok riski barındırmaktadır. Bu sebep ile yüklerin dünya denizlerinde yol alırken yapay zeka teknolojisi sayesinde taşıtan, taşıyan ve gönderilen tarafından izlenebilmesi, risk analizinin yapılabilmesi konteyner içerisindeki şartlar değiştiğinde anlık müdahalelerin kolaylaşması açısından bir devrim niteliğinde olacaktır.

### 1. Akıllı Konteyner Nedir ve Nasıl Çalışır?

Akıllı konteynerler, kendi kendine güç sağlayan Nesnelerin İnterneti ("*IoT, Internet of Things*")<sup>61</sup> ağ geçidi cihazlarının mevcut intermodal nakliye konteynerlere entegre edilmesi ile oluşturulur. Bu ağ geçitleri konteynerin durumu ve taşıdığı yükün koşulları hakkında bilgi toplar ve aktarır. Bu cihazlar birden fazla verileri konteynerden alarak bulut tabanlı (*cloud-based*) bir platformdan yük ilgililerinin her yerden ulaşımına imkân sağlar. Yük ilgililerinin, verilerine web tabanlı uygulamalar aracılığıyla erişerek konteynerin anlık durumunu izlemelerine olanak tanır<sup>62</sup>.

Akıllı konteynerler, taşıma ve lojistik sektöründe çok büyük bir reform yaratmıştır. "IoT" teknolojisi geleneksel konteynerlere entegre edilerek konteyne-

<sup>61</sup> The Internet of Things (IoT) describes the network of physical objects—"things"—that are embedded with sensors, software, and other technologies for the purpose of connecting and exchanging data with other devices and systems over the internet. These devices range from ordinary household objects to sophisticated industrial tools. With more than 7 billion connected IoT devices today, experts are expecting this number to grow to 10 billion by 2020 and 22 billion by 2025. Oracle has a network of device partners. <https://www.oracle.com/internet-of-things/what-is-iot/#:~:text=What%20is%20IoT%3F,and%20systems%20over%20the%20internet>, E.T. 2.05.2024.

<sup>62</sup> "Smart Containers, safe, Secure&Compliant Supply Chains" (Çevrimiçi) <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>, E.T. 19.06.2024.

rin konumu, sıcaklığını, nemi ve diğer kritik çevresel faktörlere ilişkin anlık verileri izlemekte, sensörler aracılığı ile bulut tabanlı bir platforma sürekli veri iletimi sağlamaktadır<sup>63</sup>. IoT'nin en büyük avantajlarından biri gerçek zamanlı veri toplama yeteneğidir. Bu özellikle olası bir arıza veya anormal bir durum ile karşılaşıldığında müdahale süresini kısaltmada kritik bir rol oynamaktadır<sup>64</sup>.

Akıllı konteynerlerin işlevselliği, konteynerin ve içerisindeki yükün takibinin ötesine geçerek konteynerin yolculuğuna ilişkin kapsamlı bilgiler sağlar. Başka bir deyişle, konteynerin anlık konumu, anlık hava ve deniz koşulları, kapalı ve mühürlü olan konteynere dışarıdan müdahale edilmesi gibi durumların oluşması durumunda yük ilgililerini uyarır. Sezgisel web tabanlı uygulamalar aracılığıyla yük ilgilileri, Tahmini Varış Süresi (*Estimated Time of Arrival*), transit süreleri, gecikmeler veya beklenmeyen çevresel değişikliklere ilişkin uyarılar gibi anlık veri güncellemelerine dayalı süreçlere göre konteyner içeri-  
sindeki yükün zarara uğramasının engellenmesi adına hızlı kararlar alabilirler.

Ayrıca, akıllı konteynerdeki verileri zaman içinde biriktirip analiz ederek, küresel tedarik zincirinde operasyonel iyileştirmeler yapabilirler. Akıllı konteynerler, gelişmiş izleme ve yönetim yeteneklerini etkinleştirerek süreç verimliliğini ve operasyonel mükemmelliği artırır, yüklerin dünya çapında taşınması ve yönetilmesinde devrim yaratır<sup>65</sup>.

Akıllı konteynerler, her biri ileri teknoloji aracılığıyla küresel ticaret ve taşımacılık süreçlerini kolaylaştırmak ve güvence altına almak için tasarlanmış iki ana kategoriye ayrılmıştır: “Sabit (*affixed*) IoT” cihazları ve “İliştirilmiş (*Embedded*) IoT” akıllı konteynerler. Sabit (*affixed*) IoT Akıllı Konteynerleri, belirli bir süre boyunca konteynere kalıcı olarak bağlanan veya geçici olarak sabitlenen cihazlara sahiptir. Bu konteynerler, konteynerin yolculuğuna ilişkin sürekli, gerçek zamanlı veriler sağlayan çeşitli izleme cihazlarıyla donatılmıştır<sup>66</sup>. Bu veriler GPS konumlandırmasını, sıcaklığı, nemi, titreşimi, şoku ve hatta radyasyon seviyelerini izler ve manuel kontrollere gerek kalmadan kargonun durumu ve konumu hakkında ayrıntılı

<sup>63</sup> “Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping” (Çevrimiçi) <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping>, E.T. 19.06.2024.

<sup>64</sup> ÖZTÜRK, Aydın, “IOT ve Yapay Zeka ile Geleceğin Denizcilik Endüstrisi” (Çevrimiçi) <https://medium.com/@aydinozturk/iot-ve-yapay-zeka-ile-gelece%C4%9Fin-denizcilik-end%C3%BCstrisi-849e3f18ed5c>, E.T. 12.04.2024.

<sup>65</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping> “Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

<sup>66</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping> “Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

bir bilgi sunar. Bu cihazların kurulumu, servis sözleşmesinin sonunda monte edilmeleri ve gerekirse sökülmeleri gerektiğinden ek bir lojistik çaba gerektirirler. Buna rağmen kargo takibini geliştirmek için uygun maliyetli bir çözüm sunarak nakliye verimliliğini ve güvenliğini önemli ölçüde artırırlar<sup>67</sup>.

“Embedded IoT” akıllı konteynerler ise üretim sırasında doğrudan konteyner tasarımına entegre edilen veya mevcut konteynerlere sonradan eklenen IoT donanımıyla konteyner teknolojisinin ön saflarında yer almaktadır. Bu entegrasyon, konteynerlerin “her zaman akıllı” olmasını sağlayarak inşaa sonrasında IoT sistemlerinin kurulumu için ek lojistik çaba ihtiyacını ortadan kaldırır.

Üretim sırasında kurulan IoT akıllı konteynerler, çeşitli çevresel ve durumsal parametreleri izleyerek nakliye süreci boyunca kesintisiz, kapsamlı yönetim ve takip donanımına sahiptir. Sonuç olarak, yük ve konteyner ilgilileri, daha sonra IoT cihazı kurulumuna veya kaldırılmasına gerek kalmadan, tedarik zinciri operasyonları üzerinde benzersiz bir kontrol ve öngörü elde ederler<sup>68</sup>.

Ayrıca Blockchain (*Distributed Ledger*) teknolojisi güvenli bir akıllı konteyner servisi imkânı yaratmaktadır. Çoğu zaman “Blockchain” ve distributed “Ledger” teknolojisi kelime olarak birbirlerinin eşanlamlısı olarak kullanılmaktadır. Ancak bazı görüşlere göre teknik olarak Blockchain teknolojisi, Distributed Ledger teknolojisinin bir alt grubu olarak kabul edilmiştir<sup>69</sup>. Buna göre, Distributed Ledger teknolojisi merkezi bir sistemden değil, herhangi bir sistemin içerisindeki verilerin bu sisteme erişim izni olanlarla paylaşılmasıdır. Blockchain sistemi ise, bir işletme ağındaki şeffaf bilgi paylaşımına izin veren gelişmiş bir veri tabanı mekanizmasıdır. Blok zincir veri tabanı, bir zincir üzerinde birbirine bağlı bloklarda verileri depolar ve ağda görüş birliği olmadan zincir silinemediği ve değiştirilemediği için bu veriler kronolojik olarak tutarlıdır. Ödemeleri, işlemleri, siparişleri takip etmek adına değiştirilemeyen bir kayıt defteri oluşturmak adına blok zincir teknolojisi kullanılmaktadır. Sistemden yetkisiz işlem girişini engelleyen ve bu işlem değişikliklerinin kaydedilmesine ve ortak görülebilmesine imkan sağlayan mekanizmalar mevcuttur<sup>70</sup>.

<sup>67</sup> Smart Containers [https://unece.org/DAM/cefact/brs/BRS-SmartContainer\\_v1.0.pdf](https://unece.org/DAM/cefact/brs/BRS-SmartContainer_v1.0.pdf) ET. 15.03.2024.

<sup>68</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping> “Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

<sup>69</sup> TETTENBORN Andrew, SOYER, Barış, **Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping**, Informa Law 2022, s. 2.

<sup>70</sup> “Blok Zinciri Teknolojisi Nedir?” (Çevrimiçi) <https://aws.amazon.com/tr/what-is/blockchain/?aws-products-all.sort-by=item.additionalFields.productNameLowercase&aws-products-all.sort-order=asc>, E.T. 12.05.2024.

Blok zincir teknolojisi, yeni girişlerle düzeltilen veya güncellenen kopyalanamayan veya değiştirilemeyen orijinal elektronik kayıtlar oluşturur. Blockchain, şifreleme teknolojilerini kullanarak katılımcıların işlem bütünlüğüne güvenmesini ve gerekli bilgileri paylaşmasını sağlar. Üstelik ağ bilgileri ve çalışma kuralları, dağıtılmış ağ üzerinde bir fikir birliği mekanizmasıyla korulduğundan, tek bir varlık tüm cihazları veya bilgileri kontrol etmez, hatta kuralları dikte etmez. Temel bir teknoloji olarak Blockchain, birden fazla katılımcıyı, kişileri, onay düzeyini, yasal sözleşmeleri ve güvenlik gerekliliklerini içeren süreçlere uygundur. Bu nedenle, akıllı konteynerlerden toplanan veriler, tedarik zinciri paydaşlarına katma değerli tahmin hizmeti sağlamak üzere yapay zeka teknikleri kullanılarak zenginleştirildikten ve işlendikten sonra, ortaya çıkan bilgiler, tüm paydaşlara güvenilirlik sağlayan bir blok zincirinde güvence altına alınabilir<sup>71</sup>.

## II. AKILLI KONTEYNER VE AVANTAJLARI

Akıllı konteyner verileri, intermodal taşımacılığa verimlilik ve güvenlik getirmiş ve gerçek zamanlı izleme yetenekleri sayesinde deniz taşımacılığı ve yük sahiplerine rotaları iyileştirmede, gecikmelerde, hırsızlık, hasar veya kaza riskini azaltmada büyük kolaylık sağlamıştır. Akıllı konteynerlerin içindeki sensörler, gıda veya ilaç gibi sıcaklığa duyarlı yüklerin en uygun koşullar altında taşınmasını sağlayarak iç koşulları düzenleyebilir. Bu avantaj sayesinde, bozulabilir yüklerin yolculukları boyunca kalitesi ve güvenliği korunmuş olur. Gerçek zamanlı veri istihbaratı, taşıyanların hizmet seviyelerini geliştirmelerine ve performanslarını arttırmalarına stratejik hedeflerine ulaşmalarına olanak tanır<sup>72</sup>.

Akıllı konteynerler yükün tam konumu ve konteyner yolculuğunun kapsamlı bir görünümünü göstererek şeffaflık sağlayarak yükün zarar görmesi durumunda sorumluluğun kimde olacağını belirlemede önemli rol oynar. Deniz taşımacılığı, kargo hırsızlığı, uyuşturucu kaçakçılığı, insan kaçakçılığı dahil olmak üzere sınır ötesi organize suçlar tarafından yasa dışı ticaretlerin önüne geçilmesinde de büyük bir yenilik sağlayacaktır<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> "Smart containers revolutionize the shipping and logistics industry" (Çevrimiçi) <https://www.maritimekr.com/2021/03/23/maritime-insight-42/>, E.T. 24.06.2024.

<sup>72</sup> "Getting Smart to Smart Containers" (Çevrimiçi) <https://maritime-professionals.com/getting-smart-to-smart-containers/>, E.T. 20.06.2024.

<sup>73</sup> "Smart containers key to improved supply chains" (Çevrimiçi) <https://www.ingwb.com/progress/insights-sustainable-transformation/smart-containers-key-to-improved-supply-chains>, E.T. 11.05.2024.

Yine doğru kalibre edilmiş sensörler sayesinde, izinsiz konteynere erişim özellikle anlık hava koşullarındaki değişikliklerden dolayı yüke zarar gelmesinin önlenmesi adına gerekli tedbirlerin erken vakitte alınabilmesine olanak sağlamaktadır<sup>74</sup>.

### III. AKILLI KONTEYNER VE HUKUKİ DÜZENLEMELER

#### A. Uluslararası Düzenlemeler

Yapay zeka teknolojisi geliştikçe limanlarda, gemilerde konteynerlerde dijitalleşmenin yaygınlaşacağı şüphesizdir. Halihazırda, Avrupa'nın en büyük limanlarından olan Rotterdam limanı, Fransız menşei uluslararası lojistik şirketi, CMA-CGM, Sigapour Limanı yapay zeka sistemlerinin kullanıldığı yerlerden birkaçıdır<sup>75</sup>. Gelecekte gemilerin, limanların, konteynerlerin tamamen dijitalleşecek olması ve bu yapay zeka teknolojisinin getireceği riskler ve hukuki uyumsuzluklara karşı Uluslararası Denizcilik Örgütü (IMO) gibi kuruluşların, AI teknolojisine yönelik konvansiyona üye devletler için minimum standartlar ve yeknesak hukuki kurallar getirmesi gerekmektedir. Şuanda, Denizde Can Güvenliği sözleşmesi (SOLAS), konteynerler için test prosedürlerini ve ilgili dayanıklılık şartlarını düzenleyen Emniyetli Konteynerler hakkında Uluslararası Sözleşme (International Conventions for Safe Containers-CSC-IMO), ISO (International Organization for Standardization) sözleşmeleri geleneksel konteynerlerin ve içinde taşınan yükün güvenliliği hakkında hükümler içermektedir. Yine Rotterdam kurallarında konteynerler ile ilgili tanım yer almaktadır<sup>76</sup>. Dünyanın farklı yerlerinden konteyner üreticilerinin akıllı konteynerlerin çeşitli sistemlerle sorunsuz bir şekilde iletişim kurabilmesini sağlayarak sektör çapında standartların belirlenmesinde rol oynaması gerekir. Ayrıca, nakliye ve lojistik sektörünü yöneten uluslararası düzenlemelerin referans kaynağı olan Uluslararası Nakliye Taşımacıları Birliği Federasyonu (*International Federation of Freight Forwarders Association, FIATA*) da bulunmaktadır.

Bu sektörde faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılarını temsil etmek amacıyla uluslararası düzeyde faaliyet göstermektedirler. Bunun dışında konteynerlerin

<sup>74</sup> <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>, E.T. 11.04.2024.

<sup>75</sup> GÜNGÖR, Veyssel, "Denizcilik ve Yapay Zeka Meraklıları için Bir Değerlendirme" (Çevrimiçi) <https://www.7deniz.net/denizcilik-ve-yapay-zeka-meraklilari-icin-bir-degerlendirme>, E.T. 21.06.2024.

<sup>76</sup> BİCAN, s. 48; (Çevrimiçi) <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/container-default.aspx>, E.T. 22.06.2024; Rotterdam Rules <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/rotterdamrules.htm> "Container" means any type of container, transportable tank or flat, swapbody, or any similar unit load used to consolidate goods, and any equipment ancillary to such unit load.



tedarik zincirinde faaliyet gösterebilmesi için uyulması gereken ISO standartları da bulunmaktadır. Bunlar şimdilik tavsiye niteliğindedir, ancak birden fazla alanda dijital dönüşüm başlayınca bunların yenilenmesi ve çağın ihtiyaçlarına göre uyarlanması gerekmektedir.

IMO, konteynerlerin istiflenmesine ilişkin yönergeler de dahil olmak üzere, konteynerlerin güvenli bir şekilde taşınmasını sağlamak için uzun süredir çalışmaktadır. Denizde Can Güvenliği ("*Safety of Life At Sea, SOLAS*") Konvansiyonu'na 2024 yılında Konteyner kaybının önlenmesi ve taşınan kargonun güvenliği hakkında zorunlu değişiklikler getirilmiştir. Örneğin, SOLAS yükün Taşınması bölüm VI "gemilere veya gemideki kişilere yönelik özel tehlikeleri nedeniyle özel önlemler gerektirebilecek" her türlü kargoyu (dökme sıvılar ve gazlar hariç) kapsar. Düzenlemeler, kargo veya kargo birimlerinin (konteynerler gibi) istiflenmesi ve emniyete alınmasına ilişkin gereklilikleri içerir. Bölüm, tahıl taşıyan kargo gemilerinin Uluslararası Tahıl Koduna uymasını gerektirmektedir<sup>77</sup>.

IMO, konteynerlerin güvenli bir şekilde taşınmasını sağlamak için bir dizi gereklilik geliştirmiş ve benimsemiştir ve ayrıca konteynerlerin paketlenmesi ve emniyete alınması için özel kılavuzlar geliştirmiştir. Güvenli Konteynerler için Uluslararası Sözleşme ("*Convention for Safe Containers, CSC*") konteynerler için test prosedürlerini ve ilgili dayanıklılık gerekliliklerini sağlar. Bu Uluslararası sözleşme, konteynerlerin test edilmesi, muayenesi, onaylanması ve bakımı ile sırasıyla yapısal güvenlik gereklilikleri, gerçek zamanlı izleme, konteynerlerin en uygun koşullarda tutulmasını sağlamaya yardımcı olacak hasar ve kaza riskini azaltmaya yardımcı düzenlemeler getirmiştir. Yine Konteyner elleçleme ve transferinde en yüksek emniyet seviyesinin elde edilmesine yönelik, kara ve deniz yoluyla uluslararası taşımacılıkta kullanılan yük konteynerlerinin CSC konvansiyonuna göre sertifikalandırılması gerekmektedir. Bu sertifikada servisteki konteynerlerin CSC'ye göre periyodik muayenesi yapılır<sup>78</sup>.

Yine Uluslararası Denizcilik Tehlikeli Mallar Kodu (*International Maritime Dangerous Goods (IMDG) Code*), tehlikeli yüklerin güvenli bir şekilde taşınmasını geliştirmek ve uyumlu hale getirmek ve çevre kirliliğini önlemek

<sup>77</sup> "International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974" (Çevrimiçi) <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-%28SOLAS%29%2c-1974.aspx>, E.T. 21.06.2024.

<sup>78</sup> "Türk Loydu Konteyner Sertifikalandırma" (Çevrimiçi) [https://turkloydu.org/tr-tr/sertifikasyon/malzeme-urun-sertifikasyonu-\(1\)/konteyner-sertifikalandir%C4%B1rma.aspx](https://turkloydu.org/tr-tr/sertifikasyon/malzeme-urun-sertifikasyonu-(1)/konteyner-sertifikalandir%C4%B1rma.aspx), E.T. 24.06.2024; Standart genel konteynerler, Termal Konteynerler, platform tabanlı konteynerler, Tank konteynerler sertifikalandırılır.

amacıyla, tehlikeli kargonun paketlenmiş biçimde deniz taşımacılığına yönelik zorunlu bir uluslararası koddur. Kod, ambalajlama, konteyner trafiği ve istifleme gibi konuları kapsayan, uyumsuz maddelerin ayırımına özellikle atıfta bulunarak, her bir madde, malzeme veya nesne için geçerli olan gereklilikleri ayrıntılı olarak ortaya koymaktadır<sup>79</sup>.

Ancak son zamanlarda yük ilgililerinin, konteyner sağlayıcılarının, dünyanın en kalabalık ticaret limanlarının ve lojistik şirketlerinin tercihi haline gelen geleceğin akıllı konteynerleri için de halihazırdaki uluslararası kuralların revize edilmesi gereklidir. Bu kurallara yapay zeka teknolojisi ile çalışan akıllı konteynerlerin genel bir tanımı ve dijital dünyanın en büyük risklerinden olan siber riskler durumunda sorumluluk, maddeleri eklenmelidir. Akıllı konteynerlerde taşınan yüklerin zarara uğraması, çalınması ıslanması, çürümesi, istifleme hatası gibi durumlarda TTK m.1178, Lahey-Visby madde IV(2) gibi taşıyanın sorumluluk hallerini düzenleyen fıkraların akıllı konteynerler için de revize edilmesi gerekmektedir. SOLAS, CSC gibi konvansiyonlara üye ülkeler açısından akıllı konteyner kaynaklı hukuki uyumsuzlukların sorunsuz çözülebilmesi için detaylı maddelerin eklenmesi gerekecektir.

### **1. Akıllı Konteyner, Yük Hasarı ve Takibi: Lahey-Visby Kuralları-Rotterdam Kuralları Karşılaştırması ve Akıllı Konteynerler Bakımından Hukuki Yansımaları**

Yukarıda detaylı olarak açıklandığı üzere, Affixed IoT cihazları ve embedded IoT gibi konteynerin yolculuğuna ilişkin sürekli, gerçek zamanlı veriler sağlayan çeşitli izleme cihazlarıyla donatılan<sup>80</sup> ve GPS konumlandırmasını, sıcaklığı, nemi, titreşimi, şoku ve hatta radyasyon seviyelerini izleyen ve manuel kontrollere gerek kalmadan kargonun durumu ve konumu hakkında ayrıntılı bir bilgi sunan akıllı konteynerler hayatımıza girmeye başlamıştır. Bununla birlikte, Blok zincir teknolojisi ile izlenen akıllı konteynerlerden bahsedildiğinde taşıyanın ve yük ilgililerinin sorumluluğunu düzenleyen Rotterdam Kuralları, Lahey-visby kuralları teknolojinin çok gerisinde kaldığı tartışmasıdır.

Rotterdam kurallarında geleneksel konteyner tanımına yer verilmiş ancak bu tanım çok geniş kapsamlı tutulmuş olup konteyner çeşitlerine ilişkin özel bir tanıma yer verilmemiştir. Yine Rotterdam kurallarına göre taşıyanın konteyne-

<sup>79</sup> “Sea Transport of Containers” (Çevrimiçi) <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/container-default.aspx>, E.T. 21.06.2024.

<sup>80</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping> “Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

rin maliki olmadığı durumda, kendisinin olmayan konteyneri, içinde veya üzerinde eşya taşınması için taşıtana (*shipper*) verdiği durumlarda, konteyner Rotterdam Kuralları çerçevesinde eşya olarak nitelendirilemeyecek ancak konteyner taşıtan tarafından veya onun hesabına tedariki sözkonusu ise konteyner tanımına girecektir<sup>81</sup>.

Rotterdam Kuralları 14(c)'nin Lahey- Visby Kuralları madde 3.1'den ayrıldığı en önemli nokta, geminin ambarları ve geminin yük taşınmasında kullanılan diğer kısımların yanısıra konteynere de değinilmiş olmasıdır<sup>82</sup>. Rotterdam Kuralları dünyada konteyner taşımacılığının önemli artış göstermesi ve konteynerlerin sadece deniz yolu ile değil multi modal taşımacılığa konu olmaları bakımından Lahey Visby kurallarının aksine taşıyanın yükümlülüğünü kapıdan kapıya taşımalar bakımından genişletmiştir. Lahey-Visby Kurallarının 3.1 hükmünün aksine taşıyanın gemiyi denize elverişli halde bulundurma sorumluluğu sadece seferden önce veya sefer başlangıcında değil, seferin devamı süresince devam etmektedir. Yine Rotterdam Kurallarının 14. maddesinin c bendinde konteyner taşımacılığını da gözönünde bulundurarak konteynerlerin sağlam olması gerektiğinden bahsetmektedir<sup>83</sup>. Özellikle taşıyan tarafından sağlanan konteynerlerin yüke elverişliliği kapsamında değerlendirileceği anlaşılmaktadır<sup>84</sup>. Öğretide bu tanımla ilgili olarak konteynerin yük mü yoksa taşıma aracı özelliği bakımından gemi ambarı olarak mı nitelendirileceği tartışmalıdır. Bu tanım günümüzde teknolojik gelişmeler ve değişen ihtiyaçlara cevap verecek nitelikte değildir.

Bilindiği üzere, 20 Eylül 2023 tarihinde İngiltere'de yürürlüğe giren Electronic Trade Documents Act<sup>85</sup> özellikle elektronik konişmentoların original kağıt konişmentonun yüklerin teslim edilmesi şartını ortadan kaldırması bakımından büyük yeniliktir. TTK'nın 1228<sup>86</sup> maddesi kağıt konişmentoların taşıma sözleşmesinin yapıldığını ispatlayan, eşyanın taşıyan tarafından teslim alındığını veya gemiye yüklendiğini gösteren ve taşıyanın eşyayı ancak onun ibrazı karşılığında

<sup>81</sup> BİCAN, s. 48.

<sup>82</sup> ŞAMLI, s. 493.

<sup>83</sup> Baatz, Y., Debattista, C., Lorenzon, F., Serdy, A., Staniland, H. and Tsimplis, M., *The Rotterdam Rules: A Practical Annotation* Informa Law from Routledge, 2009, s. 39.

<sup>84</sup> "Rotterdam Rules" (Çevrimiçi) <http://www.dutchcivilaw.com/legislation/rotterdamrules.htm>, E.T. 15.05.2024.

<sup>85</sup> "Electronic Trade Documents Act 2023" (Çevrimiçi) <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/contents>, E.T. 05.06.2024.

<sup>86</sup> <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>, E.T. 03.06.2024.

teslimle yükümlü olduğu senet olarak düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere Türk hukukunda akıllı konteynerlere ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi Elektronik Konışmentoya ilişkin de özellikle dijital konışmentonun “*paper bill*” orijinal konışmentoya denk olacağını düzenleyen bir hüküm yoktur.

Bu itibarla konteyner taşımalarında, sorumluluğun tespiti, konteynerin kime ait olduğu, yükün konteynerlere kimin tarafından doldurulduğu, taşıyanın konteyner içerisindeki yükün detaylarından bilgisi olup olmadığı, konteynerin kimin huzurunda kapatılıp mühürlendiği, konteynerin taşıma sırasında açılıp açılmadığı, hasarın hangi safhada gerçekleştiğinin tespiti sorumluluğun kimde olduğunun belirlenmesi bakımından önem taşır. Bu itibarla, taşıma sözleşmelerine ve konışmentolara konulan FIO/FIOS kayıtları taşıyanın yükleme, istif ve boşaltmadan kaynaklanan bir sorumluluğu bulunmadığını gösterir. Yine yüklemede taşıyanın, boşaltmada ise gönderilenin sorumlu olacağına dair “sealed lashed”, yükleme, istif, sayım yükleten tarafından yapıldı (*shipper’s load stow and count*) kayıtları da konışmentolara taşıyanın sorumsuzluk hali açısından konulabilir. Bu aşamada Blockchain (*Distributed Ledger*) teknolojisi çok önemli rol oynamaktadır. Özellikle konteynerlerin sadece taşıyan (shipper) tarafından mühürlenerek taşıyana teslim edildiği basit kutular olmayacağını kanıttır. Blokzincir teknolojisinde, konteynerlerin içerisine entegre edilen işletme ağındaki şeffaf bilgi paylaşımına izin veren gelişmiş veri tabanı mekanizmaları bulunur, bunlar konteynerin yolculuğuna ilişkin sürekli, gerçek zamanlı veriler sağlar. Akıllı konteynerler çeşitli izleme cihazlarıyla donatılır<sup>87</sup> ve GPS konumlandırması ile sıcaklığı, nemi, titreşimi, şoku ve hatta radyasyon seviyelerini izleyen ve manuel kontrollere gerek kalmadan kargonun durumu ve konumu hakkında ayrıntılı bir bilgi sunarlar. Yine üretim sırasında doğrudan konteyner tasarımına entegre edilen veya mevcut konteynerlere sonradan eklenen IoT donanımı da düşünüldüğünde çok ileri düzey bir teknolojinin varlığından bahsedilmektedir.

Akıllı konteynerler kargonun tam konumu ve konteyner yolculuğunun kapsamlı bir görünümünü göstererek ve şeffaflık sağlayarak yükün zarar görmesi durumunda sorumluluğun kimde olacağını belirlemede önemli rol oynar. Deniz taşımacılığı, kargo hırsızlığı, uyuşturucu kaçakçılığı, insan kaçakçılığı dahil olmak üzere sınır ötesi organize suçlar tarafından yasa dışı ticaretlerin önüne geçilmesinde de büyük bir yenilik sağlayacaktır<sup>88</sup>.

<sup>87</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping>

“Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

<sup>88</sup> “Smart containers key to improved supply chains” (Çevrimiçi) <https://www.ingwb.com/progress/insights-sustainable-transformation/smart-containers-key-to-improved-supply-chains>, E.T. 11.05.2024.

Yine doğru kalibre edilmiş sensörler sayesinde, izinsiz konteynere erişim özellikle anlık hava koşullarındaki değişikliklerden dolayı yüke zarar gelmesinin önlenmesi adına gerekli tedbirlerin erken vakitte alınabilmesine olanak sağlamaktadır<sup>89</sup>.

Tabi sensörler ve akıllı veri ağı ile donatılmış konteynerler geleneksel konteynerlerde karşılaşılan yük zararlarını önlemede yada azaltmada büyük rol oynarlar. Mesela Üretim sırasında kurulan IoT akıllı Konteynerler, çeşitli çevresel ve durumsal parametreleri izleyerek nakliye süreci boyunca kesintisiz, kapsamlı yönetim ve takip donanımına sahiptir. Akıllı konteynerlerin içindeki sensörler, gıda veya ilaç gibi sıcaklığa duyarlı yüklerin en uygun koşullar altında taşınmasını sağlayarak iç koşulları düzenleyebilir. Bu avantaj sayesinde, bozulabilir yüklerin yolculukları boyunca kalitesi ve güvenliği korunmuş olur. Gerçek zamanlı veri istihbaratı, taşıyanların hizmet seviyelerini geliştirmelerine ve performanslarını arttırmalarına stratejik hedeflerine ulaşmalarına olanak tanır<sup>90</sup>.

Mesela, *Volcafe*<sup>91</sup> davasında İngiliz Yüksek Mahkemesi'nin ("the Supreme Court") kararı akıllı konteynerlerin özellikle bozulabilir yükler bakımından devrim niteliğinde olacağını açıkça göstermiştir. Daha önce de değinildiği üzere dokuz adet torbalanmış kahve çekirdeği Kolombiya'dan Almanya'ya 20 adet havalandırmasız konteynerle taşınmıştır. Kahve çekirdekleri tahliye sırasında, konteynerlerin içinde oluşan ve ürünlerin üzerine düşen nem nedeniyle nemden dolayı ıslanarak zarar görmüştür. Yük sahibi, taşıyanın Lahey Kuralları Madde III.2 kapsamındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ileri sürerek taşıyana karşı dava açmıştır. Taşıyan, Lahey-Visby madde 4(2)'de listelenen istisnai koşullardan olan kahve çekirdeklerinin belirlenen yolculuğun olağan gidişatına dayanamayacağı gerekçesiyle, hasarın tek sebebinin kahve çekirdeklerinin karakteristik özelliğinden kaynaklanan bir kusur olduğunu, nemden korumak için ne kadar kraft kağıdı kullanılırsa kullanılsın sonucun değişmeyeceğini iddia etmiş ancak yeterli kanıtı olmadığı için sorumsuzluğunu ispat edememiştir. Bu durumda eğer dava konusu yük akıllı konteyner ile taşınsaydı sensor ekipmanı içeren akıllı zeka teknolojisine sahip konteyner aracılığı ile yükün hangi koşullarda olduğu, anlık hava sıcaklığı değişimleri, nem seviyesi, yükleme ve bo-

<sup>89</sup> <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>, E.T. 11.04.2024.

<sup>90</sup> "Getting Smart to Smart Containers" (Çevrimiçi) <https://maritime-professionals.com/getting-smart-to-smart-containers/>, E.T. 20.06.2024.

<sup>91</sup> *Volcafe Ltd and another v Compania Sud Americana de Vapores SA* ([2018] UKSC 61; OĞİS, Sinem, "Lahey Kuralları ve Volcafe Davası Türk Hukuku Açısından Bakış" (s. 1865-1868) **THD**, Y. 2020, C. 15, S. 169, s. 1866-1867; TAŞKIN, s. 123.

şaltma sırasında yükün uğrayacağı zararlar saptanıp sorumluluğun belirlenmesinde kanıt olarak kullanılabilecekti. Taşıyanın sorumlu olmadığına ilişkin ispat yükümlülüğü kolaylaşacak, asıl zararın kaynağının saptanması mümkün olacağı için İngiliz yüksek mahkemesi tarafından verilen karar taşıyan lehine değişebilecekti. Lahey-Visby kurallarının taşıyanın sorumsuzluk hallerini düzenleyen IV (2)'inci maddesi gerçek amacını sürdürebilecekti.

Yine, *TM Noten BV v Harding*<sup>92</sup> davasında deri eldivenler Hindistan'dan Rotterdam'a taşınmak üzere konteynere yüklenmiş ancak Hindistan'daki muson yağmurları ve Rotterdam'daki soğuk hava değişiklikleri nedeniyle konteynerin üzerinde oluşan suyun deri eldivenlerin üzerine düşmesi sonucu eldivenler varma limanında konteyner açıldığında ıslak, çürümüş ve tamamı ile zarar görmüş olarak bulunmuştur. Yük sahibi Lahey-Visby Kuralları m.3 uyarınca taşıyana dava açmıştır. Davada aslında deri eldivenlerin konteynere ıslak olarak konulduğu ortaya çıkmıştır. Yine davada akıllı konteyner ile taşıma yapılmış olsaydı taraflar uzaktan kargonun taşıma sırasında durumunda bir değişiklik olup olmayacağını görebilecekler ve zararın nerede ve ne zaman meydana geldiği daha kolay saptanabilecek ve tarafların hukuki sorumluluğu konusundaki karmaşıklık ortadan kalkabilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TTK'nın hazırlanmasında Lahey-Visby kuralları da büyük ölçüde dikkate alınmıştır. Buna göre TTK'da Lahey-Visby'de olduğu gibi konteyner kavramına yer verilmemiştir. Geminin denize, yola ve yüke elverişsiz Olması sebebi ile taşıyanın sorumluluğu TTK m.1141'de düzenlenmiştir<sup>93</sup>. TTK'da geleneksel ve yapay zeka teknolojisi ile donatılmış akıllı konteynerleri tanımlayan özel bir madde olmadığından dolayı yük üzerinden gidildiğinde özellikle *Volcafe* davasında kahve çekirdeklerinin Kolombiya'dan Almanya'ya taşınması örneğini Türk hukukuna uyarladığımızda TTK m.1178 uyarınca taşıyan taşıma süresince gerçekleşen eşyanın zarar, ziyan ve hasarından sorumlu olabilecektir<sup>94</sup>. Taşıyanın sorumluluğu prensipte kusur sorumluluğudur. TTK uyarınca kusur ve ihmalin bulunmadığını ispat yükü taşıyandadır. Taşıyan ancak 1182'deki istisnai durumlardan birinin varlığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Nitekim, TTK 1182. madde ile Lahey- Visby madde IV(2) örtüşmektedir.

<sup>92</sup> *TM Noten BV v Harding* [1990] 2 Lloyd's Rep 283 at p. 287.

<sup>93</sup> "Türk Ticaret Kanunu" (Çevrimiçi) <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6102&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5>, E.T. 22.04.2024; KENDER/ÇETİNGİL/YAZICIOĞLU, **Deniz Ticareti Hukuku**, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, 2020, s. 388.

<sup>94</sup> YETİŞ, ŞAMLI, s. 479-480.

Sonuç olarak, Özellikle kahve, meyve, sebze gibi hava değişikliklerinden etkilenecek olan bozulabilir yükün akıllı konteyner teknolojisi ile taşınması hem yük sahipleri hem de lojistik sektörünün sorunsuz bir şekilde gelişmesi ve ilerlemesi açısından büyük fark yaratacaktır. Konteynerdeki sensörler yardımıyla anlık değişimin bütün yük ilgililerinin erişimine açık Blok zincir teknolojisi ile takip edilebilmesi verilere ve video görüntülerine ulaşılabilmesi açısından taşıma sektöründe büyük bir değişim yaşatacaktır. Yine Lahey-visby kurallarının 3. maddesinin 2. fıkrasında taşıyanın denize elverişli bir gemi sağlama yükümlülüğü açısından yüklerin gemiye yüklenmeden önce mi yoksa konteynere konulduktan sonra mı yada taşıma sırasında mı zarar gördüğü daha kolay bir şekilde tespit edilebilecektir.

## SONUÇ

Yapay zeka teknolojisi ile donatılmış akıllı konteynerler ile yük taşınması bir çok açıdan avantaj sağlar. Özellikle, lojistik ve taşımacılık sektörüne büyük kolaylıklar getireceği tartışmasızdır. Konteyner içinde taşınan yükün zarara uğraması, çalınması, kaybolması durumlarında, taşıyan, charterer, donatan, gönderilen ve taşıtan arasında sorumluluğun kime ait olacağıın saptanabilmesi açısından bir devrim niteliğindedir.

Hali hazırda kullanılan geleneksel konteynerler 60 yıl önce inşa edilmesinden buyana değişen ihtiyaçlar ve gelişen teknolojik gelişmelere ayak uyduramamıştır. Konteynerlerin, mevcut ve potansiyel gelecekteki ihtiyaçlara ve problemlere çözüm bulmak için ihtiyaç duyulan yapay zeka teknolojisine uyumlaştırılması gerekmektedir.

Bu nedenle, akıllı konteyner verileri, intermodal taşımacılığa verimlilik ve güvenlik getirmiş ve gerçek zamanlı izleme yetenekleri sayesinde deniz taşımacılığı ve yük sahiplerine rotaları iyileştirmede, gecikmelerde, hırsızlık, hasar veya kaza riskini azaltmada büyük kolaylık sağlayacaktır. Akıllı konteynerlerin içindeki sensörler, gıda veya ilaç gibi sıcaklığa duyarlı yüklerin en uygun koşullar altında taşınmasını sağlayarak iç koşulları düzenleyecek ve bu avantaj sayesinde, bozulabilir yüklerin yolculukları boyunca kalitesi ve güvenliği korunmuş olacaktır. Gerçek zamanlı veri istihbaratı, taşıyanların hizmet seviyelerini geliştirmelerine ve performanslarını arttırmalarına stratejik hedeflerine ulaşmalarına olanak tanıyacaktır<sup>95</sup>.

<sup>95</sup> "Getting Smart to Smart Containers" (Çevrimiçi) <https://maritime-professionals.com/getting-smart-to-smart-containers/>, E.T. 20.06.2024.

Temel olarak bilimsel araştırmalar göz önünde bulundurularak tasarlanan akıllı konteynerler yük güvenliğini ve bütünlüğünü arttıracaktır. Yapay zekadaki artışla birlikte, akıllı konteynerler tarafından üretilen veriler yalnızca şeffaflık ve izleme sağlamakla kalmayacak, aynı zamanda tüm tedarik zincirinde verimlilik ve daha iyi planlama sağlayacaktır. Yine doğru kalibre edilmiş sensörler sayesinde, izinsiz konteynere erişim özellikle anlık hava koşullarındaki değişikliklerden dolayı yüke zarar gelmesinin önlenmesi adına gerekli tedbirlerin erken vakitte alınabilmesine olanak sağlayacaktır<sup>96</sup>.

Bununla birlikte gelecekte gemilerin, limanların, konteynerlerin tamamen dijitalleşecek olması ve bu yapay zeka teknolojisinin getireceği riskler ve hukuki uyumsuzluklara karşı IMO gibi kuruluşların, AI teknolojisine yönelik konvansiyona üye devletler için minimum standartlar ve yeknesak hukuki kurallar getirmesi gerekmektedir. Yine yük ilgililerinin, konteyner sağlayıcılarının, dünyanın en kalabalık ticaret limanlarının ve lojistik şirketlerinin tercihi haline gelen geleceğin akıllı konteynerleri için de halihazırdaki uluslararası kuralların revize edilmesi gerekmekte ve bu kurallara yapay zeka teknolojisi ile çalışan akıllı konteynerler için genel bir tanım dahil edilmelidir. Yine dijital dünyanın en büyük risklerinden olan siber riskler durumunda sorumluluk maddeleri eklenmelidir. Akıllı konteynerlerde taşınan yüklerin zarara uğraması, çalınması, ıslanması, çürümesi, istifleme hatası gibi durumlarda TTK m.1178, Lahey-Visby madde IV(2) gibi taşıyanın sorumsuzluk hallerini düzenleyen fıkraların akıllı konteynerler için de revize edilmesi gerekmektedir. SOLAS, CSC gibi konvansiyonlara üye ülkeler açısından akıllı konteyner kaynaklı hukuki uyumsuzlukların sorunsuz çözülebilmesi için detaylı maddelerin eklenmesi gerektir. Rotterdam kurallarında ise geleneksel konteyner tanımına yer verilmiş ancak bu tanım çok geniş kapsamlı tutulmuş olup konteyner çeşitlerine ilişkin özel bir tanıma yer verilmemiştir.

TTK'da Lahey-Visby'de konteyner kavramına yer verilmemiştir. TTK'da geleneksel ve yapay zeka teknolojisi ile donatılmış akıllı konteynerleri tanımlayan özel bir madde olmadığından dolayı yük üzerinden gidildiğinde özellikle kahve meyve, sebze gibi hava değişikliklerinden etkilenecek olan bozulabilir yüklerin akıllı konteyner teknolojisi ile taşınması hem yük sahipleri hem de lojistik sektörünün sorunsuz bir şekilde gelişmesi ve ilerlemesi açısından büyük fark yaratacaktır. Konteynerdeki sensörler yardımıyla anlık değişimin bütün yük ilgililerinin erişimine açık blockchain teknolojisi ile takip edilebilmesi verilere ve

<sup>96</sup> <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>, E.T. 11.04.2024.



video görüntülerine ulaşılabilmesi açısından taşıma sektöründe büyük bir değişim yaşatacaktır. Yine Lahey-visby kurallarınının 3. maddesinin 2. fıkrasında taşıyanın denize elverişli bir gemi sağlama yükümlülüğü açısından yüklerin gemiye yüklenmeden önce mi yoksa konteynere konulduktan sonra mı yada taşıma sırasında mı zarar gördüğü daha kolay bir şekilde tespit edilebilecektir.

Ayrıca blockchain (*Distributed Ledger*) ve IoT teknolojisi gibi akıllı konteynerlere kurulacak uzaktan takip sistemi sayesinde donatan, gemi kiracısı (“bareboat charterers”) taşıyan sıfatını taşıyan yük ilgilileri, yükler denizdeyken yada yükleme boşaltma sırasında dünyanın her yerinden anlık bilgi almak ve yüke gelebilecek bütün zararlara karşı tedbir alabilmek adına olası bir arıza veya anormal bir durum ile karşılaşıldığında bilgilenecek ve kısa sürede müdahale etme imkanını kazanacaklardır. Tabi her bilginin paylaşılmasının sakıncalı olup olmayacağı ticari gerekliliklere bağlıdır. Bununla birlikte taşıyan, taşıtan, konteyner sağlayıcısı sigortacı gibi ortak yararları olan tarafların lehine olacak güvenilir manupile edilmemiş bilgilere erişimin olması herkesin yararına olacaktır. Özellikle, birden fazla taşıma türünü içeren ve birden fazla taşıyanın dahil olduğu yüksek meblağlı yük uyuşmazlıklarında zararın gerçek sebebinin saptanması ve taşıtan ile taşıyan arasındaki anlık bilgi alışverişi sayesinde birçok uyuşmazlığın kolay çözümlenmesinde büyük rol oynar. Benzer şekilde zararın yükleme ve boşaltmadan önce mi yada sonra mı gerçekleşmiş olduğunun akıllı konteyner sayesinde saptanabilmesi, taşıma hukukunda hukuksal problemlerin çözümünde etkili olacaktır. Yine, akıllı konteynerdeki yapay zeka teknolojisi yolculuk için yükün gizli tehlike arzedip etmeyeceği, yükleme ve istiflemenin doğru yapılıp yapılmadığı ve istif hatası ve yükleme sırasında yüke zarar gelip gelmeyeceğini de saptayabilecek kapasiteye sahip olacaktır.

Akıllı konteynerler, gelişmiş izleme ve yönetim yeteneklerini etkinleştirerek süreç verimliliğini ve operasyonel mükemmelliği artırır, yüklerin dünya çapında taşınması ve yönetilmesinde devrim yaratacaktır<sup>97</sup>.

<sup>97</sup> <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping>  
“Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping”, E.T. 24.06.2024.

**Hakem Değerlendirmesi** : Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması** : Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek** : Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review** : *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest** : *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support** : *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

ALGANTÜRK LİGHT, D., “Konteyner Taşımacılığında Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, (s. 17-27) **İKÜHF-HAD**, Y. 2017, C. 16, S. 2, s. 15.

BAATZ, Yvonne, **Maritime Law**, 5. Basım, Informa Law, 2021.

BİCAN, Buğrahan, **Denizde Yük Taşımacılığında Konteyner Kaynaklı Zararlardan Doğan Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.

BRIDGE, Michael, **Benjamin’s Sale of Goods**, 10. Basım, Sweet & Maxwell, 2018.

BOLCA, Tunca, **Deniz Taşımacılığında Taşıyanın Sorumluluktan Kurtulduğu Haller**, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2018.

ÇAĞA, Tahir/KENDER, Rayegan, **Deniz Ticareti Hukuku**, 16. Basım, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.

CHUAH, Jason, **Law of International Trade**, 5. Basım, Sweet & Maxwell Ltd, 2023.

DUNT, John, **Marine Cargo Insurance**, 2. Basım, Informa Law, 2015.

ESMER, Soner, **Deniz Taşımacılığı ve Lojistiği**, Akademisyen Kitabevi, 2020.

GÜNGÖR, Veysel, “Denizcilik ve Yapay Zeka Meraklıları için Bir Değerlendirme (Çevrimiçi) <https://www.7deniz.net/denizcilik-ve-yapay-zeka-meraklilari-icin-bir-degerlendirme>, E.T. 21.06.2024.

GÜVEN, Edinç, “Kargo Taşımacılığınca Yapay Zekanın Geleceği ve Etkileri”, (Çevrimiçi) <https://tr.linkedin.com/pulse/kargo-ta%C5%9F%C4%B1mac%C4%B1l%C4%B1%C4%9F%C4%B1nca-yapay-zekan%C4%B1n-gelece%C4%9Fi-ve-etkileri-erdin%C3%A7-g%C3%BCven#:~:text=H%C4%B1z%20ve%20Verimlilik%20Art%C4%B1%C5%9F%C4%B1%3A%20Yapay,k%C4%B1salt%C4%B1r%20ve%20m%C3%BC%C5%9Fteri%20memnuniyetini%20art%C4%B1r%C4%B1r>, E.T. 13.06.2024.

HEPGÜLERLER, Ezgi, **Deniz Yoluyla Gerçekleştirilen Konteyner Taşımacılığında Görev Alanlarının Hukuki Sorumluluğu**, 1. Basım, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011.

KARA, Hacı, “Gemilerde Yapay Zeka Kullanımı ve Buna Dair Hukuki Sorunlar”, s. 20 (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/download/article-file/1160122> E.T. 18.06.2024.

- KARA, Hacı, **Deniz Ticareti Hukuku**, Onikilevha, İstanbul, 2020.
- KARA, Hacı, **Rotterdam Kurallarına Göre Taşıyanın Ziya Hasar ve Gecikmeden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, 2015.
- KARA, Hacı, “Deniz Ticaretinde Elektronik Konişmento ve Siber Güvenlik (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/980715> E.T. 18.06.2024.
- KENDER, Rayegan/ÇETİNGİL, Ergon/YAZICIOLU Emine, **Deniz Ticareti Hukuku** 15. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- MERTOL, Can, **Deniz Ticaret Hukuku Ders Kitabı** 1. Basım, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2020.
- OĞİS, Sinem, KAFEERO, Edward, “Volcafe Case - Common Law vs.Visby Hague Rules: Is It One Versus Another? (Volcafe Davası - Anglo Sakson Hukuk Sistemi ve Lahey Kuralları: Kurallar Birbirleri ile Çatışıyor mu?)” (s. 749-757) **YUHFD**, Y. 2020, C. 18, s. 751.
- OGİS, Sinem, “Lahey Kuralları ve Volcafe Davası Türk Hukuku Açısından Bakış”, (s. 1865-1868) **THD**, Y. 2020, C. 15, S. 169, s. 1867.
- ÖZTÜRK, Aydın, “IOT ve Yapay Zeka ile Geleceğin Denizcilik Endüstrisi (Çevrimiçi) <https://medium.com/@aydinozturk/iot-ve-yapay-zeka-ile-gelece%C4%9Fin-denizcilik-end%C3%BCstrisi-849e3f18ed5c>, E.T. 12.04.2024.
- SÖZER, Bülent, **Deniz Ticareti Hukuku 1**, 6. basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2022.
- SÜZEL, Cüneyt, **Deniz Ticareti Hukukunda Taşıtan ve Yükleten**, 1. Basım, Onikilevha Yayıncılık, 2014.
- ŞAMLI, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik” (Çevrimiçi) <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97847> E.T. 12.03.2024.
- TAŞKIN, Melda, **Deniz Yoluyla Konteyner Taşımalarında Taşıyanın Başlangıçtaki Elverişsizlikten Sorumluluğu**, 1. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2023.
- TETTENBORN Andrew / SOYER, Barış, **Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping**, Informa Law, 2022.
- TÜRKEL, Taylan, “taşıyanın tedarik ettiği konteynerin yüke elverişsizliğinden kaynaklanan ziya veya hasardan doğan sorumluluğu” (Çevrimiçi) <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2019/09/DOGUS-TAYLAN-TURKEL.pdf>, E.T. 11.02.2024.
- UÇAR, Ayça, “Lahey-Visby Kuralları Uyarınca Taşıyanın Yüke Karşı Asli Yükümlülüklerinin Saptanması: Yüke Özen Borcu İçin “Sound System”in Benimsenmesi ve “İspat Yükü” Açısından Yeni Gelişmeler”, (s. 27-52) **UTTDER** Y. 2021 C. 10 S. 1, s. 27.
- UÇAR, Ayca, **Perils of the seas and Inherent Vice in Marine Insurance Law**, 1. Basım, Informa Law, 2020.
- UÇAR, Ayça **Pratik Çalışma Kitabı**, 5. Basım, Seçkin Yayınevi, 2023.

CÖMERT, Venüs, **Taşıyanın Gemiye Denize, Yola ve Yüke Elverişli Bulundurma Borcu**, On İki Levha Yayıncılık, 1. Basım, İstanbul, 2022.

YETİŞ ŞAMLI, Kübra, “Lahey-Lahey/Visby, Hamburg ve Rotterdam Kuralları’nda Sefere Elverişlilik”, (479-496) **İÜHF** Y. 2013, C. 71, S. 2, s. 479.

Y., Debattista, C., Lorenzon, F., Serdy, A., Staniland, H. and Tsimplis, M., **The Rotterdam Rules: A Practical Annotation**, Informa Law, 2009.

Denizyolu Taşımacılığı Nedir? (Çevrimiçi) <https://www.navlun.com.tr/tr/blog/denizyolu-tasimaciligi-nedir/27#:~:text=1930%20lu%20y%C4%B1llarda%20Malcolm%20McLean,konteynerlik%20bir%20geminin%20y%C3%BCklenmesiyle%20ba%C5%9Flam%C4%B1nC5%9F.,E.T.12/06/2024>.

“Dünden bugüne Konteyner” (Çevrimiçi) <https://denizstrateji.com/tr/dunden-bugune-konteyner/,E.T.12.06.2024>.

“1972 Konteyner ile İlgili Gümrük Sözleşmesi” (Çevrimiçi) <http://www.nuansgumruk.com/wp-content/uploads/2018/03/1972-konteynerle-ilgili-gumruk-sozlesmesi.pdf,E.T.13.06.2024>.

“Emniyetli Konteynerler için Uluslararası Sözleşme (Çevrimiçi) <https://www.avrupadenizcilikkursu.com/emniyetli-konteynerler-icin-uluslararası-sozlesme/icerik/138,E.T.21.04.2024>.

“International Convention for Safe Containers (CSC)” (Çevrimiçi) [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-Safe-Containers-\(CSC\).aspx,E.T.12.05.2024](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-Safe-Containers-(CSC).aspx,E.T.12.05.2024).

<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=6102&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5,E.T.22.04.2024>.

“Smart Containers Key to be Improved Supply Chains” (Çevrimiçi) <https://www.ingwb.com/progress/insights-sustainable-transformation/smart-containers-key-to-improved-supply-chains,E.T.12.04.2024>.

“Smart Containers, safe, Secure&Compliant Supply Chains” (Çevrimiçi) <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>

<https://www.oracle.com/internet-of-things/what-is-iiot/#:~:text=What%20is%20IoT%3F,and%20systems%20over%20the%20internet,E.T.2.05.2024>.

“Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping” (Çevrimiçi) <https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping,E.T.19.06.2024>.

<https://www.aeler.com/resources/smart-containers-a-comprehensive-guide-to-the-future-of-shipping> Smart containers: a comprehensive guide to the future of shipping, E.T. 24.06.2024.

- “Blok Zinciri Teknolojisi Nedir?” (Çevrimiçi) <https://aws.amazon.com/tr/what-is/blockchain/?aws-products-all.sort-by=item.additionalFields.productNameLowercase&aws-products-all.sort-order=asc>, E.T. 12.05.2024.
- “Smart containers revolutionize the shipping and logistics industry” (Çevrimiçi) <https://www.maritimekr.com/2021/03/23/maritime-insight-42/>, E.T. 24.06.2024.
- “Getting Smart to Smart Containers” (Çevrimiçi) <https://maritime-professionals.com/getting-smart-to-smart-containers/>, E.T. 20.06.2024.
- <https://nexxiot.com/resources/smart-containers-safe-secure-compliant-supply-chains/>, E.T. 11.04.2024.
- <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/container-default.aspx>, E.T. 22.06.2024;
- “International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS), 1974” (Çevrimiçi) <https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-for-the-Safety-of-Life-at-Sea-%28SOLAS%29%2c-1974.aspx>, E.T. 21.06.2024.
- “Türk Loydu Konterner Sertifikalandırma” (Çevrimiçi) [https://turkloydu.org/tr-tr/sertifikasyon/malzeme-ve-urun-sertifikasyonu-\(1\)/konteyner-sertifikaland%C4%B1rma.aspx](https://turkloydu.org/tr-tr/sertifikasyon/malzeme-ve-urun-sertifikasyonu-(1)/konteyner-sertifikaland%C4%B1rma.aspx), E.T. 24.06.2024; Standart genel konteynerler, Terminal Konteynerler, platform tabanlı konteynerler, Tank konteynerler setifikalandırılır.
- “Sea Transport of Containers” <https://www.imo.org/en/MediaCentre/HotTopics/Pages/container-default.aspx>, E.T. 21.06.2024.
- “Rotterdam Rules” <http://www.dutchcivillaw.com/legislation/rotterdamrules.htm>, E.T. 15.05.2024.
- “Electronic Trade Documents Act 2023” <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2023/38/contents>, E.T. 05.06.2024.
- <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.6102.pdf>, E.T. 03.06.2024.



# Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları<sup>(\*)</sup>

## The Legal Consequences of the Family Home Annotation

Rumeysa ÇEVİK<sup>(\*\*)</sup>

### Öz:

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin getirdiği en önemli yeniliklerden biri aile konutu kavramıdır. Ancak, kanunda aile konutunun tanımı ve unsurlarına açıkça yer verilmemiştir. Bu nedenle, aile konutunun kapsamı doktrindeki görüşler ve Yargıtay içtihatları çerçevesinde belirlenmektedir. Aile konutu, genel olarak, evlilik birliğinin devamı sırasında eşler tarafından aile hayatının merkezi haline getirilen konut olarak tanımlanabilir. Eşler, evlilik birliği devam ettiği sürece, aksi bir hüküm bulunmadıkça hukuki işlemlerinde serbesttir. Bununla birlikte, bu serbestiye getirilen istisnaların başında aile konutuna ilişkin işlemler gelmektedir. Nitekim, TMK m.194/1 hükmü, aile konutunun taşıdığı önemi dikkate alarak, konut üzerinde hak sahibi olan eşin yapacağı belirli hukuki işlemlere karşı aileyi koruma altına almaktadır. Bu doğrultuda, aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemler, diğer eşin açık rızasına tabi tutulmuştur. Hükümdeki sınırlamanın ise hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemleri bakımından geçerli olduğu kabul edilmelidir. Aile konutunun maliki olan eşin bir başkası lehine yaptığı tescil, diğer eşin açık rızası alınmadığı takdirde yolsuz tescil niteliğindedir. Şerh verilmemiş olması TMK m.194 hükmünün koruyucu etkisini ortadan kaldırmamalıdır. Bu noktada, malik eşle işlem yapan kişinin iyiniyetli olup olmaması da hukuken önem taşımaz. Aile konutu olarak belirlenen taşınmaz hakkında tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması mümkündür ve bu şerh açıklayıcı niteliktedir. Aile konutu şerhi konulmasının amacı, malik eş ile tapuda işlem yapan kişiden aynı hak iktisap etmek isteyen üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf etmektir.

### Anahtar Kelimeler:

Aile Konutu, Aile Konutunun Şerhi, Aile Konutu Şerhinin Etkisi, Tapu Sicili, İyiniyetli Üçüncü Kişi.

### Abstract:

The Turkish Civil Code No. 4721 introduces the concept of family home as one of the most significant reforms in family law. However, the Code does not explicitly define the family home or its essential elements. Therefore, the scope of the family home is shaped within the framework of the

<sup>(\*)</sup> Araştırma Makalesi / *Research Article*

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.12.2024

Yayınlanmasının Kabul Edildiği Tarih: 20.02.2025

DOI: <https://doi.org/10.58733/imhfd.1598651>

Bu makaleye atf için: ÇEVİK, Rumeysa, "Aile Konutu Şerhinin Hukuki Sonuçları", **İMHFD**, C. 10, S. 1, 2025, s. 425-451

<sup>(\*\*)</sup> *Arş. Gör.*, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Ankara - Türkiye

E-posta: rumeysa.koseoglu@asbu.edu.tr

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7263-3523>

doctrinal opinions and the established case law of the Court of Cassation. The family home is generally defined as the residence which is made the center of family life by the spouses during the continuation of the marriage. As a general rule, spouses are free to engage in legal transactions unless otherwise provided by law. However, the family home constitutes an exception to this rule. Article 194/I of the Turkish Civil Code protects the family against the transactions taken by the spouse who owns the family home. Explicit consent of the other spouse is required for certain legal transactions regarding the family home. Consent is required for both promissory transactions and dispositive transactions. Spouses may have the family home annotated in the land registry. The annotation of family home is explanatory. The legal transaction made by the owner spouse in the land registry is an illegal registration unless the explicit consent of the other spouse is obtained in this case, the good faith of the party who transacts with the owner spouse over the family home is not taken into account. The purpose of the annotation of the family home is to eliminate the good faith claims of third parties who are not transaction with the owner spouse.

**Keywords:**

Family Home, Annotation of the Family Home, Effect of the Family Home Annotation, Land Registry, Bona Fide Third Party.

## GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu, aile konutuna ilişkin açık bir tanım getirmemektedir. Bu nedenle, öncelikle aile konutu kavramından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Aile konutu, genel olarak evlilik birliği devamı sırasında eşler tarafından aile hayatının merkezi haline getirilen konuttur. Eşler, aile konutunu aynı veya şahsi bir hakka dayanarak edinebilirler. Ancak, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen konutun aile konutu olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra, tarafların bir konutu aile konutu olarak nitelendirmesi tek başına yeterli değildir. Zira, aile konutunun unsurlarını taşımayan bir konut, hukuken aile konutu olarak değerlendirilemez.

Türk Medeni Kanunu'na göre eşler kural olarak hukuki işlem serbestisine sahiptir. Bununla birlikte, bu serbestiye getirilen istisnaların başında aile konutuna ilişkin işlemler gelmektedir. Nitekim, aile konutunun önemi göz önünde bulundurulurken, TBK m.194/I hükmünde “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.” düzenlemesine yer verilmektedir. Doktrinde anılan düzenlemenin fiil ehliyeti sınırlaması, tasarruf yetkisi kısıtlaması, hukuki işlemin geçerlilik koşulu, sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlama getirdiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Çalışmada, anılan görüşler doğrultusunda TMK m.194/I hükmünün hukuki niteliği açıklanmaktadır.

Çalışmanın temelini aile konutu şerhi oluşturmaktadır. Bu kapsamda, aile konutu şerhinin konusu ve şerhin nasıl konulabileceği başlıkları ele alınmaktadır. Doktrinde, aile konutu şerhinin hukuki etkisine ilişkin farklı görüşler ileri



sürülmektedir. Dolayısıyla, aile konutu şerhinin eşle işlem yapan kişinin mi, yoksa işlem tarafı olmayan üçüncü kişinin mi iyiniyetini ortadan kaldırdığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Zira bu tespit, aile konutu şerhinin kimler açısından hukuki etki doğuracağına belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır. Son olarak, aile konutu şerhinin terkin ettirilmesi hususu evlilik birliğinin devam etmesi ve evlilik birliğinin sona ermesi durumları çerçevesinde incelenmektedir.

Çalışmada, güncel Yargıtay kararları doğrultusunda ilgili başlıklar açıklanmaktadır. Nitekim, aile konutuna ilişkin hükümlerin özellikle üst mahkemenin kararları çerçevesinde şekillendiği ve zaman içinde içtihat değişikliğine uğradığı görülmektedir.

## I. AİLE KONUTU VE UNSURLARI

### A. Genel Olarak

Aile konutu kavramı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla hukukumuzda girmiştir<sup>1</sup>. Ancak kanun metninde bu kavrama ilişkin açık bir tanım yer almamaktadır. Aile konutunun taşıdığı önem doğrultusunda ise bu müesseseyi korumaya yönelik çeşitli düzenlemelere yer verilmektedir. Kanun'un gerekçesinde aile konutu "*eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, yaşantısına buna göre yöne verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu mekana*" olarak tanımlanmaktadır. Mevzuatta yer alan bir diğer aile konutu tanımına ise Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 11.06.2014 tarihli 2014/4 sayılı Genelgesinde<sup>2</sup> ulaşmak mümkündür. Genelgeye göre ise, "*Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri mekandır. Eşler, evlilik birliğine*

<sup>1</sup> Nitekim kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda da aile konutuna ilişkin bir tanıma yer verilmediği görülmektedir. Bunun nedenin ise aile konutu tanımının daraltılmasının önlenmesi ve her somut olayın kendi içinde değerlendirilmesine olanak sağlamak olduğu söylenebilir. (NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, "Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", *TBB Dergisi*, Y. 2011, C. 97, 2011, s. 121); Belirtmek gerekir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle bu tarihten sonra aile konutu niteliğini haiz olan konutların tümü eski Medeni Kanun döneminde kazanılmış olup olmadığına bakılmaksızın aile konutu sıfatını kazanacaktır. (ACAR, Faruk, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 17; GENÇCAN, Ömer Uğur, *Aile Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s. 736; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, *Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 70; GÜNERGÖK, Özcan, "Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Aynı Hak İktisabı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2009, C. 8, S. 1-2, s. 252; DOĞAN, Murat, "Medeni Kanunu'nu Getirdiği Yeni Bir Düzenleme: Aile Konutu", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2002, C. 4 S. 1-4, s. 291.

<sup>2</sup> [https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-11/2014-4\\_s\\_aile\\_konutu\\_mal\\_rejimleri\\_-\\_cocuk\\_mallari\\_hakkinda\\_genelge.pdf](https://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/2020-11/2014-4_s_aile_konutu_mal_rejimleri_-_cocuk_mallari_hakkinda_genelge.pdf) Genelgeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. SERDAR, İknur, "1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2019, C. 21, S. 2, s. 583 vd.

*beraberce yürütür ve yönetirler. Oturdıkları konutu da birlikte seçerler. Aile konutu tektir.”*

Doktrin ve Yargıtay kararlarında da çeşitli aile konutu tanımlarına ulaşılabilmektedir<sup>3</sup>. Yargıtay kararları incelendiğinde aile konutunun “*Bir yerin aile konutu sayılabilmesi için eşlerin aile konutunu beraberce seçmeleri ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmaları; aile konutunun aile hayatı için merkezleştirilmesi; aile konutunun kullanımının hukuka uygun olması ve nihayet eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik iradelerinin üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olmasıdır; yani, konutun üçüncü kişilerce de ailenin yaşadığı konut sayılmasıdır. Aile konutu tek bir konuttur. Eşlerden birinin meslekî faaliyeti veya çocukların sağlık veya eğitim durumu sebebiyle ailenin yaşam faaliyeti yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda odaklanıyorsa ailenin yaşam faaliyetinin yoğunlaştığı konut aile konutu sayılmalıdır.*” ifadeleriyle açıkladığı görülmektedir<sup>4</sup>.

Aile konutu niteliğini haiz bir konuttan söz edilebilmesi için mutlaka taşınmaza ve tapu kütüğünde bir kaydın bulunmasına ihtiyaç yoktur<sup>5</sup>. Aile konutu bir otel odası, kulübe, kamara yahut çadırdan da teşekkül edebilir. Öte yandan, konutta kira sözleşmesiyle oturulması, eşlerden birinin mülkiyetinde olması, intifa veya oturma hakkına dayanılarak oturulması da aile konutu niteliğini için önem taşımaz<sup>6</sup>. Bir

<sup>3</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, aile konutunu eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı bir yerde ortak oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanılmak üzere sürekli seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanmaya elverişli taşınır veya taşınmaz yerdir. (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165); AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN aile konutunu eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut olarak tanımlamaktadır. (AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku**, Beta, İstanbul, 2014, s. 121); ERDEM’e göre aile konutu, eşlerin, evlilik birliğini sürdürme ve oturma ihtiyacını karşılama amacıyla edindikleri ve aynı zamanda üçüncü kişilere karşı, evlilik birliğinin mekânsal konumu olarak gösterdikleri yeri ifade etmektedir. (ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018, s. 219); GÜMÜŞ’e göre ise aile konutu eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürme ihtiyacının giderilmesinde kullanılmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşamlarının merkezi durumuna getirdikleri, konut olmaya elverişli taşınmaz veya taşınır yerdir. (GÜMÜŞ, s. 66); KURT ise ayrıntılı bir aile konutu tanımına yer vermiş ve aile konutunu eşlerin, evlilik birliği devam ederken, kendilerinin ve varsa ergin olmayan çocuklarının barınma ihtiyaçlarını gidermek üzere iradeleri ile belirledikleri ve sürekli olarak kullandıkları, ortak aile hayatının içerisinde cereyan ettiği, aile hayatının merkezi haline getirdikleri konut olarak tanımlamıştır. (KURT, Leyla Müjde, “Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 14, S. 146, s. 33).

<sup>4</sup> Yar. HGK., E. 2011/2-447, K. 2011/556, 28.9.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>5</sup> ERDEM, s. 231; GÜNERGÖK, s. 252; NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, **Aile Konutunun Sağ Kalan Eş Özgülenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 34; ERDEM, Mehmet/MAKARACI-BAŞAK, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 224; ACAR, s. 23.

<sup>6</sup> HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 182; GÜMÜŞ, s. 75; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 121; ERDEM, s. 222; HÜSEYİN, İhsan, “Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 67, S. 3, s. 580; MURATOĞULLARI, Harun, “Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilen İpotek”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2013, C. 8, S. 82, s. 40; BİLGİN, Mahmut, “Türk Medeni

başka deyişle, bir konutun aile konutu olarak kabulü için mutlaka eşlerden birinin ya da her ikisinin mülkiyetinde bulunması gerekmez<sup>7</sup>. Ne var ki, aile konutundan söz edilebilmesi için aynı ya da şahsi hakka dayanılması gereklidir.

Eşlerin aile konutu olarak seçtikleri yer ailenin ortak yaşam merkezidir. Bu konutu aile bireyleri dinlenme, barınma gibi temel ihtiyaçlarını karşılamak ve özel hayatlarını sürdürmek için kullanmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu konutun üçüncü kişiler tarafından da aile konutu olarak nitelendirilebiliyor olması gerekmektedir<sup>8</sup>. Nitekim Yargıtay kararlarında bu husus “*Konutun aile konutu olma kriterleri, fiziksel niteliğinden çok aile üyelerince yaşam merkezi haline getirilmesi; öznel olarak bu amaca tahsis edilmesi yanında, nesnel olarak da bu niteliğinin üçüncü kişilerce biliniyor olması gerekir.*” şeklinde açıklanmaktadır<sup>9</sup>.

Öte yandan, eşlerin düzenli olarak yaşamadıkları, belirli zamanlarda ya da hafta sonları kullandıkları yazlık gibi konutların aile konutu olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir<sup>10</sup>. Zira, bir yerin aile konutu niteliğini haiz olabilmesi için sürekli ya da belirli bir süreliğine mesken olarak kullanma amacının bulunması ve bu amaçla kullanılması gerekmektedir<sup>11</sup>.

Kanunu'nda Yeni Bir Kurum Aile Konutu”, **Bursa Barosu Dergisi**, Y. 2002, C. 26, S. 70, s. 14; ALTI-NOK ORMANCI, Pınar, “Aile Konutuna İlişkin Korumanın Evliliğin Ötümle Sona Ermesinden Sonraki Etkileri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 1109, C. 19, S. 2, s. 1109; OLGAC, Samet Can, “Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (TMK m.240-652)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 120, s. 106.

<sup>7</sup> HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 84; AKÇAAL, Mehmet, **Medeni Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 157.

<sup>8</sup> GÜMÜŞ, s. 66; BULUT, Mehmet, **Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 100; ACAR, Faruk, “Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 10, S. 2, s. 41; BAYBURTLU, Burçin, “Kiralık Aile Konutlarında Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin Hukuki Durumu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 158.

<sup>9</sup> Yar. HGK., E. 2013/2-473, K. 2014/92, 12.2.2014; Yargıtay 2. HD vermiş olduğu bir kararında da üçüncü kişilerce aile konutu görünümü arz etmeyen taşınmazın aile konutu olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir. “*Davalının tek taraflı beyanına dayanılarak tapu sicil müdürlüğüne üzerine “aile konutu şerhi” konulmuş olan Kuşadası'ndaki konutun, “yazlık konut” olduğu ve bu amaçla edinildiği, tarafların fiilen ayrılmalarından önce mülkiyeti davacı (koca)'ya ait olan Söke'deki konutta oturdukları ve burayı ortak iradeleriyle aile konutu olarak özüledikleri, Söke'deki konutun bu vasfını devam ettirdiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu durumda tarafların ortak iradesiyle aile konutu olarak özülenmemiş olan ve üçüncü kişilerce de nesnel olarak böyle bir görünüm arz etmeyen dava konusu taşınmazın tapu kütüğüne konulmuş bulunan “aile konutu” şerhinin kaldırılması karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçelerle isteğin reddi doğru görülmemiştir.*” Yar. 2. HD, E. 2011/20323, K. 2012/18869, 5.7.2012 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>10</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 240; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 121; BULUT, s. 101.

<sup>11</sup> ACAR, s. 20; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165; ACAR, **Aile Konutu**, s. 38; ALTINOK ORMANCI, s. 1109.

Aile konutunun korunmasının temeli Anayasa’da yer almaktadır. Özellikle “*Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları*” başlıklı 41. madde<sup>12</sup> ailenin korunması, huzur ve refahının sağlanması açısından yol gösterici bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Aile konutunun korunması devlete yahut üçüncü kişiye yönelik değil; konut üzerinde söz sahibi olan eşin aile konutuyla bağdaşmayan işlemlerde bulunmasını önlemeye yöneliktir<sup>13</sup>. Barınma ihtiyacı ailenin en temel ihtiyaçlarından biridir. Aile için büyük önem taşıyan aile konutu üzerinde eşlerden birinin tek başına hukuki işlem gerçekleştirmesi, diğer eşin konut üzerindeki menfaatini olumsuz etkileme riskini her zaman barındırmaktadır. Diğer eşin menfaatine aksi yönde bir tasarruf ise ailenin maddi ve manevi birliğini zedeleyebilir. Bu nedenle, aile konutunun korunması, ailenin sosyal ve ekonomik yaşamında önemli bir yer tutmakta ve eşler ile çocukların huzur ve refahı açısından bir güvence sağlamaktadır<sup>14</sup>.

Nitekim, Yargıtay da aile konutunun korunması gerekliliğine ilişkin “*Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan ve eşlerin yaşam merkezi olan konuttur. Aile konutu ailenin barınma ihtiyacını karşılamasının yanı sıra, aile hayatının önemli bir bölümünün geçirildiği alan olarak aile fertleri bakımından manevi bir değere de sahiptir. Aile, acı ve tatlı günlerini bu konutta yaşar, komşularla, çevreyle ilişkiler kurar, eşler uzun yıllar birlikte yaşadıkları bu konutu yerleşim yeri ve haberleşme adresi olarak gösterirler. Aile konutu anılarla dolu fizikî bir mekan olmanın ötesinde aile için önemli bir mal varlığı değeridir. Ailelerin sosyal ve ekonomik hayatı için son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutlulukları ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir Türk aile yapısının sosyal ekonomik ve eğitim durumu incelendiğinde, aile içinde kadınların ekonomik açıdan kocalarına bağımlı oldukları, hiçbir maddî güvencelerinin bulunmadığı, bu sebeple evlilik birliği*

<sup>12</sup> Anayasa’nın 41. maddesine göre “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*”

<sup>13</sup> ALTINOK ORMANCI, s. 1107; HÜSEYİN, s. 580; HÜSEYİN, İhsan, “Medeni Kanununun 194. Maddesinde Yer Alan Sınırlamanın Hukuki Niteliği”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2018, C. 8, S. 2, s. 168; İŞLETEN, Mehtap İpek, “Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2591, K. 2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2014, C. 13, S. 2, s. 929; ERTEKİN, Oğuzhan, *Türk Medeni Hukukunda Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2020, s. 10.

<sup>14</sup> ACAR, *Aile Konutu*, s. 41; NEBİOĞLU ÖNER, s. 36; CEYLAN, Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, *TBB Dergisi*, S. 2017, C. 29, S. 128, s. 209; GÜNDOĞDU, Fatih, “Yargıtayın Aile Konutu Şerhinin Üçüncü Kişilere Etkisi ile İlgili İçtihat Değişikliği Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2017, C. 16, S. 2-1, s. 789.

*herhangi bir şekilde sona erdiğinde ekonomik değerlerini kaybetme tehlikesi içinde buldukları, kocanın, kendi üstüne kayıtlı olan konutu başkalarına devrederek veya kira sözleşmesi ile edindiği konutta kiralayana sözleşmeyi feshettiğini bildirerek eşinin ve çocuklarının barınma hakkını ortadan kaldırdığı sıklıkla karşılaşıldığından 4721 sayılı TMK’da aile konutuna özel bir koruma getirilmiştir.” ifadelerine yer vermektedir.*

Aile konutu ile ilgili değinilmesi gereken bir diğer husus aile konutunun teklifi ilkesidir<sup>15</sup>. Zira hayatın olağan akışı gereği, her ailenin bir ana yaşam merkezine sahip olması beklenir. Bu doğrultuda Yargıtay, kararlarında aile konutunun teklifi ilkesine özellikle vurgu yapmaktadır<sup>16</sup>. Aile konutu kural olarak tek bir konut olmakla birlikte, doktrinde istisnai olarak birden fazla aile konutunun belirlenebileceğine yönelik görüşler bulunmaktadır<sup>17</sup>. Gerçekten, eşlerin meslekleri, çocuklarının eğitimi veya sağlık nedeniyle ailenin yaşamı belirli dönemlerde farklı konutlarda yoğunlaşabilir. Bu durumlarda ailenin birden fazla aile konutu olduğundan bahsetmek mümkündür. Ancak, bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için her durumda ailenin yaşam merkezi olması ve bu durumun üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olması gerekmektedir<sup>18</sup>. Nitekim, yazlık, yayla evi, dağ evi gibi ikincil nitelikli konutların bu doğrultuda aile konutu olarak kabul edilmesi mümkün değildir<sup>19</sup>. Belirtmek gerekir ki, aile konutu kavramı edinilmiş mallara katılma rejimine özgü bir kavram olmayıp seçimlik mal rejimlerinde de söz konusu olmaktadır<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> ERDEM, s. 231; ACAR, s. 33; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165; YILDIRIM, Abdülkerim, **Türk Aile Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s. 61; NEBİOĞLU ÖNER, s. 23; GÜMÜŞ, s. 67; MURATOĞULLARI, s. 39; HÜSEYİN, s. 578; CEYLAN, s. 207; ALTINOK ORMANCI, s. 1108; OLGAÇ, s. 106; DOĞAN, s. 286; BAYBURTLU, s. 159; UZUNKAYA, Mehmet Celal, “Aile Konutu Üzerinde Teşis Edilebilecek Hukuki İşlemler ve Aile Konutu Şerhi”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018, s. 37; Nitekim bu durum Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 2014/4 sayılı Genelgesinde de açıkça belirtilmiş durumdadır.

<sup>16</sup> Yar. 2. HD, E. 2005/16473, K. 2006/799, 2.2.2006; Yar. HGK., E. 2011/2447, K. 2011/556, 28.9.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>17</sup> ACAR, s. 33; NEBİOĞLU ÖNER, s. 23; CEYLAN, s. 208; ACAR, Aile Konutu, s. 37; BAYBURTLU, s. 159; SAATÇIOĞLU, Fuat, **Aile Konutu ve Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 67; Ne var ki, GÜMÜŞ söz konusu görüşe katılmamaktadır. Yazara göre sadece tek bir aile konutu olabilir. Hangi konutun aile konutu olduğuna yönelik belirsizlik varsa eşlerin mesleki faaliyetleri dışındaki sosyal ilişkilerini yoğunlaştığı yer, çocuklarının eğitim gördükleri yer, eşlerin ikametgahı aile konutunun tespitinde dikkate alınmalıdır. (GÜMÜŞ, s. 68).

<sup>18</sup> ACAR, s. 24; ERDEM/MAKARACI-BAŞAK, s. 226; HÜSEYİN, s. 583; CEYLAN, s. 207.

<sup>19</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165; ACAR, s. 20; HÜSEYİN, s. 586; CEYLAN, s. 207; BAYBURTLU, s. 159; OLGAÇ, s. 106.

<sup>20</sup> GÜMÜŞ, s. 30; GENÇCAN, s. 732; YILDIRIM, s. 61; CEYLAN, s. 209; ACAR, Aile Konutu, s. 38; ALTINOK ORMANCI, s. 1107; GÜNDOĞDU, s. 790; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, “Aile Konutuna İlişkin Hukuki Sınırlamanın İcra Hukukundaki Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi**

## B. Aile Konutunun Unsurları

### 1. Aile

Bir aile konutundan söz edilebilmesi için öncelikle aile kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. Zira ancak bir konut bir aile tarafından kullanıldığında o konut aile konutu vasfını haiz olur. Sözlükte yer alan aile tanımına bakıldığında ise ailenin “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” ifadeleriyle açıklandığı görülmektedir<sup>21</sup>. Bu kapsamda ailenin toplumun en temel birimi olduğu sonucuna varmak mümkündür<sup>22</sup>. Nitekim, aile konutu Kanunda evliliğin genel hükümleri bölümünde ve eşlerin hukuki işlemleri başlığı altında düzenleme altına alınmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca evli kişilerin yaşadıkları konut aile konutu kabul edilebilirken; evli olmayan kişilerin yaşadıkları konut aile konutu olarak nitelendirilemez. Bir başka deyişle, resmen evli olan karı kocanın yaşadığı konut aile konutu iken, bu nitelikte olmayan birlikteliklerde aynı konutun paylaşılması halinde aile konutundan söz edilemez<sup>23</sup>.

Aile kurumunun varlığı için hukuken geçerli bir evlilik için gerekli şartların<sup>24</sup> bulunması gerekir. Dini nikah gibi fiili birlikteliklerde taraflar birbirlerini evli olarak kabul etseler dahi, bu tür birliktelikler hukuken geçerli sayılmadığından, bu kişilerin yaşadığı konut aile konutu olarak nitelendirilemez. Bu doğrultuda, TMK m.185/I hükmünde “Evlence ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur” düzenlemesine yer verilme suretiyle evlilik resmi şekil şartına bağlanmıştır.

**tesis Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 21, S. 1, s. 938; Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında mal rejimi türünün şerh verilmesinde bir önemi olmadığına ilişkin “Aile konutu olarak özgülenen taşınmazın tapu kaydına Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince konutla ilgili gerekli şerhin verilmesinin, eşler arasındaki mal rejimiyle alakası bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun, ya da hak sahibi olan eş, bu taşınmazı nasıl ve ne yolla edinmiş bulunursa bulunsun, konut aile konutu ise; evliliğin devamı süresince talep halinde, tapu kaydına konutun bu niteliğini gösteren şerh konulmak zorundadır. Bu bakımdan bahse konu taşınmazın aile konutu olduğu belirlendiğine göre, Türk Medeni Kanununun 194/3. maddesi gereğince tapu kütüğüne “aile konutu şerhi” verilmesine karar verilmesi gerekirken, yasal olmayan gerekçe ile isteğin reddi doğru görülmemiştir” ifadelerine yer vermiştir. Yar. 2. HD, E. 2005/1615, K. 2005/4471, 22.3.2005 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>21</sup> <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>22</sup> NEBİOĞLU ÖNER, s. 12; HÜSEYİN, s. 581; CEYLAN, s. 204; MURATOĞULLARI, s. 39.

<sup>23</sup> KILIÇOĞLU, s. 242; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 121; BULUT, s. 101; NEBİOĞLU ÖNER, s. 19; HÜSEYİN, s. 580; CEYLAN, s. 207; MURATOĞULLARI, s. 39; ACAR, Aile Konutu, s. 39; ALTINOK ORMANCI, s. 1108; DOĞAN, s. 286; GÜNDOĞDU, s. 790; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 939; ALTINOK ORMANCI, Pinar, “Aile Konutuna İlişkin Korumanın Evliliğin Ölümlü Sona Ermesinden Sonraki Etkileri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 19, S. 2, s. 1108; DALCI ÖZDOĞAN, Nurcihan, “Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 2, s. 142; SAATÇIOĞLU, s. 55; UZUNKAYA, s. 29.

<sup>24</sup> Hukuken geçerli bir evlilik için gerekli şartlar için bkz. AKINTÜRK/ATEŞ, KARAMAN, s. 61 vd.

Bir hukuk genel kurulun kararında da aile tanımının “*Aile kavramı, mahiyeti ve yapısı zamanla değişen, çevresi genişleyip daralan bir hukukî kurumdur. Çeşitli zamanlarda ve değişik toplumlarda “aile” terimi ile ifade edilmek istenilen şey; daima birbirinden farklı olmuştur. Çünkü ailenin çeşitli tipleri ve her çağın, her milletin kendine özgü bir aile kavramı vardır. Ailenin temelini evlenme teşkil eder. TMK’nun 186 maddesinin 1. fıkrasına göre “Evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.” Türk Medeni Kanunu evliliği resmî şekil şartına (nikah) bağlamıştır (TMK 141, 142. maddeleri)” ifadelerine yer verilme suretiyle yapıldığı görülmektedir<sup>25</sup>.*

## 2. Konut Unsuru

İnsanların kötü hava koşullarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, barınma ve dinlenme ihtiyaçlarının karşılandığı mekanlar konut olarak adlandırılmaktadır<sup>26</sup>.

Yargıtay’ın benimsemiş olduğu konut tanımı ise “*Konut, sözlük anlamı olarak “insanların içinde yaşadığı ve barındığı yapı, ev” veya “mesken, oturlan yer” olarak tanımlanmıştır. Konut, insanların kötü hava şartlarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü az veya çok kapalı ve güvenli barınaklardır. Kişinin barınmasına elverişli olan sürekli olmasa da, yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümler de konut olarak nitelendirilebilir. Örneğin bir evin odası, otel odası, karavan, kulübe, gemi kamarası ve bunun gibi yerler de konut kavramı içinde değerlendirilebilir.”* şeklindedir<sup>27</sup>.

TMK m.186/1 hükmünde ise eşlerin oturacakları konutu birlikte seçeceklerine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmektedir<sup>28</sup>. Maddede belirtilen konut kavramı aile konutu kavramıyla her zaman örtüşmeyebilir. Eşler çeşitli amaçlarla

<sup>25</sup> Yar. HGK., E. 2011/2447, K. 2011/556, 28.9.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>26</sup> KILIÇOĞLU’na göre konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekanlardır. (KILIÇOĞLU, s. 241). Türk Dil Kurumu ise konutu “*İnsanların içinde yaşadıkları ev, apartman vb. yer, mesken, ikametgâh*” olarak tanımlamaktadır. Bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

<sup>27</sup> Yar. HGK., E. 2011/2447, K. 2011/556, 28.9.2011 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>28</sup> 743 sayılı Eski Medeni Kanun’un 152. maddesi konut seçiminin kocaya ait olacağını açıkça hüküm altına almaktaydı. 7721 sayılı Türk Medeni Kanunu ise 186. maddesiyle birlikte eşlerin oturacakları konutu birlikte seçeceklerini düzenleme altına almış bulunmaktadır. Bu kapsamda eşler arasında eşitliğin gözetildiğini söylemek artık mümkündür. Madde gerekçesinde de bu durum “*Türkiye’nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Anlaşma’da kadının yerleşim yerini seçme konusunda erkek ile eşit haklara sahip olduğu öngörülmüştür. Bu nedenle konutun seçimini kocaya tanıyan yürürlükteki hüküm İsviçre Medenî Kanununun yeni 162 nci maddesinde olduğu gibi değiştirilmiş, eşlerin bu seçimi birlikte yapmaları sağlanmış, böylece yürürlükteki hükümle konutun seçiminde kadına nazaran üstün konuma getirilmiş olan kocanın tek başına konutu seçmesi olanağı ortadan kaldırılmıştır.*” ifadesiyle açıklanmaktadır.

birden fazla konut edinme ve kullanma imkanına da sahiptirler. Ancak aile konutunun madde kapsamına dahil olduğuna şüphe yoktur. Zira aile konutu eşlerin hayatlarının merkezini oluşturan konuttur. Eşler TMK m.186/I hükmü uyarınca aile konutuna birlikte seçmelidirler.

## II. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN TMK M.194/I'DE GETİRİLEN SINIRLAMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Aile konutunun önemini göz önünde bulunduran Kanun Koyucu bu amaçla TMK m.194/I hükmünde “*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.*” düzenlemesine yer vermektedir. Söz konusu hüküm emredici mahiyettedir. TMK m.193 hükmü ile kural olarak eşlerin hukuki işlemlerde serbestliği ilkesi benimsenmiş olmakla birlikte, aile konutu taşıdığı anlam ve mahiyeti gereği özel bir koruma altına alınmıştır<sup>29</sup>. Ancak, bu sınırlamanın yalnızca eşin kendi iradesiyle gerçekleştirdiği hukuki işlemleri kapsadığını özellikle belirtmek gerekir<sup>30</sup>. Doktrinde, kanun hükmüyle getirilen sınırlamanın hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bu görüşler temel olarak, sınırlamanın fiil ehliyetine ilişkin olduğu, tasarruf yetkisini kısıtladığı, hukuki işlemin geçerlilik koşulu niteliği taşıdığı ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırdığı yönündedir. Söz konusu görüşler, aile konutu şerhinin hukuki mahiyetinin belirlenmesinde yol gösterici bir işlev üstlenmektedir.

### A. Fiil Ehliyeti Sınırlaması Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre, aile konutu üzerinde gerçekleştirilecek hukuki işlemler için diğer eşin rızasının aranması, eşlerin fiil ehliyetine getirilen bir sınırlama niteliğindedir<sup>31</sup>. Söz konusu yazarlar, özellikle kanunun sistematikinden hareket ederek, TMK m.193'te eşlerin fiil ehliyetinin tam olduğunun belirtilmesinin hemen ardından bu düzenlemeye yer verilmesinin, eşlerin ehli-

<sup>29</sup> GENÇCAN, s. 632; CEYLAN, s. 212; ALTINOK ORMANCI, s. 1107; DOĞAN, s. 289; TOPUZ, Gökçen, “Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 3, S. 1, s. 271; BAĞCI, Ömer, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2007, C. 4, S. 2, s. 170; BAYBURTLU, s. 160.

<sup>30</sup> GÜNERGÖK, s. 255; Zira *TOPUZ*'a göre söz konusu sınırlama eşin iradesiyle yapacağı hukuki işlemlere ilişkin olup eşin iradesinin sonucu olmayan cebri icra işlemleri kapsama dahil değildir. Bu nedenle de aile konutu haczedilebilir. Ancak diğer eş haczedilen evin borçlunun haline münasip evi olduğunu ileri sürebilir yahut hacizde tertip kurallarına uyulmadığını gerekçe göstererek aile konutunun haczedilmesinin doğru olmadığını şikâyet yoluna başvurarak ileri sürebilir. (*TOPUZ*, s. 288).

<sup>31</sup> ÖZTAN, s. 317; GENÇCAN, s. 731; ARMUTÇUOĞLU, s. 435; SAATÇIOĞLU, s. 172.



yetine getirilen bir sınırlama olarak değerlendirmektedir. Bu doğrultuda, sınırlı ehliyetlilerin yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın hukuki işlem tesis edememesi ile benzer bir hukuki durumun yaratıldığını savunmaktadırlar. Aile konutuna ilişkin fiil ehliyeti sınırlamasının hem borçlandırıcı hem de tasarruf işlemleri açısından geçerli olması gerektiğini kabul ederek, diğer eşin rızası olmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin noksan olduğunu ifade etmektedirler. Ancak, söz konusu noksanlık, diğer eşin sonradan vereceği icazet veya hâkim kararı ile giderilebilir.

Yargıtay'ın da TMK m.194/I hükmünün bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğuna yönelik kararlar verdiği görülmektedir. Örneğin, 2019 yılında 2. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir karara göre, *“Aile konutu şerhi “Konulmuş olmasa da” eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Getirilen sınırlandırma, “Emredici” niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.”*<sup>32</sup>

## B. Tasarruf Yetkisine Yönelik Bir Sınırlama Getirdiği Görüşü

Bu görüşe göre TMK m.194/I hükmüyle getirilen hüküm eşlerin tasarruf yetkilerine getirilmiş bir sınırlama niteliği taşır<sup>33</sup>. Kanun koyucu, eş ve çocukları koruma amacından hareketle, aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerde bulunabilecek eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmıştır. Ancak bu sınırlama yalnızca tasarruf işlemleriyle sınırlıdır; aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemleri kapsamamaktadır. Başka bir deyişle, aile konutuna ilişkin borçlandırıcı işlemler geçerli kabul edilirken, tasarruf işlemleri geçersiz sayılmaktadır. Bu doğrultuda, diğer eşin rızası yalnızca tasarruf işlemi aşamasında gereklidir. Bununla birlikte, borçlandırıcı işlemde bulunan eş, tasarruf işlemi gerçekleştirilmediğinde işlemin karşı tarafının zararını tazmin etmekle yükümlüdür<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Yar. 2. HD, E. 2019/1311, K. 2019/4071, 4.4.2019; Aynı yönde Yar. 2. HD, E. 2016/22561, K. 2018/10248, 1.10.2018; Yar. HGK., E. 2013/2-2056, K. 2015/1201, 15.4.2015; Yar. HGK., E. 2013/2-2306, K. 2015/1356, 15.5.2015; Yar. 2. HD, E. 2015/10337, K. 2015/22806, 1.12.2015; Yar. 2. HD, E. 2016/20910, K. 2016/14532, 8.11.2016 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>33</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s. 216; ERDEM, s. 224; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 168; GÜMÜŞ, s. 82; DOĞAN, s. 292; GÜNERGÖK, s. 276; YAKUPPUR, Sendi, “Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 795; HÜSEYİN, Aile Konutu, s. 189; DALCI ÖZDOĞAN, s. 144; İŞLETEN, s. 948; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, s. 947.

<sup>34</sup> *Doğan*'a göre bu görüş TMK m.194 hükmünün getirmeyi amaçladığı korumayı zedeler gözükse de, İcra İflas Kanunu'nun 82. maddesinin 12. bendinde borçlunun haline münasip evi haczi caiz olmayan mallar arasında sayılması aile konutuna ilişkin dolaylı bir koruma niteliğindedir. (DOĞAN, s. 292).

Açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu görüş diğer eşin tam anlamıyla korumaktan uzaktır. Zira borçlandırıcı işlemin geçerliliği kabul edildiğinde, işlemi yapan eşin tasarruf işlemini yerine getirememesi halinde hukuki sorumluluğu doğmaktadır. Bu durum ise işlem tarafı olmayan eşin baskı altında rıza göstermesine yol açabilmektedir.

Nitekim bir Yargıtay kararında yazılmış karşı oy yazısında TMK m.194/I hükmünün bir tasarruf yetkisi kısıtlaması olduğu belirtilmiştir. *“Aile konutuyla ilgili tasarruf işleminde diğer eşin açık rızasının bulunmaması, işlem yapan eş bakımından “tasarruf yetkisi eksikliği” yaratır. Bu sebeple, işlemde bulunan eşin bu tasarruf yetkisi eksikliğini, onunla işleme girişen tarafça bilinmemesi veya bilmesinin beklenmemesi, yani “iyiniyeti (TMK md.3)”;* TMK 194/1. maddesindeki koruma yönünden değer taşımayıp, TMK 1023. maddesindeki yolsuz tescile dayalı olarak iyiniyetle hak iktisabına da imkan vermez. Böyle bir durumda, eşle tasarruf işleminde bulunanın tasarrufu; ancak TMK 2. maddesindeki *“hakkın kötüye kullanılması yasağı” çerçevesinde korunabilir. Hakkın kötüye kullanılması durumu, davanın taraflarınca ileri sürülmesine bile, hakim tarafından da resen dikkate alınmalıdır.*”<sup>35</sup>

### C. Hukuki İşlemin Geçerlilik Koşulu Olduğu Görüşü

Bu görüşe göre ise, TMK m.194/I hükmü hukuki işlemin geçerliliği için kanunda belirtilen kişilerin işleme rıza vermesi koşulunun öngörüldüğü hallerdendir. Bu nedenle, aile konutu ile ilgili işlemlerin geçerli olabilmesi için diğer eşin rızası gereklidir. Bu rıza ise hem borçlandırıcı işlemin hem de tasarruf işleminin geçerliliği için aranmaktadır. Hukuki işlem rıza olmaksızın yapılırsa yapılan işlemler noksanlık yaptırımına tabi olur, hukuki işlemin geçerliliği ancak diğer eşin icazet vermesi halinde geçerli hale gelir, aksi halde işlem kesin hükümsüzdür<sup>36</sup>.

### D. Sözleşme Özgürlüğünün Kanundan Doğan Bir Sınırlaması Olduğu Görüşü

Doktrinde ileri sürülen bu görüşe göre ise TMK m.194/I hükmü kanundan doğan bir sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması niteliğindedir. Bu bağlamda, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin fiil ehliyeti veya tasarruf yetkisine

<sup>35</sup> Yar. 2. HD, E. 2013/11346, K. 2013/29306, 11.12.2013 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Nitekim eski tarihli bir Hukuk Genel Kurulu Kararında da *“Bu hüküm göstermektedir ki, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır.”* ifadelerine yer vermek suretiyle ilgili hükmün tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu kabul edilmiştir. Yar. HGK. E. 2005/676, K. 2005/600, 26.10.2005.

<sup>36</sup> KURT, s. 38.

getirilen bir kısıtlamadan söz edilemez. Kanunda öngörülen işlemler bakımından, eşin yalnızca tek başına hukuki işlem yapma özgürlüğü sınırlandırılmıştır<sup>37</sup>. Bu görüşü savunan *KILIÇOĞLU*'na göre, bu hükmün amacı eşin fiil ehliyetinin sınırlandırılması olsaydı, mahkeme kararının eşin rızasının yerine geçmesinin mümkün olmazdı<sup>38</sup>.

### III. AİLE KONUTUNUN ŞERHİ

Hukuk düzeninin öngördüğü hususların tapu kütüğünün şerhler sütununa yazılması şerh olarak adlandırılmaktadır. Hukukumuzda kişisel hakların şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanmasının şerhi ve geçici tescilin şerhi olmak üzere üç durumda tapu kütüğüne şerh verilebilmektedir. Tapu kütüğüne şerh konulmasının başlıca amacının ise şerh konusu olaya aleniyet kazandırmak olduğunu söylemek mümkündür. Şerh ile birlikte üçüncü kişilerin iyiniyet iddiaları bertaraf edilmekte ve alacak haklarının taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kişilere ileri sürülme imkânı doğmaktadır<sup>39</sup>.

Türk Medeni Kanunu'nun 194/III hükmünde "*Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.*"<sup>40</sup> düzenlemesine yer verilmek suretiyle malik olmayan eş aile konutu şerhi verme imkanına kavuşmuştur. Aile konutunun şerhi, tasarruf yetkisinin kısıtlanması şerhi kategorisinde yer almaktadır<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> KILIÇOĞLU, s. 193.

<sup>38</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 50; Yargıtay 2021 yılında verdiği bir kararda TMK m.194/I hükmünün eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün ailenin korunması amacıyla sınırlanması yönünde olduğuna ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. "*4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 193. maddesi hükmü ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte, Türk Medeni Kanunu'nun 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, "Aile birliğinin korunması" amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin "Açık rızası bulunmadıkça" aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz. Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş, aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun başkası adına devir edilerek, tescil edilmesi gibi "Tek başına" bir aynı hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma "Ancak diğer eşin açık rızası alınarak" yapılabilir."* Yar. 2. HD, E. 2020/3385, K. 2021/476, 21.1.2021 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>39</sup> ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, **Eşya Hukuku Cilt IV/1 Giriş, Temel Kavram ve İlkeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 662 vd.; NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 163.

<sup>40</sup> 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 44 üncü maddesiyle bu fıkarda yer alan "*şerhin verilmesini*" ibaresinden sonra gelmek üzere "*tapu müdürlüğünden*" ibaresi eklenmiştir.

<sup>41</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 156; NOMER/ERGÜNE, s. 176; DOĞAN, s. 295.

## A. Aile Konutu Şerhinin Konusu

Aile konutu şerhi TMK m 194/III’te düzenleme altına alınmaktadır. Bu hüküm ile birlikte, aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan eş, tapu müdürlüğünden tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasını talep etme imkanına kavuşmuştur<sup>42</sup>. Böylece, maddi ve manevi açıdan aile için büyük önem taşıyan aile konutu, özel bir hukuki koruma altına alınmıştır. Şerh ile birlikte, diğer eşin rızası olmadan konut üzerinde hukuki işlem yapılmasının önüne geçilmektedir. Aile konutu şerhi talep üzerine verilmektedir<sup>43</sup>. Bu sayede, malik olmayan eşin rızası olmaksızın aile konutu üzerinde tasarruf yapılmasının önüne geçilmiş olmaktadır. Belirtmek gerekir ki, aile konutu şerhi yalnızca tapu kütüğünde kaydı bulunan aile konutları için söz konusu olabilmektedir. Dolayısıyla, taşınır ile tapu kütüğünde kaydı bulunmayan taşınmazlara ilişkin aile konutu şerhi verilmesi mümkün değildir. Bir başka deyişle, aile konutundan söz edebilmek için tapuda kayıtlı bir taşınmazın varlığı zorunlu değildir, tapusu olmayan taşınmazların da aile konutu niteliğini kazanması mümkündür. Ne var ki, tapusuz taşınmazlara aile konutu şerhi verilmesi mümkün değildir<sup>44</sup>. Önemle belirtmek gerekir ki, aile konutu şerhi kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir<sup>45</sup>. Bu nedenle, şerh konulmaması bir konutun aile konutu olma niteliğine hanel getirmez<sup>46</sup>. *“Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta, aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir.”*<sup>47</sup>

Şerh hakkının münhasıran malik olmayan eşe tanındığını söylemek doğru bir yaklaşım olmaz. Zira, aile konutunun maliki olan eşin de aile konutuna şerh koydurmakta hukuki yararı bulunmaktadır. Özellikle, malik eşin birden fazla konutu bulunması halinde, aile konutu niteliğini haiz konutun hangisi olduğu aleniyet kazandırabilme imkanına sahip olur<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Kaynak İsviçre Medeni Kanunu’nda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Aile konutuna şerh konulması imkânı Türk Medeni Kanunu’na özgüdür. (KILIÇOĞLU, s. 252; GÜNERGÖK, s. 252-253).

<sup>43</sup> DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 170; YAKUPPUR, s. 782; İŞLETEN, s. 929.

<sup>44</sup> ERDEM, s. 21; GÜMÜŞ, s. 67; HÜSEYİN, s. 584; SAATÇIOĞLU, s. 195.

<sup>45</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 156; NOMER/ERGÜNE, s. 177; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 170; GENÇCAN, s. 730; GÜNERGÖK, s. 276; YILDIRIM, s. 63; CEYLAN, s. 214; MURATOĞULLARI, s. 43.

<sup>46</sup> GENÇCAN, s. 731; CEYLAN, s. 213;

<sup>47</sup> Yar. 2. HD, E. 2021/5337, K. 2021/6414, 22.9.2021; Yar. 2. HD, E. 2019/348, K. 2019/984, 13.2.2019; Yar. 2. HD, E. 2018/4714, K. 2019/2387, 7.3.2019; Yar. 2. HD, E. 2016/15975, K. 2018/3014, 12.3.2018 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>48</sup> KILIÇOĞLU, s. 252; GÜMÜŞ, s. 108; ERTEKİN, s. 153.

Bir konuta aile konutu şerhi konulabilmesi için öncelikle gerekli vasıflara sahip bir aile konutunun varlığı aranır. Zira aile konutu olarak nitelendirilemeyen taşınmazlar için aile konutu şerhi verilmesi mümkün değildir. Aile konutu şerhi için aranan bir diğer şart, malik eş ile evlilik birliğinin devam ediyor olmasıdır. Bu kapsamda malik olan kişiyle resmi evli olmayan, fiili birliktelik içerisinde yaşayan yahut boşanmış kişiler<sup>49</sup> aile konutu şerhi verilmesini tapu müdürlüğünden talep edemezler. Dolayısıyla, aile konutu şerhinin konulabilmesi için gerekli şartları konutun eşlerden birinin mülkiyetinde olması, eşlerden birinin şerhe ilişkin talepte bulunması ve evlilik birliğinin sonlanmamış olması şeklinde sıralamak mümkündür<sup>50</sup>.

## B. Aile Konutu Şerhinin Konulması

Aile konutunun şerhi, aile konutu olarak özümlenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, evlilik süresince tapu müdürlüğünden talep edilerek yahut tapu müdürlüğü tarafından gerekli işlemin yapılmaması durumunda mahkeme kararıyla birlikte konulabilmektedir.

### 1. Tapu Müdürlüğünden Şerh Verilmesinin Talep Edilmesi

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça "*Aile konutu olarak özümlenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.*" düzenlemesine yer verilmektedir. Nitekim Tapu Sicil Tüzüğü'nün 17. maddesinin 2. fıkrasına göre de "*Aile konutu olarak özümlenen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebilir.*". Böylece, aile konutunun maliki olmayan eş, konutun maliki eşten izin almadan ve herhangi bir mahkeme kararına dayanmadan tapu müdürlüğünden şerh verilmesini talep edebilmektedir.

Şerhin verilmesini aile konutunun maliki olmayan eş isteyebileceği gibi malik olan eş de talep edebilmektedir<sup>51</sup>. Aile konutunun şerhinin verilebilmesi

<sup>49</sup> "...toplanan delillerden tarafların 12.10.2016 tarihinde kesinleşen kararla boşandıkları anlaşılmaktadır. Evlilik boşanma ile sona erdiğine göre dava konusu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Bu husus gözetilerek konusuz kalan aile konutu şerhi davasında "Karar verilmesine yer olmadığına" dair karar vermek ve yargılama gideri ile vekalet ücretini dava tarihi itibarıyla tarafların haklılık durumları dikkate alınarak tayin ve takdir etmek üzere hükmün bozulması gerekirken ilk inceleme sırasında bu husus gözden kaçırıldığından aile konutu şerhi davasında yazılı şekilde bozma yapılmıştır." Yar. 2. HD, E. 2019/3661, K. 2019/7258, 17.6.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>50</sup> GENÇCAN, s. 734.

<sup>51</sup> NOMER/ERGÜNE, s. 173; KILIÇOĞLU, s. 252; GÜMÜŞ, s. 108; ERTEKİN, s. 153.

için birtakım belgelere ihtiyaç duyulmaktadır. Gerekli belgelere ilişkin düzenleme Tapu Sicil Tüzüğü'nün 49/1-c bendinde sayılmaktadır. Hükme göre “*Aile konutu şerhi için merkezi nüfus idaresi sisteminden veya nüfus müdürlüğünden alınan yerleşim yeri belgesi ile medeni hâli gösterir nüfus kayıt örneği*” şerh için aranacak belgeler arasında yer almaktadır. Bu belgelerin yanı sıra Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan 2014/4 sayılı Genelge uyarınca “*Ayrıca, aile konutu şerhi işlenmesi gereken taşınmazın tapu sicilindeki ada/parsel bilgileri ile MERNİS üzerinden alınan yerleşim yeri verilerinin çakıştırılması gerektiği zaman belediye, muhtarlık, kadastro müdürlüğü, apartman yönetimi, LİHKAB vb. kurumlardan bu konuda durumu kanıtlayıcı nitelikte belge alınması gerekmektedir.*” düzenlemesine yer verilerek ek belgelerin de gerekli olabileceği belirtilmiş bulunmaktadır.

## 2. Mahkeme Kararı ile Aile Konutu Şerhi Konulması

Malik olmayan eşin aile konutu şerhi konulmasına ilişkin talebinin tapu müdürlüğü tarafından kabul edilmemesi durumunda şerh mahkeme kararı aracılığıyla da talep edilebilir<sup>52</sup>. Aile konutu şerhi konulmasına ilişkin davada görevli mahkeme aile mahkemeleridir. Aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise aile mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemeleri görevli olur.

## C. Aile Konutu Şerhinin Etkisi

Aile konutu şerhinin malik olan eşle işlem yapan üçüncü kişiler açısından nasıl bir etki doğuracağı doktrinde tartışmalı bir konudur. Bu noktada, şerhin iyiniyeti ortadan kaldıran etkisinin eşle işlemde bulunan karşı taraf için mi yoksa karşı taraf ile işlem yapan üçüncü kişi için mi söz konusu olacağına dair iki farklı görüş bulunmaktadır. Yargıtay içtihatlarına bakıldığında belirtilen iki görüşün de zaman içinde benimsendiği görülmektedir. Bu kapsamda ilk olarak eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği görüş ile eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunmaması yönündeki görüş ele alınacak, ardından söz konusu görüşleri destekleyen Yargıtay kararları incelenecektir.

### 1. Eşle İşlem Yapan Kişinin İyiniyetinin Korunması Gerektiği Görüşü

Eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunması gerektiğini savunan görüşe göre, malik olan eşin, diğer eşin açık rızasını almaksızın aile konutu üzerinde hukuki işlem tesis etmesi halinde, işlem tarafı kişinin iyiniyetine bakılması ge-

<sup>52</sup> BİLGİN, s. 16; İŞLETEN, s. 930; ERTEKİN, s. 153.

rekir. Şayet eşle işlem yapan kişi iyiniyetliyse, iyiniyetinin korunması gerektiği ve aynı hakkı kazanacağı ileri sürülür. Aile konutuna ilişkin şerh verilmesi sayesinde, malik olan eşle aile konutu üzerinde işlem yapan kişinin iyiniyet iddiası bertaraf edilmiş olur. Şerh, eşle işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaya imkân tanır. Yine bu görüşe göre TMK m.194/I hükmü tapuya güven ilkesine bir istisna getirmemektedir<sup>53</sup>. Zira bir istisna öngörülmüş olsaydı aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla taraflara aile konutuna ilişkin şerh verme hakkı tanınması gerekmezdi.

Malik olmayan eşe aile konutu şerhi koyma imkânı verilmesi tapuya güven ilkesinin kabul edildiğini gösterir. Nitekim, tapuya şerh verilmezse aile konutundaki kayda iyiniyetle güvenerek aynı hak iktisap eden kişinin iyiniyeti korunur. Gerçekten, malik olmayan eş, üçüncü kişilerin aile konutu üzerinde aynı hak iktisap etmelerinin önüne geçmek ve iyiniyet iddialarını ortadan kaldırmak istiyorsa, şerh koydurmakla mükelleftir. Bir başka deyişle, malik olmayan eş iyiniyetli üçüncü kişilerin aile konutu üzerinde aynı hak kazanmasını önlemek istiyorsa aile konutu şerhini vermek zorundadır. Önemle belirtmek gerekir ki, eşle işlem yapan kişinin söz konusu konutun aile konutu olduğunu bilebilecek durumda olup olmadığı da ayrıca iyiniyet hususunda irdelenmelidir<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> KILIÇOĞLU, s. 253; NOMER/ERGÜNE, s. 177; REİSOĞLU, s. 73; AKINTÜRK/ATEŞ KARAMAN, s. 122; DEMİRBAŞ, s. 422; TMK m.194 hükmünün tapuya güven ilkesinin bir istisnası olmadığına yönelik Yargıtay kararı için bkz. “Davacı, aile konutu olan taşınmazda, davalı eşi tarafından, diğer davalı kooperatif lehine ipotek tesis edildiğini belirterek, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince ipoteğin kaldırılmasını ve tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasını istemiştir. Davalı kooperatif, iyiniyetli olduğunu savunmuş, mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir. Dava konusu taşınmazın aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. Davalı kooperatif iyiniyetli olduğunu savunduğuna göre; kanunun iyiniyete sonuç bağladığı durumlarda (TMK md.3) asıl olan iyiniyetin varlığıdır. İpotek tesis tarihinde tapu kütüğünde taşınmazın “aile konutu” olduğuna ilişkin bir şerh bulunmadığına göre, lehine ipotek tesis edilen kooperatifin kazanımı iyiniyetli olması halinde korunur (TMK md.1023). Zira, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. İyiniyetin varlığı asıl olduğuna göre, lehine ipotek tesis edilen kooperatifin kötüniyetli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü bunu iddia edene düşer (TMK md.6). Bu durumda tapu kütüğünde aile konutu şerhi bulunmadığı dikkate alındığında, davalı kooperatifin kötüniyetli olduğunu kanıtlama yükü davacıya düşer. Davacı, davalı kooperatifin kötüniyetli olduğunu kanıtlayamamıştır.” Yar. 2. HD, E. 2014/9139, K. 2014/12997 11.6.2014 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>54</sup> Konuya ilişkin bir Yargıtay kararı da şu şekildedir: “Türk Medeni Kanununun 194. maddesi uyarınca, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Eşlerin davaya konu olan evi aile konutu olarak kullandıkları tartışmasızdır. Davalı A. B.’nin bu yeri satın alırken aile konutu olduğunu ve davacı eşin satış rızası bulunmadığını bildiği dosya kapsamı ile sabittir. Davalı kocanın borçları için de olsa aile konutunu satması açık rıza koşulunu ortadan kaldırmaz. Tapuda aile konutu şerhi olmasa da iyiniyetli olmayan alıcının iktisabı korunmaz (TMK m.1023). Açıklanan sebeplerle davacı kadının tapu iptali, tescil ve aile konutu şerhi konulmasına ilişkin istemlerinin kabulüne karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret hükmü kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yar. 2. HD, E. 2010/9123, K. 2010/12688, 24.6.2010 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Karşı tarafın tacir olması halinde ise Yargıtay daha sıkı bir denetime giderek basiretli tacirden beklenen özenin gösterilmesini

Sonuç olarak, malik olmayan eş şayet aile konutunun korunmasını istiyorsa Türk Medeni Kanunu'nun verdiği imkân dahilinde tapu kütüğüne aile konutu şerhi koydurmalıdır. Aile konutuna ilişkin şerhle birlikte malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyeti ortadan kalkacak ve işlem konusu aynı hakkı kazanamayacaktır.

Konuya ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, yüksek mahkemenin belirli bir süre bu doğrultuda bir içtihat geliştirdiği görülmektedir. Özellikle 2006 yılında verilen Hukuk Genel Kurulu Kararı emsal niteliğinde bir karar olmuş, Yargıtay içtihatları da uzun bir süre bu karar çerçevesinde şekillenmiştir<sup>55</sup>. Benzer şekilde, 2015 yılında verilmiş bir Hukuk Genel Kurulu kararında da malik olmayan eşin tapuya aile konutu şerhi koydurulmaması durumunda, malik eşle işlem yapan kişinin aile konutu vasfını bilmemesi veya bilemeyecek durumda olması halinde iyiniyetinin korunması gerektiğine tapuya güven ilkesini de göz önünde bulundurarak karar vermiştir<sup>56</sup>.

aramaktadır. “*Davalı bankanın ipotek tesisinden önce kendi elemanları vasıtasıyla konutun nitelik, kullanım durumu ve değerinin belirlenmesi için inceleme yaptığı, bu inceleme sonucu düzenlenen 02.07.2007 tarihli ekspertiz raporunda taşınmazın “mesken” niteliğinde olduğu, mal sahibi tarafından bu şekilde kullanıldığı belirtilmiş ve ekspertiz raporuna taşınmazı mefruş halde gösteren fotoğrafları da çekilerek eklenmiştir. Ekspertiz raporundaki bu tespitler karşısında davalı bankanın basiretli davranmadığı (TTK md.20/2) açık olup, iyiniyet iddiası haklı değildir.*” Yar. 2. HD, E. 2010/10795, K. 2010/13443, 5.7.2010 (Lexpera).

<sup>55</sup> “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir “kurucu şerh” olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir. Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir.” Yar. HGK., E. 2006/2591, K. 2006/624, 4.10.2006 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>56</sup> Söz konusu Hukuk Genel Kurulu kararıyla birlikte aile konutu şerhinin malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyet iddialarının bertaraf edilmesini amaçladığına yönelik bir içtihat oluşturulmuştur. “*TMK 193 maddesi dikkate alındığında, kural olarak eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlem yapma serbestisi Türk Medeni Kanunu felsefesi içinde kabul edilmişken, TMK 194 maddesi ile bu kurala istisna getirilmiş, aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması esası kabul edilmiştir. Düzenleme ile malik olmayan eşe, aile konutu ile ilgili tapu kütüğüne şerh verilmesini isteme hakkı tanınmış, eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, “aile birliğinin” korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bir diğer deyişle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğü sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına bir aynı hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir. Aile konu-*



## 2. Eşle İşlem Yapan Kişinin İyiniyetin Korunmaması Gerektiği Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre, ailenin barınma hakkını korumak amacıyla getirilen diğer eşin açık rızasının aranması gerekliliği, ailenin üstün yararı gözetildiğinde, üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarından önceliklidir. Nitekim bu görüşteki yazarlara göre konut hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış bir haktır. Bu hak yerine üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunması hukuk güvenliğini zedeleyici mahiyettedir. Öte yandan, malik olmayan eşten, işlem tarafı kişinin iyiniyetli olmadığını ispatlamasını beklemek hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Dolayısıyla, TMK m.194/III uyarınca malik olmayan eşe tanınan tapu kütüğüne şerh koyma hakkı, yalnızca işlem tarafı kişinin yolsuz tesciline dayanmak suretiyle iyiniyetli kişilerin aynı hak iktisabını önlemek için getirilmiştir<sup>57</sup>. Bir başka deyişle, taşınmaz üzerinde aile konutu şerhi bulunmasa bile, aile konutunun maliki olan eşle işlem yapan kişi aynı hak iktisap edemeyecek, konut üzerindeki tescil yolsuz tescil niteliğinde olacaktır.

Aynı görüşü savunan yazarların diğer dayanak noktası da iyiniyetin ancak kanunun kendisine sonuç bağladığı durumlarda uygulama alanı bulmasıdır. Şayet kanun iyiniyete bir hukuki sonuç bağlamamışsa, işlemin tarafı olan kişinin iyiniyetli olup olmamasının bir önemi kalmaz. Zira aile konutuna ilişkin hükümlerde normun koruma amacından yola çıkıldığında Kanun Koyucunun işlemin tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişiyi değil, aksine aile konutunun korunmasını amaçladığı görülmektedir. Böylece, aile konutunun şerhi olmasa dahi malik olan eşten aile konutuna ilişkin hak iktisabı mümkün olmayacak ve kişinin iyiniyetli olup olmadığına bakılmaksızın onun adına yapılan tescil yolsuz tescil niteliğinde olacaktır<sup>58</sup>.

---

*tu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmemesi halinde, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmünden yararlanacağı kabul edilmektedir (HGK. 24.04.2013, 2012/2-1567 E., 2013/579 K.). Bu durum aile konutu olarak kullanılan taşınmazın tapu kaydında, konutun bu niteliğini gösteren şerh olmaması hali ile ilgilidir ve taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeyen ya da bilemeyecek durumda olan üçüncü kişinin tapuya güven ilkesinden yararlanması asıldır. Tapuda aile konut şerhi olmasa da bunu bilebilecek durumda olan veya bilen kişinin iyiniyetinin bulunduğu kabul edilmesi mümkün değildir." Yar. HGK., E. 2014/2788, K. 2015/2321, 21.10.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).*

<sup>57</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 156; ŞİPKA, s. 158 vd.; HATEMİ, s. 85; ERDEM, s. 232; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 169; GENÇCAN, s. 732; YILDIRIM, s. 63; GÜNERGÖK, s. 278; GÜMÜŞ, s. 86; ERTEKİN, s. 165; AKÇAAL, s. 158; SAATÇİOĞLU, s. 218.

<sup>58</sup> OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 156; ERDEM, s. 232 vd.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 170; GÜMÜŞ'e göre de işlem tarafı olan kişinin iyiniyeti hiçbir zaman korunmaz, eş ile işlem yapan kişi ile işlem yapan üçüncü kişinin iyiniyeti ise TMK m.1023 çerçevesinde değerlendirilmek suretiyle aynı hak kazanmayı sağlayabilir. (GÜMÜŞ, s. 52).

Yargıtay'ın 2015 yılında vermiş olduğu Hukuk Genel Kurulu kararı<sup>59</sup> ve 2. Hukuk Dairesinin yerleşmiş içtihatlarına bakıldığında<sup>60</sup>, malik eşle hukuki işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunmaması gerekmektedir. Burada şerh verilmemiş olması dahi sonucu etkilemez. Aile konutu şerhi, yalnızca malik eş ile hukuki işlemde bulunan kişinin, taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerle yapacağı işlemler açısından etkili olup, bu üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf ederek aynı hak iktisap etmelerini engeller. Bu sayede, iyiniyetli üçüncü kişiler yolsuz tescille karşı TMK m.1023 hükmüne dayanamayacak ve aynı hakkı kazanamayacaktır. Görüldüğü üzere bu görüş, aile konutu üzerinde gerçek bir koruma sağlamaktadır.

#### D. Aile Konutunun Şerhinin Terkin Edilmesi

Aile konutu şerhi, evlilik birliği devam ederken yahut evlilik birliği sona erdiğinde terkin ettirilebilir. Nitekim, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2014/4 sayılı Genelgesinde 6. maddede aile konutunun terkinine ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiş durumdadır<sup>61</sup>.

<sup>59</sup> “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.” Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir. TMK'nın 193. maddesi ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte TMK'nın 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, “aile birliğinin” korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK'nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.” Yar. HGK., E. 2013/22056, K. 2015/1201, 15.4.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>60</sup> Yar. 2. HD, E. 2014/11853, K. 2015/4019, 10.3.2015 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası); Yar. 2. HD, E. 2018/2063, K. 2018/15016, 20.12.2018; Yar. 2. HD., E. 2019/1311, K. 2019/4071, 4.4.2019; Yar. 2. HD, E. 2020/1369, K. 2020/2422 1.6.2020 (Lexpera).

<sup>61</sup> Genelgenin ilgili maddesine göre:

“6. Aile Konutunun Şerhi

## 1. Evlilik Birliği Devam Ederken Aile Konutu Şerhinin Terkini

Aile konutu şerhi eşlerden birinin maliki olduğu tapuya kayıtlı taşınmaz üzerinde tesis edilmektedir. Önemle belirtmek gerekir ki, tapu sicil memurunun aile konutu şerhini kendiliğinden kaldırması mümkün değildir. Tapu memuru bir talep üzerine aile konutu şerhinin terkinini gerçekleştirebilir. Evlilik birliği devam ederken aile konutu şerhinin terkinine sebep olabilecek başlıca hallere ise, şerh konulan taşınmazın aile konutu olma niteliğini kaybetmesi veya yeni bir aile konutunun edinilmesi örnek gösterilebilir. Genelgede belirtildiği üzere, aile konutu şerhini koyduran eşin talebi üzerine, şerhin terkin edilmesi de mümkündür. Doktrinde şayet aile konutu şerhi bir mahkeme kararının neticesiyse, terkin işleminin de mahkeme kararıyla yapılması yönünde görüşler bulunmaktadır<sup>62</sup>. Aksi görüşteki yazarlar ise Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69. maddesinden<sup>63</sup> hareket etmekte ve mahkeme kararıyla şerhin konulması halinde terkinin de mahkeme kararıyla yapılması gerektiğine yönelik bir zorunluluk bulunmadığını haklı olarak ileri sürmektedir.

*“a. Şerh malik olmayan eşin talebiyle işlenmiş ise yine malik olmayan eşin talebiyle,*

*b. Şerh eşlerin birlikte talebiyle işlenmiş ise; her ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle,*

*c. Eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh eşlerden birinin talebiyle işlenmiş ise; eşlerin ikisinin veya lehine şerh verilenin talebiyle,*

*ç. Malik olan eşin talebiyle şerh verilmiş ise malik olmayan eşin de talep ya da muvafakatiyle,*

*d. Ölüm halinde sağ kalan eşin tek yanlı talebiyle,*

*e. Aile konutu şerhinin terkinine ilişkin mahkeme kararının ibrazı ile,*

*f. Kesinleşmiş boşanma veya evliliğin iptali ilamının ibrazı halinde (kararda aile konutu şerhinin devam etmesine yönelik herhangi bir hükmün bulunmaması koşuluyla) malik olan eşin tek taraflı talebiyle,*

*g. Yeni bir aile konutu edinildiğinin ve o taşınmaza aile konutu şerhi işlendiğinin kanıtlanması durumunda malik olan eşin talebiyle,*

*h. Aile konutu şerhi, taşınmaz maliki eşin talebine bağlı işlemlerde, diğer eşin muvafakatını zorunlu kıldığından ve talebe bağlı olmayan mahkeme kararının infazı, cebri satış gibi işlemleri engellemeyeceğinden, ayrıca, aile konutu şerhi talep edilirken diğer şerhler ile ipoteklerin hukuki sonucu kabul edildiğinden, mahkeme ya da icra müdürlüğünün yazısı ile,*

*Aile konutu şerhinin terkinini mümkündür.”*

<sup>62</sup> Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararda bu görüşü benimsemiş ve mahkeme kararıyla verilmiş bir aile konutu bulunması halinde terkinin de ancak mahkeme kararıyla olması gerektiğini belirtmiştir. “*bu-nun üzerine davacı erkeğin aile konutu şerhinin kaldırılmasını mahkemeden talep ettiği, ... 1. Aile Mahkemesince 26.02.2016 tarihli ek kararla aile konutu şerhi konulması kararının, tedbir kararı olmadığı, dava üzerine taşınmaza aile konutu şerhi konulduğu, bu nedenle şerhin dava yolu ile kaldırılmasının mümkün olduğu gerekçesi ile talebin reddine karar verildiği, bunun üzerine davacının bu davayı açtığı anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmaza, mahkeme kararı ile aile konutu şerhi konulmasına karar verildiğinden, aile konutu şerhinin kaldırılması da ancak dava yolu ile istenebilir.*” Yar. 2. HD, E. 2019/1350, K. 2019/3311, 25.3.2019 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>63</sup> Tapu Sicil Tüzüğü'nün 69. maddesine göre “*Tapu sicilinde terkin, tescilin kendisine hak sağladığı kim-senin istemine ya da yetkili makam veya mahkeme kararına istinaden yapılır.*”

## 2. Evliliğin Sona Ermesi Nedeniyle Aile Konutu Şerhinin Terkini

Evliliğin sona ermesiyle birlikte, tapu kütüğüne konulan şerhin hizmet ettiği amaç da ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, evliliğin boşanma, ölüm veya evliliğin iptali gibi nedenlerle sona ermesi halinde aile konutu şerhi terkin edilebilmektedir. Nitekim, Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün genelgesine göre de eşlerden birinin ölmesi halinde sağ kalan eşin tek yanlı talebiyle, kesinleşmiş boşanma veya evliliğin iptali ilamının ibrazı halinde (kararda aile konutu şerhinin devam etmesine yönelik herhangi bir hükmün bulunmaması koşuluyla) malik olan eşin tek taraflı talebiyle aile konutunu şerhinin terkin ettirilebileceği düzenleme altına alınmıştır. Ancak henüz bir mahkeme ilamı yoksa ve boşanma yahut evliliğin iptaline ilişkin yargılama süreci devam ediyorsa bu durumda evlilik birliği devam ettiğinden dolayı aile konutu şerhinin terkin ettirilemeyeceği yönünde Yargıtay içtihatları bulunmaktadır<sup>64</sup>. Gerçekten, söz konusu durumlarda aile konutunun korumasındaki hukuki yarar henüz sona ermiş değildir<sup>65</sup>.

## SONUÇ

Türk Medeni Kanunu ile hukukumuzda kazandırılan aile konutu kavramı aile hayatında oldukça önemli bir yer tutmaktadır. Bu öneme binaen, Kanun Koyucu TMK m.194 hükmünde aile konutunu koruma altına alan düzenlemelere yer vermiştir. Ne var ki, kanun metninde aile konutuna ilişkin bir tanıma yer verilmiş değildir. Belirtilen nedenle, aile konutu tanımına gerek madde gerekçesi, gerekse Yargıtay içtihatları aracılığıyla ulaşılmaya çalışılmaktadır. Bu kapsamda, aile konutu, eşlerin iradelerine uygun olarak seçtikleri, sürekli olarak ailenin kullanımına özgülenmiş, ailenin yaşamının merkezini oluşturan konut olarak tanımlanabilir.

TMK m.194/I hükmü ile birlikte aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin kanunda sayılan hukuki işlemleri gerçekleştirebilmesi diğer eşin açık rızasına

<sup>64</sup> Nitekim bir Yargıtay kararında da bu husus “*davacının ayrı yaşamaya başlamadan önce dava konusu taşınmazda davalı ve müşterek çocukla birlikte oturduğu ve bu yerin aile konutu vasfını taşıdığı, davalı kocanın taşınmazı davacının beyanına göre 1.5, 2 yıl önce terk ettiği ve başka adrese taşındığı, taraflar arasında derdest boşanma davasının olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece taşınmazın aile konutu olmadığı gerekçesiyle şerhin terkinine karar verilmiş ise de aile konutunun davalı koca tarafından terk edilerek başka yere taşınması evlilik birliğinin devam ettiği aile konutu olma özelliğini ortadan kaldırmaz. O halde davanın reddine karar verilmek gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi yanlış olmuştur.*” kararıyla ifade edilerek boşanma davası devam ederken verilen aile konutu şerhinin terkinini evlilik birliği devam ettiği için yerinde olmadığına karar verilmiştir. Yar. 2. HD, E. 2012/24154, K. 2013/18232, 27.6.2013 (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

<sup>65</sup> ERDEM, s. 23; GÜMÜŞ, s. 71; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 165; BULUT, s. 102; NEBİOĞLU ÖNER, s. 49; ALTINOK ORMANCI, s. 1110; ERTEKİN, s. 170; SAATÇIOĞLU, s. 203.

tabi kılınmıştır. Bu sayede, eşin tek başına hareket etmek suretiyle aile fertlerine zarar verebilme ihtimalinin önüne geçilmeye çalışılmış, eş ve çocuklar için maddi ve manevi öneme sahip aile konutu korunmuştur.

Anılan düzenlemenin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde çeşitli tartışmalar bulunmakla birlikte kanaatimce, söz konusu sınırlamanın borçlandırıcı işlemleri kapsamadığını ileri süren görüşlerin kabul edilmemesi gereklidir. Zira aksi kabul, eşin borçlandırıcı işlemlerini geçerli hale getirmekte ve diğer eşin rızası söz konusu olmadığında tasarruf işlemini yerine getirmeyen eş, borca aykırı davranışından dolayı tazminat yükümlülüğüyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumda ise diğer eşin özgür iradesiyle karar vermesi mümkün olmamaktadır. Gerçekten, hukuki işlemde bulunan eşi tazminat yükümlülüğünden kurtarmak amacıyla baskı halinde verilen bir rıza, madde hükmünün amacından uzaklaşılmasına yol açacaktır. Bu nedenle, TMK m.194/I hükmünün hem borçlandırıcı işlemler hem de tasarruf işlemleri için geçerli olduğunun kabulü yerinde olacaktır.

TMK m.194/III hükmü ise bir eşin aile konutunun maliki olması durumunda, malik olmayan eşe tapu kütüğüne aile konutu şerhi koydurabilme yetkisi tanımaktadır. Bu yetkinin ise sadece malik olmayan eşe değil, malik eşe de tanıdığı ileri sürülmektedir. Zira birden fazla konuta malik olan eş, hangi konutun aile konutu olduğunu şerh yoluyla açıklama imkanına kavuşmuş olur. Aile konutu şerhi açıklayıcı niteliktedir. Aile konutu vasfının kazanılması şerhin varlığına bağlı değildir.

Şerhin etkisi ise doktrinde tartışmalı olan bir diğer konudur. Bu tartışma ise eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı noktasında şekillenmektedir. Nitekim Yargıtay Hukuku Genel Kurulu Kararlarına bakıldığında da süreç içinde farklı yönde kararlar verildiği, nihai olarak ise eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunmaması yönünde bir içtihat geliştirildiği görülmektedir. Şerhin etkisinin belirlenmesi, şerhin hukuki sonucunun tespiti açısından önem taşımaktadır.

Kanaatimce şerh, hak sahibi eş ile tapuda işlem yapan kişiden aynı hak iktisap eden üçüncü kişilerin iyiniyetinin ortadan kaldırılmasında rol oynar. Zira eşle işlem yapan kişi, diğer eşin açık rızası alınmadığından, yolsuz tescile temel teşkil eden geçersiz bir hukuki işlemin tarafıdır. Dolayısıyla, TMK m.1023 anlamında üçüncü kişi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Eşle işlem yapan kişinin iyiniyetli olup olmaması yahut aile konutu şerhi verilip verilmemesi de bu noktada hukuki bir önem taşımaz. Şerh verilmemiş olması, TMK m.194 hükmünün sağladığı korumayı ortadan kaldırmaz. Öte yandan, iyiniyet ancak kanunda açıkça belirtilen hususlar da gözetilir ki, söz konusu halde böyle bir

düzenleme bulunmamaktadır. Aile konutu şerhi açıklayıcı niteliktedir ve temel amacı, malik eş ile tapuda işlem yapan kişiden aynı hak iktisap etmek isteyen üçüncü kişilerin iyiniyet iddialarını bertaraf etmektir.

Aile konutu şerhinin terkin ettirilmesi mümkündür. Terkin işlemi evlilik birliği devam ederken yahut evlilik birliği sona erdikten sonra gerçekleştirilebilir. Aile konutu şerhinin terkin talep üzerine, evlilik birliği devam ederken aile konutu şerhinin kaldırılması, şerhi konulan taşınmazın aile konutu olma özelliğini yitirmesi yahut eşlerin yeni bir aile konutu edinmesi halinde gündeme gelebilmektedir. Evlilik birliğinin sona ermesi halinde de aile konutu şerhi terkin ettirilebilir. Bu hallerde ilgili hali gösterir belgelerin tapu müdürlüğüne ibrazı suretiyle terkin işlemi gerçekleştirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki, devam eden boşanma yahut evliliğin iptali davaları sonlanmadan aile konutu şerhi terkin edilmemektedir. Zira söz konusu konut aile konutu olma vasfını devam ettirmekte ve eşlerin aile konutunu korumadaki menfaati sona ermemektedir.

**Hakem Değerlendirmesi :** Dış bağımsız.

**Çıkar Çatışması :** Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

**Finansal Destek :** Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

**Peer-review :** *Externally peer-reviewed.*

**Conflict of Interest :** *The author has no conflict of interest to declare.*

**Grant Support :** *The author declared that this study has received no financial support.*

## KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, “Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutu Niteliğine Etkisi”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2011, C. 10, S. 2, s. 35-52 (Aile Konutu).
- ACAR, Faruk, Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- AKÇAAL, Mehmet, **Medeni Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Kanunu Aile Hukuku**, Beta, İstanbul, 2014.
- ALTINOK ORMANCI, Pınar, “Aile Konutuna İlişkin Korumanın Evliliğin Ölümle Sona Ermesinden Sonraki Etkileri”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2020, C. 19, S. 2, s. 1105-1123.
- ANTALYA, O. Gökhan/TOPUZ, Murat, **Eşya Hukuku Cilt IV/1 Giriş, Temel Kavram ve İlkeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- ARMUTÇUOĞLU, Can Yalçın, “Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Y. 2011, C. 17, Sayı 1-2, s. 413-436.
- BAĞCI, Ömer, “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2007, C. 4, S. 2, s. 145-175.
- BAYBURTLU, Burçin, “Kiralık Aile Konutlarında Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin Hukuki Durumu”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Y. 2011, C. 85, S. 5, s. 157-174.
- BİLGİN, Mahmut, “Türk Medeni Kanunu’nda Yeni Bir Kurum Aile Konutu”, **Bursa Barosu Dergisi**, Y. 2002, C. 26, S. 70, s. 13-21.
- BULUT, Mehmet, **Teminat Sözleşmelerinde Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Getirilen Sınırlamalar**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- CEYLAN, Ebru, “Yeni Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutunun Önemi”, **TBB Dergisi**, Y. 2017, C. 29, S. 128, s. 203-230.
- DALCI ÖZDOĞAN, Nurchan, “Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi?”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 13, S. 2, s. 135-167.

- DEMİRBAŞ, Feride, “Aile Konutu Şerhinin İyiniyetli Üçüncü Kişilerin Aynı Hak Kazanımlarına Etkisi ve Konuya İlişkin Yargıtay Uygulaması” **Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, Y. 2017, C. 4, S. 12, s. 420-427.
- DOĞAN, Murat, “Medeni Kanunu’nu Getirdiği Yeni Bir Düzenleme: Aile Konutu”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2002, C. 4 S. 1-4, s. 285-300.
- ERDEM, Mehmet, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2018.
- ERDEM, Mehmet/MAKARACI-BAŞAK, **Aile Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022.
- ERTEKİN, Oğuzhan, **Türk Medeni Hukukunda Aile Konutu ve Aile Konutu Şerhi**, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans, 2020.
- GENÇCAN, Ömer Uğur, **Aile Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri** (TMK m.185-281), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008.
- GÜNDOĞDU, Fatih, “Yargıtayın Aile Konutu Şerhinin Üçüncü Kişilere Etkisi ile İlgili İçtihat Değişikliği Hakkında Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2017, C. 16, S. 2-1, s. 787-799.
- GÜNERGÖK, Özcan, “Eşlerden Birinin Mülkiyetindeki Tapuya Kayıtlı Aile Konutu Üzerinde Üçüncü Kişilerin Mülkiyet veya Sınırlı Aynı Hak İktisabı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2009, C. 8, S. 1-2, s. 249-283.
- HATEMİ, Hüseyin, **Aile Hukuku**, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, **Medeni Hukuk**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- HÜSEYİN, İhsan, “Aile Konutu: Kavram, Üzerindeki Haklar ve Korunması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 67, S. 3, s. 577-604.
- HÜSEYİN, İhsan, “Medeni Kanununun 194. Maddesinde Yer Alan Sınırlamanın Hukuki Niteliği”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2018, C. 8, S. 2, s. 167-195 (Aile Konutu).
- İŞLETEN, Mehtap İpek, “Aile Konutu Şerhi ve Şerhin İyiniyetli Üçüncü Kişilere Etkisinin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 4.10.2006 Tarihli, E. 2006/2591, K. 2006/624 Sayılı Kararı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2014, C. 13, S. 2, s. 927-953.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004 (Yenilikler).
- KURT, Leyla Müjde, “Aile Konutu Şerhinin Hukuki Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2018, C. 14, S. 146, s. 33-44.
- MURATOĞULLARI, Harun, “Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilen İpotek”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2013, C. 8, S. 82, s. 38-45.



- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, “Aile Konutunun Özellikleri, Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri”, **TBB Dergisi**, Y. 2011, C. 97, s. 117-154.
- NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem, **Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- NOMER, Haluk Nami/ ERGÜNE, Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023.
- SAATÇIOĞLU, Fuat, **Aile Konutu ve Şerhi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 55.
- SERDAR, İlknur, “1756 (2014/4) Sayılı Genelge Kapsamında Aile Konutu Şerhi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2019, C. 21, S. 2, s. 583-628.
- ŞIPKA, Şükran, **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası**, İstanbul, 2004.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku Kısaltılmış Ders Kitabı**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- OLGAÇ, Samet Can, “Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi (TMK m.240-652)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 120, s. 105-118.
- TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, “Aile Konutuna İlişkin Hukuki Sınırlamanın İcra Hukukundaki Etkilerinin Değerlendirilmesi”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2022, C. 21, S. 1, s. 933-1011.
- TOPUZ, Gökçen, “Aile Konutunun Haczi ve Kiralanan Aile Konutunun İlamsız İcra Yoluyla Tahliyesi”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2008, C. 3, S. 1, 2008, s. 271-291.
- UZUNKAYA, Mehmet Celal, “Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilebilecek Hukuki İşlemler ve Aile Konutu Şerhi”(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, 2018.
- YAKUPPUR, Sendi, “Aile Konutu ve Tapu Kütüğüne Güven İlkesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, C. 11, S. 145-146, s. 777-797.
- YILDIRIM, Abdulkerim, **Türk Aile Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014.