

**ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**





# ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: X

SAYI: 2

YIL: 2015

ARALIK – 2015  
KAYSERİ

## SAHİBİ

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına  
Prof. Dr. Murat DOĞAN

## SORUMLU MÜDÜR

Fatma İLHAN

<b><u>HABERLEŞME ADRESİ</u></b>	<b><u>TLF</u></b> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<b><u>FAKS</u></b> : +90 352 438 06 62
38039 / <b>MELİKGAZİ- KAYSERİ</b>	<b><u>E-MAİL</u></b> : hukukdergisi@erciyes.edu.tr
	<b><u>ISSN</u></b> : 1306-3839
	<b><u>Basım Tarihi</u></b> : Nisan 2016

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ULAKBİM tarafından  
taranan ve yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir.

Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir;  
Fakülteyi bağlamaz.

## YAYIN İLKELERİ

---

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Haziran ve Aralık aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Haziran ayında çıkan sayı için 31 Mayıs; Aralık ayında çıkan sayı için 30 Kasım tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programında ki otomatik başlıklandırılmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.
7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.

8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri evrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yaralanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

## DANIŐMA KURULU

---

**Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK**

Fatih Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Enver BOZKURT**

Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Erdal ONAR**

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK**

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Ömer TEOMAN**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Mehmet ÜNAL**

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Feridun YENİSEY**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**Prof. Dr. Turan YILDIRIM**

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
İdare Hukuku Anabilim Dalı Emekli Öğretim Üyesi

## YAYIN KOMİSYONU

---

Doç. Dr. Atila ERKAL  
Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN  
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK  
Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER  
Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK  
Arş. Gör. Emre KÖROĞLU

## EDİTÖRLER

---

Prof. Dr. Murat DOĞAN Doç. Dr. Atila ERKAL  
Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK

## EDİTÖR YARDIMCILARI

---

Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER Arş. Gör. Emre KÖROĞLU



## DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI\*

---

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Prof. Dr. İsmail KAYAR, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Atila ERKAL, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Yrd. Doç. Dr. Ramazan AYDIN, Yrd. Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Yrd. Doç. Dr. Aynur CİDECİGİLLER, Yrd. Doç. Dr. Şükran EKECİK, Yrd. Doç. Dr. Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Yrd. Doç. Dr. Gökhan ŞAHAN, Yrd. Doç. Dr. Gülden ŞİŞMAN, Yrd. Doç. Dr. Akın ÜNAL, Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Aslı NANEÇİ ARICI, Arş. Gör. Gündüz Alp ASLAN, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. İsmail ATAMULU, Arş. Gör. Fatih AYDIN, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Allı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Özlem ERKAL, Arş. Gör. Beyza ESKİCİ, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Emine GÜLSELCEN KAFKASYALI, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Abdullah Sacid ÖRENGÜL, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Yavuz ÖZKAN, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Vakkas Korhan YEĞRİM, Arş. Gör. Kürşat YEMENİCİ, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

---

\* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.



## TEŞEKKÜR

---

Dergimizin C.X, S.1, 2 basılarında hakem olarak katkıda bulunan aşağıda isimleri yazılı sayın öğretim üyelerine teşekkürü borç biliriz...\*

**Prof. Dr. Recep AKCAN**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Şahin AKINCI**, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Yusuf AKSAR**, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. H. Yunus APAYDIN**, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

**Prof. Dr. Nihat BULUT**, İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. Özlem YENERER ÇAKMUT**, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. M. Hakan HAKERİ**, İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. İsa DÖNER**, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Cengiz GÜL**, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Erdal YERDELEN**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yrd. Doç. Dr. Ömer ÇELEN**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yrd. Doç. Dr. Murat ERDEM**, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yrd. Doç. Dr. Ömer GEDİK**, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yrd. Doç. Dr. Yasin POYRAZ**, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

---

\* Hakem isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.



## İÇİNDEKİLER

### ÖZEL HUKUK

#### **Yrd. Doç. Dr. Nejat ADAY**

Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı Bakımından “Aynı İş” Olgusu ve  
Bu Yasağın Avukatın Mesleki Yükümlülükleri İçindeki Yeri ..... 1

#### **Yrd. Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK**

Hısmımlar Arası Satış Sözleşmeleri ve Muvazaa..... 37

#### **Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

İcra ve İflas Hukukunda Canlı Haczi ..... 53

### KAMU HUKUK

#### **Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN**

Tehdit Suçunun Silahla İşlenmesi (Silahlı Tehdit)..... 101

#### **Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ**

Yargıtay’da Hükmün Bozulmasından Sonra Davaya Yeniden Bakacak  
Mahkemenin İşlemleri ve Soruşturmanın Genişletilmesi Yasağı..... 129

#### **Res. Asst. Sümeyra TEKİN**

The Origins of Crimes Against Humanity: From Nuremberg to Rome ..... 149

#### **Burcu GÖRKEMLİ**

İslam Hukukunda ve Modern Hukukta Hapis Cezası ve Hapishaneler ..... 173

#### **Şenol KURT | Oğuzhan ÜN**

İnsansız Hava Araçları (İHA) Üzerine Hava Hukuku Açısından Bir Değerlendirme ..... 195



## CONTENTS

### **PRIVATE LAW**

#### **Ass. Prof. Dr. Nejat ADAY**

The “Same Job” Fact Regarding a Lawyer’s Prohibition of Representing the Conflict of Interests and the Place of this Prohibition Among the Vocational Duties of a Lawyer ..... 1

#### **Ass. Prof. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK**

The Contract of Sale Between Relatives and Simulation ..... 37

#### **Ass. Prof. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

Dstraint of Living Things in Enforcement and Bankruptcy Law ..... 53

### **PUBLIC LAW**

#### **Ass. Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN**

Threat by Use of a Weapon (Threat with Weapon)..... 101

#### **Ass. Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ**

Procedures of the Court that Shall Rehear the Case after the Reversel of Judgement by the Court of Cassation and the Prohibition of Extension of Inquiry..... 129

#### **Res. Asst. Sümeyra TEKİN**

The Origins of Crimes Against Humanity: From Nuremberg to Rome ..... 149

#### **Burcu GÖRKEMLİ**

Prison Punishments and Prisons in Islamic Law and Modern Law ..... 173

#### **Şenol KURT | Oğuzhan ÜN**

An Evaluation on UAV’s under air Law ..... 195





# **Özel Hukuk/ Private Law**

---



**AVUKATIN ÇATIŞAN MENFAATLERİ  
TEMSİL YASAĞI BAKIMINDAN  
“AYNI İŞ” OLGUSU VE BU YASAĞIN AVUKATIN  
MESLEKİ YÜKÜMLÜLÜKLERİ İÇİNDEKİ YERİ**

*Yrd. Doç. Dr. Nejat ADAY\**

**ÖZET**

Avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağı avukatın hem yargı hem de iş sahibi karşısında bağımsızlığını sağlamayı hedefler. Kamuoyunda avukatlık mesleğine duyulan güvenin korunması da yasağın amaçlarından biridir. Bu nedenle hem avukatlar hem de meslek örgütleri tarafından titizlikle takip edilmesi gerekir. Ancak bu yapılırken yasağın meslek icrasına getirilen bir sınırlama olduğu unutulmamalı, yasakla izlenen amacı sağlamaya elverişli olmayan, orantısız yaptırımlar da önlenmelidir. Bu da yasağın soyut unsurlarının yanında somut olay bakımından gerçek bir çatışan menfaat olgusunun fiilen ortaya çıktığının teyit edilmesini gerektirir. Diğer yandan, farklı yargı mercilerinin aynı olgu karşısında yoğunluk bakımından değişen yaptırımlar uygulaması da önlenmesi gereken bir uygulamadır. İncelemede bu sorunlara temas edilerek, Alman uygulaması örneğinde çözüm önerilerinde bulunulmuştur.

**Anahtar Kelimeler:** Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağı, Çifte Temsil, Teklif Olunan İş Red Yükümlülüğü, Şekli Olgu Denetiminin Yetersizliği, Somut Olay Adaletinin Sağlanması, “Aynı İş” Olgusu.

**ABSTRACT**

A lawyer's prohibition of representing the conflict of interests, aims to maintain the independence of the lawyer before the court and the client. Protecting the public trust in advocacy is one of the purposes of the prohibition. For this reason, it should be followed fastidiously by lawyers and also by professional organizations. However, it should not be forgotten that the delimitation brought by the prohibition is for the practice. Thus, the sanctions that are disproportionate and unfavorable to maintain the purpose of the prohibition should be avoided. This requires a confirmation that an actual conflict of interest fact occurs virtually in the concrete case, besides the abstract factors of the prohibition. On the other hand, changing sanctions in terms of burden awarded by

---

\* Yrd. Doç. Dr., İstanbul Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

different judicial authorities on the same fact is a practice that should be avoided. In this study, the solution offers are presented in the example of German practice by pointing out these problems.

**Keywords:** A Lawyer's Prohibition of Representing the Conflict of Interests, Obligation to Reject the Offered Job, Insufficiency of the Formal Fact Inspection, Maintaining the Concrete Case Justice, the "Same Job" Fact.

## I. GİRİŞ VE BAZI SORUNLARIN BELİRLENMESİ

Önceki bir çalışmamızda<sup>1</sup>, avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağının ihlaline bağlanan hukuksal sonuçları yargı kararları ışığında ele almıştık. Bu çalışmamızda AK m.38/b hükmünün “b) Aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş olursa,” şeklindeki düzenlemesinde geçen “aynı işte” deyiminin nasıl anlaşılması gerektiği üzerinde yoğunlaşacağız. Bunun için de, öncelikle söz konusu yasağın avukatın mesleki yükümlülükleri içindeki yerinin ne olduğu sorusuna cevap verilmesi gerekmektedir.

Hemen ifade edelim ki, AK m.38 hükmünde 5 bent halinde sıralanan olgulardan sadece birini oluşturan “aynı işte menfaati zıt olan bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalâa vermiş” olma durumunda avukat “teklifi reddetmek zorunluluğundadır.” İhlalin aynı zamanda suç da oluşturması mümkün olduğundan, disiplin yargılaması ile ceza yargılaması arasında bazı ilişkiler kurulması zorunlu olabilir. Bununla birlikte, zorunluluğa uymayan (menfaati zıt tarafın teklifini reddetmeyen) avukatın disiplin suçu işlediği söylenebilir de, “görevi kötüye kullanma” suçunu işleyip işlemediği ayrı bir konudur<sup>2</sup>. Tıpe uygunluk, kusur gibi unsurlar yönünden yapılacak değerlendirmeler suçun oluşmadığını göstermek açısından yeterli olsa da, meslek hukuku bakımından farklı sonuçlara varılabilir. Örneğin meslek hukuku açısından yasağın ihmalî davranışla ihlali yeterli olup, kast gerekmez. Ceza için gerekli olan “zarar”<sup>3</sup> şartı da meslek hukuku bakımından gerekli değildir. Aynı şekilde, meslek hukuku bakımından avukatın bizzat taraf olarak kendi menfaatlerini önceden vekâletini üstlendiği birine karşı takip etmesi yasak ihlali sayılmamakta, buna karşılık avukatın menfaati zıt taraf hakkını temlik alarak kendi adına takip etmesi caiz görülmektedir<sup>4</sup>.

Avukatın menfaat çatışması doğuracak işi red yükümlülüğü öngörülmüş olmakla birlikte, bilerek veya bilmeyerek yasağı bir kez ihlal eden avukatın ne

<sup>1</sup> Nejat **Aday**, Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağının İhlali ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Düşünceler, Ersin Çamoğlu’na Armağan, İstanbul 2013, s.249-265.

<sup>2</sup> 765 sayılı ETCK’nın 294. maddesi ile sadece avukat ve dava vekillerinin işleyebilecekleri bir suç olarak düzenlenen “hasımla uyuşarak veya başkaca hile ve desiselerle davasına zarar vermek” suçunun yerini artık “görevi kötüye kullanma” suçunun aldığı konusunda bkz. **Aday**, s 250-251, dph. 5.

<sup>3</sup> Örneğin bkz. Y 4. CD, 2.5.200, 2961/3598: “Sanık avukatın vekil edeni Mehmet K’un hasmî durumunda bulunan Çağlayan soyadlı kişiler adına takip ettiği davaların 653 ada 35 parsel, Mehmet K. adına açtığı 1994/49 esas sayılı davanın ise 1670 ada 1 parsel ile ilişkin olduğu, ve 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 38/b ve TCY’nın 294/1. maddelerindeki dava kabul etme yasağının da ‘aynı işle’ sınırlı bulunduğu gözetilmeden ve yakınının davasına ne suretle zarar verdiği de açıklanıp gösterilmeden öğeleri oluşmayan suçtan hükümlülük kararı verilmesi, yasağa aykırı” bulunmuştur (Kazancı MİBB).

<sup>4</sup> Wilhelm E. **Feuerich**/Anton **Braun**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl., München 2000, § 43 a, N 55, S 321.

yapması gerektiği Kanun'da düzenlenmemiştir. Bu konuda Avukatlık Meslek Kuralları'nda da bir açıklık bulunmamaktadır. Her ne kadar avukatın reddetmekle yükümlü olduğu işi bir kez üstlendikten sonra derhal istifa etmesi gerektiği söylenebilir de, istifanın sadece menfaat çatışmasına yol açan sonraki iş bakımından mı, yoksa her iki vekâlet görevi bakımından mı söz konusu olacağı sorusunun cevabı açıkça verilmelidir. Menfaat çatışması ortaya çıktıktan sonra avukatın sonraki vekâletten istifa edip ilkinde devam etmesinin yasakla korunan amaca aykırı olduğu söylenebilir. Bununla birlikte Yargıtay'ın değişik hukuk dairelerinin, önceki-sonraki vekâlet ayırımı yapmaksızın avukatın taraflardan birini tercih ederek dava veya takibe devam edebileceği görüşünde olduğu anlaşılmaktadır<sup>5</sup>. Türkiye Barolar Birliği Disiplin Kurulu (TBBDK) da aynı görüştedir<sup>6</sup>.

Konunun ceza hukukunu ilgilendiren yönü inceleme alanımızın dışında kalsa da, her iki yaptırım arasındaki dengesizlik dikkat çekicidir ve üzerinde durulmaya değerdir. Her şeyden önce, ceza mahkemesinin suç saydığı bir eylemle karşılaşan hukuk mahkemesinin, en azından ilgili savcılığa suç duyurusunda bulunması gerektiğini düşünüyoruz. Diğer yandan, çatışan menfaatleri temsil eden avukatın taraflardan birini seçmekle<sup>7</sup> sanki ihlal sona ermiş gibi davaya devam etmesinin olağan karşılanması yadırgatıcıdır. Birçok kararda isabetle tespit edildiği gibi, avukatın iş sahibi ile arasında oluşan güven ilişkisi nedeniyle vâkif olduğu sırları<sup>8</sup>, malvarlığına ilişkin bilgileri menfaati zıt tarafın

<sup>5</sup> Y 8. HD, T. 6.6.2014, 11103/11731: "... Mahkemece davacılar vekiline davada çıkarları çatışan taraflardan sadece bir tarafı temsil edebileceği hatırlatılarak, kendisinden davacılardan hangisini temsil edeceğinin sorulması, temsil etmeyeceği davacı veya davacılar için vekillikten kanunen çekildiği kabul edilerek, bunların davayı kendilerinin veya atadıkları takdirde başka vekil aracılığıyla takip edebilecekleri dikkate alınmadan; bu şekilde vekillikle ilgili yasaya aykırılık giderilmeden, davanın esasına girilip yazılı şekilde karar verilmesi" bozma sebebidir (Kazancı MİBB).

<sup>6</sup> "... Şikayetli avukat, makul bir süre içinde derhal iki vekillikten birine usulüne uygun olarak son vermeli, kamunun avukatlık mesleğine olan güven ve itibarını sarsmamalıdır." TBBDK 21.6.2003, 87/202 (M. Haşim Mısır, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008, s.535).

<sup>7</sup> Yukarıda zikredilen örnek dışında bkz. Y 1. HD, T. 17.2.2011, 417/1711 (Özel Arşiv): "... Avukat İsmail Kahraman'a hangi tarafın vekili olduğunun sorulması ve alınacak yanıtı göre taraf teşkilinin sağlanması, ondan sonra bir karar verilmesi gerekirken..."; Y 10. HD, 1.11.2011, 3779/15177 (Kazancı MİBB): "Mahkemece, Avukatlık Yasasının 38'inci maddesi de gözetilerek öncelikle temsil durumuna dair noksanlık giderilip, tarafların bizzat ya da vekaleten ileri sürecekleri iddia ve savunmalarıyla bildirecekleri deliller tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir."

<sup>8</sup> Y 2. HD, 5.5.2003, 14808/16289: "Avukatlık Kanununun 38/b maddesinde avukat aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa, işi reddetmesi gerektiği hükmü yer almaktadır. Yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekalet sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Yasa maddesinde öngörülen husus kamu düzeni ile ilgili olup mahkemece resen gözetilir. / Somut olayda davalı vekili boşanma kararı verilen ilk davada kadının vekili olmuş, kadının sırlarını öğrenmiştir. Bu durumda davalı vekilleri Av. H. G. ve Av. S. G'nin huzuru ile davaya bakılması usul ve yasaya aykırıdır." (Kazancı MİBB). Aynı yönde bkz. Y 2. HD, 3.7.1995, 6891/7761 (Kazancı MİBB).

lehine kullanmasına izin vermemek de yasağın amaçlarından ise, avukatın davaya devam etmesine izin verilmesi düpedüz yasağı hiçe saymak anlamına gelir. Bu konuya önemi nedeniyle aşağıda yeniden değinilecektir.

Tüm bu açıklamalar, yasağın amacı ve nasıl uygulanması gerektiği konusunda uygulamada önemli eksiklikler bulunduğunu, öğretide de uygulamaya yol gösteren çalışmaların yapılmadığını göstermektedir. Bu çalışma ile karşılaşılan sorunlara bir nebze de olsa ışık tutmayı hedefliyoruz.

## II. YASAĞIN AMACI

Çatışan menfaatleri temsil yasağı Avukatlık Kanunu'nun “Avukatın Hak ve Ödevleri” başlıklı 6. Kısmının başlarında, avukatın bazı hak ve yükümlülükleri arasında sayılmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 34. maddesi avukatın genel özen ve doğruluk yükümlülüğünü; 35. maddesi avukatlık tekeline; 35/A hükmü avukatın uzlaşma sağlama yetkisini; 36. maddesi avukatın sır saklama yükümlülüğünü; 37. maddesi sebep göstermeksizin teklif edilen işi red hakkını ve reddin gecikmeksizin bildirilmesi yükümlülüğünü; 38. maddesi çatışan menfaatleri temsil yasağıyla birlikte yolsuz veya haksız işi red yükümlülüğünü; önceden hâkim, hakem, savcı, bilirkişi veya memur olarak çalıştığı işi avukat olarak red yükümlülüğünü; kendisinin düzenlediği bir senet veya sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmesi gereken işi red yükümlülüğünü ve TBB tarafından tespit edilen mesleki dayanışma ve düzen gereklerine uygun olmayan işi red yükümlülüğünü düzenlemektedir.

Bu düzenleme şeklinden, yasa koyucunun genel ve soyut özen yükümlülüğünün içini, takip eden maddelerle somutlaştırmaya çalıştığı söylenebilir. Ancak haklarla birlikte yükümlülükleri iç içe düzenlemenin isabeti ile amaçlanan somutlaştırmanın ne derece sağlandığı sorunu bir yana bırakılacak olursa, özellikle çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin olarak şu tespitler yapılabilir:

AK m.1/II hükmünde sözü edilen “bağımsız savunma”nın gerçekleştirilmesi açısından çatışan menfaatleri temsil yasağı özel bir önem taşır. Kanun'da baro başkanının görevleri arasında, “Meslek onuru ve bağımsızlığı ile ilgili işlerde kanunlar ve meslek kurullarının gereğini her türlü organlara karşı savunmak ve bu konuda doğrudan doğruya veya dolayısıyla kendisini göreve zorlayan hususları yapmak” (AK m.97/6) sayılmış, aynı hüküm birlik başkanın görevlerinin düzenlendiği AK m.123 hükmünün 6. bendinde de tekrarlanmıştır<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Hemen ifade edelim ki, avukatlığı bir serbest meslek olarak düzenledikten sonra avukatların hak ve menfaatlerini korumak üzere baro ve birlikler oluşturulması her ne kadar zorunlu ve mesleğin olmazsa olmazı niteliğinde olsa da, bu koruma görevini sadece meslek kuruluşlarına bırakmak ve tekil avukatların ayrıca savunma ihtiyacı bulunmadığını düşünmek son derece sakıncalıdır. Çünkü mesleğin icrasına müdahale bakımından barolara verilen yetkiler çoğu kez birey olarak faaliyet gösteren avukatın aleyhine işleyebilmektedir. Bu husus çalışmanın ilerleyen bölümlerinde Alman uygulamasına yapılan atıflar çevresinde daha da aydınlanacak-

Alman Avukatlık Kanunu'nun (BRAO) benzer bir işlevi bulunan § 43 a hükmünde de avukatın 6 bent halinde sayılan yükümlülüklerinin başında “*avukatın mesleki bağımsızlığı tehlikeye atan hiçbir bağlantıya giremeyeceği*” düzenlenmiştir. Her ne kadar bu düzenleme soyutluğu ve içinin boşluğu ile itham edilmiş olsa da<sup>10</sup>, konunun “*avukatın bağımsızlığı*” bağlamında ele alınması gerektiğini ortaya koyması bakımından önemlidir. Nitekim konu İsviçre Hukukunda da bu şekilde değerlendirilmektedir<sup>11</sup>. Alman Hukukunda da yasağın mesleki doğruluk ve bağımsızlığı güvence altına aldığı kabul edilmektedir<sup>12</sup>. Esasen Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bağımsızlık ve sır saklama yükümlülüğü ile birlikte çatışan menfaatleri temsil yasağı mesleğin “*çekirdek değerleri*”

---

tir kanısındayız. Her ne kadar avukatlar kendilerine uygulanan disiplin cezalarına karşı yargı yoluna gidebilmekte iseler de, uzman disiplin mahkemeleri ve aynı nitelikte başvuru yollarının bulunmaması yeknesak bir uygulamanın oluşmasına engel olmaktadır. Bütün disiplin cezalarına karşı TBB'ne itiraz edilmesi ve nihayetinde bu kararlara karşı, Adalet Bakanlığı'nın onayı da dikkate alınarak, Ankara İdare Mahkemesine başvurulması zorunluluğu (bkz. Semih Güner, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2009, s.634) gibi tümüyle genel idari yargılamaya usulüne yapılan atıf gereği ortaya çıkan doğal sonuçların bile hiç düşünülmemiş olduğunu göstermektedir. Belki de avukatların meslek hukukuna ilişkin hukuki sorunların çözümü bakımından salt bu konularla ilgilenecek meslek mahkemelerinin kurulması ve istinaf mahkemeleri kurulurken meslek mahkemelerinde verilen kararların temyizden incelenmesi için uzman bir dairenin oluşturulması, nihayet kararlar arasındaki yeknesaklığın gözetilmesi için Yargıtay'da bir özel daire kurulması en uygun çözüm olacaktır.

<sup>10</sup> Bu konuda diğer bütün eleştirilere kaynak olmuş bir çalışma için bkz. Michael **Kleine/Cosack**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1997, § 43 a, Nr 1, S. 178 vd. Yazar, mesleği idealize etmek amaçlı bu düzenlemeyi duygusal yönünün ağırlığından dolayı bir tür “*Pathoskatalog*” olarak tanımlamış ve bu adlandırma birçok yazar tarafından benimsenmiştir. Okuyucu, mesleğin ve mesleki yükümlülüklerin tanımlanmasında duygusal yaklaşımların uygun düşmediğine bizim de eskiden beri yönelttiğimiz eleştirileri hatırlayacaktır. Kleine/Cosack'ın isabetle işaret ettiği gibi, bu tür içi boş formüller özellikle ihlal halinde avukata uygulanacak yaptırım belirlenirken, disiplin kurulları ve mahkemelerin temeli olmayan atıflar ve gerekçelerle hüküm vermesine yol açma riski taşımaktadır. Dolayısıyla, meslek onuru ve bağımsızlığını tehlikeye atacak olguların daha somut bir şekilde belirlenmesi mesleğin gerçek anlamda korunması bakımından daha isabetli bir tutum olacaktır.

<sup>11</sup> Örneğin bkz. Andreas **Baumann**, Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes, Festschrift 100 Jahr Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, (S. 433-459), S. 433 vd.; Michael **Kull**, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zurich 2000, S. 75. İsviçre Federal Mahkemesi de 30.4.2008 tarihli bir kararında, bu yükümlülüğün avukatın özen ve doğrulukla ifaya ilişkin genel yükümlülük hükmüyle yakın ilişkisine atıfta bulunmuştur. Bkz. BGE 134 II 108, 110.

<sup>12</sup> Frankfurt Baro Başkanı Prof. Dr. Lutz **Simon**, “*Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach deutschem Recht*” başlıklı konuşmasında yasağın sadece avukatın bağımsızlık ve doğruluğunu güvence altına almayı değil, kamunun mesleğin güvenilirliğine duyduğu inancı korumayı da hedeflediğini ifade etmektedir. Bkz. [http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report\\_Lutz\\_Simon-4.pdf](http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Lutz_Simon-4.pdf). Ayrıca bkz. **Feuerich/Braun**, § 43 a, N 54, S. 320; Kurt **Jessnitzer/Hanno Blumberg**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 43 a, N 4, S. 137; Martin **Hensler/Hanns Prütting**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2014, § 43 a, N 161, S. 315, 316.



(*core values*) olarak değerlendirilmektedir. Bu anlayışın giderek Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde de kabul gördüğü, hatta avukatlara tekel tanınmış olmasının gerekli kıldığı güvenin garantisi olarak kabul edildiği söylenebilir<sup>13</sup>.

Avukat, iş sahibinin menfaatlerini en üst sıraya koymak ve bunları özenle takip etmek konusunda özel hukuk kaynaklı bir yükümlülüğün öznesidir. Bu husus, vekâlete ilişkin BK m.506 hükmünün “*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür*” şeklindeki 2. fıkrasından açıkça anlaşılacaktır. Buna göre vekil, takip edeceği menfaatler arasında ilk sırayı daima müvekkilin menfaatlerine vermek zorundadır<sup>14</sup>. Doğruluk yükümlülüğünün müvekkille ilk temasla (*sözleşme öncesinde*) doğduğunu ve bazen vekâlet ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam ettiğini ifade eden Derendinger’e göre, özenle ifa yükümlülüğünü aşacak şekilde doğruluk yükümlülüğünün vekile, müvekkilin menfaati için gerekli her şeyi yapmayı ve bu menfaatlara zarar verecek hiçbir şeyi yapmamayı emreder<sup>15</sup>. Dolayısı ile bu yükümlülüğün çatışan menfaatleri temsil yasağını da kapsadığı, bu yönüyle avukatın iş sahibine karşı yükümlülükleri arasında sayılması gerektiği savunulabilir<sup>16</sup>. Ancak, avukatın bağımsızlığını sağlamayı hedef-

<sup>13</sup> Martin **Henssler**, Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl 10/2001, S. 527.

<sup>14</sup> Walter **Fellmann**; Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 1. Aufl., Bern 1992, Art 398, N 25, S. 377. Avukatın iş sahibine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunmadığı yönünde bkz. **Mısır**, s.521. Bu görüşün yasal bir temeli bulunmadığı açıktır.

<sup>15</sup> Peter **Derendinger**, Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988, N 151, 152, S. 66. Y 13. HD’nin 27.5.2014 tarih ve 29642/16539 sayılı kararında da şöyle denilmektedir: “*Davacı avukatın, vekil olarak borçları B.K.nun 389 ve devam maddelerinde gösterilmiş olup öncelikle vekilin B.K.nun 390 maddesine göre müvekkiline karşı vekaleti sadakat ve özen ile ifa etmekte yükümlüdür. Vekil-vekil eden arasında bulunan vekalet sözleşmesinin temel dayanağı güven ve saygı ilişkisidir. G. sarsıcı harekette bulunması sonucu ilişkinin sarsılması, buna da davacı tarafın tutum ve davranışının yol açması halinde azil haklıdır. Vekil sadakat borcu gereği olarak müvekkilinin yararına olacak davranışlarda bulunmak, ona zarar verecek davranışlardan kaçınmak zorunluluğundadır. Şayet vekillik görevini yerine getirirken gerekli özen ve dikkati göstermemiş sadakatle vekaleti ifa etmiş işe vekil edenin vekilini azli haklıdır. Avukatlık Kanununun işin reddi zorunluluğunu düzenleyen 38. maddesinin b bendinde ‘aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş olursa’ teklifi reddetmek zorunda olduğu hükmü, 174. maddesinde. ‘Avukatın azli halinde ücretin tamamı verilir Şu kadar ki, avukat kusur veya ihmalden dolayı azledilmiş ise ücretin ödenmesi gerekmez.’ hükmü ve yine avukatlık meslek kurallarınının 36. maddesinde ‘Bir anlaşmazlıkta taraflardan birine hukuki yardımda bulunan avukat, yararı çatışan öbür tarafın vekaletini alamaz, hiçbir hukuki yardımda bulunamaz’ hükmü mevcut olup bu hükümlere göre azil işleminin haklı nedene dayandığının kanıtlanması halinde müvekkil avukata vekalet ücreti ödemekle yükümlü değildir. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre haklı azil halinde ancak azil tarihi itibarıyla sonuçlanıp, kesinleşen işlerden dolayı vekalet ücreti talep edilebilir.’” (Kazancı MİBB).*

<sup>16</sup> Örneğin bkz. Meral **Sungurtekin-Özkan**; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Baskı, İzmir 2012, s 402 vd.

lediği, bu nedenle iş sahibinin rızasının bile yasağı ortadan kaldırmaya yeterli olmadığı düşünüldüğünde, salt “*vekil-müvekkil ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler*” kapsamında sayılamayacağı da açıktır.

Şu halde borçlar hukuku alanındaki vekilin yükümlülüklerinin avukat bakımından Avukatlık Kanunu’nda iş sahibi lehine daha özel koruma yükümlülükleri şeklinde yapılandırıldığı söylenebilir<sup>17</sup>. Böylece, inceleme konumuz olan çatışan menfaatleri temsil yasağı ile avukatın hem kendisinin hem de üçüncü kişilerin menfaatlerinden azade bir şekilde iş sahibinin verdiği vekâlet görevini en iyi surette yerine getirmesi hedeflenir.

Bu bağlamda çatışan menfaatleri temsil yasağının sır saklama yükümlülüğüyle bağlantısına da işaret edilmesi gerekir. Gerçekten, avukatın, menfaatleri çatışan iki tarafı temsil etmesi —*burada temsil ile sadece davaya vekâletin değil, geniş anlamda her türlü danışmanlık ve profesyonel iş ilişkisinin kastedildiği unutulmamalıdır*— halinde birinin sırrını diğerinden gizlemesi güçleşir. Avukatın özellikle önceki müvekkili aleyhine vekâlet üstlenmesi halinde, önceki ilişki dolayısıyla kendisine emanet edilen bilgileri kolaylıkla onun aleyhine kullanabilir. Yasak bu yönüyle sır saklama yükümlülüğünü de güvence altına almaktadır<sup>18</sup>. Nitekim Yargıtay da “*yasa ile izlenen amaç, avukatın aldığı vekâletin sonucu vakıf olduğu sırları önceki müvekkilinin aleyhine kullanmayı önlemektir. Bu husus kamu düzeni ile ilgili olduğundan mahkemece resen gözetilir*”<sup>19</sup> demek suretiyle bu görüşte olduğunu açıklamıştır.

Avukat, bağımsızlığı sayesinde rekabet halinde olduğu danışmanlık hizmeti veren diğer meslek mensuplarından da ayrılır. Kamu kurumlarında memuriyet görevi gereği danışmanlık verenler, kurum ve mensuplarını bağlayan üst normlar çerçevesinde bu hizmeti verirler. Bir sendika veya işverenler birliği ya da kiracılar derneğinin danışmanlık hizmeti veren mevkilerinde çalışanların gerektiğinde kendi kurumları aleyhine olacak şekilde yurttaşlara danışmanlık hizmeti vermeleri beklenemez. Noter de kendisine başvuran kimselerin menfaatlerini temsil edemez; karşı tarafın menfaatlerini de dikkate almak, çatışan menfaatler arasındaki dengeyi gözetmek zorundadır. Buna karşılık avukat; kamunun, bir organizasyonun veya karşı tarafın üstün ya da eşdeğerdeki menfaatini değil, iş sahibinin çıkarını gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bu nedenledir ki avukat, kendisini iş sahibinin menfaatlerini takipten alıkoyacak, bunları gerçekleştirme amacından saptıracak hiçbir bağlantıya giremez, anlaşma yapamaz<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Baumann, S. 437.

<sup>18</sup> Baumann, S. 437.

<sup>19</sup> Y 12. HD, 22.01.2007, 22501/669 (Özel Arşiv).

<sup>20</sup> Felix Busse, Freie Advokatur - Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege, AnwBl 3/2001 (S. 130-136), S. 135.

Bu açıklamalar dikkate alındığında, yasağı bir kez ihlal etmiş avukatla seçimini yaptıktan sonra davaya devam etmenin ne denli sakıncalı olduğu ortaya çıkmaktadır. Esasen Alman hukukunda bu sakınca dikkate alınmış ve meslek kurallarını düzenleyen BORA §3, Abs. 3'te yasağa aykırı hareket ettiğini anlayan avukatın gecikmeksizin müvekkillerini durumdan haberdar etmesi ve aynı hukuki meseledeki bütün vekâlet görevlerini sona erdirmesi emredilmiştir. Bizde MesK m.31, 35 ve 36 hükümleri ile yasağın kapsamı bir derece somutlaştırılmış olmakla birlikte, avukatın bütün vekâlet görevlerinden istifa etmesini öngören açık bir düzenleme bulunmamaktadır. MesK m.31/II, c. son'da "(Hasminin avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir." denilmiş olmasından hareketle benzer bir bilgi verme yükümlülüğünün öngörüldüğü düşünülebilirse de, burada henüz yasak kapsamına girmeyen görüşmelerin kastedildiği açıktır. Şu halde, zıt anlam delili (*argumentum a contrario*) kullanılarak, Türk hukukunda böyle bir yükümlülüğün bulunmadığı söylenebilecek midir?

Kanımızca bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir. AK m.38 hükmünün emredici nitelikte olduğu kuşkusuzdur<sup>21</sup>. Yasağı ihlal ederek yapılan (sonraki vekâlet görevine ilişkin) sözleşmenin TBK m.27 hükmü gereğince kesin hükümsüz olduğu da tartışmasızdır. Diğer yandan, Yargıtay, yasağın ihlalini AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın ihlali niteliğinde saymaktadır<sup>22</sup>. Tüm bu açıklamalar göz önünde tutulduğunda, yasağı ihlal eden avukatın, üstlendiği vekâlet görevlerinden birini tercih ederek yargılamaya devam etmesine izin verilmemelidir. Kanımızca hâkimin bu yetkisi HMK m.32/1 hükmüne dayandırılabilir. Buna göre, "Yargılamayı, hâkim sevk ve idare eder; yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alır." Avukat iki taraftan birini tercih etmekle, vekâletini bıraktığı önceki müvekkilinden elde ettiği bilgileri yargılama sırasında aleyhine kullanabilecektir ki, bu durumun yargılama düzenini bozacağı ve bu yönüyle hâkimin müdahalesini haklı kılacağı açıktır. Diğer yandan, Yargıtay'ın bu uygulamasının, avukatlık mesleğinin kamuoyu nezdindeki güvenilirliğini ciddi ölçüde sarstığını da kabul etmek gerekir. Meslek Kuralları'na, dahası, şartları gerçekleştiğinde Türk Ceza Kanunu'na aykırı hareket eden bir avukatın, taraflardan birini seçmekle yargılamaya devam etmesine izin ver-

<sup>21</sup> Y 8. HD, 6.6.2014, 11103/11731: "Kamu düzeniyle ilgili ve resen dikkate alınması gereken bu hüküm uyarınca, davada menfaatleri çatışan tarafların aynı avukat tarafından temsil edilmeleri kanuna aykırıdır." (Kazancı MİBB).

<sup>22</sup> "... Sanıklar Suat ve Bekir. . ile Adem ve Veysel'in aralarında menfaat çatışması bulunması ve ortak müdafinin hukuki yardımından yararlanmalarının sanıkların savunmalarında zafiyet oluşturması nedeniyle savunmalarının başka müdafiler tarafından üstlenilmesinin sağlanması gerektiği nazara alınmadan, yerel mahkemeye duruşmaya devam edilerek hüküm kurulması, hem yukarıda açıklanan kanun ve meslek kurallarına aykırı, hem de AİHS'nin 6. maddesinde asgari şartları belirtilen adil yargılama ilkesinin ihlali niteliğindedir." (Y CGK, T. 29.4.2014, 1-214/212; Kazancı MİBB).

mek, hukuka aykırı yoldan elde ettiği avantajları kullanmasına meşruiyet kazandırmak anlamına gelir ki, bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

Dolayısı ile Avukatlık Meslek Kuralları'na veya doğrudan doğruya Avukatlık Kanunu'na, çatışan menfaatleri temsil yasağını ihlal eden avukatın aynı hukuki meselede üstlenmiş olduğu tüm vekâlet görevlerinden çekilmesini öngören bir hüküm eklenmesi uygun olacaktır. Ancak böyle bir hükmün bulunmaması, HMK m.32/1 hükmünün uygulanarak avukatın davadan tümüyle çekilmeye zorlanmasına engel oluşturmamalıdır.

### III. YASAĞIN UNSURLARI

AK m.38/I, b hükmünde yasak olgusu yeterince açık bir biçimde ifade edilmiştir. Aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz “aynı iş” olgusu bir yana bırakılacak olursa, 1) en az iki tarafın avukatlık veya hukuki danışmanlığının yapılmış (mütalâa verilmiş) olması, 2) taraf menfaatlerinin zıt olması açıkça zikredilmiştir. “Mütalâa vermiş” olmak için avukatın dava üstlenmesi gerekmediğinden, yasağın sadece dava takibiyle sınırlı olmayıp hukuksal danışmanlığı da kapsadığı anlaşılmaktadır<sup>23</sup>. Ancak yapılan danışmanlığın avukatlık tekeline dâhil bir konuya ilişkin olması da gerekir midir? Düzenlemede bu konuda bir açıklık bulunmuyor. Bu nedenle, yasağın unsurlarını daha yakından incelemek zorunluluğu bulunmaktadır.

#### 1. Menfaat Çatışması

Yasağın söz konusu olması için menfaatlerin hukuksal değerlendirmesinden mi yoksa ekonomik açıdan farklılıklarından mı yola çıkılması gerektiği tartışmalıdır. Ekonomik menfaatlerin vekâlet ilişkisi içinde korunması kural olarak sır saklama yükümlülüğü aracılığıyla sağlanmaktadır<sup>24</sup>. Bununla birlikte, somut olayın değerlendirilmesi çoğu kez ekonomik menfaatlerin hukuki menfaatlerle bir arada değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Her halde şekli açıdan menfaat çatışması olasılığının varlığı yeterli sayılmamalı, çatışmanın fiilen ortaya çıkması aranmalıdır. Gerçi yasak ihlaline hükmetmek için avukatın davranışından iş sahibinin zarar görmesi veya diğer tarafın bundan yararlanması şart değildir<sup>25</sup>; ancak gelecekte ortaya çıkması muhtemel menfaat çatışması yasak ihlali için yeterli değildir.

Bir menfaat çatışması olup olmadığına karar verirken iş sahibinin objektif bir gözlemcinin bakış açısına göre belirlenecek menfaatinin mi yoksa subjektif menfaatinin mi dikkate alınacağı da önemlidir. Kuşkusuz bu ikisi çoğu zaman aynı olacak-

<sup>23</sup> “Dilekçe düzenlemek, savunmayı yazmak hukukî yardım olup, bir manada mütalâa vermektedir.” TBBDK 2.2.1974, 37/5 (Faruk Erem, Meslek Kuralları (Şerh), 3. Bası, Ankara 1977, s.109). İsviçre bakımından aynı görüş için bkz. Kull, S. 75.

<sup>24</sup> Hensler/Prütting, § 43 a, N 170, S. 319.

<sup>25</sup> Kleine/Cosack, Art 43 a, N 36, S. 191. Susanne Offermann/Burckart, Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders, AnwBl 11/2011, S. 816.

tır, ancak avukatın meslek kurallarına ve hukuka aykırı olmadıkça iş sahibinin kişisel nedenlerle farklı bir şey istemesine saygı duyması gerekir. Sonuç itibarıyla takip edilecek menfaatin ne olduğuna vekâlet görevini yöneltten iş sahibi karar verecektir<sup>26</sup>. Avukatın iş sahibinin talimatına uyma yükümlülüğü de bu görüşü desteklemektedir<sup>27</sup>. Kuşkusuz iş sahibinin sübjektif menfaati dikkate alınsa bile avukatın temsil ettiği diğer menfaat ile çatışıp çatışmadığı tespit edilirken yapılacak değerlendirmenin objektif olması gerekir. Bu görüş, iş sahibinin rızasının yasak ihlalini ortadan kaldırmadığı yolundaki görüşümüzle çelişmez. Çünkü iş sahibi baştan itibaren menfaatinin nerede ve ne yönde bulunduğunu, avukatın aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde verdiği bilgilere dayanarak bizzat belirlemiş olmaktadır. Avukatın, iş sahibinin bu şekilde belirlenmiş menfaatiyle çatışmayan başka menfaatlerin temsilcisi olmasında esasen yasağa aykırı davranış da söz konusu değildir. Buna karşılık, iş sahibinin sübjektif açıdan belirlenen menfaatiyle çatışan bir başka menfaatin temsili halinde, iş sahibi buna rıza gösterse bile yasak ihlali gerçekleşmiş olur. Bu görüş, yasağın sadece özel çıkarları değil kamu yararını da gözettiği düşüncesine dayandırılmaktadır. Bu nedenle, yasak ihlalinin sadece özel menfaatleri tehlikeye attığı durumlarda, tarafların yeterince aydınlatılmış olmaları koşuluyla yasanın sağladığı korumadan vazgeçebilecekleri kabul edilmektedir<sup>28</sup>. Diğer yandan, rızanın menfaat çatışmasını, dolayısıyla yükümlülük ihlalini ortadan kaldırmayacağı<sup>29</sup> de dikkate alınmalıdır. Örneğin, tarafların birlikte bir avukata başvurarak vekâletin amacını aynı şekilde belirledikleri durumlarda, sonraki bir tarihte somut bir menfaat çatışması olasılığı da bulunmuyorsa, menfaat çatışması, dolayısıyla yasağa aykırı bir davranış da söz konusu değildir<sup>30</sup>.

Ceza yargılaması açısından CMK m.152’de “*Yararları birbirine uygun olan birden fazla şüpheli veya sanığın savunması aynı müdafie verilebilir*” şeklinde bir düzenleme yer almaktadır. Hâlbuki Alman Ceza Kanunu’nda aynı eylemden sorumlu tutulan birden çok sanığın tek bir müdafî tarafından savunulması açıkça yasaklanmıştır (§ 146 StPO). Bu durumda menfaat çatışmasının varlığı bakımından çürütülemez bir karine olduğu kabul edilmektedir<sup>31</sup>. CMK’deki olumlu düzenleme-

<sup>26</sup> Alman Federal Mahkemesi’nin bu yöndeki yeni bir kararı için bkz. BGH, Beschluss vom 9. 2. 2012 – IX ZR 46/09; OLG Bremen (lexetius.com/2012,650).

<sup>27</sup> **Hensler/Prütting**, § 43 a, N 172, S. 320; **Baumann**, S. 44.

<sup>28</sup> **Kull**, S. 77.

<sup>29</sup> Bu konuda bkz. **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 36, S. 190-191 ve orada anılan Alman Federal Mahkemesi kararları. Aşağıda ayrıca Alman Federal Mahkemesi’nin 23.4.2012 tarih ve AnwZ (Brfg) 35/11 sayılı kararı incelenirken bu konuya temas edilecektir.

<sup>30</sup> Bu nedenle yukarıdaki örneği kitabından aldığımız Kull’un, bu durumu yasağın istisnası olarak görmesini isabetli bulmuyoruz. Bkz. **Kull**, S 76.

<sup>31</sup> Ancak bu yasağın sadece tek bir avukata ilişkin olduğu, birlikte çalışan avukatlardan her birinin farklı sanıkların savunmasını üstlenebileceği kabul edilmektedir. **Hensler/Prütting**, § 43 a, N 174, S. 322.

ye karşın bizde de uygulamanın genelde yasak yönünde olduğu görülmektedir<sup>32</sup>. Yargıtay'ın burada esas aldığı ölçüt, taraflardan birinin savunmasının diğerinin savunmasını zafiyete uğratıp uğratmadığıdır<sup>33</sup>. Ancak ceza yargılaması bakımından menfaatlerin çatışıp çatışmadığının tespitinde sanığın sübjektif menfaatinin dikkate alınamayacağı, gerekçe olarak dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine tabi davalarda ikrarın hâkimi bağlamasına karşılık, ceza yargılamasında ikrarın hâkimi mahkûmiyet kararı vermeye zorlayamayacağı gösterilmektedir<sup>34</sup>. Buna karşılık, müdafii tarafsız olmadığı, bir tarafın menfaatlerini temsil ettiği, buna da ancak iş sahibinin karar verebileceği ileri sürülmüştür<sup>35</sup>. Kanımızca ceza yargılamasının amacı ve sanığın bu yargılamayı özgür iradesiyle yönlendiremeyeceği düşünüldüğünde, birinci görüşün daha isabetli olduğu kabul edilmelidir.

Diğer yandan, yasağın ceza yargılamasındaki uygulanışı açısından yargılamanın hangi aşamasında bulunulduğunun da dikkate alınması gerekir. Amacı itibarıyla birinci derecede iş sahibi korumak için getirilmiş bir düzenlemenin, sanığın temel haklarına zarar verecek şekilde yorumlanması, yasağın amacıyla bağdaşmaz. Bu bakımdan, henüz soruşturma aşamasında CMK m.152 hükmü gerekçe gösterilerek, aynı avukatın birden fazla şüpheli ile görüşmesinin engellenmesi isabetli değildir<sup>36</sup>.

Menfaat çatışması ile menfaat yarışması arasında da ayırım yapılması gerekir. Avukatın menfaatleri birbiriyle aynı yönde olan birden fazla kişiyi aynı

<sup>32</sup> “Aralarında menfaat çatışması bulunan sanık ile malen sorumlu şirketin ayrı avukatlar tarafından savunulması gerektiği halde, aynı avukatın hem sanık müdafii hem de malen sorumlu vekili olarak oturuma katılıp esas hakkında savunma yapması suretiyle 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu'nun 38 ve 5271 Sayılı CMK.'nın 152. maddelerine aykırı davranılması... yasaya aykırı” sayılmıştır. Y 7. CD, 17.6.2015, 17282/17195 (Kazancı MİBB).

<sup>33</sup> Örneğin bkz. Y CGK, 19.11.2013, 8-114/463 (Kazancı MİBB). Yargıtay, savunmaların aynı yönde olması halinde menfaat çatışmasının bulunmadığına hükmetmektedir. Örneğin bkz: “Sanıkların, aşamalarda birbirlerini suçlayıcı ya da çıkar çatışması sonucunu doğurucu farklı savunmalarda bulunmadıkları ve aynı müdafinin hukuki yardımından yararlandıkları davada birisinin savunmasının öbürünün savunmasına zarar verebilecek nitelikte olmadığı gibi, ortak müdafileri tarafından da aynı doğrultuda savunma yapılmış olup, birisinin lehine, öbürünün aleyhine olacak biçimde savunmada zafiyete sebebiyet verilmediği dolayısıyla da sanıkların savunma haklarının kısıtlanmadığı anlaşılmaktadır.” Y CGK, 15.5.2012, 1-872/198 (Kazancı MİBB). Bu konuda iki tarafın savunmalarından birinin doğru olarak kabulünün diğerinin reddini gerektirmesi durumunda bağdaşmazlık bulunduğu sonucuna varılması gerektiği yolunda bkz. **Erem**, s.111.

<sup>34</sup> Adolf **Schönke**/Horst **Schröder**/Günter **Heine**, Strafgesetzbuch, Kommentar,28. Aufl., München 2010, § 356, N 18a.

<sup>35</sup> **Hensler/Prütting**, § 43 a, N 173, S. 322.

<sup>36</sup> Ersan **Şen**, Ceza Yargılaması Süreci, TBBD, 2011/97, s.272. Yazara göre, “CMK m.152, daha ifade verme aşamasında bulunmayan şüpheli ile avukatının görüşmesinin engellenmesinin dayanağı olamaz. Birden fazla şüpheli veya sanığın yararlarının birbirine uygun olup olmadığının tespit ve takdir yetkisi müdafie aittir. Savcılık makamı ve hakim ile mahkeme, bu konu ile ilgili olarak müdafii engelleyemez ve belki savunma sırasında sadece uyarabilir.”

anda temsil etmesi, iş sahipleri arasında menfaat çatışması bulunmaması nedeniyle ilke olarak caizdir<sup>37</sup>. Bir icra takibinde aynı borçluya karşı birden çok alacaklıyı<sup>38</sup> veya babaya/kocaya karşı hem annenin hem de çocuğun nafaka taleplerini temsil eden avukat yasağa aykırı davranmış olmaz<sup>39</sup>. Her ne kadar borçlunun malvarlığının yetersiz olması halinde birden çok alacaklının birbirinin tahsil imkânını azalttığı söylenebilir de, bu tür durumlarda yasal koşul olan “aynı iş”ten söz edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Kuşkusuz iş sahiplerinden birinin alacağını tahsil etmesine öncelik veren avukat, yasağı ihlal etmiş sayılmasa bile diğer iş sahiplerine karşı tazminat ödemekle karşı karşıya kalabilecektir<sup>41</sup>.

Nihayet, avukatın vekâlet görevinin icrasında karşı tarafla irtibata geçmesi mutlaka yasak ihlali şeklinde değerlendirilmemelidir. Özellikle sözleşme hazırlanması gibi vekâlet görevlerinin yerine getirilmesinde karşı tarafla bilgi alışverişinde bulunmak bilakis zorunlu görülebilir. Kuşkusuz bu tür durumlarda avukatın karşı tarafa da kimin menfaatlerini temsil ettiğini açıkça ifade etmesi gerekir<sup>42</sup>. Bu konuda MesK m.31’de yer alan “Avukat hasım tarafın ancak avukatı ile görüşebilir. / (Hasımın avukatı yok ise) avukatın hasımla teması zorunlu sınırlar içinde kalır. Hasım tarafla her temasından sonra avukat müvekkiline bilgi verir” şeklindeki düzenleme de göz önüne alınmalıdır.

## 2. Avukatlık Tekeli Dışındaki İşlerin Menfaat Çatışmasına Konu Olmaması

Mesleki yükümlülüklerin söz konusu olması için kural olarak avukatla iş sahibi arasında sözleşme ilişkisinin kurulmuş olması gerekmez. Sözgelimi avukatın sır saklama yükümlülüğü, yaptığı görüşme sonrasında vekâletini üstlenmediği kimseye karşı da söz konusu olacaktır. Ancak, çatışan menfaatleri temsil yasağının koruduğu menfaat açısından konu değerlendirildiğinde, henüz sözleşmenin kurulmadığı aşamada avukatın takip edeceği bir menfaat bulunmadığından, çatışan menfaatleri temsilden de söz edilemez. Dolayısıyla, henüz vekâlet görevi üstlenmemiş avukatın eylemleri AK m.38/I, b hükmü bakımından değer taşımaz. Avukatın, görüştüğü ancak sözleşme yapmadığı biriyle menfaat çatışması içinde olan bir başkasının vekâletini üstlenmesi engellenecek olursa, söz konusu avuka-

<sup>37</sup> Offermann/Burckart, S. 816.

<sup>38</sup> Henssler/Prütting, § 43 a, N 173, S. 322.

<sup>39</sup> Wolfgang, Hartung/Volker Römermann, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43-59 m BRAO), Kommentar, 4. Aufl., München 2008, § 3 BerufsO, N 164, S. 108.

<sup>40</sup> Hartung/Römermann, § 3 BerufsO, N 165, S. 108. Ayrıca bkz. ve karşı Offermann/Burckart, S. 816.

<sup>41</sup> Hartung/Römermann, § 3 BerufsO, N 166, S. 108.

<sup>42</sup> Kull, S 76.

tın karşı tarafın vekili olmasını istemeyen kötü niyetli kimselerin girişimlerine prim verilmiş olur<sup>43</sup>. Bu aşamada avukatın sır saklama yükümlülüğü görüşülen kişinin menfaatlerini korumak açısından yeterli olmalıdır. Buna karşılık sadakat yükümlülüğü ancak sözleşmenin yapılmasından sonra somutlaşır<sup>44</sup>.

Bu açıdan bakıldığında, AK m.38/I, b hükmü anlamında “*zıt menfaatler*”den söz edilebilmesi için avukatın tekel kapsamında bir işte vekâlet görevi üstlenmiş olması gerekir. Nitekim Yargıtay 5. Ceza Dairesi oldukça yeni tarihli bir kararında, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için avukatın, menfaatleri çatışan tarafların ikisinin de vekâletini üstlenmiş olmasını yeterli görmemiş, bunun için üstlenilen işlerin AK m.35/I gereğince avukatlık tekelinin kapsamına girmesini de zorunlu görmüştür<sup>45</sup>. Her ne kadar suçun olgusu ile yasağın olgusu aynı olmasa da, tekele dâhil olmayan işler bakımından avukatlık kimliği önem taşımadığından bu yorumun meslek hukuku bakımından da geçerli olduğu kabul edilebilir. Alman hukukunda da gerek suçun oluşması gerekse mesleki yasağın ihlali bakımından avukatın

<sup>43</sup> Bu konuda bkz. **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 190, S. 329.

<sup>44</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 190, S. 329-330. İsviçre’de yasakla izlenen amacın gerçekleştirilmesi ve iş sahibi aleyhine menfaat uyumsuzluklarının başından itibaren bertaraf edilmesi için söz konusu yükümlülüğün sözleşme öncesi dönemi de kapsayacak şekilde yapılandırıldığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, avukatın mesleki doğruluk yükümlülüğünün akdi doğruluk yükümlülüğüne oranla daha geniş ve kapsamlı olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Giovanni Andrea **Testa**, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtscommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001, S. 99; **Baumann**, S. 437.

<sup>45</sup> “*İstanbul Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, 13.09.1995 tarihli vekaletnameyle kardeşi İ. S.’nin vekilliğini üstlenerek işlerini takip etmekteyken 03/04/2003 tarihli vekaletnameyle mağdur N. (R.) Y.’nin vekilliğini de üstlenerek adına kayıtlı taşınmaz hisselerinin satışını yaptı, 04/10/2007 tarihinde ise İ. S. vekili olarak mağdur aleyhine icra takibinde bulunduğu, bu şekilde aynı işte menfaati zıt taraflara avukatlık ederek 1136 sayılı Kanununun 38. maddesine aykırı davranmak suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlediği kabul edilerek mahkumiyetine karar verilmiş ise de; ceza yargılaması sonucunda mahkumiyet kararı verilebilmesi için suç oluşturan fiilin sanık tarafından işlendiğinin hiç bir kuşkuyla yer bırakmayacak, herkesi inandıracak biçimde kanıtlanması ve şüphenin masumiyet karinesinin gereği olarak sanık lehine değerlendirilmesi gerektiği (Anayasa m.38/4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.6/2, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi m.11, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m.14/2) ancak sanığın aşamalarda değişmeyen savunmaları, 04/06/2008 tarihli protokol ve taahhütname hükümleri, Beykoz 1. Noterliğince düzenlenen 03/04/2003 tarih ve 7609 yevmiye no.lu düzenleme şeklinde vekaletnamenin mağdurun mirasçılardan intikal eden ve Beykoz ilçesi sınırları içerisinde bulunan taşınmaz mallara ilişkin intikal ve satış yetkileri yanında dava yetkilerini içermekte ise de, mağdurun hiç bir aşamada dava açması veya icra takibi yapması için de yetki verdiğine ilişkin iddiasının bulunmaması, vekaletnamenin hisse satışı dışında kullanılmamış olması, vekalet tarihi ile icra takibi arasında 4 yıl gibi bir sürenin geçmiş olması ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde, sanığın atılı suçu işlediğine dair kesin, inandırıcı ve yeterli delil bulunmadığı, savunmasının aksine vekaletnamenin 1136 sayılı Kanununun 35/1. maddesinde yazılı münhasıran avukatlar tarafından yapılabilecek işler için verildiği hususunun şüpheli kaldığı, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince de beraatine karar verilmesi gerektiği...” Y 5. CD, T. 15.6.2015, 10197/12513 (Kazancı MİBB).*



avukatlık sıfatıyla hareket etmesi şart görülmektedir<sup>46</sup>. “*Evvelce hâkim, hakem, Cumhuriyet savcısı, bilirkişi veya memur olarak o işte görev yapmış*” olmayı işin reddi sebebi sayan AK m.38/I, c hükmü de bu görüşü desteklemektedir. Kanun koyucu menfaati zıt taraflara verilecek avukatlık hizmetini tekele dâhil olan işlerle sınırlı tutmamış olsaydı böyle bir düzenlemeye gerek kalmazdı<sup>47</sup>.

Yukarıdaki açıklamalardan, avukatın hatır için tavsiyede bulunduğu işler bakımından yasağın söz konusu olmayacağı sonucu çıkartılabilir<sup>48</sup>. Ancak, avukatın ücret almaması her halde konuyla profesyonel olarak meşgul olmadığını göstermeyeceğinden, bu tür durumlarda görüş belirten avukatın hatır için tavsiyede bulunduğunu karşı tarafa açıkça bildirmesi, mesleki faaliyette bulunmadığını açıklaması tavsiye edilmektedir<sup>49</sup>.

İçeriği itibarıyla ihtilafli konuya isabet etmeyen bilgilendirmeler de yasak ihlalinin dışında kalır. Yetkili mahkemenin hangisi olduğu, süreler, dava masrafları gibi konularda bir kimseye verilen bilgiler, sonradan bu kimsenin hasmının vekâletini üstlenmeye engel oluşturmaz. Aksi çözümün, karşı tarafın avukatı olması istenmeyen kimselere bu türden sorular sorularak devre dışı bırakılmasına yol açabileceği haklı olarak ileri sürülmüştür<sup>50</sup>.

Yasada, menfaati zıt olan taraflardan birinin davasıyla önceden stajyerliği sırasında meşgul olan kimsenin avukat olduktan sonra diğer tarafın vekâletini üstlenip üstlenemeyeceği konusunda da Kanun’da bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte AK m.23/II hükmünde yer alan “*Stajyer, avukatla birlikte duruşmalara girmek, avukatın mahkemeler ve idari makamlardaki işlerini yapmak, dava dosyaları ve yazışmaları düzenlemek, baroca düzenlenen eğitim çalışmalarına katılmak, baro yönetim kurulunca verilen ve yönetmelikte gösterilecek diğer ödevleri yerine getirmekle yükümlüdür. Stajyerler, meslek kurallarına ve yönetmeliklerde belirlenen esaslara uymak zorundadırlar*” yolundaki düzenleme dikkate alındığında, avukatın menfaati zıt tarafın işiyle meşgul olduğu dönemde stajyer olmasının sonucu değiştirmeyeceği kabul edilmelidir<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> **Feuerich/Braun**, § 43 a, N 55, S. 320, 321.

<sup>47</sup> TBBDK’nın 16.6.2001, 55/91 sayılı kararından (bkz. **Mısır**, s.523-524) ilke itibarıyla bu görüşün savunulduğu anlaşılmaktadır.

<sup>48</sup> **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 37, S. 191. İsviçre’de avukatın bir işle mesleki veya özel olarak ilgilenmesinin sonucu değiştirmeyeceği, her halde çatışan menfaatleri temsil etme yasağının söz konusu olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Baumann**, S. 437, 439-440. Ancak yazar, kanımızca bu görüşüyle çelişkiye düşerek, sadece danışman sıfatıyla hizmet veren, tekel kapsamı dışında çalışan avukatların faaliyetlerini yasak kapsamında saymamaktadır. Bkz. **Baumann**, S. 439.

<sup>49</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 197a, S. 331.

<sup>50</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 198, S. 331.

<sup>51</sup> Almanya’da bu durumda da yasağın geçerli olacağı savunulmaktadır. Bkz. **Offermann/Burckart**, S. 815; **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 197, S. 331.

### 3. Avukatın Yanında Çalıştırdığı Avukatların da Yasak Kapsamında Bulunması

AK m.38/II’de “*Bu zorunluluk, avukatların ortaklarını ve yanlarında çalıştırdıkları avukatları kapsar*” denilmek suretiyle yasağın kapsamı genişletilmiştir. Kanun’da öngörülmemiş olmamasına karşılık, MesK m.36/II’de “*Ortak büroda çalışan avukatlar da, yararları çatışan kimseleri temsil etmemek kuralı ile bağlıdırlar*” hükmüyle yasağın kapsamı Kanun’a aykırı olarak bir kez daha genişletilmiştir. Kanımızca açık yasal düzenleme karşısında MesK m.36/II hükmünün uygulanması hukuka aykırıdır. Yasağın bu alanı da kapsayacak şekilde genişletilmesi elbette savunulabilir. Ancak bunun için yasa değişikliğinin zorunlu olduğu kanısındayız.

Gerçekten, yasanın hem amacı hem de sözü dikkatlice değerlendirildiğinde, yasağın ilke olarak iş ortaklığına ilişkin olduğu, çalışanların da ortaklık nam ve hesabına faaliyette bulunmaları nedeniyle yasak kapsamına dâhil edildikleri anlaşılmaktadır. AK m.44 A hükmü, avukatlık ortaklığı dışında “*aynı büroda birlikte çalışma*”yı ayrıca düzenlemiştir. Esasen bu düzenleme de günün şartlarına uygun hale getirilmeyi beklemektedir. Zamanla artan şekilde yeni büro ve çalışma imkânlarının yaygınlaştığı, bunlar arasında büroları ayrı olmakla birlikte ortak sekreter, karşılama servisi, toplantı odası gibi hizmetlerden yararlananların gelir ve giderlerin nasıl paylaşılacağına dair sözleşme yapıp büroya bildirmeleri halinde söz konusu olmamalıdır. Buna karşılık işleri birbirinden ayrı olan avukatların aynı büroyu kullansalar da aralarında sadece masraf ortaklığı bulunduğu, mesleğin icrası bakımından ortaklıklarının olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla bu şekilde ayrı ayrı çalışan avukatların birbirlerinin müvekkilleri aleyhine vekâlet görevi üstlenmelerinde sakınca olmadığı savunulabilir. Ancak bu şekilde çalışan avukatların özellikle sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmemesi bakımından titiz davranmaları, iş sahiplerine ilişkin özel bilgi ve belgelerin diğer avukatlarca görülmemesi için gerekli tedbirleri almış olmaları gerekir.

Buna karşılık, aynı büroda sadece masrafları değil gelirleri de paylaşan, dolayısıyla ortak müvekkilleri bulunan avukatların yasak kapsamında buldukları kuşkusuzdur. Avukatların yanlarında çalıştırdıkları avukatlar da onlar adına iş takip ettiklerinde bu yasağın kapsamında kalırlar. Ancak, özellikle büyük ölçekli bürolarda çalışan ve sık sık iş değiştiren avukatlara çatışan menfaatleri temsil yasağı bakımından daha müsamahalı davranılması gerektiği de açıktır. Ayrı bir incelemede ele alınması gereken bu konuda, avukatın önceki işinde fiilen menfaati çatışan tarafın işiyle ilgilenip ilgilenmediği araştırılmalıdır.

Bu konuda Alman uygulama ve öğretisinde yapılan tartışmalardan yararlanılması da mümkündür. Alman Anayasa Mahkemesi’nin 3.7.2003 tarihli kararı<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Bkz. BVerfGE, 3.7.2003, 76, 171 (<http://www.bverfg.de>).

ile Anayasa’ya aykırı bulunan § 3 BORA, 1997’de sonlanan tüzük toplantıları sonucunda düzenlenmişti. Uzun ve ilginç bir tarihçesi olan bu toplantılar, Alman Anayasa Mahkemesi’nin 1987 tarihli bir iptal kararı üzerine başlamış ve 1997 yılına kadar sürmüştür. Bu toplantılar sırasında yasağın ortak büro çalışanlarını da içine alacak şekilde genişletilmesinin, özellikle personel, mekân ve dosyaların sıkı biçimde birbirinden ayrılmış olması halinde hiçbir nesnel gerekçesinin bulunmadığını savunanlar olduğu gibi, yasağın genişletilmemesi halinde ortak büroda çalışan her bir avukatın sır saklamasının tehlikeye atılacağını savunanlar da olmuştur. Sonuçta az bir farkla yasağın ortak büro çalışanlarını da kapsayacak şekilde genişletilmesine karar verilmiştir<sup>53</sup>. 2003 tarihli Alman Anayasa Mahkemesi kararı bu düzenlemeyi Anayasa’ya aykırı bulmuş, bunun üzerine yasağın nasıl uygulanacağı konusunda tereddütler ortaya çıkmıştır. Uzun gelişmeler sonrasında Alman Meslek Kuralları, yasağı tüm ortaklık biçimlerini kapsayacak şekilde genişletmiştir<sup>54</sup>. Ancak § 3, 2 BORA’nın 2. cümlesinde, iş sahiplerinin konuyla ilgili olarak ayrıntılı şekilde bilgilendirilmesi koşuluyla açıkça onay vermeleri halinde yasağın söz konusu olmayacağı öngörülmüştür. Ayrıca, hem bilgilendirme hem de onayın yazılı olması koşulu getirilmiştir.

Bu yeni düzenlemeye rağmen, avukatın ortak bürodan bir başka ortak büroya geçmesi halinde, yasak sadece işyerini değiştiren avukat için uygulanmakta, avukatın yeni iş yerindeki diğer avukatların yasaktan etkilenmeyeceği kabul edilmektedir<sup>55</sup>. Bu durum karşısında, önceki büroda hiç meşgul olmadığı bir işle sonraki bürosunda vekâlet üstlenen avukatın yasaktan etkilenip etkilenmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Alman Anayasa Mahkemesi’nin iki ayrı kararından sonra Meslek Kuralları’nda yapılan değişikliklerin Kanun’a uygunluğu çok tartışmalı olan Almanya’da hangi çözümün isabetli olduğuna karar vermek son derece güçleşmiştir. İstisnaen de olsa, özellikle ulusal ve uluslararası çapta faaliyet gösteren önceki bürosunda aynı ihtilafı hiç meşgul olmayan, sır saklama yükümlülüğü kapsamında hiçbir bilgi edinmeyen avukatın sonraki bürosunda bu işle ilgili vekâlet alabileceği savunulmaktadır<sup>56</sup>.

Konunun Türk Hukuku bakımından şimdiye kadar tartışılmamış olması bir şans olarak da görülebilir. Gerçekten, sorunun tam bir arapsaçına döndüğü Almanya örneğini gözetmek suretiyle, ülkemizde de giderek yaygınlaşan ulusal ve uluslararası avukatlık bürosu ve ortaklıklarında çalışan avukatların yasak karşısındaki durumları etraflıca tartışılmalı ve bir çözüm oluşturulmalıdır. Çoğu kez iş sahibiyle yüz yüze gelmeyen, hatta telefonla bile görüşmeyen bir avukat,

<sup>53</sup> Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 1 ff, S 69 vd.

<sup>54</sup> **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 99-105, S. 92-95.

<sup>55</sup> Örnek olarak bkz. Anwaltsgerichtshof München, Beschluss v. 24.04.2012 – AGH II-16/11 (<http://gesetz-bayern.de>).

<sup>56</sup> Bkz. **Hartung/Römermann**, § 3 BerufsO N 138, S 103.

belki de adını bile duymadığı bir iş sahibine karşı sonraki iş yerinde vekâlet üstlenilmeli midir? Kuşkusuz bu soruya verilecek kolay bir cevap bulunmamaktadır. Öncelikle, avukatın önceki bürosunda söz konusu dava veya işle hiç ilgilenmediğini nasıl kanıtlayacağı önemli bir sorundur. Diğer yandan, bu tür büroların sağladığı avantajların çokluğu karşısında bu tür kısıtlamaların bir bakıma “nimetler külfetlere göredir” ilkesinin bir sonucu olduğu da kabul edilebilir. Ancak her halde yasağın her türlü ortaklık çalışanına sınırsız uygulanması sonucunda azımsanamayacak sayıda avukatın iş yapma imkânlarının aşırı ölçüde kısıtlanacağı da bir gerçektir. Mümkün olduğunca bütün olasılıkları göz önüne alarak hem Kanun’da hem de Meslek Kuralları’nda sorunu açık ve adaletli bir şekilde çözüme kavuşturmak zorunluluğu bulunmaktadır.

#### IV. “AYNI İŞ” KAVRAMI

##### 1. Aynı Bütüncül Hayat İlişkisine Ait Olma

AK m.38/I, b hükmüyle öngörülen yasağın söz konusu olması için, en az iki tarafın menfaatinin “aynı işte” “zıt” olması gerekir. Şu halde, “aynı iş” olgusunun kavramsal olarak ortaya konulması, yasağın uygulama alanını belirlemek açısından hayati öneme sahiptir.

Yargıtay’ın “aynı iş”i aynı dava veya aynı uyumsuzluk şeklinde değerlendirmedeği birçok kararından açıkça anlaşılrsa da, bu kararlarda “aynı iş”ten ne anlaşılacağı veya anlaşılmayacağı konusunda açık ve kapsayıcı bir tanım verildiğini söylemek mümkün değildir. Kuşkusuz somut ihlal olgularından yola çıkılarak bazı kavramsal tespitler yapılabilir. Alman hukukunda aynı iş olgusunu açıklamak için, doğal bir bakış açısıyla içeriği bakımından birbirine bağlı, bütüncül bir hayat ilişkisine indirgenebilecek nitelikteki maddi/hukuki ilişkiler ölçü alınmaktadır. Buna göre, avukata bir güven ilişkisi çerçevesinde emanet edilen işi oluşturan maddi ve hukuki olgularla içerik bakımından bütünlük arzeden bir hayat ilişkisi, birden çok talep veya davayı içeriyor olsa bile aynı iş sayılacaktır<sup>57</sup>.

Şu halde, aynı tarihsel süreci oluşturan bir olay veya olgular bütününden türeyen karşılıklı, zıt menfaatler söz konusu olduğunda, birden çok dava veya takip bulunması ya da taraflarda değişiklik olması hayat ilişkisini değiştirmez. Hatta hukuki ilişkinin değişmesi, sözgelimi davadan sonra sulh sürecinin takibi de aynı hayat ilişkisine dâhil olduğundan, çatışan menfaatleri temsil yasağı burada da devam eder. Sürecin uzun sürmesi de sonucu değiştirmez<sup>58</sup>.

<sup>57</sup> Örnek olarak bkz. EGH München, Urt. V. 17.7.1990 – BayEGH II – 5/90; zikreden **Kleine/Cosack**, Art 43 a, N 34, S. 190; **Offermann/Burckart**, S. 810. İsviçre’de de bu görüş kabul görmüştür. Bkz. **Baumann**, S. 442.

<sup>58</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 200, S. 332; **Baumann**, S. 442; TBBDK 15.3.1997, 997/33 (TBBD 1996/4, s.541).

Bütüncül hayat ilişkisine örnek olarak evlilikle kurulan maddi ve hukuksal ilişki, aynı trafik kazası<sup>59</sup> veya kira ilişkisi gösterilebilir. Bu açıdan bakıldığında eşlerden birini boşanma ve mal rejiminin tasfiyesinde temsil eden avukatın, diğer eşe yönelttiği nafaka talebinde ergin çocuğu temsil etmesi “aynı iş” sayılmakta, yasakla karşılaşmaktadır. Burada her ne kadar boşanma ve mal rejimine ilişkin ihtilafın kaynağı evlilik, nafaka talebinin kaynağı ise hısımlık olsa da, ana babayla çocuğun hısımlığı aynı hayat ilişkisi olan evlilikten kaynaklanmaktadır<sup>60</sup>. Bununla birlikte, somut olayın değerlendirilmesi farklı sonuçlara ulaşılmasını gerektirebilmektedir. Nitekim aşağıda bu konuyu Alman Federal Mahkemesi kararına konu olmuş bir olay bağlamında inceleme fırsatını bulacağız.

Hayat ilişkisinin özdeşliği unsuru eksik olduğu takdirde avukatın gerek aynı zamanda gerekse farklı zamanlarda birinin hem lehine hem de aleyhine vekâlet görevini üstlenebileceği kabul edilmektedir. Örnek olarak bir davada taşınmaz maliki A vekili olarak kiracı B’ye dava açan avukatın, kiracı C’nin vekili olarak taşınmaz maliki A’ya karşı vekâlet üstlenebileceği kabul edilmektedir<sup>61</sup>. Bizdeki uygulamanın daha katı olduğu ve “müvekkille eş zamanlı olarak hasım tarafın vekaletnamesinin üstlenilmesinde, bu vekaletname kime karşı kullanılırsa kullanılsın, meslek kuralına aykırılık kabul edilmelidir”<sup>62</sup> görüşünün kabul gördüğü söylenebilir. TBB Disiplin Kurulu, itirazın iptali davasında temsilini üstlendiği iş sahibine karşı açılan boşanma davasında kocanın temsilinin aynı avukat tarafından üstlenmesini yasağa aykırı saymıştır<sup>63</sup>. Hâlbuki bu durumda iki farklı dava arasında ne hukuki ne de maddi bir bağlantı bulunmadığı, davaların bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanmadığı açıktır. Buna karşılık eş zamanlılık ortadan kalktığında, avukatın önceki müvekkiline karşı başka bir davada vekâlet alabileceği kabul edilmektedir<sup>64</sup>.

Türk uygulaması ile Alman uygulaması arasındaki farkı şu örnekle gösterebiliriz: Almanya’da bir ceza davasında avukat R, tehlikeli yaralama suçuyla yargılanan sanık A’yı savunmuştur. Davanın sonuçlanmasından üç yıl sonra A bu kez

<sup>59</sup> Y 17. HD, 13.5.2010, 3081/4539 (Özel Arşiv).

<sup>60</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 200a, S. 332. Ancak somut olayda bu şekli koşulların varlığına rağmen menfaat çatışmasının bulunmadığına hükmedilebilir. Bu konuya aşağıda ayrıca değinilecektir. Aşağıda bkz: IV, 2.

<sup>61</sup> **Henssler/Prütting**, § 43 a, N 201, S. 332-333.

<sup>62</sup> TBBDK 15.11.2002, 201/335 (Mısır, s.529).

<sup>63</sup> TBBDK 7.2.2014, 102/67 (www.barobirlik.org.tr).

<sup>64</sup> “Taraf değiştirme (vekalet alamama) yasağı aynı uyumsuzluk veya aynı iş ile sınırlıdır. Yoksa taraflardan birinin boşanma davasına bakan avukat üstlendiği boşanma davası ile ilgili çalışması bittikten sonra aleyhine boşanma davası açtığı kişinin üçüncü bir kişideki alacağı tahsili için avukatlık yapmasında hiçbir sakınca yoktur. Aksi düşünce, avukatın çalışma alanını haksız bir biçimde daraltacak, onu serbestçe çalışmaktan alıkoyacak bir yükümlülük haline dönüşecektir.” **Güner**, s.420.

G'ye karşı şiddet uygulayarak sokak ortasında çantasını çalmıştır. A aleyhine açılan kamu davasına G'nin katılımcı olarak müdahil olmuş, temsilini de avukat R üstlenmiştir. Dikkat edileceği üzere her iki olayda da sanık aynı kişi olmakla birlikte eylemlerin bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanmadığı da açıktır. Avukatın bu durumda katılımcının avukatlığını üstlenebileceği kabul edilmekle birlikte, ilk davadan elde edilen sır niteliğindeki bilgilerin, söz gelimi sanığın şiddet kullanma eğiliminin avukat tarafından açığa vurulmaması gerektiğine dikkat çekilmektedir<sup>65</sup>. Buna karşılık, CMK görevlisi olarak zimmet ve Kooperatifler Kanunu ile Vergi Usul Kanunu'na muhalefet suçlarından sanık olan kimselerin savunmasını yapan avukat, sonradan başka bir olay sebebiyle içlerinde evvelce savunmasını yaptığı kişilerin de bulunduğu sanıklar hakkında 53 kişinin vekâleti ile şikâyette bulunmuş, ayrıca sanıklar aleyhine hukuk mahkemesinde tazminat talepli bir dava açmıştır. Şikâyetli avukat her iki olayın farklı olduğunu, önceden savunmasını yaptığı sanıkların sonraki davada da sanık olmalarının mahkemenin verdiği birleştirme kararının sonucu olduğunu ifade etmişse de Disiplin Kurulu bu savunmalara itibar etmeyerek verilen disiplin cezasını onamıştır<sup>66</sup>. Kuşkusuz kararın sonuç itibarıyla isabetli olup olmadığı ayrı bir sorundur. Ancak kararda iki olay arasındaki bağlantının yeterince incelenmediği, avukatın gerçekten de aynı sanıkları şikâyet edip etmediği bile tam olarak anlaşılmamaktadır. Esasen TBB Disiplin Kurulu'nun birçok kararında mesleki yükümlülüklerle ilişkin örnek bazı yargı kararlarına atıflar ve genel açıklamalar tekrarlanmakta, buna karşılık somut olayın verileri üzerinde yeterince durulmamaktadır. Hâlbuki çatışan menfaatlerin "aynı işte" söz konusu olması Kanun'un gereği olup, bu olgunun gerçekleştiği her defasında gerekçelendirilerek ortaya konulmalıdır.

TBB Disiplin Kurulu'nun 9.6.2013 tarih ve 52/668 sayılı kararında<sup>67</sup>, somut olaya ilişkin olgularla işin özdeşliği koşulunun hiç irdelenmeksizin cezaya hükmedildiği görülmektedir. Halbuki karara konu olan olayda hem farklı zamanlarda üstlenilen vekâlet görevleri, hem de maddi ve hukuki içerikleri bakımından önemli farklılıklar içeren işlerin söz konusu olduğu anlaşılmaktadır: Şikâyet edilen avukatlar, Site yöneticisi H.A.'dan aldıkları vekâlet ile uzun süre site adına dava takip etmişlerdir. Site yönetiminin değişmesi üzerine taraflar arasında anlaşmazlık çıkmış, avukatlar istifa etmiş, yeni yönetim ise avukatları azletmiştir. Bu olaydan sonra eski yönetici H.A. aleyhine site yönetimi tarafından icra takibi yapılmış, şikâyetli avukatlar H.A.'yı temsilen takibe itiraz etmiş, itirazın iptali davasında da H.A.'yı savunmuşlardır. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, açıklanan olgularda menfaat çatışmasının varlığını gerektirecek şekilde aynı bütüncül hayat ilişkisinden kaynaklanan davalar söz konusu değildir. Sa-

<sup>65</sup> Offermann/Burekart, S. 810.

<sup>66</sup> TBBDK 1.11.2013, 479/26 (www.barobirlik.org.tr).

<sup>67</sup> www.barobirlik.org.tr.

dece avukatların site yöneticiliğinin vekâlet görevini üstlendiği dönemde elde ettikleri bilgileri sonraki işlerinde sır saklama yükümlülüğüne aykırı olarak kullanabilecekleri akla gelebilir. Ancak, bu bilgilerin avukata eski yönetici sıfatıyla H.A. tarafından daha ayrıntılı olarak verilebileceği düşünüldüğünde, bu çekinceye de yer olmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, yasakla elde edilmeye çalışılan kamu yararının karara konu olay bakımından sağlandığını kabul etmek mümkün değildir. Tersine, avukatların serbestçe mesleklerini icra etmeleri yeterli gerekçe bulunmaksızın engellenmiş olmaktadır.

Konunun daha iyi anlaşılması için Alman uygulamasından bir diğer örneği zikretmekte yarar görüyoruz: Bir davada anne M’yi sosyal sigorta kurumuna karşı temsil eden avukat, hastalık parasıyla emekli aylığının hesaplanarak M’ye ödenmesini talep etmiştir. Dava süresince ergin oğlu S, düzenli ödemelerle anne M’ye destek olmuştur. Emeklilik aylığının bağlanmasından sonra S, annesine yaptığı ödemelerin ödünç olduğu iddiasıyla iadesini talep etmiştir. M ise ödemelerin bağışlama sebebiyle yapıldığını iddia ederek iadede kaçınmaktadır. S, annesinin önceki davada temsilini üstlenen avukatı bu davada kendisini temsil etmesi için görevlendirmiştir. Bu olayda annenin emeklilik taleplerinin ifasına yönelik dava ile S’nin annesine yaptığı kazandırmalar arasında fiili bir bağlantı bulunmakla birlikte hukuki bağlantının bulunmadığı kabul edilmiştir. Çünkü avukatın üstlendiği ilk görev, annenin oğlu tarafından desteklenmesine ilişkin değildir. Bununla birlikte, bu gibi durumlarda avukatın sır saklama yükümlülüğüne özel bir özen göstermesi, örneğin annenin mali durumuna ilişkin olarak S’ye bilgi vermemesi tavsiye edilmektedir<sup>68</sup>.

Bu konuda verilebilecek çok sayıda örnek olduğu dikkate alındığında, Alman Hukuk öğretisi ve uygulamasının yasağa bakış açısının İsviçre ve Türkiye’ye oranla daha yumuşak olması ilgi çekicidir. Bu farklılık yukarıda, İsviçre’nin zıddına, Almanya’da avukatın ancak mesleki olarak faaliyet gösterdiği işler bakımından yasağın söz konusu olduğunu ifade ederken de ortaya çıkmıştı. Bu farklılık birçok farklı faktörün birlikte değerlendirilmesiyle açıklanabilir.

## **2. Şekli Değerlendirmenin Yetersizliği Karşısında Somut Olayda Menfaat Çatışmasının Fiilen Gerçekleştiğinin Belirlenmesinin Zorunlu Olması**

Çatışan menfaatleri temsil yasağının olgularına ilişkin olarak yapılacak şekli denetimin çoğu kez yasağın ihlal edildiğine hükmetmekle sonuçlanması mu-kadderdir. Şekli denetimin yapılması her ne kadar gerekli ise de yeterli sayılmamalı, mutlaka somut olay bakımından menfaat çatışmasının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmelidir. Aksi takdirde adaletsiz sonuçlara varılması kaçınılmaz olur.

<sup>68</sup> Offermann/Burckart, S. 810.

Meslek hukukunun birçok alanında tatmin edici içtihatlarla ulaşan Alman Federal Mahkemesi'nin "aynı iş" kavramına da açıklık getiren bir karardan, somut olayın değerlendirilmesi ile nasıl farklı sonuçlara ulaşılabileceğini göstermesi açısından kısa da olsa bahsetmekte yarar görüyoruz. Yüksek Mahkemenin 23.4.2012 tarihli bu kararına<sup>69</sup> konu olan olayda; boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi davalarında kocayı temsil eden avukat, bilahare boşanan eşlerin müşterek oğlunu anneye karşı açtığı nafaka davasında da temsil etmiştir. Koca/baba, avukata verdiği yazılı bir belge ile hem kendisini hem de oğlunu temsil edebileceğini açıkça beyan etmiştir. Daha sonraki bir tarihte oğul da kendisi açısından bir menfaat çatışmasının bulunmadığı, annesine karşı nafaka davası açmasını bizzat kendisinin arzu ettiği yolundaki yazılı beyanını avukata vermiştir.

Yapılan şikâyet üzerine çatışan menfaatleri temsil ettiği gerekçesiyle Hamm Barosu tarafından avukata verilen uyarma cezasında özetle;

*Babayla oğulu ayrı davalarda anneye/karıya karşı aynı avukatın temsil etmesinin § 43a Abs. 4 BRAO hükmüne (Avukatlık Kanunu'nun "çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin düzenlemesi) aykırılık oluşturduğu;*

*Zira kocanın karıya karşı açılan davadaki menfaatinin, kendi malvarlığının daha az takdir edilmesinde olduğu, ancak bu sayede hem mal rejiminin tasfiyesi hem de karının nafaka talebi karşısında davayı daha az kayıpla sonuçlandırabileceği, buna karşılık oğulun nafaka davasındaki menfaatinin ise, hem annenin hem de babanın malvarlığının daha yüksek takdir edilmesinde olduğu, çünkü ancak bu sayede alacağı nafaka miktarının artacağı, her ne kadar somut olayda babaya karşı nafaka davası açılmamışsa da, çocuğun bu yönde bir talebini kâninun tanıdığı,*

*Baba ve oğulun muvafakatlerinin de çatışan menfaatlerin varlığını ortadan kaldırmayacağı, çünkü Meslek Kurallarının 3. maddesinin 2. fıkrasına göre avukatın her iki vekâletten de çekilmekle yükümlü olduğu,*

ifade edilmiştir. Avukat bu cezanın kaldırılması için Hamm Barosu aleyhine iptal davası açmış, Eyalet Yüksek Mahkemesinin<sup>70</sup> cezaı kaldırması üzerine, dava Baro tarafından temyizen Federal Mahkeme Avukatlık İşleri Dairesine taşınmıştır. Federal Mahkeme, "aynı iş" in söz konusu olması için avukatın üstlendiği işler arasındaki hukuki ve maddi içerik birliğinin önemli olduğunu, söz

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 23.4.2012–AnwZ (Brfg) 35/11; AGH Hamm (lexetius.com/2012, 3061).

<sup>70</sup> Almanya'da sadece avukatların disiplin işlerine bakan ve ilk derece idare mahkemesine eşdeğer sayılan avukatlık mahkemeleri, bunların bir üst başvuru mercii (istinaf) olan Avukatlık Yüksek Eyalet Mahkemesi (veya Bölge Avukatlık Mahkemesi), istisnai hallerde buranın verdiği kararları temyizen inceleyen ve Federal Mahkeme çatısı altında avukatlık işlerinde görevli bir Özel Daire yapılandırılmıştır. Aynı bir çalışmanın konusunu teşkil edecek nitelikteki bu yargılama usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hensler/Prütting**, Vor § 92 ff, S. 999 vd.



konusu menfaatlerin farklı talep veya davalara konu olmasının önem taşımadığını, bu açıdan bakıldığında somut olayda değişik davalar arasında kısmen de olsa içerik açısından birlik bulunduğunu, bu nedenle “aynı iş” olgusunun gerçekleştiğini kabul etmiştir.

Karara göre mal rejiminin tasfiyesi evlilikten, nafaka talepleri ise hısımlıktan kaynaklanmış olup, hısımlığın da aynı hukuki ilişki olan evlilikten kaynaklandığı açıktır. Çocuğun hem anaya hem de babaya karşı nafaka talebinin bulunduğu, bunların her ikisinin de bu talepten kazanç ve malvarlığı ilişkileri çerçevesinde müştereken sorumlu olduğu, bu ilişkilerin de boşanma davasının açıldığı tarih itibarıyla belirleneceğinden hareket eden Federal Mahkeme, buna rağmen olayda menfaat çatışmasının bulunmadığı sonucuna varmıştır. Kararın bizi ilgilendiren yönü, Federal Mahkemenin bu sonuca varırken yürüttüğü muhakeme ve gerekçelendirilmedir. Buna göre:

Yasağın temelinde avukatla iş sahibi arasındaki güven ilişkisinin yanında avukatın bağımsızlığının korunması ve yargının selameti açısından meslek icrasında doğruluk ve sadakatin sağlanması da bulunmaktadır. Bu gereklerin yerine getirilebilmesi için avukatın bağımsız, sır saklayan ve sadece müvekkilinin menfaatlerini takip eden bir meslek mensubu olması gerekir. Bu özellikler sadece müvekkilin arzusuna bağlı olmadığı için, iş hayatında avukata duyulan güvenin sarsılmaması, yurttaşlar arasında yargıda silah eşitliğinin bulunduğu yönündeki inancın korunması gerekir. Bu nedenle avukatın aynı işte menfaatleri çatışan eşlerden birini ve bunlara karşı talep hakkı bulunan ergin çocuğu ilke olarak temsil edememesi gerekir.

Avukatın, iş sahibinin talimatı ile bağlı olması da bu sonucu değiştirmez, çünkü avukat nafaka konusunda çocuğa danışmanlıkta bulunurken talebin her iki ebeveyne yöneltileceğini belirtmelidir. Diğer yandan, ebeveyne yöneltilecek nafaka talebinin miktarı, bunların gelirinin yüksekliğine bağlı olduğundan, avukat vekâletini üstlendiği eşin gelirinin miktarını nafaka davasında bu eş aleyhine kanıtlamak durumunda kalacaktır. Dolayısı ile taraflar arasındaki menfaat çatışması açık olup, prensip olarak avukatın bu iki farklı menfaati temsil etmesi mümkün değildir. Ancak, Federal Mahkeme, bu soyut ilkelere dayanılarak, somut olayın şartları dikkate alınmaksızın çatışan menfaatlerin mevcut olup olmadığı ve bunların bir avukat tarafından temsil edilip edilemeyeceği konusunda bir sonuca varılmasını da doğru bulmamıştır<sup>71</sup>. Yüksek Mahkemenin bu konudaki temellendirmesi şöyle bir mantık silsilesi üzerine kurulmuştur:

<sup>71</sup> Buna karşılık İsviçre’de yasağın ihlal edilmiş sayılması için somut bir menfaat çatışmasının ortaya çıkmasına gerek bulunmadığı, bu konuda soyut bir olasılığın bile yeterli olacağı savunulmaktadır. Bkz. **Kull**, S 77.

Kanunda tipik unsurları belirlenen yasak olgusunun somut olayda fiilen gerçekleştiğinin de sabit olması gerekir. Barolar ve Mahkemeler, yargının ve iş sahibinin menfaatinin ne yönde olduğunu saptarken bu karardan etkilenecek olan iş sahibinin somut olay bakımından durumunu dikkate almadan, soyut değerlendirmelerle bağlayıcı bir karar veremezler. Federal Mahkemenin bu noktada ifade ettiği bir husus, bizde de emsal alınması gereken can alıcı bir konuyu aydınlatması bakımından takdire şayandır. Buna göre, Anayasanın 12. maddesinin 1. paragrafı ile güvence altına alınan mesleğin serbestçe icrası hakkını sınırlayan § 43a Abs. 4 BRAO hükmü (*çatışan menfaatleri temsil yasağına ilişkin hüküm*) amaca uygun olarak yorumlanmalı ve mesleğin serbestçe icrasına yönelik her müdahale, bu müdahaleyi gerektiren ölçüde kamu yararının varlığı üzerine temellendirilmelidir. Dolayısı ile elde edilecek kamu yararının ağırlığı getirilecek sınırlamayı haklı kılmıyorsa mesleğin serbestçe icrasına müdahale edilememelidir. Müdahalenin amacı ile yoğunluğu arasında uygun bir oransallık ilişkisi bulunmalıdır. Anayasa'da öngörülen ve sınırlamayı yapacak olan yasa koyucuyu kayıtlayan ölçütler, mesleğin serbestçe icrasına getirilen sınırlamaya uyulmasını emretme yetkisine sahip olan mahkemeleri de bağlar.

Değerlendirmesini bu çerçeveye oturtan Federal Mahkeme'ye göre, yasağı düzenleyen kanunun amacı, sadece somut olaydaki çatışan menfaatleri engellemeye yöneliktir. Henüz fiili duruma dönüşmemiş bir menfaat çatışması olasılığına dayanılarak meslek icrasına kısıtlama getirilmesi, ölçülülük ilkesini ihlal edeceğinden Anayasa'ya aykırıdır. Somut olayda avukat, çocuğu temsilen sadece anneye karşı nafaka davası açmıştır. Avukata temsil yetkisi verilirken baba da hazır bulunmuştur. Çocuğun o zamana kadarki geçimini sağlayan baba, anlaşmazlıktan bağımsız olarak bundan sonrası için de aynı külfeti yüklenmeye hazırdır. Nafaka talebi için gerekli tüm belgeler baba tarafından verildiği için sır saklama yükümlülüğünün ihlali de söz konusu değildir<sup>72</sup>. Anneye karşı açılan nafaka davasının tüm maddi temelleri babanın verdiği bu belge ve bilgilerle oluşturulmuştur. Çocuk, boşanma ve mal rejiminin tasfiyesi davasında kendi avukatının babasını da temsil ettiğini bilmektedir. Somut olayın bu şartları dikkate alındığında, somut ve objektif bir bakış açısına göre menfaat uyumsuzluğunun varlığından söz etmek mümkün değildir.

Kanımızca Federal Mahkeme'nin bu anlayışı, verilen karar benimsensin benimsenmesin, tüm yasak ihlali olgularında dikkate alınması gereken bir adalet anlayışını yansıtmaktadır. Şekli denetimle yetinilmesi, çoğu kez tatmin edici olmayan sonuçlara ulaşılmasına neden olacaktır. Nitekim aynı olgu karşısında ceza mahkemesinin ceza takdir etmesine karşılık hukuk mahkemesinin avukatı taraflardan

<sup>72</sup> Yüksek mahkemenin dolaylı olarak ifade ettiği ve bizde hiç dikkate alınmayan husus şudur: Başka bir avukata vekâlet verilmiş olsaydı bile bu bilgilerin saklanması mümkün olmayacaktı. Bu nedenle, yasakla korunan bir menfaatin (sır) varlığından söz edilemez.

birini seçmeye zorladıktan sonra yargılamaya devam etmekte bir sakınca görmemesi de şekli denetimle yetinmenin yol açtığı dengesizliği göstermeye kâfidir. Amaç hem iş sahibini hem de yargının ve kamunun avukatlık mesleğine duyduğu güvenin korunması olduğuna göre, bu amaca hizmet etmeyen yaptırımların sadece haksızlığa yol açacağı ve beraberinde hiçbir yarar getirmeyeceği de açıktır.

TBB Disiplin Kurulu'nun bir kararına<sup>73</sup> konu olan olayda, ipoteğin kaldırılması için vekâlet alan avukatın, şikâyetçi tarafla sözleşme ilişkisinin kurulmadığı, işin de sadece ipoteğin kaldırılmasına ilişkin olduğu yolundaki savunması kabul görmemiştir. Kararda, vekâletnamede ipoteğin kaldırılması yetkisinden başka “*leh ve aleyhine açılacak bilumum dava ve takipler*” için de yetki verilmiş olması gerekçe gösterilmiştir. Ayrıca, masraf ve ücret verilmediği için sözleşmenin kurulmadığı savunmasının yapılabilmesi için avukatın iş sahibini “*yazılı olarak uyarması, uygun bir süre tanınması ve bu süre içinde giderlerin ödenmemesi halinde vekâletten istifa edeceğini bildirmesi gerekirdi*” sonucuna varılmıştır. Somut olayın koşullarını bilmemiz mümkün olmadığından, varılan sonucun isabetini tartışma dışı bırakarak şu genel mülâhazalarda bulunabiliriz:

Avukatlara verilen temsil belgelerinde mümkün olan bütün yetkilerin yer almasına çalışıldığı bilinmektedir. Uygulamada artık büyük bir külfet ve ayıp haline gelen bu detaylı temsil yetkisi arama alışkanlığı, avukatların yetki alırken vekâletnameye tahmin edilebilir her olasılığı düşünerek onlarca yetki konulmasını istemelerine yol açmaktadır. Temsil belgesini teslim alan avukatın bu belgeyle iş görmeye başlaması, iş sahibiyle arasında örtülü bir avukatlık sözleşmesinin kurulduğunu gösterir. Ancak bu sözleşmenin temsil belgesinde yazılı yetkilerin tümünü kuşatacak şekilde yorumlanması ne yerinde ne de doğrudur. Bu konuda somut olayın bütün şartları titizlikle değerlendirilmelidir. Karardan, tarafların bir taşınmaz üzerindeki ipoteğin kaldırılması konusunda görüşmeler yaptığı, ancak avukatın bu işe teşebbüs bile etmediği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasında avukatlık sözleşmesinin her halde kurulmuş olacağı görüşüne katılamıyoruz. Kuşkusuz işi reddeden avukatın AK m.37/I gereğince durumu gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi zorunludur. Bunun yerine getirilmemesi bir başka yükümlülük ihlali oluştursa da, sözleşmenin kurulmuş sayılmasını gerektirmez<sup>74</sup>. Diğer yandan, avukatın masraf taleplerine olumlu cevap vermeyen iş sahibinin somut olayın şartları çerçevesinde işin reddedildiğini bilmesi gerekip gerekmediği de tartışılmalıdır. Bu denetimler yapılmadan soyut ve şekli bir değerlendirme ile disiplin cezasına hükmedilmesini yerinde bulmuyoruz.

<sup>73</sup> TBBDK 16.6.2001, 55/91 (Mısır, s.523-524).

<sup>74</sup> Kanımızca TBK m.503 hükmüne dayanılarak da aksi sonuca ulaşılamaz. Söz konusu hükmün en azından avukatlar bakımından aksi çürütülemez bir varsayım oluşturduğu yönündeki görüşü gerçekçi bulmuyoruz. Aynı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek bu sorun hakkında şimdilik bu açıklamayla yetiniyoruz.

TBB Disiplin Kurulu'nun bir başka kararına<sup>75</sup> konu olan olayda, tapu kütüğünün düzeltilmesi davasında davacıların vekâletini üstlenen avukat, dava devam ederken bu kez davalılardan aldığı temsil belgesiyle davacı yararına satış vaadi sözleşmesi yapmıştır. TBB Disiplin Kurulu satış vaadi sözleşmesi düzenlenmesinin tekel kapsamında olmadığını dikkate almamış, avukatın çatışan menfaatleri temsil yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Diğer yandan, satış vaadi sözleşmesinin davacılarla yapıldığı dikkate alındığında, olayda anlaşmazlığın sulhen giderilip giderilmediği konusunun araştırılmamış olması da bir eksikliktir. Kuşkusuz davacıların sayısının birden fazla olması ve satış vaadinin bunlardan sadece biri veya birkaçıyla yapılmış olması olasılığı da göz ardı edilmemelidir. Her halde kararda bu olguların değerlendirildiği yönünde bir açıklığın bulunmaması da bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Bu çalışma kapsamında daha fazla örnek karar göstererek incelememiz mümkün olmadığından, somut olayın şartlarının çok daha ayrıntılı ve titiz bir şekilde incelemeden yasağın ihlal edildiği sonucuna ulaşmanın sakıncalarına dikkat çekmekle yetiniyoruz.

### 3. Uygulamada Suç Sayılacak Derecede Ağır Olguların Basit Bir Meslek Kuralı İhlali Olarak Görülmesinin Sakıncaları

Uygulamada bazen insanı hayrete düşürecek derecede açık, taraflarının pervasızca davrandığı çatışan menfaatleri temsil olgularına rastlanmaktadır. Bu üzücü duruma, yukarıda da değindiğimiz gibi, olayı sadece “*temsil durumuna ilişkin eksiklik*” olarak nitelendiren ve avukatın taraflardan birini tercih etmesiyle yargılamanın devam edebileceğine hükmeden Yargıtay kararları eşlik etmektedir. Durumun ne kadar vahim olduğunu anlamak için, aşağıya aldığımız örneğin okunması yeterlidir:

“Somut olayda, davacı tarafından, Avukat R.U.Ş. ve avukat H.E. 'in birlikte ve ayrı ayrı vekil tayin edildiği, dava dilekçesinde her iki avukatın da ismi olup imzanın avukat R.U.Ş. tarafından imzalandığı, 13.12.2004 tarihli birleştirme talepli dilekçe ile 03.02.2005 tarihli delil listesine ilişkin dilekçenin ise davacı adına hareket eden avukat H.E. tarafından bizzat imzalandığı, yine avukat H.E. tarafından davacı adına Avukat Y.B. 'e, Avukat D.D. 'ya, Avukat H.S. 'e yetki verildiği ve anılan avukatlar tarafından düzenlenen beyan dilekçelerinin de yine Avukat H.E. tarafından imzalandığı, öte yandan; davalı Saadet ile davalı şirket tarafından dahi birlikte ve ayrı ayrı olmak üzere avukat H.E., Avukat A.Ü., Avukat D.Ü. 'in vekil tayin edildiği, davaya cevap dilekçesinin Avukat H.E. ismiyle düzenlenip imzalanmakla birlikte anılan avukatın aynı zamanda davacı avukatı olarak da ismine yer verildiği, aynı şekilde 08.04.2005 ve 03.05.2006 tarihli delil ve tanık listesine ilişkin dilekçelerin avukat H.E. tarafından düzen-

<sup>75</sup> TBBDK 21.6.2003, 73/196 (Mısır, s.533).

*lendiği, diğer taraftan, Avukat H.E. tarafından her iki davalı adına Avukat B.E.P.'e yetki verildiği anlaşılmaktadır. Mahkemece, Avukatlık Yasasının 38. maddesi de gözetilerek öncelikle temsil durumuna ilişkin noksanlık giderilip, tarafların bizzat ya da vekaleten ileri sürecekleri iddia ve savunmaları ile bildirecekleri deliller tespit edilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. Mahkemece, yazılı şekilde hüküm tesis edilmesi, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir. Bozmanın niteliğine göre, şimdilik sair hususların incelenmesine gerek duyulmamıştır. Kuşkusuz, davaya vekalet dava şartı olup anılan noksanlığın hükmü temyiz etmemiş olan taraflar yönünden dahi sonuç doğurmaya çağının kabulü gerekir”<sup>76</sup>.*

Görüldüğü gibi, aynı davada hem davacı hem davalı adına çeşitli dilekçelerde bizzat imzası bulunan, bazılarında kendisinin tevkil ettiği avukatların imzası olan, böylece hem davacı hem de davalıyı aynı zamanda temsil eden, bunu yaparken de birçok meslektaşını işe ortak eden ve bu durumu temyiz aşamasına kadar sürdüren bir avukatın nasıl olup da bunları yapabildiği bir muamma olmakla birlikte, bu aşamaya gelinene kadar durumun farkına varılamaması, yargılamaya bu şekilde devam edilmesi de bir başka muammadır. Tarafların ve avukatların adlarını gizli tutmamız gerekse de, bir kopyası arşivimizde mevcut olan bu yayınlanmamış karardan, sigortalının geçmiş dönem sigortalarının kabulü için bir şirket aleyhine dava açıldığı ve SGK ile birlikte davalı olan şirketin, davaya cevap vermekle birlikte gerçekte davayı kabul etmek niyetinde olduğu da düşünülebilir. Bu durum, avukatların hiç değilse SGK dışındaki iki tarafın rızasıyla hareket ettiğini gösterebilir. Ancak bu durum bile avukatın davranışını mazur göstermez. Olsa olsa menfaat çatışmasının bulunmadığı kabul edilebilir. Ancak, muvazaalı işlere aracılık etmenin de meslek kurallarıyla bağdaşmadığı açıktır.

Her halde sorunun bu şekilde kestirilip bırakılmasında rahatsız edici bir yan bulunmaktadır. Kuşkusuz bu sonucun yargılama hukukuna ilişkin sebepleri mevcuttur ancak bu durum, sorunu tespit etmemize ve çözüm için çaba göstermemize engel olmamalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, hâkimin en azından HMK m.32/1 hükmüne dayanarak yasağı ihlal eden avukatı duruşmalara kabul etmemesi düşünülebilir. Yargıtay bir başka kararında<sup>77</sup>, aynı zamanda kooperatifin de vekili olan avukatın genel kurul kararının iptali için kooperatif aleyhine dava açmasında çatışan menfaatleri temsil yasağının ihlal edildiği gerekçesiyle “*davalı kooperatife kayyım tayin edilerek davaya devam edilmesi*” gerektiğine hükmetmiştir. Ancak daha aşırı örnekler söz konusu olduğunda, söz gelimi yasak ihlalinin tek başına veya diğer olgularla birlikte değerlendirilmesi

<sup>76</sup> Y. 10. HD, 1.11.2011, 3779/15177 (Özel Arşiv).

<sup>77</sup> Y 23. HD, 24.01.2013, 5710/381 (Özel Arşiv).

bir suç şüphesi uyandırdığında ne olacaktır? Bir diğer Yargıtay kararı örneğinde konuya daha yakından eğilmek gereğini duyuyoruz:

“... Davacı T.S.’nin K. Toprak San. ve Tic. Ltd. Şti’ni temsile yetkili müdürler Y.Y. ve İ.S.’den aldığı vekaletnameye istinaden aleyhine tapu iptali tescil davası açtığı davalı şirketin vekili olarak A.T.’yi vekil tayin ettiği ve bilahare kendisinin de bir başka avukata vekalet vererek davacı sıfatıyla dava açıp harici satış senedine istinaden tapu iptali ve tescil davası açtığı şirketi temsil için vekalet verdiği avukat A.T.’nin de açılan davayı kabul ettiği ve bu hale göre 1136 sayılı Avukatlık Kanununun 38/b bendine göre davalı şirket vekili Av. A.T.’nin aynı işte menfaati zıt bir tarafa avukatlık etmiş veya mütalaa vermiş durumuna düşmüş olması nedeniyle davalı şirketi ilzam edecek şekilde davayı kabul etmiş olmasının mümkün bulunmaması karşısında mahkemece davanın reddine karar verilmiş olmasında isabetsizlik bulunmadığından...”<sup>78</sup>.

Karardan anlaşılan şudur: Davalı tarafın vekilini atayan bizzat davacıdır. Davacı bu yetkiyi, davalı şirketin yetkili müdürlerinden almıştır. Dolayısıyla bizzat davalının yetkili müdürleri kendi şirketleri aleyhine, şirketin bir taşınmazını kaybetmesi amacıyla dava açmasını ve bu davayı kazanmasını sağlamak amacıyla davacıya vekâlet vermiştir. Davacının, davasına karşı sözde savunma yapmak üzere atadığı avukat da bu davayı kabul etmiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, avukat sadece davalı şirketi temsil etmiştir (davacı, kendisine bir başka avukat tayin etmeyi akıl etmiştir) ve bu nedenle avukat bakımından şekli anlamda çatışan menfaatleri temsil olgusu gerçekleşmemiştir. Ancak daha vahim bir şey olmuştur. Şayet davalı şirketin müdürlerinin bizzat yönetim veya şirket paydaşları tarafından gizli bir amaçla görevlendirmeleri söz konusu değilse, yetkilerini kötüye kullanarak şirketlerini zarara sokmaya teşebbüs ettiklerini kabul etmek gerekir. Yargıtay’ın bozma kararıyla bu girişimin en azından o an için akamete uğradığı anlaşılıyor. Diğer yandan, avukat da, en azından böyle bir kurguya karışıp karışmadığının araştırılmasını gerektirecek ölçüde olayda bir rol üstlenmiştir. Bu durumda sadece “*temsile ilişkin bir eksiklik*”ten söz etmenin tatmin edici olmadığı açıktır<sup>79</sup>.

Konunun ceza hukuku alanında uzmanlık gerektirdiği bilinciyle, sadece bir soru olarak TCK m.278 ve m.279 hükümlerinin uygulanmasının gündeme gelip gelmeyeceğini tartışmaya açmak isteriz. Bilindiği gibi TCK m.278 “*suçu bildirmeme*” suçunu, m.279 ise “*kamu görevlisinin suçu bildirmeme*” suçunu dü-

<sup>78</sup> Y 8. HD, 26.3.2009, 5905/1388 (Özel Arşiv).

<sup>79</sup> Aynı derecede vahim bir olaya konu teşkil eden ve iki tarafı da ya bizzat ya da yetki belgesi verdiği avukatlar aracılığıyla aynı davada temsil eden avukatın yasağı ihlal ettiğini tespit eden, ancak sadece bozma kararı vermekle yetinen bir diğer karar için bkz. Y 23. HD, 17.10.2012, 4837/6081 (Özel Arşiv). Ayrıca bkz. Y 11. HD, 03.05.2010, 5360/4854 (Özel Arşiv).

zenlemektedir. Yargılama sırasında bir suça tanıklık ettiğini düşünen hâkimin bu maddeler karşısındaki durumu ne olmalıdır? Ceza hukukçularının bu konuyu tartışması gerektiğine inanıyoruz.

#### 4. Yargı ve TBB Disiplin Kurulu Kararları Işığında “Aynı İş” Olgusunun Değerlendirilmesi

Yukarıda da değindiğimiz üzere, yargı kararlarında derli toplu ve kuşatıcı bir “aynı iş” tanımı bulunmasa da, yargının konuya genel yaklaşımını tespit etmek mümkündür. Öncelikle Türk yargısının “bütüncül bir hayat ilişkisinin özdeşliği” ölçütüne hem terim hem de kavram olarak uzak olduğunu belirtmek gerekir. Ancak kararlarda böyle bir ölçüt anılmadan, bu anlama uygun tespitler yapıldığını görmek de mümkündür. Örneğin TBBDK, ticaret şirketinde temsil ettiği şirketin davasında, taraf olmayan ancak kambiyoyu senesinde imzası bulunan bir şahsın ağır ceza mahkemesindeki savunmasını üstlenen ve sahtecilik yapmadığını savunan avukatın yasağı ihlal ettiği sonucuna varmıştır<sup>80</sup>. Kurul’a göre şirketin ticaret mahkemesindeki çıkarı, sanığın ceza mahkemesinde mahkûm olmasına bağlı olduğundan aynı iş olgusu gerçekleşmiş sayılmalıdır. Kuşkusuz bu durumda iki farklı dava arasında bütüncül bir hayat ilişkisi mevcuttur. Ancak, kararın isabeti konusunda küçük bir çekince ifade etmeden geçemeyeceğiz. Karardan anlaşılacakla birlikte, şirket vekilinin, ağır cezada savunmasını üstlendiği kişinin ticaret mahkemesinde temsil yetkisinin bulunmadığını iddia etmesi, mutlak surette çatışan menfaatlerin varlığını göstermez. Çünkü ceza mahkemesinde alınacak mahkûmiyet, kişinin temsil yetkisi olup olmadığı konusunda etkili olmaz. Ticaret mahkemesinde imzanın bu şahsa ait olmadığını iddia etmek yerine imza yetkisinin bulunmadığını ileri sürmek davada başarılı olunması bakımından hem daha kolay hem de daha elverişlidir.

Yargıtay’ın aşağıya bir kısmını aldığımız 22.1.2007 tarihli bir kararından<sup>81</sup> ise, somut olaydaki hayat ilişkisinden çok, belirli bir takip veya davada taraflardan birini temsil eden avukatın, diğer tarafın vekâletini de üstlenip üstlenmediğine önem verdiği anlaşılmaktadır. Karara göre, “somut olayda; şikayetçi Avukat Cemal Duygu iş bu davasını müvekkili Alaattin Özer'den almış olduğu 04.06.1999 tarihli vekaletnameye istinaden açmıştır. Oysaki şikayete konu senetler ile ilgili olarak alacaklı Semiha Özmen tarafından bu avukata 01.01.2005 tarihinde noterden düzenlenmiş vekaletname verilerek avukat müvekkil ilişkisinin kurulduğu ve bu vekaletten de herhangi bir şekilde çekilme ve azil olmadığı anlaşılmaktadır. Tarafları ve konusu (takibe konu senetler) aynı olan ve bu iş sebebi ile alacaklı Semiha Özmen'den vekalet alan vekilin eski müvekkili aley-

<sup>80</sup> TBBDK 3.3.2006, 6/78 (Güner, s.420, dnp 206).

<sup>81</sup> Y 12. HD, 22.1.2007, 22501/669 (Özel Arşiv).

*hine görev kabul etmesi ve vekil olarak alacaklı tarafından verilen bilgileri borçlu vekili olarak açmış olduğu bu davada delil olarak kullanması Avukatlık Yasasının 38/b maddesine aykırıdır.”*

Kararın zıt anlamından, avukatın önceki iş sahibiyle ilişkisini vekâletten istifa veya başka bir suretle sona erdirmiş olması halinde yasağın söz konusu olmayacağı görüşünün savunulduğu çıkartılabilir<sup>82</sup>. Kararda ayrıca, isabetli bir şekilde, avukatın önceki iş sahibinden elde ettiği bilgileri bu davada kullanma imkânına sahip olmasının oluşturduğu sakıncalara da işaret edilmiştir. Ancak bu şekli denetimin somut olayda çatışan menfaatleri temsil yasağının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği sorununu göz ardı ettiği anlaşılmaktadır. Bu denetimin yapılabilmesi için, öncelikle avukatın önceki vekâleti ile sonraki vekâlet görevine konu teşkil eden olayların bütünsel bir yaşam ilişkisinden kaynaklanıp kaynaklanmadığını ele almak gerekir. Türkiye gerçeğinde, avukatların çok özel ve önemli bir sebep bulunmadıkça çok eski müvekkillerinin vekâletlerinden istifa etmediği, bunları muhafaza ettiği de gözden uzak tutulmamalıdır. Türk avukatların büyük bir çoğunluğunun “vekâletname klasörü”nde çok sayıda unutulmuş müvekkile ait temsil belgelerinin arşivlendiği bir gerçektir.

Diğer yandan, avukatın ilk vekâlet görevi, sonraki işinde kötüye kullanabileceği bilgileri edinmesine imkân verecek nitelikte olmayabilir. Yıllar önce boşanma davasında temsil ettiği birine karşı, avukat artık ömür boyu bir başka dava veya icra takibi üstlenemeyecek midir? Tüm bu sorulara cevap verilebilmesi için menfaatler durumunun gerçekçi bir şekilde tartılması gerekir. Bunun için de somut olayın koşullarının titiz bir şekilde incelenmesi gerektiği açıktır. Örneğin kocanın açtığı zina nedeniyle boşanma davasında kadını savunan avukatın, bu kez şiddetli geçimsizlik sebebine dayalı davada kocayı savunamayacağı kabul edilmektedir. Çünkü bu durumda maddi olgular farklı olsa da taraflar arasındaki bağlantının ortak olduğu kabul edilmektedir<sup>83</sup>. Kast olunanın her iki davaya konu olguların aynı bütüncül hayat ilişkisinden kaynaklanması olduğu açıktır.

<sup>82</sup> TBBDK da aynı dava veya takip söz konusu olmasa da farklı zamanlarda taraflardan ikisinin de avukatlığını yapmış olmayı yasak ihlali saymaktadır: “Disiplin kovuşturmasına konu olayda, Şikayetli avukatın aynı işte menfaat zıt taraflara avukatlık etmediği görülmekte ise de, bir avukatın aynı zaman dilimi içerisinde, ayrı işlerde de olsa bir kişinin hem yararına hem de zararına avukatlık yapması etik açıdan uygun olmadığı kadar TBB. Meslek Kurallarının 3 maddesinde kabul edildiği gibi kamunun inancı ve mesleğe güveni de sarsar niteliktedir. Aksi düşüncenin, maddenin açık ifadesi ve amacı yönünden kabulü mümkün değildir./Bu sebeplerle, aynı zaman dilimi içinde hem Şikayetçinin, hem de, Şikayetçi adına dava açıp, lehe sonuçlanan ve icra takibi başlatılan karşı şahsın vekili olarak başka bir işten dolayı vekilliğini devam ettiren Şikayetlinin eylemi disiplin suçu oluşturduğundan, Baro Disiplin Kurulunun eylemin disiplin suçu oluşturduğuna ilişkin değerlendirmesinde hukuki isabetsizlik görülmemiştir.” TBBDK, 30.09.2005, 228/314 (barobirlik.org.tr).

<sup>83</sup> Güner, s.422.



Yargıtay’ın da “konuları ilintili” olan iki ayrı davada avukatın menfaat çatışması bulunan kişilerin vekâletini üstlenemeyeceği yolunda kararları bulunmaktadır. Bu kararlardan birine<sup>84</sup> konu olan olayda, bütüncül hayat ilişkisini aynı trafik kazası oluşturmaktadır. İki araç ve birden çok yayanın karıştığı kazada avukat önce çarpan aracın işleteninin, sonra da kırmızı ışıkta beklemekte iken kendisine çarpılan aracın sürücüsü ve sahibi olan kişinin vekâletini üstlenmiş, sigorta şirketi ve diğer çok sayıdaki kazazedenin taraf olduğu davalar sonradan birleşmiştir. Kuşkusuz bu olayda aynı bütüncül hayat ilişkisi ve taraflar arasındaki menfaat çatışmasının varlığı açıktır. Çünkü tarafların hak ve yükümlülüklerine neden olan olgu (haksız fiil) aynı olduğu gibi; tarafların kusur derecelerinin, bir tarafın alacağı diğer tarafın ise ödeyeceği tazminat miktarını belirleyecek olması menfaat çatışmasına yol açmaktadır.

Benzer biçimde, babalık davası bakımından anne ile çocuğunun menfaatlerinin zıt olduğu söylenebilir<sup>85</sup>. Yüksek mahkemeye göre farklı icra takiplerinden birinde borçlunun diğerinde alacaklının vekâletini üstlenen avukat da yasağı ihlal etmektedir. Yargıtay böyle bir durumda menfaat çatışmasını, “*ihale konusu mahcuzun satışı halinde, haciz alacaklısı Avukat V. Ö. İstanbul Anadolu 2. İcra Müdürlüğü’nün 2011/978 sayılı dosyasındaki alacağına kavuşma imkanı*” bulacak olmasında görmüştür<sup>86</sup>.

Yargıtay’a göre, yabancı mahkemeden alınan boşanma ilâmının tanınması davasında iki tarafın da vekili olan avukatın, tevkil yetkisine dayanarak bir başka avukatı karşı taraf avukatı olarak tayin etmiş olması halinde de yasağa aykırı davranılmış olur<sup>87</sup>. Esasen yabancı mahkeme kararıyla artık sona ermiş bir evliliğin Türkiye’de tanınmasını istemekte iki tarafın da aynı doğrultuda menfaatleri bulunabilir. Bu konuda somut olayın koşulları değerlendirilerek bir karar varılması isabetli olur.

Bir başka kararında, Yargıtay, dava ve icra takiplerini üstlendiği şirketten hırsızlık yapan kimsenin savunmasını üstlenen avukatın yasağa aykırı hareket ettiğini kabul etmiştir<sup>88</sup>. Kanımızca bu durumda da davalar arasında bütüncül bir hayat ilişkisinden kaynaklanan maddi ve hukuki olgular özdeş olmadığı-

<sup>84</sup> Y 17. HD, 13.5.2010, 3081/4539 (Özel Arşiv).

<sup>85</sup> Y 2. HD, 04.11.2008, 17906/14522 (Özel Arşiv). Karardan, menfaat zıtlığının önceden anlaşılması sebebiyle küçüğe kayyım tayin edildiği, buna rağmen avukatın hem anneyi hem de çocuğu temsil ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bu davada da avukattan anne veya çocuktan birini tercih etmesinin istenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Tabii bu tercihten sonra avukatın tercih etmediği taraftan elde ettiği bilgileri onun aleyhine kullanmasının nasıl önleneyeceği sorusu açıkta kalmaktadır. Aynı yönde bkz. Y 2. HD, 2.3.2006, 1223/2652 (Kazancı MİBB).

<sup>86</sup> Y 12. HD, 24.02.2015, 1608/3647 (Kazancı MİBB).

<sup>87</sup> Y 2. HD, 20.9.2011, 23381/13559 (Kazancı MİBB).

<sup>88</sup> Y 13. HD, 27.05.2013, 29642/16539 (Özel Arşiv).

dan çatışan menfaatleri temsil olgusu söz konusu değildir. Kuşkusuz avukatın vekili olduğu şirkete karşı bir hırsızın davasını üstlenmesi her şeyden önce “*sadakatle ifa*” yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir ve hem hukuki hem de disipliner sorumluluk gerektirir. Ancak bu durum olayda çatışan menfaatleri temsil yasağının gerçekleşmediği yolundaki düşüncemizi değiştirmeye yeterli değildir.

Bir başka kararda ise, Yargıtay, vasiyetnamenin iptali davasında iptalden çıkarı bulunan mirasçılar ile zararı bulunan mirasçı arasında menfaat çatışması bulunduğu hükmetmiştir<sup>89</sup>. Karara konu olan olayda, hem mirasçılıktan çıkarılan yasal mirasçı hem de ıskattan yararlanacak çocuğu ve torunu, diğer yasal mirasçılara karşı birlikte dava açarak vasiyetnamenin, dolayısıyla çıkarma işleminin iptalini talep etmişlerdir. Ancak ıskat edilenin çocuğu ve torunu, diğerinden farklı olarak davalarını terdit etmiş, vasiyetnamenin geçerli sayılması halinde kendilerinin mirasçılıklarının tespitine, en azından saklı paylarının kendilerine verilmesine hükmedilmesini talep etmişlerdir. Bu da, aynı avukat tarafından temsil edilen baba, oğul ve torun arasında gerçekte bir menfaat çatışmasının bulunmadığını, hepsinin ortak arzusunun öncelikli olarak vasiyetnamenin iptali olduğunu göstermektedir. Çocuk ile torunun terditli olarak kendi mirasçılıklarının tespitini talep etmeleri, ancak ilk taleplerinin reddi halinde gündeme geleceğinden, fiili bir menfaat çatışmasının varlığından da söz edilemez. Kararda bu özellikler gözden kaçırılmıştır.

Yargıtay bir diğer kararında, Özelleştirme İdaresine karşı biri davalı diğeri davacı olan iki şirketin temsilini üstlenen avukatın yasağa aykırı hareket ettiği sonucuna varmıştır<sup>90</sup>. Yargıtay olayı değerlendirirken, her ne kadar şirketlerden birinin diğerinin %99 oranında sahibi olduğunu dikkate almış olsa da, “*her iki şirketin ayrı tüzel kişiliklerinin bulunduğu açıktır. Nitekim dosya kapsamına göre, somut uyumsuzluk itibariyle davacı kamu kurumuna olan borcun varlığı yönünden davalılar arasında menfaat çekişmesinin olduğu görülmektedir, bu husus davalılar vekili tarafından verilen temyiz dilekçesine de yansımış, dilekçede davalılardan D. A.Ş. hakkında husumet itirazına değinilmiş ve bu davalının sorumlu olmadığı bildirilmiştir*” gerekçesiyle menfaat çatışmasının varlığına hükmetmiştir. Karardan somut olayın şartları tam olarak anlaşılmasa da, kanımızca burada da menfaat çatışmasının fiilen gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken yeterince titiz davranılmamıştır. Her iki şirketin de vekâlet verirken avukatın diğer şirketi de temsil edeceğini bildiği, hatta bunu arzu ettiği anlaşılmaktadır. Her iki şirket de Özelleştirme İdaresi'nin varlığını iddia ettiği borcun mevcut olmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla savunmalar arasında

<sup>89</sup> Y 8. HD, 06.06.2014, 11103/11731 (Özel Arşiv).

<sup>90</sup> Y 11. HD, 13.9.2013, 14850/15621 (Özel Arşiv).

birlik bulunmaktadır. Menfaatin ne olduğu değerlendirilirken, iş sahibinin isteklerine saygı duyulması gerektiği yolundaki görüşümüzü yukarıda açıklamıştık. Bu açıdan da çatışan menfaatlerden söz edilemeyeceği açıktır.

Yargıtay’ın bir başka kararına<sup>91</sup> konu olan olayda, müvekkilinin borçlusu aleyhine yapılan icra takibinin semeresiz kalması üzerine (karardan, avukatın icra takibinde de vekâletinin olup olmadığı anlaşılmamaktadır) borçlunun eser sözleşmesi sebebiyle alacaklı olduğu üçüncü kişi aleyhine dava açılması için İİK m.94 gereğince yetki belgesi alan avukatın, dava devam ederken borçlunun iflâs etmesi üzerine davaya iflâs idaresi aleyhine devam edilmiştir. Karardan anlaşıldığına göre, aynı avukat bu kez iflâs idaresinin de avukatlığını yapmış, hatta bu dava dosyasına da vekâletini sunmuştur. Yargıtay olayda menfaat çatışmasının varlığına rağmen davaya devam edilmesini bozma sebebi saymıştır. Yukarıda yapılan eleştirilerin bu karar bağlamında da dikkate alınması gerektiği açıktır.

TBB Disiplin Kurulu’nun kararlarından da, avukatın farklı dava veya icra takipleri için iş sahibinin hasmından vekâlet görevi almasına sıklıkla rastlandığı anlaşılmaktadır. Bu tür olaylarda TBB Disiplin Kurulu “aynı iş” kavramını geniş yorumlamak eğilimindedir<sup>92</sup>. Buna karşılık, avukatın tüzel kişi ile arasındaki avukatlık sözleşmesinin sona ermesinden sonra tüzel kişiye karşı üstlenilen vekâlet görevinin, tüzel kişiden elde edilen bilgi ve belgelerin bu dava veya takipte kullanıldığı kesin şekilde ispat edilmemesi nedeniyle yasak kapsamında sayılmayacağına hükmedildiği de görülmektedir<sup>93</sup>.

Verilen örnekler, çatışan menfaatleri temsil yasağı bakımından hem Yargıtay hem de TBB Disiplin Kurulu’nun kavramsal şemalara bağlı kalmayarak, yasağı biraz daha geniş yorumlamak eğiliminde olduğunu ifade edebiliriz. Bu eğilimin isabeti konusunda bir yargıda bulunmamakla birlikte, somut olayın şartları değerlendirilirken gerekli titizliğin gösterilmediğini kolaylıkla ifade edebiliriz. Bu eksikliğin giderilmesinde özellikle Alman uygulamasının dilimize aktarılması çok önemli bir rol oynayabilir. Elbette bu hukuk sisteminin bizimkiyle özdeş olmadığı, dolayısıyla birebir uygulama aktarmalarının mümkün olmadığı hususu hiçbir zaman gözden uzak tutulmamalıdır. Ancak kararların hangi gerekçelere dayandığı, mesleğin serbestçe icrasına yargı veya disiplin kurulu kararıyla yapılan müdahalenin hangi gerekçelerle mümkün olabileceği veya olamayacağı konusunda geliştirilen düşüncelerin bizim uygulamamıza da ışık tutacağı açıktır.

<sup>91</sup> Y 23. HD, 27.4.2012, 692/3171 (Özel Arşiv).

<sup>92</sup> Örneğin bkz. TBBDK 1.4.2002, 291/104; 15.11.2002, 201/335; 21.1.2007, 378/32 (Mısır, s.526-532). Ayrıca bkz. Güner, s.421.

<sup>93</sup> TBBDK 21.6.2003, 89/203 (TBBD 2004/50, s.258).

## V. SONUÇ

Avukatlık mesleğinin en önemli niteliklerinden olan bağımsızlığın korunmasında çatışan menfaatleri temsil yasağı önemli bir rol oynamaktadır. Esasen yukarıda da belirttiğimiz gibi bu yükümlülük, bağımsızlık ve sır saklama yükümlülüğüyle birlikte mesleğin “çekirdek değerleri” arasında sayılmaktadır. Bu nedenle titizlikle korunması ve meslekte yaşanan değişim ve dönüşümlere uyarlanması gereken bir yükümlülüktür. Bu yapılmadığı takdirde hem mesleki gelişimin önü kapatılır hem de yasakla izlenen amaçtan uzaklaşılır. Dolayısıyla her defasında uygulanacak yaptırımla elde edilecek menfaatin tartılması, aralarındaki orantının gözetilmesi gerekir. Bunun yapılabilmesi için ise, mutlak surette somut olayın özellikleri en ince ayrıntısına kadar dikkate alınmalıdır.

Diğer yandan, yasağın katı bir şekilde avukatlık ortaklıkları ve ortak büroda çalışan avukatlar hakkında da uygulanması, bir yönüyle yasaya aykırı davranılması anlamına geldiği gibi, diğer yanı sıra günümüz koşullarında giderek yaygınlık kazanan bir çalışma şekline aşırı bir kısıtlama getirilmesi sonucunu da doğurabilmektedir. Halbuki yasağın uygulanmasında yasakla korunan amaç ve uygulanan yaptırım arasındaki orantının kurulması şarttır. Aksi takdirde büyük bürolara getirilmeye çalışılan bir kısıtlama buralarda çalışan ve kendi bürosunu açma imkânı sınırlı olan genç avukatların giderek çalışacak büro bulamamaları ile sonuçlanacaktır. Hiç kuşkusuz işlerini bu tür bürolara emanet eden iş sahiplerinin çıkarları da mutlak surette korunmalıdır. Tüm bu dengelerin gözetilmesi ve adil sonuçlara varılması bakımından konunun öncelikle barolar ve sivil toplum kuruluşlarının önderlik edeceği bilimsel toplantılarda tartışılması ve yapılan tartışmaların yaygınlaşması şarttır.

Yasağın amacına uygun ve etkili bir şekilde uygulanabilmesi için “aynı iş” deyimine tüm örnek olgulara uygulanabilir kavramsal bir içerik kazandırılması da ciddi bir zorunluluktur. Gerek yargı kararları gerekse TBB Disiplin Kurulu içtihatları böyle bir ölçütün bulunmamasından dolayı çelişkili ve tatmin edici olmayan karar verebilmektedir. Bu nedenle, özellikle Alman Hukuku’nun başvurduğu bir ölçüt olarak “bütüncül hayat ilişkisi”nden kaynaklanmış olma şartının kabulünü önermiş bulunuyoruz.

Bu incelemede çıkan bir diğer sonuç da, hukuk mahkemelerinin yasağın ihlali olgusu karşısında sadece avukatı taraflardan birini tercih etmeye zorlamakla yetinmelerinin isabetsiz olduğu hususudur. Bu önlem çoğu kez zevahiri bile kurtarmamakta, yasağın koruduğu menfaat ihlali yargılamanın sonuna kadar devam edebilmektedir. Bu durumu engellemek için, ihlale neden olmamak için öngörülen işin reddi yükümlülüğü yanında, ihlalden sonrası için de avukatın bütün tarafların vekâlet görevinden istifa etmesi yönünde bir yükümlülük getirilmesi, *de lege feranda* isabetli olur. Bununla birlikte HMK m.32/1 hükmüne dayanılarak da *de lege lata* bir çözüm üretilmesi mümkün görünmektedir.

**KAYNAKÇA**

- Aday**, Nejat, Avukatın Çatışan Menfaatleri Temsil Yasağının İhlali ve Hukuksal Sonuçları Üzerine Düşünceler, Ersin Çamoğlu'na Armağan, İstanbul 2013, (s. 249-265).
- Baumann**, Andreas, Interessenkonflikte des Rechtsanwaltes, Festschrift 100 Jahr Aargauischer Anwaltsverband, Zurich 2005, (S. 433-459).
- Busse**, Felix, Freie Advokatur - Entwicklung, Bedeutung, Perspektiven für die Rechtspflege, AnwBl 3/2001 (S. 130-136).
- Derendinger**, Peter, Die nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, Freiburg 1988.
- Erem, Faruk**; *Meslek Kuralları* (Şerh), 3. Bası, Ankara 1977.
- Fellmann**, Walter, Berner Kommentar, Bd. VI: Obligationenrecht, 2. Abt.: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilbd.: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 1. Aufl., Bern 1992.
- Feuerich**, Wilhelm E. / Braun, **Anton**, Bundesrechtsanwaltsordnung, Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union, Kommentar, 5. Aufl., München 2000.
- Güner**, Semih, Avukatlık Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2009.
- Hartung**, Wolfgang / **Römermann**, Volker, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Europäische Berufsregeln – CCBE, Bundesrechtsanwaltsordnung (§§ 43-59 m BRAO), Kommentar, 4. Aufl., München 2008.
- Henssler**, Martin, Die Zukunft des Rechtsberatungsgesetzes, AnwBl 10/2001 (S. 525-533).
- Henssler**, Martin / **Prütting**, Hanns, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 4. Aufl., München 2014.
- Jessnitzer**, Kurt / **Blumberg**, Hanno, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 9. Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Kleine-Cosack**, Michael, Bundesrechtsanwaltsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München 1997.
- Kull**, Michael, Die zivilrechtliche Haftung des Anwalts gegenüber dem Mandanten, der Gegenpartei und Dritten, Zurich 2000.
- Mısır**, M. Haşim, Avukatlık Disiplin Hukuku, Ankara 2008.
- Offermann-Burckart**, Susanne, Interessenkollision – Es bleibt dabei: Jeder Fall ist anders, AnwBl 11/2011 (809-828).
- Schönke**, Adolf / **Schröder**, Horst / **Heine**, Günter, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München 2010.
- Simon**, Lutz, Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen nach deutschem Recht, [www.fbe.org/IMG/pdf/Report\\_Lutz\\_Simon-4.pdf](http://www.fbe.org/IMG/pdf/Report_Lutz_Simon-4.pdf).
- Sungurtekin-Özkan**, Meral, Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 3. Baskı, İzmir 2012.
- Şen**, Ersan, Ceza Yargılaması Süreci, TBBD, 2011/97 (s. 269-300).
- Testa**, Giovanni Andrea, Die zivil- und standesrechtlichen Pflichten des Rechtsanwaltes gegenüber dem Klienten, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung der Aufsichtskommission über die Rechtsanwälte des Kantons Zürich, Zürich 2001.



## **HISIMLAR ARASI SATIŞ SÖZLEŞMELERİ VE MUVAZAA**

*Yrd. Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK\**

### **ÖZET**

Günümüzde birçok hukuki uyumsuzlukta göz önüne alınması gereken ve Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesinin emsal kararlarına konu olan “hısımlar arası satış sözleşmeleri” tüm boyutları ile incelenmesi gereken bir husustur. Bu kapsamda, hısımlar arası satış sözleşmelerinin muvazaanın emaresi olduğuna ilişkin fiili karinenin, uygulama alanı bulabileceği hukuk müesseselerinin ele alınması ve söz konusu karinenin etkilerinin ortaya koyulması büyük önem arz etmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Satış Sözleşmesi, Muvazaa, Akraba, Muvazaa Emaresi, Nisbi Muvazaa, Fiili Karine.

### **ABSTRACT**

It becomes more of an issue to analyse "the contract of sale between relatives" because of its importance considering the current legal relationships within the framework of Turkish and Swiss Court of Cassation. In that sense, it has great importance to determine the presumption of fact that calls on the contract of sale between relatives an indication of simulation, the legal relationships that this presumption could be applied as well as the effects of that presumption.

**Keywords:** Sales Contract, Equalization, Relative, Indication of Equalization, Relative Equalization, Presumption of Fact.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi (İFM) tarafından, taşınmaz üzerinde paydaşların önalım hakkının ileri sürülmesini doğuran hukuki işlemlerin başında gelen satış sözleşmeleri, birçok içtihatla ele alınmıştır. Bu içtihatlarda, günümüzde de benimsenen ve tüm hukuki sonuçları ile incelenmesi gereken konulardan birisini de “hısımlar arasındaki satış sözleşmeleri” oluşturmaktadır. Hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinin, önalım hakkına yönelik hukuki sonuçları, anılan içtihatlarda ayrıntılı bir şekilde tespit edilmiştir. Ancak, konuya ilişkin uygulamaların, özellikle kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve muris muvazaasına yönelik etkisi de büyük önem arz etmektedir. Bu sebeple, bu çalışmamızda, ilgili içtihatların farklı hukuki kurumlar üzerindeki önemi ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

Günümüzde birçok yargı kararının gerekçesini oluşturan ve emsal karar niteliğine bürünmüş olan bu içtihatlar, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen 27.03.1957 tarihli ve 1956/12 Esas 1957/2 Karar sayılı ve İFM<sup>1</sup> tarafından verilen BGE 87 II 263 sayılı kararlardan oluşmaktadır. Bu kararlarda özet olarak; “Müşterek mülkün hissedarı, hissesini karı ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hakim olduğu ahvalde Medeni Kanunun hakiki satışlarda kabul eylediği şufa hakkının cereyan etmeyeceği, miras hukukuna müteallik kaidelele tevkifan veya sair mülahazalarla kendi evladına veya akrabasına satış yapması halinde de şufa cereyan edip etmeyeceği noktasının ...mülhaza olunmak icap ettiği, bu gibi akrabaya satışta ortada satış akdinin bir unsuru olan bedel zikredilmiş olsa bile bunu mücerret bir satış olarak kabul etmeye imkan olmadığı, çünkü burada mümellikin maksadı malının bedelini almak değil, belki akrabalık münasebeti dolayısıyla onu tesahüp etmek ve yerine geçmek olduğu” belirtilmiştir. Anılan içtihatları benimseyen birçok Yargıtay kararında<sup>2</sup> da; “İlgili kararın uygulanabilmesi için öncelikle satışın, satış tarihi itibarıyla doğrudan mirasçılar arasında yapılması gerekmeyip, temlikin taraflarının akraba olmasının yeterli olduğu, temlikin akrabalar arasında satış şeklinde yapılmış olması halinde ise bu kez İçtihadı Birleştirme Kararının aradığı “hibe veya miras hukukuyla ilgili amacı”nın bulunup bulunmadığı hususunun, diğer biri ifade ile akrabalar arasında yapılan her temlikte<sup>3</sup> somut uyumsuzluğun nite-

<sup>1</sup> Ayrıca bkz.; BGE 115 II 175; BGE 116 II 164.

<sup>2</sup> Yargıtay HGK, 29.04.2011 g. ve E.2011/6-164, K. 2011/245; Yargıtay HGK, 27.05.2015 g., 2013/2268 E., 2015/1437 K.; Yargıtay 14.HD., 15.12.2014 g., 2014/10130 E., 2014/14355 K.

<sup>3</sup> Yargıtay HGK, 24.06.2015 g. ve E.2014/315, K. 2015/1744; “Satış tarihinden önce davalının pay satana bakması veya onunla ilgilenmesi pay satan ile davalı arasında evlatlık ilişkisi olduğunu göstermeyeceği gibi, akraba olduğu da söylenemez. Satış tarihinde davalı üçüncü kişi



liğine göre temlikin hibe veya miras hukukuyla ilgili amaçlarla yapılmış olup olmadığının yöntemince ispatı aranmalı ve ispatı halinde temlikle önalım hakkının kullanılmasının mümkün olamayacağı gözetilmeli, ilgili içtihadın, sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı ve bunu her türlü delille ispat edemeyeceği kuralının istisnasını oluşturduğu” gerekçelerine yer verilmiştir.

Bu içtihatların, hısımlar arası satış sözleşmelerinin, gerçek bir satış sözleşmesi niteliğinde olmadığı ve muvazaalı işlem olarak görülmesinin emaresi olduğuna<sup>4</sup> ilişkin fiili bir karine oluşturduğu açıktır. Bu nedenle, bu emsal kararların, hukukun diğer alanlarına etkisinin incelenmesi büyük bir önem arz etmektedir. Bu çalışmamızda, ilk olarak nisbi muvazaa konusu üzerinde durulacak, daha sonra da söz konusu fiili karinenin rol oynayabileceği durumlar, hukuki sonuçları ile beraber ele alınacaktır.

## I. NİSBİ MUVAZAA

### 1. Genel Olarak

TBK m.19’a göre; “Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır”. Bu maddeden hareketle muvazaa, tarafların, iradeleri ile beyanları arasında bilerek yarattıkları bir uyumsuzluk hali olarak bilinmektedir. Daha açık ifadesi ile muvazaa, tarafların anlaşarak üçüncü kişileri aldatmak kastıyla, belirli bir hukuki işlem yapmak istemekle beraber dışarıya karşı başka bir işlem yapmış gibi göstermeleri veya hiçbir hukuki işlem yapmak istememelerine rağmen görünürde

---

durumundadır. Öte yandan önalım hakkı satış ile kullanılabilir hale geldiğinden iyi niyet kuralının bu olayda tartışılması mümkün değildir. Davacı önalım bedelini depo etmiştir. Bu durumda davacının önalım hakkı bulunduğundan davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmadığından hükmün bozulması gerekmiştir”.

<sup>4</sup> Yargıtay HGK, 15.12.2010 g., 2010/6-572 E., 2010/656 K.; “Elbette ki bu karar her akrabaya yapılan temlikte mutlaka uygulanmayacaktır. Bu endişeyi de gidermek için İçtihadı Birleştirme Kararı gerekçesinde bunun sınırlarını da açıkça ortaya koymuştur. Görünürde satış olsa bile, önemli ve tesbiti gereken hususun, akidin maksadını tayin etmekten ibaret bulunduğu, bunun da sözleşmenin yapıldığı hal ve şartlara göre değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Alıcının, satıcının mirasçısı ya da akrabası olması, bedelin düşük bulunması veya kendisine temlik olunan şahsın ödeme kabiliyetinin bulunmaması gibi hallerin sözleşmenin mahiyetini ve vasfını tayin ve takdire yardım eden amiller olduğu da açıklanmıştır. Hâkim, her somut olayda İçtihadı Birleştirme Kararını uygulayabilmek için, temlik eden ile temellük edenin yakınlığı saptayacak, kendisine hibe yapılmasını gerektiren özel durumları tespit edecek, gerçekte bir bedel ödenip ödenmediğini, temellük edenin ekonomik durumunu araştırarak bu şekilde temlik edenin asıl maksadını belirledikten sonra İçtihadı Birleştirme Kararı’nın uygulanıp uygulanmayacağına karar verecektir”.

herhangi bir işlemi yapmaları şeklinde tanımlanmaktadır. İlk durum “nispi muvazaa”, ikinci durum ise “mutlak muvazaa” olarak adlandırılmaktadır<sup>5</sup>.

Nisbi muvazaada, tarafların bilerek iradeleri ile beyanları arasında yarattıkları bir uyumsuzluk hali söz konusudur. Burada tarafların iradeleri ve irade beyanları birbirine uygun değildir. Taraflar aslında bir hukuki işlem yapma iradesine sahip oldukları halde, üçüncü kişileri aldatmak kastıyla sanki başka bir hukuki işlem yapma iradesine sahiplermiş gibi beyanda bulunurlar. Böylece, aldatma kastı ile hareket etmiş ve dış dünyaya karşı gerçekte istediklerinden başka bir hukuki işlem yapma iradesine sahiplermiş gibi bir izlenim yaratmış olurlar. Nisbi muvazaa da kendi içinde açık ve gizli nisbi muvazaa olarak ikiye ayrılmaktadır. Açık nisbi muvazaada, tarafların gerçek iradeleri başka bir sözleşmede açıkça birleşmektedir. Örneğin, “ bir satış sözleşmesinin, gerçek iradelerin bağışlama sözleşmesinde birleşmesi gerektiğine ilişkin anlaşma ile yapıldığı” hallerde<sup>6</sup>, durum böyledir. Ancak, tarafların açık bir anlaşma olmaksızın, aslında yapmak istedikleri sözleşmeyi, başka bir sözleşme tipinin arkasına gizledikleri durumlar da ise, gizli nispi muvazaadan bahsedilmektedir. Bunun sonucunda gerçek iradelerine uygun olmayan görünürde bir hukuki işlem ve aslında yapmak istedikleri bir gizli işlem meydana gelmiş olur<sup>7</sup>.

## 2. Nisbi Muvazaanın Şartları

Bu tanım ve açıklamalara göre nisbi muvazaanın dört şartı vardır. Bunlar, görünürde bir hukuki işlemin bulunması, taraflar arasındaki gizli işlemin varlığı, üçüncü kişileri aldatma kastının mevcut olması ve taraflar arasında yapılan muvazaa anlaşmasıdır<sup>8</sup>.

### a. Görünürdeki İşlem

Nisbi muvazaanın ilk şartı, tarafların görünürde bir hukuki işlem yapmış olmalarıdır. Böylece, taraflar üçüncü kişilere karşı hukuka uygun ve geçerli bir işlem yapmış gibi bir izlenim yaratmaktadırlar. Bu işlemde iradeler, istenen hukuki sonuca uygun değildir. Ancak, dış dünyaya farklı bir izlenim yaratılması amacıyla, taraflar gerçek iradelerini yansıtmayan bu işlemi akdederler. Burada, taraflar ya görünürdeki işlem ile aynı zamanda ya da bu işlemden önce gerçek iradelerini yansıtan hukuki işlemin başka bir işlem olduğu ve kendi aralarında istenen bu işlemin hukuki sonuçlarının geçerli olacağına dair bir muvazaa anlaş-

<sup>5</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 86-90; KRAMER, Art.18, Nr.104; WIEGAND, Art.18, Nr.50; GAUCH/SCHLEUP,, Nr.1014; HUGUENIN, § 2, Nr. 198-200; BUCHER, AT, s.146 vd.; EREN, Genel Hükümler, s.349 vd.; ESENER, s.7; KILIÇOĞLU, s.98.

<sup>6</sup> BGE 54 II 438.

<sup>7</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 90-95.

<sup>8</sup> EREN, Genel Hükümler, s.350 vd.; OĞUZMAN/ ÖZ, s.136.

ması yapmaktadırlar. Bu bakımdan, muvazaa zihni kayıttan ayrılmalıdır. Zihni kayıt halinde, taraflardan biri diğerlerinden saklanan gizli bir irade ile hareket etmektedir. Yani, burada herhangi bir muvazaa anlaşması söz konusu değildir<sup>9</sup>.

### **b. Gizli İşlem**

Nisbi muvazaanın ikinci şart ise, tarafların görünürdeki işlemin arkasına sakladıkları ve gerçek iradelerini yansıtan gizli bir hukuki işlemin bulunmasıdır. Bu şart, nisbi muvazaayı, mutlak muvazaadan ayırmaktadır. Nitekim mutlak muvazaada taraflar hiçbir hukuki işlem iradesine sahip değildirler. Ancak, dış dünyaya farklı bir görünüm sunmak için, bir hukuki işlem yapmış gibi görünmektedirler. Nisbi muvazaada ise, aksine tarafların bir hukuki işlem iradesi mevcuttur, ancak bu irade görünürdeki değil, bunun arkasına gizlenen gizli bir hukuki işleme dönüktür<sup>10</sup>.

### **c. Aldatma Kastı**

Nisbi muvazaanın üçüncü şartı ise aldatma kastının bulunmasıdır. Bu şart ile taraflar çeşitli amaçlarla üçüncü kişileri aldatmak için aslında yapmak istedikleri hukuki işlem yerine başka bir hukuki işlemi yapmış gibi göstermektedirler. Böylece, dışarıdan bakıldığında, üçüncü kişiler tarafından geçerli ve hukuka uygun bir hukuki işlem varmış gibi bir görüntü hâsıl olmaktadır. Ancak gerçekte taraflar böyle bir işlemi sadece aralarındaki gizli ilişkiyi saklamak kastı ve iradesi ile yapmaktadırlar. Aldatma kastının varlığı her somut olayın ayrı ayrı incelenmesi suretiyle tespiti gereken bir husustur. Bu bakımdan taraflarca yapılan hukuki işlemin içeriği, tarafların birbirine olan yakınlığı ve işlemin amacı bir bütün olarak ele alınıp değerlendirmeye tabi tutulmalıdır<sup>11</sup>.

### **d. Muvazaa Anlaşması**

Nihayet muvazaanın son şartını muvazaa anlaşması oluşturmaktadır. Bu anlaşma ile taraflar görünürdeki işlemin kendileri için hüküm ifade etmeyeceği, aralarındaki sözleşmenin sadece üçüncü kişileri aldatma amacıyla yapıldığı konusunda uyum içinde bulunurlar. Niteliğinden de anlaşılacağı üzere muvazaa anlaşmasının tarafları ile görünürdeki işlemin tarafları aynı kimselerdir. Muvazaa anlaşması herhangi bir şekilde tabi değildir. Dolayısıyla yazılı veya sözlü yapılabileceği gibi, açık ya da örtülü bir şekilde akdedilmesi de mümkündür<sup>12</sup>. Bu anlamdaki muvazaa anlaşması görünürdeki işlemden önce veya en geç onunla aynı anda yapılabilir. Bu

<sup>9</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 92-93; EREN, Genel Hükümler, s.350-351.

<sup>10</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 112; KRAMER, Art.18, Nr.182; GAUCH/SCHLEUP,, Nr.1015; EREN, Genel Hükümler, s.352.

<sup>11</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 95; KRAMER, Art.18, Nr.114; GAUCH/SCHLEUP, Nr.1016; ESENER, s.41.

<sup>12</sup> BGE 24 II 581.

bakımdan, muvazaa anlaşması taraflarca hukuki işlemin kurulmasından sonra yapılan ve ibra veya sözleşme içeriğinin değiştirilmesine yönelik anlaşmalardan ayrılmalıdır. Muvazaa anlaşmasında taraflar, gerçek iradelerinin, dış dünyaya yansıtılmaları işlemin arkasında saklı kalacağına ilişkin anlaşmaktadırlar. Böylece, muvazaa anlaşmasının amacı, üçüncü kişilere karşı gizli işlemi saklamak amacıyla görünürde bir işlem yapılmasının kararlaştırılmasıdır. Burada, aldatma kastı ile yaklaşılacak üçüncü kişilerin, muvazaa anlaşması yapıldığı sırada belirli olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, muvazaa anlaşması, belirli veya muhtemel üçüncü kişileri aldatma kastı ile yapılabilmektedir. Muvazaa anlaşması, taraflarca bizzat yapılabileceği gibi, temsilcileri aracılığı ile de yapılabilmektedir. Muvazaa anlaşması, görünürdeki işlemin tamamen muvazaalı olduğuna ilişkin, “tam muvazaa anlaşması” şeklinde yapılabileceği gibi, kısmi muvazaanın kararlaştırılması suretiyle de gerçekleştirilebilmektedir. Kısmi muvazaa anlaşmasında, taraflar arasında, görünürdeki işlemin bir kısmının muvazaalı olduğu, diğer kısmının ise gerçek iradeleri yansıttığına ilişkin bir anlaşma söz konusu olmaktadır<sup>13</sup>.

### 3. Nisbi Muvazaanın Hukuki Sonuçları

Nisbi muvazaanın hukuki sonuçları, görünürdeki işlem ve gizli işlem bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

#### a. Görünürdeki İşlem Bakımından

Her şeyden önce nisbi muvazaada görünürdeki işlemin hukuki durumu ele alınmalıdır. TBK m.19 göz önüne alınarak, tarafların üçüncü kişileri aldatmak için dış dünyaya varmış gibi gösterdikleri görünürdeki işlemin geçersiz olduğu belirtilmelidir. Bu geçersizlik, kesin hükümsüzlük, yani butlan yaptırımıdır<sup>14</sup>. Bu bakımdan, tüm görünürdeki işlemin tamamını kapsayan muvazaada, hukuki işlemin bütünü, bir kısmında söz konusu olan muvazaada ise, bu bölüm butlan yaptırımı ile geçersizdir. Dolayısıyla, hükümsüzlük türlerinden en ağırını teşkil eden butlan yaptırımının hukuki sonuçları, görünürdeki işlem bakımından uygulama alanı bulmaktadır<sup>15</sup>. Böylece, ilk olarak, görünürdeki işlemin geçersizliği her zaman dava veya irade açıklaması yoluyla ileri sürülebilmektedir. Yine, hâkimin muvazaayı resen göz önüne alması gerektiği kabul edilmektedir. Yani, taraflarca veya üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmemiş olsa da, hâkim muva-

<sup>13</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 92 vd.; KRAMER, Art.18, Nr.106; GAUCH/SCHLEUP, Nr.1015; WIEGAND, Art. 18, Nr.51; ESENER, s.23; EREN, Genel Hükümler, s.351-352.

<sup>14</sup> “Doktrinde bir görüş, muvazaanın yokluk yaptırımına tabi olduğunu, nitekim batıl işlemlerde ciddi beyan iradesi mevcutken, muvazaalı işlemlerde bunun söz konusu olmadığını ileri sürmektedir.” Bkz; KRAMER, Art.18, Nr.156 vd.; WIEGAND, Art.18, Nr.126; KELLER/SCHÖBI, s.194; JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 120-121; GAUCH/SCHLEUP, Nr.1019; BUCHER, AT, s.146; EREN, Genel Hükümler, s.357; OĞUZMAN/ÖZ, s.135 vd.

<sup>15</sup> BGE 78 II 224; BGE 96 II 390; BGE 72 II 155.

zaalî işlemin varlığına kanaat getirdiği hallerde, bu işlemin butlan yaptırımı ile geçersiz olduğuna karar vermelidir. Nihayet, muvazaalî işlem, kurulduğu andan itibaren geçersizdir. Başka bir deyişle, belirli bir zamanın geçmesi veya tarafların ya da hâkimin kararı ile hiçbir şekilde geçerlilik kazanamaz<sup>16</sup>.

#### **b. Gizli İşlem Bakımından**

Tarafların gerçek iradelerini yansıtan gizli işlemin ise, TBK m.19 anlamında kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir. Zira burada tarafların bilerek yarattıkları irade bozukluğu halinin aksine, onların esas iradelerini barındıran bir hukuki işlem söz konusu olmaktadır. Ancak, gizli işlemin geçerliliği yönünden, bu işlemin görünürdeki işlemin değil, aksine kendi mahiyetine ilişkin hükümlere tabi olduğu belirtilmelidir. Bu konu özellikle, geçerlilik şekline tabi sözleşmeler için önem taşımaktadır. Zira gizli işlemin niteliği itibarıyla, kanunda şekle tabi bir sözleşme olması halinde, işlemin geçerliliği bu şekle uygun olarak yapılmış olup olmadığının incelenmesini gerektirmektedir. Bu bakımdan, somut olayda gizli işlemin tabi olduğu geçerlilik şekline uygun bir şekilde akdedilmiş olduğu sonucuna varılırsa, tarafların gerçek iradelerini gösteren bu işlemin geçerliliği şüphesiz kabul edilmektedir. Ancak, aksine, işlemin geçerlilik şekline uygun olmadığı, yani şekle aykırılığın söz konusu olduğu takdir edilirse, bu halde TBK m.27 gereğince, gizli işlemin de görünürdeki işlem gibi butlan yaptırımı ile hükümsüz olması kaçınılmazdır<sup>17</sup>.

#### **4. Muvazaalî İşlemlerin İleri Sürülmesi ve İspatı**

Muvazaalî işlemlerin ileri sürülmesi ve ispatı, taraflar ve üçüncü kişiler bakımından farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

##### **a. Taraflar Bakımından**

Her şeyden önce, muvazaa iddiası ve dolayısıyla da görünürdeki işlemin geçersizliği, anılan hukuki işlemin tarafları arasında her zaman ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Yani, sözleşme tarafları birbirlerine karşı muvazaa iddiasını ve görünürdeki sözleşmenin butlan yaptırımı ile geçersiz olduğunu her zaman ileri sürebilmektedir. Hatta, TMK m.19/2'de belirtilen durumun söz konusu olduğu hallerde bile, yani alacağın yazılı bir borç tanınmasına karşı üçüncü kişi tarafından kazanılmış olduğu durumlarda bile, taraflar birbirlerine karşı geçersizliği ileri sürebilmektedirler<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> OSER/SCHÖNENBERGER, Art.18, Nr. 11; GUHL/MERZ/KOLLER, s.124; von TUHR/PETER, s.294; ESENER, s.50.

<sup>17</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 139 vd.; KRAMER, Art.18, n.182 vd.; KELLER/SCHÖBI, s.194; GAUCH/SCHLEUP, Nr.1021; EREN, Genel Hükümler, s.361; OĞUZMAN/ÖZ, s.137.

<sup>18</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 126 vd.

Muvazaanın taraflarca ileri sürülmesi halinde, TMK m.6 göz önüne alınarak, iddiada bulunan taraf bunu ispatlamakla yükümlüdür. Kural olarak, hukuki işlemlerde taraflar iddialarını dayandırdıkları olguları her türlü delille ispatlayabilmektedirler. Ancak, muvazaanın taraflarca ispatı bakımından, bu kural sınırlandırılmıştır. Nitekim, HMK m.200-201'e göre, taraflar yazılı veya resmi şekilde yapmış oldukları bir sözleşmedeki muvazaayı ispat etmek için, yazılı delil getirmek zorundadırlar. Bu gibi işlemlerde tanık dinlenmez. Ancak, muvazaalı sözleşme resmi yazılı şekilde yapılmışsa, ispat yönünden yazılı delil sunulmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>19</sup>.

### **b. Üçüncü Kişiler Bakımından**

Görünürdeki işlemin geçersizliği, yani muvazaa iddiası üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilmektedir. Nitekim ilgili hukuki işlemin geçersizliğinin, sözleşme tarafları dışında üçüncü kişilerin menfaatinin de etkilemesi muhtemeldir<sup>20</sup>. Nitekim örneğin alacağın muvazaalı olarak temlikinde, borçlunun alacağı temlik alana karşı, görünürdeki temlik işleminin geçersiz olduğunu ileri sürebilmelidir. Zira borçlunun bu işlemin geçersizliğinin tespitinde menfaati vardır<sup>21</sup>. Nitekim muvazaa iddiasının üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesi için "üçüncü kişinin hukuki bir menfaatinin bulunması" veya "görünürdeki işlemin geçerliliği veya geçersizliğinin tespitinin üçüncü kişiyi dolaylı olarak etkilemesi" şartları aranmaktadır<sup>22</sup>.

Muvazaanın üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesi halinde, deliller yönünden bir sınırlandırma yapılmamıştır. Zira bu kişilerin ilgili sözleşmeye taraf olmamalarından dolayı, onlardan yazılı delil sunmaları beklenmemelidir. Bu nedenle, muvazaa iddiasını ileri süren üçüncü kişiler, bu iddialarını tanık da dâhil her türlü delille ileri sürebilmektedirler<sup>23</sup>.

## **II. HİSİMLAR ARASI SATIŞ SÖZLEŞMELERİNİN MUVAZAALI OLMASININ HUKUKİ SONUÇLARI**

Hısımlar arası satış sözleşmelerinin muvazaalı işlemin emaresi olduğuna ilişkin fiili karine, hukuki sonuçlarını temel olarak, muvazaanın taraflarca ispatı, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi ve muris muvazaasına ilişkin uyuşmazlıklarda göstermektedir. Bu başlık altında, fiili karinenin bu alanlara etkisi ayrıntılı olarak incelenecektir.

<sup>19</sup> ESENER, s.84; EREN, Genel Hükümler, s.364.

<sup>20</sup> BGE 72 II 279.

<sup>21</sup> BGE 31 II 112.

<sup>22</sup> BGE 72 II 180.

<sup>23</sup> JÄGGI/GAUCH, Art.18, Nr. 130 vd.; ESENER, s.110.

## 1. Muvazaanın Taraflarca İspatı Bakımından Sonuçları

Daha önce de belirtildiği gibi, muvazaanın taraflarca ispatında, HMK m.200-201 göz önüne alınarak, yazılı delil ile ispat kuralı geçerlidir. Yani, muvazaalı sözleşmenin tarafları, ileri sürdükleri muvazaa iddiasını kural olarak sadece yazılı delil ile kanıtlayabilmektedirler. Diğer taraftan HMK m.203'te de açık olarak ifade edildiği üzere, muvazaanın üçüncü kişiler tarafından ileri sürülmesi halinde, delil serbestliği kuralı geçerlidir. Böylece, muvazaayı iddia eden üçüncü kişi, bu iddiasını tanık da dâhil her türlü delille kanıtlayabilme yetkisine sahip bulunmaktadır.

Muvazaanın ispatına ilişkin kurallar, bu sayılanlardan ibaret olmakla beraber, özellikle tarafların ileri sürdükleri muvazaa iddiasını kanıtlamaları yönünden önemli bir istisnanın mevcut olduğu belirtilmelidir. Zira bu istisna, yukarıda anılan içtihatlarda kabul edilen ve hısımlar arasındaki satışların muvazaanın emaresi olduğunu ifade eden fiili karinenin esaslı sonuçlarından birisini oluşturmaktadır. Daha önce zikredilen YİBK. 27.03.1957 g. ve E. 1956/12 K. 1957/2 sayılı kararında, yine bu içtihada atıf yapan Yargıtay'ın diğer kararlarında<sup>24</sup> ve İFM'nin anılan kararlarında<sup>25</sup> özetle; "Müşterek mülkün hissedarı, hissesini karı ve kocaya evlada veyahut akrabaya temlik etmesi halinde şeklen satış akdi bulunsa bile hakikatte satıştan gayri miras hukukuna müteferri maksatların veya hibe gibi mülahazaların hâkim olduğu ahvalde, bu yöndeki savunmanın tanık dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Anılan İçtihadı Birleştirme Kararı sözleşmede taraf olan kişinin işlemde muvazaa savunmasında bulunamayacağı kuralının bir istinası olduğu" açıkça belirtilmiştir. O halde, hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinde, nisbi bir muvazaanın söz konusu olduğunun fiilen kabul edildiği sabittir. Böyle bir durumda da, tarafların muvazaa iddiasını HMK'daki genel kuralın istisnası olarak her türlü delille ispatlayabilecekleri yerleşmiş içtihatlar tarafından kabul edilmektedir.

Bize göre, hısımlar arasındaki hukuki işlemlerde, tarafların muvazaayı ispat etmesi bakımından böyle bir istisnanın benimsenmesi yerindedir. Nitekim zaten, "Senetle İspat Zorunluluğunun İstisnaları" başlığı altında düzenlenen HMK m.203/a'da; "Altsoy ve üstsoy, kardeşler, eşler, kayınbaba, kaynana ile gelin ve damat arasındaki işlemler" de tanık da dinlenebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu bakımdan, ilgili içtihatlar ile benimsenen bu istisnanın, hukuka uygun olduğu şüphesizdir. Ancak, anılan içtihatlarda, HMK m.203/a'dan farklı olarak hısımlar arasında herhangi bir sınırlama yapılmamış olduğu vurgulanmalıdır.

<sup>24</sup> Yargıtay HGK, 24.06.2015 g. ve E.2014/315, K. 2015/1744; Yargıtay HGK, 27.05.2015 g., 2013/2268 E., 2015/1437 K.; Yargıtay 14.HD., 15.12.2014 g., 2014/10130 E., 2014/14355 K.; Yargıtay HGK, 15.12.2010 g., 2010/6-572 E., 2010/656 K.

<sup>25</sup> BGE 87 II 263; BGE 115 II 175; BGE 116 II 164.

Nitekim, daha önce de belirtildiği gibi ilgili yargı kararlarında “Anılan kararın uygulanabilmesi için öncelikle satışın, satış tarihi itibarıyla doğrudan mirasçılar arasında yapılması gerekmeyip, temlikin taraflarının akraba olması yeterli” sayılmıştır. Böylece, burada, HMK m.203/a’nın kapsamının genişletildiği sonucuna varılmalıdır. Bu sonucun da hukuk mantığı ile bağdaştığı kabul edilmelidir. Zira, bir kişinin eşi ile yaptığı muvazaalı işlemlerdeki gerçek amacının, teyzesi veya yeğeni ile yaptığı işlemlerde benimsememesi için hiçbir kabul edilebilir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle, özellikle üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapılan görünürdeki satış sözleşmelerinin arkasına gizlenen bağışlama sözleşmelerinde, hısımlar arasında herhangi bir yakınlık derecesi gözetmek anlamsızdır. Çünkü, kişilerin, hısımlarını koruma ve üçüncü kişilere karşı kayırma iradesi, herhangi bir sınırlama yapılamayacak kadar soyut bir konudur. Bundan dolayı da bahsi geçen fiili karinenin ve hukuki sonuçlarının, hısımlar arasında herhangi bir ayırım yapılmaksızın uygulanması, hukukun temel ilkesi olan eşitliğin bir gereğidir.

## **2. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesi Bakımdan Sonuçları**

Eşlerin iradi bir mal rejimi seçmemiş oldukları hallerde, TMK m.218 vd. hükümleri uyarınca kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacakları açıktır. TMK m.225’e göre ilgili 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”. Mal rejiminin sona ermesi ile tasfiye aşaması başlamaktadır. Tasfiye aşamasında, eşlerin birbirlerinden talep edecekleri katılma alacaklarının tespiti amaçlanmaktadır.

İlgili mal rejiminde eşlerin katılma alacağının belirlenmesi, esas olarak, mülkiyeti eşlerden birisine ait olan malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal kapsamında değerlendirilmesini şart koşmaktadır. Bu bakımdan TMK’da, edinilmiş mal ve kişisel mal ayrımı yapılmış ve sadece edinilmiş mal olarak nitelendirilebilecek mallar üzerinde diğer eşin katılma alacağının söz konusu olabileceği hükme bağlanmıştır. Hangi malvarlığı değerlerinin edinilmiş mal sayılacağı TMK m.219’da düzenlenmiştir. Buna göre; “ Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır: Çalışmasının karşılığı olan ednimler, Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerler”dir.

Edinilmiş mal kapsamında değerlendirilmeyen malvarlığı değerleri ise, kişisel mal olarak nitelendirilmekte ve mal rejiminin tasfiyesinde göz önüne alınmamaktadır. Kişisel mallar ise TMK m.220’de hükme bağlanmıştır. Buna göre; “eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşler-



den birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevî tazminat alacakları, kişisel mallar yerine geçen değerler” kişisel mal sayılmaktadırlar.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesine ilişkin TMK m.219 vd hükümleri göz önüne alınarak, devirlerin bedel karşılığı yapılan satış sözleşmeleri ile gerçekleşmiş olması halinde, eşin katılma alacağı talep hakkının mevcut olduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim, edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK m.219 ve m.220’de açık olarak, “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”nin kişisel mal kapsamında olduğu belirtilmektedir. Yine edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesini düzenleyen TMK m.225 vd.’da, “tasfiyede malların kişisel mal ve edinilmiş mallar olarak ayrıldığını ve değer artışı payı ve katılma alacağının sadece edinilmiş mallar için söz konusu olabileceği” ifade edilmektedir<sup>26</sup>.

İlgili içtihatlarda benimsenen fiili karinenin uygulanması, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde büyük bir önem arz etmektedir. Zira, hısımlar arası satış sözleşmelerinin muvazaalı olduğunun benimsenmesi ile görünürdeki satış sözleşmesinin geçersiz olduğu sonucuna varılmaktadır. O halde, ilgili satış sözleşmesine konu olan malvarlığı değerinin karşılıksız olarak edinildiğine ilişkin varsayım devreye girmektedir. Diğer taraftan, hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinde, tarafların gerçek iradelerinin bağışlama olduğuna yönelik görüş ile de bu varsayım desteklenmektedir. Bunun sonucunda da, gizli işlem niteliğindeki bağışlama sözleşmesinin şekle uygun bir şekilde yapılmış olduğuna kanaat getirildiği hallerde, eşlerden birinin evlilik içinde herhangi bir hısmından edindiği malın, karşılıksız olarak edinildiği neticesi doğmaktadır. Bu durum da, ilgili malvarlığı değerinin “kişisel mal” olarak nitelendirilmesine ve mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılmamasına neden olmaktadır. Gizli işlem niteliğindeki bağışlama sözleşmesinin kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılmadığı hallerde ise, bu işlem de görünürdeki işlem gibi butlan yaptırımı ile geçersiz olduğundan, herhangi bir malvarlığı devri de söz konusu olmamaktadır. Böylece, bu durumda da zaten, ilgili malvarlığı değeri mal rejiminin tasfiyesi bakımından katılma alacağı talep edilen eşin mülkiyetinde bulunmamaktadır.

Kanımızca, hısımlar arası satış sözleşmelerinin muvazaanın emaresi olduğuna ilişkin bu fiili karinenin, kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulama alanı bulması, hakkaniyete uygundur. Zira ilgili mal rejiminin yürürlüğe girmesindeki temel amaç, özellikle herhangi bir maddi geliri olmayan ve evliliğin devamı süresince eşinin edindiği malvarlığı değerlerine emeği ile katkıda

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s.204 vd.; AKINTÜRK/ ATEŞ KARAMAN, s.154 vd.; KILIÇOĞLU, Aile Hukuku, s.338 vd.

bulunan kişilerin mağduriyetini önlemektir. Ancak, bu temel amaç ile beraber, kanun koyucunun bu haklı koruması kapsamında, eşlerin bu durumu kötüye kullanmaları da muhtemeldir. İşte, bu fiili karine ile bir taraftan kanunun amacı korunurken, diğer taraftan bu amacın TMK m.2/2 anlamında kötüye kullanılması engellenmiş olmaktadır. Böylece, söz konusu fiili karinenin TMK m.2’de düzenlenen dürüstlük kuralının özel bir sonucu niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

### 3. Muris Muvazaası Bakımından Sonuçları

Mirasçılardan mal kaçırmak ve özellikle de saklı pay kurallarını ihlal etmek amacıyla yapılan muvazaalı işlemler, doktrinde ve uygulamada “muris muvazaası” olarak nitelendirilmektedir. Nitekim Yargıtay da ilgili bir kararında<sup>27</sup> muris muvazaasını; “uygulamada ve öğretide "muris muvazaası" olarak tanımlanan muvazaanın, niteliği itibariyle nisbi (mevsuf-vasıflı) muvazaa türü olduğu, söz konusu muvazaada miras bırakan gerçekten sözleşme yapmak ve tapulu taşınmazını devretmek istediği, ancak mirasçısını miras hakkından yoksun bırakmak için esas amacını gizleyerek, gerçekte bağışlamak istediği tapulu taşınmazını, tapuda yaptığı resmi sözleşmede iradesini satış veya ölünceye kadar bakma sözleşmesi doğrultusunda açıklamak suretiyle devrettiği” şeklinde açıklamıştır. Muris muvazaasında söz konusu olan esas itibariyle, mirasbırakanın sağlararası tasarruf yoluyla yaptığı nisbi muvazaalı işlemlerdir. Muris muvazaası, tenkise tabi sağlararası kazandırmalardan biri olarak TMK m.565/4’de açık olarak hükme bağlanmıştır. İlgili düzenlemeye göre; “Mirasbırakanın saklı pay kurallarını etkisiz kılmak amacıyla yaptığı açık olan kazandırmalar”ın ölüme bağlı tasarruflar gibi tenkise tabi olduğu ifade edilmektedir. Kanun koyucu, ölüme bağlı tasarrufların aksine sadece TMK m.565’te sınırlı olarak belirtilen sağlararası tasarrufların tenkise tabi olduğuna hükmetmiştir. Muris muvazaası da bu sınırlı sayıdaki sağlararası tasarruflardan birisini teşkil etmek suretiyle, her somut olayda özenle tespit edilmesi gereken bir nitelik sergilemektedir. Nitekim, somut olayda muris muvazaasının tespiti, nisbi muvazaanın hukuki sonuçlarının ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Başka bir deyişle, bu halde görünürdeki işlem butlan yaptırımını ile geçersiz, gizli işlem de şekle uygun olduğu ölçüde geçerli sayılmaktadır. Ancak, muris muvazaası ifadesinin, sadece görünürdeki taşınmaz satış sözleşmesinin arkasına gizlenen bağışlama sözleşmesi şeklinde yapılan nisbi muvazaalı işlemleri içerdiği açıktır. Bundan dolayı da, muris muvazaasının hukuki sonuçlarının, görünürdeki taşınmaz satış sözleşmesi ile beraber gizli taşınmaz bağışlama sözleşmesinin de geçersiz olduğu şeklindedir. Zira, taşınmaz bağışlama sözleşmesine ilişkin iradelerin resmi şekilde vücut bulmaması, bu sözleşmenin geçersiz olması sonucunu doğurmaktadır<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Yargıtay 1.HD, 16.09.2013 g., 2013/13138 E., 2013/12593 K.

<sup>28</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.; FORNI/PIATTI, Art.527, Nr. 10-12; DURAL/ÖZ, s.262 vd; ERMAN/İMRE, s.267.

Konuya ilişkin bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da<sup>29</sup>, bu durum; “Muvazaa nedeniyle satış sözleşmesi geçersiz sayılsa bile gizli hibe akdi geçerli olacağından mirasçının Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanarak açacağı davada yarar bulunmadığı ve bu nedenle bir sonuç doğurmayacağı düşüncesini de kabul etmek olanaksızdır. Gerçekten böyle bir davayı açacak kimsenin, davada yararının bulunması zorunludur. Ve ilke olarak da gizli akit geçerlidir. Ancak gizli akdin geçerli sayılabilmesi için tüm koşulların oluşmuş olması zorunludur. İçtihadı Birleştirmeye konu, tapuda kayıtlı bir taşınmaz malın muvazaalı olarak satışıdır. Böyle bir durumda gizli akdin geçerli sayılabilmesi için gizli akit, biçim koşuluna (şekil şartına) bağlı ise biçim koşulunun da gerçekleşmiş olmasında zorunluluk vardır. Aksi durumda hibe sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Çünkü Tapu Memuru önünde açıklanan irade, bir ivaz karşılığı mülkiyetin aktarılması iradesidir ki, sadece bu iradeye resmiyet verilmiştir. Satışa ilişkin resmi işlemin gizli akdi de içine alacağı kabul edilemez” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Çalışmamızda esas aldığımız ilgili fiili karinenin, her somut olayda muris muvazaasının tespitine ilişkin değerlendirmede büyük bir rol oynadığı kuşkusuzdur. Zira, mirasbırakanın sağlığında herhangi bir hısmı ile akdettiği taşınmaz satış sözleşmesinin, temelde muvazaalı olduğu ve gerçek iradelerin bağış amacına yönelik bulunduğu kabulü, muris muvazaasının ispatı bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır. Her şeyden önce, TMK m.6’da yer alan genel ispat yükü kuralının, burada uygulama alanı bulan fiili karine ile ters döndüğü kabul edilmelidir. Böylece, muris muvazaasını iddia eden kişiden, TMK m.6’daki genel kuralın aksine, bu iddiasını kanıtlaması beklenmemeli, bilakis burada bu iddianın doğru olmadığına ilişkin ispat yükünün karşı tarafa geçtiği benimsenmelidir. Zira, günümüzdeki Yargıtay kararlarında da savunulan ve ilgili emsal içtihatlardan doğan bu görüşün, fiili bir karine niteliğinde olduğu açıktır. Karinelerin, TMK m.6’daki genel ispat yükü kuralının istisnasını oluşturduğu kuşkusuzdur.

Diğer taraftan anılan fiili karinenin, muris muvazaası iddiasının ileri sürülmesindeki etkisine de değinilmelidir. Nitekim, “hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinin muvazaalı olması varsayımının kabulünde, hukuki işlem taraflarının sadece akraba olmalarının yeterli olduğu, yani birbirlerine mirasçı olmalarının şart olmadığı” ifade edilmektedir<sup>30</sup>. O halde, bunun sonucunda, TMK m.560 vd. hükümleri çerçevesinde, sadece saklı paylı mirasçılar tarafından ileri sürülebilen muris muvazaası iddiasının, ilgili işlemin geçersizliğinde menfaati olan üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilmesi kabul edilmiş olmaktadır. Böylece, hısımlar arasında yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin, muris muvazaası niteliğinde

<sup>29</sup> Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 01.04.1974 gün ve 1/2 sayı; aynı şekilde bkz., Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 7.10.1953 gün ve 8/7 sayı.

<sup>30</sup> Bkz, dipnot N. 2.

olduğu, saklı payı ihlal edilen mirasçılar dışında, menfaati bulunduğu tespit edilen üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülebilmektedir. Bu anlamda, özellikle mirasbırakana hısım olmakla beraber mirasçı sıfatına sahip olmayan sözleşme tarafının, muris muvazaası iddiasını bizzat ileri sürmesi imkanı doğmaktadır, ki bu, olması gereken hukuk (de lege feranda) bakımından yerindedir.

## SONUÇ

Uygulamada en sık başvuru tipik sözleşmelerden birisini teşkil eden satış sözleşmelerinin, hısımlar arasında yapılmış olması halinde, farklı hukuki sonuçların gündeme gelebileceği aşikârdır. Nitekim çalışmamızda esas aldığımız içtihadı birleştirme kararı ile bu durum açıkça vurgulanmıştır. Üçüncü kişileri aldatmak ve kendi menfaatlerini korumak adına hiçbir karşılık beklenmeden, muvazaa kurumunu ortaya çıkarmasında, hısımlar arasındaki yakın ilişkinin rolü şüphesiz olarak çok etkilidir. Bu nedenle, anılan içtihadı birleştirme kararı, hısımlar arasında akdedilen satış sözleşmelerine her zaman şüphe ile bakılması sonucunu doğurması bakımından yerinde görülmelidir. Zira hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinin muvazaa emaresi olduğuna ilişkin bu fiili karine ile özellikle hısımlar arasında yapılan muvazaalı satış sözleşmelerinden dolayı mağdur olan ve ispat güçlüğü çeken kişilerin menfaatlerinin korunması sağlanmaktadır. Bu sebeple ilgili karine, “dürüstlük ilkesine” ve “hukuk ve hakkaniyete” uygun ve adil bir karar verilmesinde her zaman göz önüne alınmalıdır.

Hısımlar arasındaki satış sözleşmelerinin muvazaa emaresi teşkil ettiğine ilişkin fiili karinenin ortaya koyulan önemi, bunun hukukun diğer alanlarındaki etkisinin de incelenmesini haklı göstermektedir. Bu bakımdan kişilerin yaşamları ve evlilikleri boyunca hısımları ile akdettikleri satış sözleşmelerinin, muvazaalı olup olmadıklarının ayrıca incelenmesi, mal rejiminin tasfiyesi ve saklı pay kurallarının uygulanması bakımından büyük bir önem arz etmektedir. Nitekim anılan sözleşmelerin geçersiz sayılması ya da edinilen malların ivazsız olarak devredildiğinin anlaşılması ile hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını ortaya çıkmakta ve bu sayede aldatılan üçüncü kişiler korunmaktadır. Öte yandan, söz konusu fiili karine ile tarafların muvazaayı yazılı delille ispatlama kuralına da önemli bir istisna getirilmektedir. Bu sayede de, muvazaalı işlemde dolayı zarar gören, ancak ispat zorluğu çeken tarafın menfaati korunarak, kişilerin hukuka aykırılığın giderilmesine yönelik çabaları göz önüne alınmaktadır.

Anılan gerekçelerle, hısımlar arasında yapılan satış sözleşmelerinin muvazaa emaresi teşkil ettiğine ilişkin fiili karinenin önemli bir hukuki ihtiyacı karşıladığı açıktır. Bu sebeple, anılan karinenin benimsenmesi ve uygulanmasının, birçok durum bakımından adil sonuçlar doğuracağı kabul edilmelidir.

**KAYNAKÇA**

- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya: Aile Hukuku, Cilt II, İstanbul 2015.
- BUCHER, Eugen: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, II.Auflage, 1988.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2015.
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut: Türk Özel Hukuku Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2013.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012.
- ERMAN, Hasan/İMRE, Zahit: Miras Hukuku, İstanbul 2015.
- ESENER Turhan: Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler, Ankara 1956.
- GAUCH, Peter/SCHLEUP, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Zürich 2008.
- GUHL/MERZ/KOLLER: Das Schweizerische Obligationenrecht, 8.Auflage, Zürich 1991.
- HONSELL/VOGT/GEISER: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, 2.Auflage, (FORNI/PIATTI).
- HONSELL/VOGT/WIEGAND: Herausgeber von Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel; Frankfurt am Main; Helbing und Lichtenhahn 1996, (WIEGAND).
- HUGUENIN, Claire: Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I.Teil, Zürich 2012.
- JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter: Obligationenrecht, Kommentar zu Art.18 OR, Teilband V 1b, Zürich 1980.
- KELLER/SCHÖBI: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel/Frankfurt 1988.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara 2015, (Aile Hukuku).
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2.Baskı, Ankara 2002.
- KRAMER, Ernst: Berner Kommentar, Bd. VI, I.Abt., I.Teilband, Lieferung, I.Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art.18 OR, Bern 1985.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2011.
- OSER/SCHÖNENBERGER: Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Art. 1-529, Zürich 1945.
- von TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürich 1979.



## İCRA VE İFLAS HUKUKUNDA CANLI HACZİ

*Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN\**

### ÖZET

İcra ve İflas Kanunu’muzda tüm canlılar, taşınır mallar gibi ele alınarak düzenlenmiştir. Bu çalışmada, kanun koyucunun bu bakış açısına eleştirel bir gözle bakılarak, hayvanların haczi ve muhafazasındaki eksiklere; çocuk teslimine, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümlere değinilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** Canlı Haczi, Hayvan Haczi, Çocuk Teslimi.

### ABSTRACT

In Enforcement and Bankruptcy Law, all living things are taken into account just like movable goods. In this article, from a criticizing point of view to the legislator's perspective, the gaps in the distraint and preservation of animals, items on delivery of a child and making a personal relationship with a child are considered.

**Keywords:** Distraint of Living Things, Distraint of Animal, Delivery of Child.

---

\* Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

## GİRİŞ

Maddi hukuk, menkul ve gayrimenkul mal ayrımı yaptıktan sonra, taşınmazlar dışında kalan her şeyi menkul kavramına dahil etmiştir. Bu bağlamda hayvanlar da menkul mal başlığı altında değerlendirilmiştir. İcra ve İflas Hukuku sistemimiz hayvanların haczine imkan tanımış, bu haczin sınırlarını İcra İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'yla çizmiştir. İcra İflas Hukuku sistemimiz hayvanları bir eşya olarak değerlendirerek masa, sandalye gibi aynı şekilde hacze konu etmiştir. İlginç olan ise “çocuk” açısından da İcra İflas Kanunumuzun neredeyse aynı kuralları benimsemesidir. Çalışmamızın ilk kısmında hayvan haczini, ve hayvanların muhafazasında nelere dikkat edilmesi gerektiğini İcra ve İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'nu göz önüne alarak anlatacağız. Çalışmamızın ikinci kısmında ise İcra ve İflas Kanunumuzun içeriğine uygun şekilde “çocuk haczi”ni inceleyeceğiz. Bu çalışmamızda iki farklı unsur aynı çalışmada ele alarak, eleştirel bir bakış açısıyla İcra ve İflas Kanunu'nun bu sistematığının değişmesine olan arzumuzu da en güçlü seviyede dile getirmeyi amaçladık.

## I. İCRA VE İFLAS KANUNU AÇISINDAN HAYVAN HACZİ

### A) Genel Olarak

Alacaklının gerek menkul gerekse gayrimenkul tüm malvarlığı hacze konudur. Bu bağlamda hayvanlar da haczin konusunu oluşturur. Bu kuralın istisnasını “haczedilmezlik” oluşturur. Kanun koyucu sosyal düşünceleri dikkate alarak ve özellikle borçlunun ve ailesinin varlığını devam ettirmesi, topluma muhtaç hale gelip toplumsal dengenin bozulmaması için, borçlunun bazı mal ve haklarının haczedilemeyeceğini veya kısmen haczedilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>1</sup>. Bu bağlamda hacze kabil olmayan hayvanlara ilişkin kurallar hem cüzi hem de külli icrada söz konusudur<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.1, B.3, İstanbul 1988, s.779; **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004, s.438; **Kuru Baki**, Haczi Caiz Olmayan Şeyler, Makaleler, İstanbul 2006, s.717-718; **Üstündağ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, B.8, İstanbul 2004, s.170; **Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012, s.272.; **Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013, s.267; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007, s.2325; **Berkin Necmeddin**, Haczi Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, İBD, 1957/5; s.113-124; **Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku B.4, Ankara 2010, s.570 vd; **Ulukapı Ömer**, Haczedilmezlik ve Haczedilmezliğin 4096 sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, BATİDER, 1995, C.XVIII, S.1, s.137-149; **Uyar Talih**, Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan, 1974, s.551-586.

<sup>2</sup> Karş. **Kuru**, El Kitabı, s.438; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.267; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.718; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.272.



Ana kural doğrultusunda hayvanların haczin konusunu oluşturduğunu ifade ettikten sonra bu kuralın sınırlarını belirleyebilme ve hangi hayvanların haczedilemeyeceğini saptama adına İcra ve İflas Kanunu ve Hayvanları Koruma Kanunu'na bakmak gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu hayvanların haczini düzenlemiş, muhafaza altına alınmasına yönelik hiçbir düzenlemeye yer vermemiştir. Oysa hayvanların muhafazası özellikle hayvanların sağlık koşulları açısından önem arz etmekte olup, muhafaza işleminin diğer menkul malvarlığından ayrı bir şekilde değerlendirilmesi, menkuller gibi hareket edilmemesi gerekmektedir. Hayvanların muhafaza koşullarının nasıl olması gerektiği hakkındaki sınırlı bilgiye –muhafazaya ilişkin doğrudan bir hüküm olmadığından- genel açıklamalardan yola çıkarak, 1.7.2004'ten sonra yürürlüğe giren Hayvanları Koruma Kanunu'nu inceleyerek ulaşabiliyoruz.

### **B) İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesi Uyarınca Hacze Kabil Olmayan Hayvanlar**

İcra ve İflas Kanunu'nun 82.maddesi, tamamı haczedilemeyen mal ve hakları düzenlemiştir. Bu düzenleme sayesinde hangi hayvanların haczedilemeyeceğine, dolayısıyla hangilerinin haczedilebileceğine ilişkin hükümler bulabiliyoruz.

İlk olarak ifade etmeliyiz ki hayvan haczine imkan tanıyan İcra ve İflas Kanunu, hayvanların haczi ve muhafazasında hayvanları korumaya yönelik herhangi bir düzenleme içermemektedir. Haczedilemeyen mallara ilişkin olarak aşağıda anlatacağımız 82.maddenin ilgili fıkraları tamamen ailenin korunması amacıyla konulmuş olup hayvanları korumaya yönelik herhangi bir amaç güdülmemiştir<sup>3</sup>.

Maddenin 2.fikrası uyarınca “Ekonomik faaliyeti, sermayesinden ziyade bedenî çalışmasına dayanan borçlunun mesleğini sürdürebilmesi için gerekli olan her türlü eşya”; maddenin 3.fikrası uyarınca “Para, kıymetli evrak, altın, gümüş, değerli taş, antika veya süs eşyası gibi kıymetli şeyler hariç olmak üzere borçlu ve aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri için lüzumlu eşya; aynı amaçla kullanılan eşyanın birden fazla olması durumunda bunlardan biri” haczedilemez. İcra İflas Kanunu her ne kadar hayvanları eşya gibi hacze konu etse de 4., 5. ve 7. fıkrada ayrıca bir hüküm bulunduğundan 2. ve 3. fıkra doğrultusunda mesleğin sürdürülmesinde gerekli olan hayvanların ya da aynı hayvandan iki tane olması durumunda bunlardan birinin haczedilemeyeceğinden bahsedemeyeceğiz.

Hangi hayvanların haczedilemeyeceğine yönelik olarak 82.maddenin 4.fikrasına bakmamız gerekmektedir. Bu fıkra göre: “*Borçlu çiftçi ise*<sup>4</sup> kendi-

<sup>3</sup> Özçelik Volkan, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014, s.212.

<sup>4</sup> Bir tarım arazisini kendisi işleyen veya ortaklıkta –yarırcılıkta- veya kiraya vermek suretiyle işleten kişiler çiftçi sayılır (Kuru, İcra I, s.790; Kuru, El Kitabı, s.442; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.271; Kuru, Caiz Olmayan, s.730); Bir kimsenin çiftçi sayılabilmesi

*sinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri; değilse, sanat ve mesleki için lüzumlu olan alet ve edevat ve kitapları ve arabacı, kayıkçı, hamal gibi küçük nakliye erbabının geçimlerini temin eden nakil vasıtaları” haczedilemez.*

Öncelikle çift hayvanlarından anlaşılması gereken at, eşek, kısrak, öküz, manda gibi çiftçilikte kullanılan hayvanlar olup, bu hayvanlar borçlunun ziraatı için gerekli olan hayvanlardır<sup>5</sup>. Bunun dışındaki hayvanlar bu fıkra kapsamında haczedilmez değildir, haczedilebilir.

Fıkranın ilk kısmında borçlunun çiftçi olması durumunda ailenin geçimi için gerekli olan çift hayvanlarının haczedilemeyeceği düzenlenmiş olup, icra müdürü ailede yaşayan kişi sayısını da dikkate alarak kaç hayvanın haczedilebileceğini kendisi takdir edecektir. İcra müdürü kaç hayvanın haczedilebileceğini saptarken gerektiğinde bilirkişiden yardım alabilir. Zira icra müdürü herhangi bir şeyin haczedilebilir olup olmadığını takdir ederken alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesini gözetmeli ve buna göre takdir yetkisini kullanmalıdır<sup>6</sup>.

Çiftçi olan borçlu, geçimi için zaruri olan arazi üzerinde ipotek tesis etmiş ise, (arazi için) haczedilmezlik iddiası ileri sürülemeyecektir<sup>7</sup>. Burada artık haczedilebilir olanın tarım arazisi olduğunu, ailenin geçimi için gerekli olan arazi ve çift hayvanlarının yine haczedilemeyeceğini ifade etmek isteriz. Buna karşın üzerinde bina inşa edilen ve tarım arazisi olmaktan çıkan yerler için ise hacze-

---

in kendisinin ve ailesinin ziraatla uğraması zorunlu olmayıp, toprağını ortaklık suretiyle kiraya vermek suretiyle işletenler de asıl uğraşı çiftçilik olmak koşuluyla çiftçi sayılırlar; fakat borçlunun asıl uğraşı çiftçilikten başka bir iş ise ve bu işten elde ettiği gelir, borçlunun ve ailesinin geçimi için yeterli ise borçlu çiftçi sayılmaz ve bu maddeden yararlanamaz (Uyar Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara, 2006, s.7190-7191; Uyar Talih, İcra Hukukunda Haciz, B.2, Manisa 1990, s.606; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.280); “...İİK’nın 82/4. maddesi gereğince borçlu çiftçi ise kendisinin ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazi ve çift hayvanları ve nakil vasıtaları ve diğer eklenti ve ziraat aletleri haczedilemez. Borçlunun bu maddeden yararlanabilmesi için asıl uğraşısının çiftçilik olması gerekir. Yani geçimini çiftçilikle temin etmelidir. Bunun için borçlunun bizzat kendisinin ziraat yapması zorunlu olmayıp tarım arazisini ortakçıya (yarııcıya) vermek suretiyle işletmesi halinde de bu madde uyarınca haczedilmezlik şikayetinde bulunabilir. Asıl işi çiftçilik olan borçlunun yan gelir elde etmek amacıyla yan işler yapması çiftçilik sıfatını ortadan kaldırmadığı gibi örneğin çiftçi olan borçlunun, emekli maaşı alması da çiftçilik vasfını ortadan kaldırmaz. Böyle bir durumda borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri olan arazinin miktarı haczedilen haczedilmeyen tüm taşınmazları keşif ve bilirkişi incelemesiyle belirlenmeli ve borçlunun elde ettiği ek gelirler de dikkate alınarak hesaplama yapılmalıdır” (12.HD, 2013/15517 E., 2013/23995 K., 25.6.2013 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>5</sup> Kuru, İcra I, s.796; Kuru, El Kitabı, s.442; Kuru, Caiz Olmayan, s.731; Uyar, Şerh V, s.7206; Uyar, Haciz, s.607; Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan, İİK 2, s.2341.

<sup>6</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.279.

<sup>7</sup> Karş. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes, s.280.

dilmezlik itirazı kabul edilemeyeceğinden<sup>8</sup>, tarım arazisi olmaktan çıkan yerlerde borçlunun artık çiftçi olduğundan da bahsedilemeyecektir. Bu sebeple hayvan besleyen bu durumdaki borçlunun hayvanları hacze konu edilebilecektir. Burada sadece aşağıda anlatılacak 5. ve 7. fıkra uyarınca hayvanların haczedilip haczedilemeyeceğini değerlendirebiliriz. Bu fıkralardan faydalanma imkanı da yoksa hayvanlar haczedilebilecektir.

Fıkranın ikinci bölümü uyarınca haczedilemeyecek malları tayin edebilmek için sanat ve meslek kavramının teşebbüs kavramından ayırarak kıstasların belirlenmesi gerekir. Bunun için borçlunun yaptığı işte emeğin ya da sermayenin ağırlıklı olup olmadığı araştırılması ve buna göre sonuca varılması gerekir<sup>9</sup>. Bu konuda uyumsuzluk konusu meslekte sermaye ile emeğin karşılıklı oranları tespiti çalışılır ve emeğin değerinin sermayenin değerinden daha fazla olduğu görülürse o işin teşebbüs olmadığı sonucuna ulaşılır<sup>10</sup>. Borçlunun faaliyeti meslek olarak nitelendirilirse, bu meslek için gerekli hayvanlar haczedilemez; buna karşılık borçlunun faaliyeti teşebbüs olarak nitelendirilirse teşebbüs için gerekli olan hayvanlar haczedilebilir. Bu kapsamda söz gelimi Büyükkada'da faytonculuk yapan birinin atı haczedilemeyecektir. Zira faytoncunun faaliyeti ticari veya sınai bir teşebbüs olarak değerlendirilemez. Bu sebeple atın haczinin 82.maddenin 4.fıkrası uyarınca mümkün olmadığını ifade edebiliriz<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Karş. **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.280.

<sup>9</sup> Karş. **Kuru**, İcra I, s.798; **Kuru**, El Kitabı, s.443; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.733; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.280; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.271.

<sup>10</sup> **Uyar**, Şerh V, s.7210-7211; **Uyar**, Haciz, s.608; **Oskay/Koçak/Deynekli/Doğan**, İİK 2, s.2342; "Bir malın haczedilebilirliği yönünden "meslek" ve "teşebbüs" kavramaları birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Borçlunun icra ettiği işte kişisel emek ve faaliyeti ön planda ise bu bir meslektir. Borçlunun yaptığı işte yardımcı iş gücü ve sermaye unsurları ağırlıkta ise teşebbüs söz konusudur. Bu durumda mahkemece, sermaye unsurunun ağır bastığı fabrikada trafonun haczedilmesine dair icra memurunun işleminde yasaya aykırı bir husus bulunmadığından şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken, trafonun fabrikadan sökülmesi halinde faaliyetin durmasına sebebiyet vereceğinden bahisle yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsizdir. SONUÇ: Alacaklının temyiz itirazlarının kabulüyle mahkeme kararının yukarıda yazılı sebeplerle İİK'nın 366 ve ... maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) ..." (12.HD, 2013/15517 E., 2013/23995 K., 25.6.2013 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu); Ayrıca bkz. 12.HD, 1987/8499 E., 1988/5810 K., 2.5.1988 T. (**Uyar**, Şerh V, s.7217; **Uyar**, Haciz, s.633); Bazı uğraşlar hem meslek hem de teşebbüs olarak değerlendirilebilir. Örneğin kasap hayvanları kendisi kesiyor ve Et Balık Kurumunun kamyonları ile dükkanına teslim ediliyor ve kasaba sadece bunu satmak düşüyorsa burada sermaye unsurunun kasabın şahsi çalışma ve faaliyetine üstün tutulması sebebiyle kasabın bir meslek olarak vasıflandırılmaması gerekir; buna karşın kasap etlik hayvanı kendisi tedarik edip kendisi kesiyor ve dükkanda satıyorsa onun faaliyeti sermaye unsuruna nazaran ön planda tutulduğundan bir meslektir (**Kuru**, Caiz Olmayan, s.734).

<sup>11</sup> Yine faytoncu küçük nakliye erbabı olarak değerlendirilecek ve faytoncunun at arabası da hacze konu edilemeyecektir.

82.maddenin 5.fıkrası uyarınca: “*Borçlu ve ailesinin idareleri için lüzumlu ise borçlunun tercih edeceği bir süt veren mandası veya ineği veyahut üç keçi veya koyunu ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları*” haczedilemez. “Yataklık” kavramından anlaşılması gereken hayvanların altlarına serilen ot, saman gibi şeyler olup; ahır, ağıl, mandıra bu kavramın içine girmez<sup>12</sup>.

5.fıkra kapsamında sayılanların haczedilemez sayılabilmesi için borçlunun çiftçi olması gerekmez<sup>13</sup>. Hayvan sahibi olan borçluların çiftçilik yapmamaları durumunda bu fıkra uyarınca bir büyükbaş veya üç küçükbaş hayvan ve bunların üç aylık yemleri borçluda bırakılacaktır. Borçluya süt vermekten başka tür yarar sağlayan örneğin eti ve yünü için beslediği koyun veya keçisi ise haczedilebilir<sup>14</sup>. Kanun koyucu hangi hayvanların haczedileceği konusunda icra müdürüne yetki tanımamış, bu konudaki seçim hakkını borçluya bırakmıştır. Savunulan bir görüşe göre borçlunun buradaki seçim hakkı hayvan türü bakımından olup, borçlunun birden çok ineği varsa, hangi ineğin kendisine bırakılacağını tespit etmek, borçluya değil icra memuruna ait bir iştir<sup>15</sup>. Kanaatimizce kanun koyucunun “borçlunun tercih edeceği” ifadesini geniş yorumlamak gerekir. Burada bir kısıtlamaya gidilmeksizin borçlu hem hayvan türünü hem de hangi üç keçisini veya bir ineğini kendinde tutma konusunda seçim hakkına sahiptir.

Kümes hayvanları yukarıdaki (5.) fıkra uyarınca haczedilebilirse de 7. fıkra uyarınca kümes hayvanlarının haczedilememesi gündeme gelecektir<sup>16</sup>. 82.maddenin 7.fıkrası uyarınca: “*Geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarı (zorunlu olan miktarda hayvan) ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları*” haczedilemeyecektir. Burada hayvan yetiştiriciliğinin borçlunun diğer faaliyetlerine göre daha üstün bir nitelik taşıması gerekir<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Uyar, Şerh V, s.7226; “...İİK`nin 82. maddesinin 7. bendinde açıkça belirtildiği gibi; *geçimi hayvan yetiştiriciliğine münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin maişetleri için zaruri olan miktarda hayvanları ve bunların üç aylık yem ve yataklıkları haczedilemez*. Hayvan miktarı borçlunun ve ailesinin maişetleriyle, yem ve yataklık miktarı ise, bu suretle tefrik edilecek hayvanların üç aylık ihtiyaçları ile kayıtlanmıştır. Yataklık, hayvanların altlarına serilen ot ve saman ve bazı yerlerde gübre gibi şeylerdir. Yataklık miktarının hayvanların üç aylık ihtiyaçlarıyla tahdit edilmesi de bunu gösterir. Ahır, ağıl, mandıra ilh, gibi gayrimenkulün mütemmim cüz`ü veya teferruatı niteliğini haiz mahaller bu tabirin şumulü dışında kalır. Bu esaslar gözönünde bulundurulmaksızın karar verilmesi usul ve kanuna, bozma icaplarına aykırı bulunduğundan son merci kararının İİK`nin 366 ve HUMK`un 428. maddeleri uyarınca bozulmasına 11.10.1965 gününde oybirliğiyle karar verildi...” (12.HD, 1965/10545 E., 1965/11059 K., 11.10.1965 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu).

<sup>13</sup> Kuru, İcra I, s.802; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.272; Uyar, Şerh V, s.7255.

<sup>14</sup> Uyar, Şerh V, s.7225; Uyar, Haciz, s.642.

<sup>15</sup> Kuru, İcra I, s.802; Kuru, Caiz Olmayan, s.738.

<sup>16</sup> Kuru, İcra I, s.802; Kuru, Caiz Olmayan, s.738; Uyar, Şerh V, s.7225.

<sup>17</sup> Uyar, Şerh V, s.7225; Uyar, Haciz, s.647.

82.maddenin 4.fikrasının ilk kısmı hayvan sahibi olan çiftçiler, ikinci kısmı ise yaptığı iş nedeniyle hayvan sahibi olan küçük meslek erbabını düzenlemiştir. 4.fıkra kapsamındaki borçluların yaptıkları iş sebebiyle o hayvanın gücüne ihtiyaçları vardır. Bu hayvanların haczedilememesinin sebebi hayvanların gücünden mahrum kalınacak olunmasıdır. Kanun koyucu bu kişilerin geçimlerinin sağlanması için hayvanın gücünden borçluyu mahrum bırakmamak istemiştir. 7. fıkroda ise borçlu çiftçilik değil hayvancılık yapmaktadır. Bu fıkra uyarınca hayvanın gücünden değil bizzat hayvanın alım satımından, yumurtasından, sütünden, etinden faydalanarak borçlu geçimini sürdürmektedir. Bu bağlamda geçimi hayvan yetiştirmeye münhasır olan borçlunun kendisi ve ailesinin geçimi için gerekli olanı ve bu hayvanların üç aylık yem ve yataklıkları haczedilemeyecektir.

Kanun koyucunun gerek 5. gerekse 7.fıkroda hayvanların yem ve yataklıklarını düşünerek bir kanuni düzenleme yapmış olması hayvanları koruma düşüncesinden çok ailenin ihtiyaçlarının karşılanması bakımından konulmuştur. Ayrıca bu hayvanların muhafaza koşullarının belirlenmemiş olması önemli bir eksikliktir.

Yargıtay, borçlunun hayvan yetiştiricisi olup olmadığının ve kendisi ile ailesini geçindirmeye yetecek hayvan miktarının keşif yapılarak saptanmasını istemektedir<sup>18</sup>.

82.maddenin 12.fikrası uyarınca: “*Borçlunun haline münasip evi*” haczedilemez. Borçlunun haline münasip olan evi, kendisi ile birlikte yaşayan aile bireyleri nazara alınarak belirlenir. Aile bireyleri kavramına aileyle birlikte yaşayan evcil hayvan (teknik olarak) girmese de esasında aile bireylerinin evcil hayvanla kurdukları bağ sebebiyle, bireyler evcil hayvanı da aile bireylerinden biri gibi görmektedir. Nitekim kurulan manevi bağlar sebebiyle evcil hayvanlar neredeyse insanların çocuğu gibi olmaktadır. Kanaatimizce bu sebeple meskeniyet iddiası durumunda aile bireylerinin durumu icra müdürü tarafından ayrıca değerlendirilmelidir. Zira hayvanlarla kurulan bağdan sonra gerek evcil hayvanın gerekse onunla aynı evi paylaşan insanların birbirinden ayrılması kolay olmayacaktır. Bu kapsamda borçluyla birlikte yaşayan hayvanın evin bahçesine ihtiyacı olup olmadığı icra müdürlüğünce o evin borçlunun “haline münasip ev” olup olmadığı değerlendirirken göz önüne alınmalıdır. İcra müdürü söz gelimi bahçesiz bir evde de yaşanabileceğinden bahisle, bahçeli evin hacze

<sup>18</sup> “...Borçlu İİK'nın 82. maddesinin 7.bendine dayanarak haczedilmezlik şikayetinde bulunduğu göre, borçlunun bu bentte yazılı şekilde yetiştirici olup olmadığı ve bakmakla mükellef olduğu kişiler ve sosyal durumu vesair gelir durumunun tespit edilerek kendisi ve ailesinin geçimi için zaruri nitelikte olup olmadığı deliller toplanıp mahallinde keşif yapıp saptandıktan, yazılı nedenlerle şikayetin reddine karar verilmesi isabetsizdir” 12.HD, 1976/9675 E., 1976/11559 K., 16.11.1976 T (Uyar, Şerh V, s.7231).

kabil bir yer olduğu yönünde karar vermemelidir. Kanaatimizce bu kapsamda icra müdürü hayvanın veteriner hekim tarafından düzenlenen resmi pasaportunu incelemeli, ne kadar süredir aile bireyleriyle evcil hayvanın yaşadığını göz önüne almalı, bu kapsamda sadece meskeniyet iddiasında bulunmak için kötüniyetli olarak evde bulundurulmuş hayvanlara yönelik olarak icra müdürü borçlunun haczedilmezlik talebini kabul etmemelidir.

İİK'nın 82.maddesinin birinci fıkrasının 4, ve 7 no.lu fıkralarında yer alan hayvanlar daha baştan borçluya ait ise ancak o zaman haczedilemez; buna karşılık borçlu bu hayvanları üzerine haciz koydurmak isteyen alacaklıdan satın almış yani borç bu hayvanların satış bedelinden doğmuş ise borçlu, satıcı alacaklıya karşı hayvanların haczedilemeyeceğini ileri süremez. Çünkü 2, 4, 7 ve 12 numaralı bentlerdeki istisna borcun bu eşya bedelinden doğmaması haline münhasırdır fakat borçlunun bu bentlerde sayılan bir malın haczedilemeyeceğini ileri sürememesi için, borcun bu eşya bedelinden doğmuş olması gerekir<sup>19</sup>. Borç hayvanın satış bedelinden doğmuş değilse, borçlu alacaklıdan ödünç aldığı para ile o hayvanı satın almış olsa bile, alacaklı o hayvanı haczettiremez, yani borçlu o hayvanın haczedilemeyeceğini ileri sürebilir.

Yukarıda 4 ve 7 numaralı başlıklar altında haczedilemez oldukları açıklanan hayvanların kıymetinin fazla olması (örneğin atın çok pahalı bir Arap atı olması) durumunda bu hayvanların bedelinden borçlunun haline münasip kısmı, ihtiyacını karşılayabilmesi amacıyla borçluya bırakılmak üzere bu hayvanlar haczedilir<sup>20</sup>.

82.maddenin son cümlesine göre: “*İcra memuru, haczi talep edilen mal veya hakların haczinin caiz olup olmadığını değerlendirir ve talebin kabulüne veya reddine karar verir*”. Haczedilmezlik konusunda karar verecek olan kişi icra müdürü olup, icra müdürünün bu konudaki kararına karşı şikayet yoluna başvurulabilir<sup>21</sup>. Şikayet süresi, haczin öğrenildiği tarihten itibaren başlar ve 7 gündür. Şikayet 7 günlük süreye tabi olmakla birlikte, borçlunun izni olmaksızın, borçluya çok gerekli bir hayvanın haczedilmesi durumunda kamu düzeni gerekçesi ile şikayet süresizdir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Bkz. **Kuru**, İcra I, s.824; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.274; **Uyar**, Şerh V, s.7285; **Uyar**, Haciz, s.692.

<sup>20</sup> Karş. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.274.

<sup>21</sup> **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.272; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.278; **Uyar**, Şerh V, s.7292; **Uyar**, Haciz, s.717; **Kuru**, Caiz Olmayan, s.761; **Akkaya Tolga**, İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010, s.846.

<sup>22</sup> Karş. **Pekcanitez Hakan**, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986, s.85; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes**, s.133; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.72.

### C) İcra ve İflas Kanunu'nun 83. maddesinin (B) Bendi Uyarınca Yavrulu Hayvanların Haczi

Taşınmaz rehni kapsamındaki eklentilerin haczini düzenleyen 83/c'den bir önceki madde yavrulu hayvanların haczini düzenlemiştir. Kanun koyucunun sistematiğine bakıldığında hayvanın yavrusu ile taşınmazın rehni aynı şekilde kaleme alınmıştır. Nitekim 83/c uyarınca “taşınmaz rehni ipotek akit tablosunda sayılı bulunan eklenti taşınmazdan ayrı olarak haczedilemez” iken; 83/b uyarınca “hayvan hacizlerinde, anaları tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular analarından ayrı haczedilemeyecekleri gibi bunların anaları da yavrularından ayrı haczedilemezler”.

Kanun koyucunun sistematik olarak hayvanları eşya olarak ele alıp düzenlemiş olmasına eleştirek de yine de 1965 yılında 538 sayılı Kanun'la yapılan eklemenin yerinde bir düzenleme olduğunu söylemeliyiz. Zira burada anneleri tarafından beslenme ve bakılmaya muhtaç olan yavrular annelerinden ayrı, anneleri de yavrularından ayrı haczedilemeyecektir. Kanun koyucu yavru hayvanın haczini tümüyle yasaklamamış, aksine anneleriyle birlikte haczedilmelerine imkan tanımıştır.

İnsani düşüncelerle kabul edildiği ifade edilen bu maddede, hayvan hacizlerinde, annelerinin bakımına gereksinime duyan yani henüz süt emen yavrular “ekleni” sayılmıştır<sup>23</sup>. Bu hükmün uygulanması ile annelerinin yanında 1-2 ay içinde değeri birkaç kat artacak yavrular ahırda beslenerek annelerinden ayrı olarak haczedilip satılamayacaktır<sup>24</sup>. Bu sayede borçlunun menfaatinin ihlal edilmemesi hedeflenmiştir<sup>25</sup>.

## II. HAYVANLARI KORUMA KANUNU AÇISINDAN HAYVAN HACZİ

İcra ve İflas Kanunu'nun haczedilemeyen mal ve hakları düzenleyen 82.maddesine ilaveten maddi hukuka göre başkasına devredilemeyen mal ve haklar da haczedilemeyecektir. Buna karşılık tarafların kendi aralarında sözleşme ile bir malın devrini yasaklamaları, hacze engel değildir<sup>26</sup>.

İİK'da sayılan 13 bent dışında özel kanunlarda da haczedilemeyeceği belirtilen mal ve hakların da haczi mümkün değildir. Örneğin Hayvanları Koruma

<sup>23</sup> Uyar, Haciz, s.293; Uyar, Şerh V, s.7448.

<sup>24</sup> Yargıtay, borçluya ait iki adet ineğin haczedilmesi durumunda bu ineklere ait olduğu kanıtlanan iki adet yavrunun da anneleriyle birlikte haczedilmiş sayılacağına hükmetmiştir (21.HD, 2001/831 E., 2001/992 K., 12.2.2001 T. (Uyar, Şerh V, s.7448-7449).

<sup>25</sup> Bir takip prosedüründe, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesinin kurulması gereği, temelini doğal insan haklarından ve evrensel ilkelerden alır (Çiftçi Pınar, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s.383); Kanun koyucu, alacaklı ve borçlu arasında menfaat dengesini kurarken özel bir denge gözetmeye çalışmıştır (Özekes, İlkeler, s.37; Çiftçi, s.3 vd).

<sup>26</sup> Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s.272.

Kanunu özel hükümler içermektedir. HKK'nın 5. Maddenin 5. fıkrasına göre "Ticari amaç güdülmeyen ev bahçesi içerisinde bakılan ev ve süs hayvanları sahiplerinin borcundan dolayı haczedilemezler." Hayvanları Koruma Kanunu m.3/1'da "Ev ve Süs Hayvanı" tanımlanmıştır. Buna göre "Ev ve süs hayvanı: İnsan tarafından özellikle evde, işyerlerinde ya da arazisinde özel zevk ve refakat amacıyla muhafaza edilen veya edilmesi tasarlanan bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı" ifade eder.

Hayvanları Koruma Kanunu'nun 5.maddesinin 5.fıkrasında ev ve süs hayvanlarının haczi yasaklanmıştır. "Cezalar" başlıklı HKK m.28/b uyarınca "5'inci maddenin birinci, ikinci, üçüncü ve altıncı fıkralarında öngörülen hayvanların sahiplenilmesi ve bakımı ile ilgili yasaklara ve yükümlülüklere uymayan ve alınması gereken önlemleri almayanlara hayvan başına elli TL, yedinci fıkrasında öngörülen yükümlülük ve yasaklara uymayanlara hayvan başına 150 TL idarî para cezası" öngörülmüştür. Görüleceği gibi kanun koyucu maddenin 1, 2, 3 ve 6. fıkralarına cezai müeyyide bağlamış, buna karşın ev ve süs hayvanlarının haczine ilişkin 5.fıkraya ise herhangi bir cezai müeyyide bağlamamıştır. Fıkranın ihlali yani ev ve süs hayvanının haczi durumunda yapılması gereken haczedilmezlik itirazında bulunmaktır. Burada 7 günlük şikayet süresinin geçerli olmayacağını, şikayetin süresiz olduğunu ifade etmeliyiz. Çünkü bu şekilde yapılacak bir haciz kanunun emredici hükmüne aykırı olacak, kamu düzenine aykırılık teşkil edecektir. Kanun emredici bir düzenleme içermeseydi bile hayvan ve sahipleri arasında kurulan bağ dikkate alınarak ve çoğu hayvan sahibinin hayvanları çocukları gibi benimsedikleri göz önüne alındığında yine kamu düzenine aykırılık teşkil edecek ve bu şekilde yapılan bir haciz süresiz şikayete konu olabilecekti.

Ticari amaç güdülen ev ve süs hayvanları ise haczedilebilecektir. Bu bağlamda evcil hayvan satışı yapan bir dükkanın borcundan dolayı alacaklıları, ev ve süs hayvanlarını haczedebilir, muhafaza altına alabilir.

### III. HAYVANLARIN MUHAFAZA ALTINA ALINMASI

Haczi caiz olan hayvanlar eşyalar gibi muhafaza altına alınacaktır. Bununla birlikte hayvanlar muhafaza altına alınırken Hayvanları Koruma Kanunu dikkate alınmalıdır. Hayvanları Koruma Kanunu'nun amacını düzenleyen 1.maddesine göre: "Bu Kanunun amacı; hayvanların rahat yaşamlarını ve hayvanlara iyi ve uygun muamele edilmesini temin etmek, hayvanların acı, ıstırap ve eziyet çekmelerine karşı en iyi şekilde korunmalarını, her türlü mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamaktır". Hayvanların haczedilmesi onların rahatlarının kaçırılacağı ve uygun olmayan koşullarda muhafaza edilmeleri, eziyet çekmeleri anlamına gelmez. Her ne kadar kanun koyucu hayvanları eşyalar gibi ele almış olsa da hayvanların haczi ve muhafazası esnasında onların, eşyalar gibi



taşınması ve muhafazası altına alınması engellenmelidir. Hayvanları Koruma Kanunu m.4'te bakarak birtakım kriterlere ulaşabiliriz. Buna göre:

- Hayvanların korunması, gözetilmesi, bakımı ve kötü muamelelerden uzak tutulması için gerekli önlemler alınmalıdır (HKK m.4/c).
- Hayvanların korunması ve rahat yaşamalarının sağlanmasında; insanlarla diğer hayvanların hijyen, sağlık ve güvenlikleri de dikkate alınmalıdır (HKK m.4/g).
- Hayvanların türüne özgü şartlarda bakılması, beslenmesi, barındırılma ve taşınması esastır (HKK m.4/h).
- Hayvanları taşıyan ve taşıtanlar onları türüne ve özelliğine uygun ortam ve şartlarda taşımalı, taşıma sırasında beslemeli ve bakımını yapmalıdırlar (HKK m.4/ı).
- Hayvanları Koruma Kanunu m.10: *“Satılırken; hayvanların sağlıklarının iyi, barındırıldıkları yerin temiz ve sağlık şartlarına uygun olması zorunludur”* hükmünü içermektedir. Benzer şekilde hayvanların muhafaza altına alınması durumunda hayvanların muhafaza altına alındığı yerin temiz ve sağlık şartlarına uygun olması gerekecektir. HKK m.28 uyarınca *“10’uncu maddede belirtilen ...bu konudaki yasaklara ve yönetmelik hükümlerine aykırı davrananlara ikibinbeşyüz TL idarî para cezası”* öngörülmüştür. HKK m.30 uyarınca: *“Bu Kanunda, ceza hükmü altına alınmış fiillerin tekrarı halinde para cezaları bir kat, daha fazla tekrarı halinde üç kat artırılarak verilir”*. Yukarıdaki maddeleri göz önüne aldığımızda hayvanlar muhafaza altına alındığında yediemin deposunun temiz ve sağlık şartlarına uygun olmaması halinde 2.500 TL idari para cezası ödenmesi gündeme gelebilecektir.

Bunun dışında yukarıda belirtilen HKK m.4/c, h, ı no.lu fıkralara ilişkin olarak ise aykırılık herhangi bir cezai müeyyideye bağlanmamıştır.

#### IV. MÜLKİYETİN SAKLI TUTULMASI SÖZLEŞMESİ İLE HAYVAN HACZİ

Mülkiyetin saklı tutulması sözleşmesi ile Türk Medeni Kanunu'nun 764. maddesi uyarınca satılıp devredilen bir taşınır malın mülkiyeti satıcı üzerinde kalacaktır<sup>27</sup>. Medeni Kanun'un 764. maddesi uyarınca hayvan satışlarında mülkiyetin saklı tutma sözleşmesi yapılamayacağından, icra hukukundaki buna yönelik düzenlemeler hayvanlar hakkında uygulanmayacaktır.

<sup>27</sup> Maddeye göre: “Başkasına devredilen bir malın mülkiyetinin saklı tutulması kaydı, ancak resmî şekilde yapılacak sözleşmenin devralanın yerleşim yeri noterliğinde özel siciline kaydedilmesiyle geçerli olur”.

## V. ÖDEME YERİNE ALACAĞIN DEVRİNDE ALACAĞIN HAYVAN OLMASI

Haczedilen alacağın ödeme yerine veya tahsil için alacaklıya devri mümkündür. Ödeme Yerine Alacakların Devri başlıklı İcra ve İflas Kanunu'nun 120.maddesi uyarınca, Hacze iştirak eden<sup>28</sup> bütün alacaklılar muvafakat ederlerse borçlunun borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacakları ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devredilir. Bu halde alacaklılar, alacakları nispetinde borçlunun haklarına halef olurlar. Savunulan bir görüşe göre maddenin 1.fıkrasına göre sadece para alacakları ödeme yerine devrin konusu olabiliyor iken; ikinci fıkraya göre tahsil için devrin konusunu, para alacaklarından başka haklar da oluşturabilir<sup>29</sup>.

Alacağın ödeme yerine devrinin koşullarından biri: Alacağın borsada ve piyasada fiyatının olmamasıdır. Bu bağlamda pamuk, kırmızı buğday, altın, dolar, borsaya kote edilmiş pay senetleri, elektrik enerjisi ve canlı hayvanların borsası olduğundan<sup>30</sup> bu kapsamdaki hayvan alacağı için ödeme yerine alacağın devri mümkün olamayacaktır.

## VI. HAYVAN REHNİNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİP

İcra ve İflas Kanunu m.23/2 uyarınca "Taşınır rehni" tabiri, teslimine bağlı rehinleri, Türk Medeni Kanunu'nun 940.maddesinde öngörülen rehinleri ticari işletme rehni, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri ihtiva eder. TMK m.940 uyarınca: "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". Hayvan rehni tesis edilmesi durumunda İcra ve İflas Kanunu'ndaki menkul rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu bağlamda taşıt kredisi kullandırılarak rehnedilen araca ilişkin uygulanacak kurallar niteliğine uygun düştükçe benzer şekilde hayvan rehninin paraya çevrilmesinde de geçerli olacaktır.

<sup>28</sup> 100.maddedeki hacze iştirak değil buradaki kasıt: her haciz sahibi alacaklı (**Bulut Uğur**, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013, s.291); Ayrıca bkz. **Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara 2006, s.9461; **Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özkes**, s.367; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.320; **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1990, s.1222; **Kuru**, El Kitabı, s.537; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.3, Ankara 2007, s.3103.

<sup>29</sup> **Bulut**, s.217-293.

<sup>30</sup> **Bulut**, s.184; Bu sebeple hayvan alacağında ödeme yerine alacağın devri şartlarından biri alacağın borsasının olmaması olduğundan ve canlı hayvan borsası olduğundan borsası olan hayvanlara ilişkin alacak ödeme yerine devre konu olamayacaktır.

## VII. ÇOCUK TESLİMİ VE ÇOCUKLA ŞAHSİ İLİŞİ KURULMASI HAKKINDA İCRAİ HÜKÜMLER

### A) Çocuk Teslimi

Kanun koyucu taşınırların haczine yönelik bakış açısını “çocuk<sup>31</sup>” için de sürdürmüştür. Çocuk teslimi İcra ve İflas Kanunu’nda “Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında İlamların İcrası” başlığı altında; “Taşınır Teslimi”ni düzenleyen 24.madde ile, “Taşınmaz Tahliye ve Teslimi”ni düzenleyen 26.maddenin arasında 25.maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu sistematik olarak çocuğu, sanki taşınır olarak değerlendirmiş, öncelikle taşınıra ilişkin hükümleri (ve çocuğun teslimini) belirlemiş, sonra taşınmazlara yönelik hükümlere geçmiştir. Nitelim doktrinde de çocuk tesliminin adete bir taşınır teslimi gibi düzenlendiği ifade edilmiştir<sup>32</sup>. Kanun koyucunun bu sistematığı şüphesiz sorunlu olup, çocukların mümkünse İcra ve İflas Kanunu dışında, mümkün değilse İcra İflas Kanunu içinde fakat ayrı bir bölümde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.

İcra ve İflas Kanunu’nun 25.maddesi uyarınca: “Çocuk teslimine dair olan ilam icra dairesine verilince icra memuru 24’üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri<sup>33</sup> tebliği suretiyle borçluya yedi gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutmazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur. Çocuk teslim edildikten sonra diğer taraf haklı bir sebep olmaksızın çocuğu tekrar alırsa ayrıca hükme hacet kalmadan zorla elinden alınıp öbür tarafa teslim olunur”. Bu hükümle kanun koyucunun sadece sistematik açısından değil, içerik olarak da taşınırların teslimine yönelik hükümleri aynen çocuk için de öngördüğünü görmekteyiz.

<sup>31</sup> Çocuk kavramı, birinci anlamda küçüğü yetişkinden ayırmak; ikinci anlamda ise, ana-baba ile olan soybağını belirtmek amacıyla hukukta iki anlamda kullanılmaktadır (**Belgin Derya**, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011, s.7). İcra ve İflâs Kanunu m.25’te söz edilen çocuktan kasıt “küçük”tür; çünkü velayet hakkının bir sonucu olarak çocuğun velayete sahip kişiye teslimine ilişkin bir mahkeme kararı söz konusudur (**Belgin**, s.7).

<sup>32</sup> **Özeker Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, s.178; Ayrıca bkz. **Belgin**, s.75.

<sup>33</sup> Bu icra emrine şunlar yazılır:

1. Alacaklının (ve varsa vekilinin) adı, soyadı ve adresi
2. Borçlunun ve varsa vekilinin adı, soyadı ve adresi
3. İlamı veren mahkeme ve ilamın tarih ve numarası
4. Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde teslim edilmesi ihtar
5. Çocuğun icra emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde teslim edilmemesi halinde, çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmünün zorla icra olunacağı ve ilamın icrası sırasında çocuğun gizlenmesi halinde İİK’nın 341.maddesi uyarınca cezalandırılacağı ihtar

Kanun koyucu sadece çocuğun ilamlı icrayla haczedilebileceğini ve yediemin deposu olarak Sosyal Hizmetler Merkezi'ne teslim edileceğini düzenlememiş, bunun dışında taşınırlara yönelik hükümleri çoğunlukla aynen uygulamak istemiştir.

İcra müdürünün haciz sırasında kilitli yerlere karşı zor kullanma yetkisi, çocuğun borçlu anne baba tarafından kaçırılması halinde de devam eder; yani çocuğun kaçırıldığı yere veya çocuğun sığındığı kişiye karşı icra müdürü zor kullanma yetkisini kullanabilir<sup>34</sup>. İcra müdürünün çocuk teslimi sırasında herhangi bir şikayete yol açmayacak ölçüde tatlı-sert davranıp ilamın gereğini yerine getirmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>35</sup>. İcra memurlarının çocuk tesliminin zorla icrası hallerinde Kanun'da belirtilen esaslara uygun hareket etmesi çocuğun hak ve menfaatlerinin korunması açısından büyük öneme sahiptir<sup>36</sup>. Burada ölçülülük ilkesine<sup>37</sup> uygun hareket edilmesi önemlidir; zira icra memurunun kanuni düzenlemelerin kendisine tanıdığı zor kullanma yetkisini gerekli olduğu durumlarda amaca uygun olarak ölçülü bir şekilde yerine getirmesi gerekir<sup>38</sup>. İcra müdürü bu yetkisini kullanırken (İİK m.81 uyarınca) kolluk kuvvetlerinden yardım da alabilir.

Çocuk teslimi hakkında ilamın icraya konabilmesi için kararın kesinleşmesi gerekmektedir birlikte<sup>39</sup>, ilamın kesinleşmesinin beklendiği takdirde çocuğun kaçı-

<sup>34</sup> **Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.II, Ankara 2004, s.2676; Ayrıca bkz. **Özçelik Volkan**, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan C.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Y.2014, İzmir 2015, s.2935; **Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009, s.322; **Özbay**, Çocuk, s.7; **Uyar**, Çocuk Takip, s.9; **Belgin**, s.65.

<sup>35</sup> **Uyar**, Şerh II, s.2676; **Uyar Talih**, İcra Hukukunda İlamlı Takip, B.2, Manisa 1991, s.258; **Uyar**, Çocuk Takip, s.9.

<sup>36</sup> **Çiftçi Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s.343.

<sup>37</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, İlkeler, s 117; **Özçelik**, Takdir Yetkisi, s.213.

<sup>38</sup> **Çiftçi**, s.344.

<sup>39</sup> "...İzmir 9. Aile Mahkemesinin 14.04.2009 tarih ve 2008/653 Esas, 2009/303 sayılı kararı ile (tarafklar arasındaki velayet davası neticesinde) "... müşterek çocuğun tarafların ayrı yaşadıkları süre zarfında tedbiren geçici velayetinin annesi (alacaklıya) verilmesine, karşı yan (borçlunun) açtığı birleşen davanın reddine" dair hüküm kurulduğu görülmektedir. Anılan ilam gereği borçlu yana örnek (3) numaralı icra emrinin tebliğ edildiği, 25.05.2009 tarihinde de çocuk teslim tutanağının düzenlendiği anlaşılmıştır. Velayetin anneye bırakıldığına dair olan ilam, çocuk teslimini de içerir. İİK'nın 25. maddesinde aynen "çocuk teslimine ilişkin ilam icra dairesine verilince icra müdürü 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya (17) gün içinde çocuğun teslimini emreder. Borçlu bu emri tutamazsa çocuk nerede bulunursa bulunsun ilam hükmü zorla icra olunur." düzenlemesi yer alır. Ancak HUMK'un 443/4 maddesi hükmüne göre de, bu tür ilamlar kesinleşmeden icraya konulamazlar. Takibe konu edilen mahkeme hükmü bir tedbir kararı olmayıp, ilama bağlandığından mahkemece şikayetin kabulü ile takibin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeyle istemin reddi yönünde hüküm tesisi isabetsizdir. SONUÇ: Borçlu vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK. 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 15.03.2010 gününde oybirliği ile karar verildi" (12.HD, 2009/24353 E., 2010/5953 K., 15.3.2010 T, Kazancı Hukuk Otomasyonu);

rılması ihtimal dahilinde ise ya da çocuğun hak ve çıkarlarının veya sıhhat ve hayatının bir tehlike ile karşı karşıya bulunduğu durumlarda, ilamın kesinleşmeden uygulanmasını sağlamak için mahkemeden tedbir kararı alınabilir<sup>40</sup>.

Çocuk teslimine ilişkin mevcut düzenleme eleştirilmiş, çocuğun teslimine ilişkin ilâmların icrasında mümkün olduğunca icra dairesinin ikinci plana itilmesi gerektiği vurgulanmış ve ilgilinin, ilâmın icrası için icra dairesine başvurarak süreci başlatması ve takibin hukukî koşullarının icra dairesi tarafından denetlenmesi gerektiği fakat fiili olarak çocuğun tesliminin, uzmanlardan oluşan idarî bir makam veya birim eliyle gerçekleştirilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>41</sup>.

Çocuk teslimi konusunda taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıklar örneğin çocuğun nerede ve ne şekilde alacaklıya teslim edileceği icra mahkemesi tarafından çözümlenir<sup>42</sup>. Çocuk teslimi hakkındaki ilam hükmünün açık olmaması ya da birbiri ile çelişir fıkraları içermesi durumunda icra mahkemesi tarafların tavzih kararı getirmeleri için kendilerine süre verebilir ve bu süre içinde ilamın yerine getirilmesini durdurabilir<sup>43</sup>.

## B) Çocukla Şahsi İlişki Tesisine Dair İlamın İcrası

Şahsi ilişki, çocuğun velayetinin kendisine verilmediği taraf veya üçüncü kişi ile çocuk veya çocuklar arasında kurulan, onlarla görüşme, belirli yer ve zamanda onunla birlikte olma, sevgi bağı kurma ve bu bağı devam ettirmeye yönelik ilişki olarak tanımlanmıştır<sup>44</sup>. Çocuğun velayet hakkının anne veya babadan birine bırakılması halinde, velayet hakkı verilmeyen tarafın, çocukla ne şekilde şahsi ilişki kuracağı mahkemece belirlenir; zira Medeni Kanun m.182 hükmü, mahkemenin ana ve babanın boşanma ve ayrılığa karar verirken çocukla şahsi ilişkilerini de düzenleyeceğini öngörmektedir<sup>45</sup>. Çiftler boşanma talebiyle aile mahkemesine müracaat ettikten sonra hakim sadece çiftlerin boşanması-

---

“...aile ve şahsın hukukuna mütedair hükümler katıyet kesbetmedikçe infaz olunamaz, hükmünü içermektedir. Dayanak ilamda tarafların boşanmalarına ve müşterek çocuğun velayetinin davacı anneye bırakılmasına, babanın da küçükle şahsi münasebet tesisine hükmedildiği anlaşılmaktadır. Şahsi münasebet tesisinin boşanmanın eklentisi niteliğinde olup, boşanma kararı kesinleşmeden infaz olunamaz (12.HD, 2005/21349 E., 2005/24736 K., 12.12.2005 T., **Muşul Timuçin**, Gerekeçeli - Notlu – İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, B.8, Ankara 2011, s.177).

<sup>40</sup> **Uyar**, Şerh II, s.2676; **Uyar**, İlamlı, s.259; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10.

<sup>41</sup> **Belgin**, s.76.

<sup>42</sup> **Özekes**, İlkeler, s.178; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10; **Kaçak Nazif**, İlamlı İcra, Ankara 2004, s.103

<sup>43</sup> **Kaçak**, İlamlı, s.103; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10.

<sup>44</sup> **Özbay**, Muhalefet, s.320; **Özbay**, Çocuk, s.2; Geniş bilgi için ayrıca bkz. **Belgin**, s.31 vd.

<sup>45</sup> **Özbay**, Çocuk, s.1; **Günay Mehmet**, İcra Suçları, Ankara 2014, s.141.

na karar vermeyecek, aynı zamanda Türk Medeni Kanun m.336 uyarınca varsa çocuğun velayetinin kimde kalacağını ve çocukla şahsi ilişkisinin nasıl tesis edileceğini de hükme bağlayacaktır. Bu durumda velayet hakkına sahip ebeveyn çocuğun bakımı, eğitimi, gelişimi ve gözetiminde birinci derecede sorumlu olacak, çocukla sürekli şahsi ilişki içerisinde bulunacak; diğer ebeveyn ise çocukla mahkemenin belirlediği şekilde şahsi ilişki kurabilecektir<sup>46</sup>. TMK m.182 uyarınca velayetin kullanılmasında kendisine verilmeyen eşin çocuk ile şahsi ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. TMK m.324 uyarınca her iki ebeveyn de diğerinin çocuk ile şahsi ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitilmesi ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmakla yükümlüdür. Ancak çocuğun velayet hakkına sahip olmayan ebeveyniyle şahsi ilişki kurmasında sorunlar yaşanırsa çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveyn İİK 25/a uyarınca icra yoluna başvurabilmektedir<sup>47</sup>.

Şahsi ilişki tesisinin amacı, annelik, babalık ve evlatlık sevgisini tatmin-dir<sup>48</sup>. Çiftlerin boşanması durumunda çocuğun her iki ebeveyniyle de sağlıklı ilişki içerisinde olması, birlikte zaman geçirmesi aralarındaki iletişimin niteliğine bağlı olarak kurulan duygusal bağın gelişmesini sağlayacak bu da çocuğun gelişimini olumlu yönde etkileyecek ve sağlıklı bir birey olarak topluma katılmasını sağlayacaktır; aksi durumda boşanma ile yıkıma uğrayan ve boşanma sonrasında ebeveynleri arasındaki çatışmaya maruz kalan çocuğun fiziksel, duygusal, zihinsel, kişisel, sosyal, ahlaki gelişim alanlarında problemlerin olması kaçınılmazdır<sup>49</sup>.

Çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilamların icrası, belirli sürelerle tekrarlanan devamlı bir durumu içerdiği için, Hukukumuzda çocuk tesliminden farklı olarak düzenlenmiştir<sup>50</sup>. İcra ve İflas Kanunu m.25/a'da kendisinden velayet hakkı alınan tarafın çocukla ilişkisi düzenlenmiş olup, buna göre: "*Çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra memuru, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi halde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24'üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ eder. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin*

<sup>46</sup> **Mavi Ömer**, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, S.74, Y.2008, s.269.

<sup>47</sup> **Mavi**, s.269.

<sup>48</sup> **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, B.3, C.III, İstanbul 1993, s.2365; Ayrıca bkz. **Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Manisa Barosu Dergisi, 1982, S.2, s.7-9; **Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler, Yargı Dünyası Dergisi, Nisan 2004, s.9-13; **Özbay**, Çocuk, s.2.

<sup>49</sup> **Mavi**, s.269-270.

<sup>50</sup> **Özbay**, Muhalefet, s.320; **Özbay**, Çocuk, s.1.

341'inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir. Borçlu alacaklının şikayeti üzerine ayrıca 341'inci maddeye göre cezalandırılır”.

Bu kapsamda çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilam hükmüne diğer eş uymazsa, alacaklı durumundaki taraf, ilamı icraya koyarak, takip talebinde bulunabilir. Takip talebinin yapılması ve içeriği, genel haciz yolundaki takibe benzer; takip talebinde İİK m.58'deki hususlar yer alır (İİK Yön. m.18, I); takip talebine alacaklının (ve varsa vekilinin) adı, soyadı ve adresi, borçlunun adı, soyadı ve adresi, ilamın tarihi, numarası ve özeti yazılır. İlamların icrası her icra dairesinden istenebileceğinden alacaklı takip talebini herhangi bir yer icra dairesine verebilir. İlamlı takip talebinde bulunan alacaklıdan binde beş peşin harç alınmaz fakat bütün ilamlı icra takiplerinde alacaklıdan başvurma harcı alınır<sup>51</sup>. Takip talebi üzerine icra müdürü tarafından örnek 3 no.lu icra emri düzenlenir ve borçluya tebliğ edilir

Kanun maddesinde borçlu ya da alacaklı olmayan çocuk adeta bir mal gibi ifade edilmekte ve alacağın tahsili usulü uygulanarak, gerekirse ilam hükmünün zorla yerine getirileceği belirtilmektedir<sup>52</sup>.

Velayet kendisine verilmeyen taraf ile müşterek çocuk arasında kurulacak şahsi ilişkinin, infazda güçlük ve tereddüt oluşturmayacak açıklık ve kesinlikle hükümde belirtilmesi zorunludur; tarih ve gün belirtilmeden genel ve müphem ifadelerle şahsi ilişkinin düzenlenmemesi gerekir<sup>53</sup>. 18.2.1965 Tarihinde 538 Sayılı Kanun'la İcra ve İflas Kanunumuza 25/a maddesi eklenmeden önce çocuk teslimine ilişkin hükümler İİK m.26 aracılığıyla yerine getiriliyor, bu da aksamalara neden oluyordu<sup>54</sup>. Yine değişiklikten önce çocuğun icra dairesinde diğer tarafa gösterilmesi söz konusu oluyordu<sup>55</sup>. Nitekim Yargıtay'ın eski tarihli bir kararına göre ilamda, çocukla ne şekilde görüşüleceğinin yazılı olmaması halinde, çocuğun icra dairesinin uygun bir yerinde alacaklı anne ya da babaya gösterilmesi gerekir<sup>56</sup>. Öncelikle ifade etmeliyiz ki icra müdürlüklerinin mevcut yoğunluğu dikkate alındığında icra müdürlüklerinde şahsi ilişki tesisine fiziken imkan bulunmamaktadır. Zira böyle bir ilişki tesisi çocukla ebeveyn arasındaki ilişkiye katkı sağlamaktan ziyade, bu ilişkide olumsuz rol oynar. Kaldı ki icra müdürlükleri şimdiki kadar yoğun olmasaydı bile icra müdürlüklerinde bu şekilde bir görüşme tesisi yine de uygun olmayacaktı. Kanaatimizce ilamda hü-

<sup>51</sup> Geniş bilgi için bkz. **Özbay**, Çocuk, s.2; **Belgin**, s.59 vd.

<sup>52</sup> **Mavi**, s.275.

<sup>53</sup> **Kuru**, İcra III, s.2365-2366; **Özbay**, Çocuk, s.5.

<sup>54</sup> **Özbay**, Muhalefet, s.321.

<sup>55</sup> Bkz. **Özbay**, Muhalefet, s.321.

<sup>56</sup> İİD, 1956/5039 E., 1956/5309 K., 5.11.1956 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682).

küm yok ise bile mahkemenin şahsi ilişki tesisine karar verdiği “alacaklı”ya bu konuda seçim hakkı tanınması gerekir. Çünkü aile mahkemeleri çocuğun kimde kalacağı ve nasıl görüşme tesis edileceği yönünde kararlarını vermeden önce her iki ebeveynin yaşam alanlarında bilirkşi incelemesi yaptırmakta, bilirkşilerin verdiği raporlardan sonra kararlarını oluşturmaktadır. Bu sebeple kararda açıkça nerede görüşmenin tesis edileceği yazılmasa dahi bu konuda seçim hakkı “alacaklı” olan ebeveyne aittir.

Çocukla ana-baba arasındaki ilişkiler düzenlenirken tarafların şefkat, sevgi ve benzeri duyguların tatmininden önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimi ve menfaatlerinin zedelenmemesi ön planda tutulmalıdır<sup>57</sup>.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilamlar, çeşitli nedenlerle mahkemelerden elde edilmiş olabilir; örneğin boşanma ilamında evlilik dışı doğan çocukla şahsi ilişki kurulması ilamında, büyükbaba ya da büyükanne ile torunlar arasındaki şahsi ilişki kurulmasına ait ilamda bu konuda hükümler yer alabilir<sup>58</sup>. Nitekim 18.10.1959 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’yla büyük anne ve büyük babanın torunları ile veliyi hasım göstermek suretiyle şahsi ilişki tesisini talep ve dava hakları bulunduğu ifade edilmiştir<sup>59</sup>.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamlar aile hukukunu ilgilendirdiğinden kesinleşmeden takip konusu yapılamazlar; fakat burada İİK m.25’te olduğu gibi ilam kesinleşmeden mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alınarak ilamda belirtilen çocukla şahsi ilişki kurulabilir<sup>60</sup>.

Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamın infazı için alacaklının zamanında ve usulüne uygun olarak icraya başvurmasına rağmen borçlunun çocuğu kaçırmaması halinde ilamda öngörülen süre geçse dahi, çocuğun alacaklıya teslimi gerekir<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> **Kuru**, İcra III, s.2366; “Çocuğun her ay anasından 4 gün müddetle ayrılması ve Kadıköy’den Bursa’ya çeşitli vasıtalar değiştirilerek seyahate zorlanması sakıncalar doğuracağı gibi, anasından ayda bir ayrılmasının ruhi yapısına da kötü tesir edeceği kuvvetle muhtemeldir. Babanın şefkat hislerinin tatmini için çocuğun bu şekilde bir işleme tabi tutulması doğru değildir. Bu itibarla daha uygun bir münasebet şekli tespit edilmek üzere hükmün bozulması gerekir” 2.HD, 1971/5218 E., 1971/5027 K., 14.9.1971 T., (**Kuru**, İcra III, s.2366).

<sup>58</sup> **Uyar**, Şerh II, s.2680; **Uyar**, İlamlı, s.260; **Uyar**, Çocuk Takip, s.11; **Özbay**, Çocuk, s.3; **Kaçak**, İlamlı, s.108.

<sup>59</sup> Bkz. 18.10.1959 Tarih 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı, Resmi Gazete 16.4.1960 sayı 10482 (**Kuru**, İcra III, s.2360; **Kuru**, El Kitabı, s.837); Ayrıca asıl babanın açtığı “evlat edinilen çocuğu ile kişisel ilişki kurulması”na ilişkin davanın kabulü gerektiği Yargıtay’ın bir kararında ifade edilmiştir (2.HD, 1991/4151 E., 1991/7800 K., 13.5.1991 T.; **Uyar**, Şerh II, s.2687-2688).

<sup>60</sup> **Uyar**, Şerh II, s.2682; **Uyar**, İlamlı, s.261; **Uyar**, Çocuk Takip, s.10; **Özbay**, Çocuk, s.5.

<sup>61</sup> 12.HD, 1982/8917 E., 1982/9125 K., 6.12.1982 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682); **Uyar**, Çocuk Takip, s.13; **Özbay**, Çocuk, s.7.



Çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilamlar zamanaşımına uğramaz<sup>62</sup>. Çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilam, çocuğun ergin olmasına kadar infaz edilebilir<sup>63</sup>.

### C) Çocuk Teslimi Emrine Muhalefetin Cezası ve Anayasa Mahkemesi Kararı

Çocuk teslimi ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasını yerine getirmeyen veya getirilmesine engel olan kişiler İcra ve İflâs Kanunu m.341 gereği hapisle tazyik edilirler. İİK m.341 uyarınca: “Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine<sup>64</sup> karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir<sup>65</sup>”.

Çocuk teslimine ilişkin ilâmın yerine getirilmemesi veya engellenmesi suçunda korunan hukukî yarar, mahkeme kararı ile velayetin bırakıldığı ana veya babanın velayetten doğan hak ve yetkileri bizzat kullanmasındaki hukukî yararadır, ayrıca çocuğun yararı da söz konusudur; çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilâmın yerine getirilmesinde ise, şahsi ilişki hakkı sahibinin hukukî yararı söz konusudur yine bu ilâmın yerine getirilmemesi ile hak sahibinin çocuk ile ilişki kurmak ile elde edeceği manevi yarar ve çocuğun yararı da ihlal edilir<sup>66</sup>.

İİK m.25/a maddesinin birinci fıkrasının son cümlesi olan “Bu emirde ilâm hükmüne aykırı hareketin 341’inci maddedeki cezayı müstelzim olduğu da yazılır” hükmünün, İİK m.25/a ikinci fıkrasının son cümlesi olan “Borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341’inci maddeye göre cezalandırılır” hükmünün ve 341.maddenin Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukla-

<sup>62</sup> Bkz. **Kuru**, El Kitabı, s.837; **Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.1, Ankara 2007, s.416; Zira çocukla kişisel ilişki kurulması hakkındaki ilamlar, aile hukukuna ilişkin oldukları için, zamanaşımına uğramaz. Bunun ilamlı icra bakımından en önemli sonucu ise, borçlunun zamanaşımı nedeniyle icranın geri bırakılması (İİK m.33) talebinde bulunamayacak olmasıdır (**Özbay**, Çocuk, s.4).

<sup>63</sup> İİD, 1967/11172 E., 1967/11142 K., 5.12.1967 T. (**Uyar**, Şerh II, s.2682; **Uyar**, İlamlı, s.261); Ayrıca bkz. 12.HD 1960/7038 E., 1960/6993 K., 20.10.1960 T. (**Kuru**, İcra III, s.2370); **Özbay**, Çocuk, s.5; **Kaçak**, İlamlı, s.105; **Belgin**, s.8.

<sup>64</sup> Tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, önödeme uygulanamayan, tekrerrü esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen haptistir; tazyik hapsi bir kimseyi bir işi yapmaya zorlamak için öngörülen bir yaptırımdır. (**Kaçak Nazif**, İcra ve İflas Suçları, Ankara 2006, s.267).

<sup>65</sup> Geniş bilgi için bkz. **Özbay**, Muhalefet, s.320 vd.

<sup>66</sup> **Belgin**, s.106.

rı her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptalleri için 2014 yılında Anayasa Mahkemesi'ne gidilmiştir<sup>67</sup>. Buna göre takip borçlusu anne hakkında çocuk teslimi emrine muhalefetten dolayı açılan davada, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan mahkeme, konu maddelerin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur<sup>68</sup>. Başvuru kararında, çocukla şahsi ilişki tesisine ilişkin hükmün ihlali-

<sup>67</sup> Bkz. 2014/58 E., 2014/163 K., 30.10.2014 T. (10.1.2015 Tarih ve 29232 sayılı Resmî Gazete).

<sup>68</sup> Yerel mahkemenin itiraz gerekçeleri:

A) E.2014/58 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gereke Bölümü Şöyledir: "UYUŞMAZLIĞIN SEYRİ: İtiraz eden Müşteki... ile sanık. .. evli iken Bursa 4. Aile Mahkemesinin 05/07/2011, tarih 2010/579 esas. 2011/838 karar sayılı ilamı ile boşanmalarına hükmedilmiş ve aynı hükümde davamıza konu hususla ilgili olarak velayeti anneye verilen. .. ile "davacı baba arasında her ayın 1. ve 2. hafta sonu Cumartesi günü. .. kişisel ilişki kurulmasına" da hükmedilmiştir. Davacı alacaklı bu hüküm sebebiyle davaya konu Bursa 8. İcra Müd.nün 2013/5416 esas sayılı dosyası üzerinden çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra takibinde bulunmuş, icra emri 29/07/2013 tarihinde sanık borçluya tebliğ edilmiş, bundan sonra suçla konu 16/10/2013 tarihinde şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün icra edilebilmesi için alacaklı baba tarafından borçlu annenin adresine gidildiğinde küçük. .. nın baba tarafından anneden teslim edilmediği görülmektedir. Bunun üzerine müşteki takip alacaklısı baba, Bursa 2. İcra Ceza Mahkemesine 22/10/2013 tarihinde şikayette bulunmuş, Mahkemece 12/12/2013 tarihinde verilen kararlar, suç tarihinden sonra 02/11/2013, 16/11/2013 ve 07/12/2013 tarihlerinde küçük çocuğun baba ile şahsi münasebet tesisi sağlandığından borçlu sanık için beraat kararı verilmiştir. Dosya müşteki takip alacaklısı baba tarafından bu beraat kararına İİK 353. mad. gereğince yapılan itiraz üzerine mahkememize gelmiştir. İcra dosyası incelendiğinde gerçekten davalı borçlu sanık tarafından 2. icra Ceza Mahkemesinin belirttiği tarihlerde küçük... 'mn babaya teslim edildiği görülmektedir. Mahkemenin beraat gerekçesi İİK'nın 341. maddesinin 2. cümlesine dayanmaktadır. Bu hükme göre; "hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilamın veya ara kararının gereği yerine getirilirse kişi tahliye edilir." Hükmün ilk cümlesinde ise 6 aya kadar tazyik hapsine hükmedildiği görülmektedir. Buna göre iptali istenen hüküm Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümle adeta, yapana yaptığım yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikayet üzerine yapılan yargılama sürecinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza verilememektedir. Bir başka ifade ile, müşteki-ler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümle cezalandırılmaz hale gelmektedir. Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344. md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilhale telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur. Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalim istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır. Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucu-

nin sonradan telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumu olduğu, Kanun'un 341. maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurunun, çocuk teslimi hakkındaki ilâmın ya da ara kararının gereğini yerine getirmemek veya getirilmesini engellemek, bu suçun koruduğu hukuki değerin ise lehine hüküm verilenlerin çocuğu teslim almaktaki hukuki yararı olduğu, oysa çocukla şahsi ilişki tesisine ilişkin ilâmın gereğinin yerine getirilmemesi hâlinde, suçun maddi unsurunun, çocukla şahsi ilişkiye mani olunması, korunan hukuki değerin ise çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin çocuk ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunması olduğu, bu nedenle bu suçun farklı şekilde cezalandırılması gerektiği; çocuk teslimi konusunda borçlu eşin bu borcunu yerine getirmemesi durumunda, alacaklı tarafın şikâyeti üzerine hapsen tazyikine karar verilse dahi daha sonra çocukla şahsi ilişki kurulması hakkındaki ilâmın gereğini yerine getirmesi hâlinde, Kanun'un 341. maddesi gereğince kendisine ceza verilemediği ve başlangıçtaki ihlâlin cezalandırılmaz duruma geldiği, bu durumun da alacaklının hakkını etkili bir şekilde aramasına engel olduğu; boşanma davaları sonucunda çocuğun velayetinin genelde anneye bırakıldığı hususu dikkate alındığında, Kanun'un 341. maddesinin daha çok annelerin, çocuklarının babaları ile şahsi ilişki kurmalarına engel olmak için yetkilerini kötüye kullanmalarının

---

nun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maalesef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yanan yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir. Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evladı gelir. Genelde bir çok baba evladını kendisine yabancılaştıracak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranmamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız karı koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır. Tüm bu sebeplerle bu hükmün iptali gerektiği kanaatindeyim. Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümlerle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyumsuzlıklara da adaletli bir çözüm tesis edilebilecektir. SONUÇ: Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 341. maddesinin iptalini saygıyla talep ederim." (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

önünü açtığı, hatta bunu meşrulaştırdığı belirtilerek kuralların, Anayasa'nın 2., 10., 36. ve 41. maddelerine aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>69</sup>.

<sup>69</sup> Yerel mahkemenin itiraz gerekçelerinden:

"...B- E.2014/79 Sayılı İtiraz Başvurusunun Gerekçe Bölümü Şöyledir: "Mahkememizce 03/01/2014 tarihinde İİK 341 mad. sinin iptali isteme ile mahkememize müracaat edilmiş, bu müracaatımız üzerine ilk incelemesi sonucunda Mahkemenizin 13/03/2014 tarih ve 2014/58 sayılı karar ile esasın incelenmesine karar verilmiştir. (internet üzerinden yapılan incelemede) Yine Bursa 3. İcra Hukuk Mahkemesinin (yani hakimliğimizin) İİK 25/a maddesindeki " manî olunmaması" ibaresinin iptali talebine ilişkin itirazımızın 27/03/2014 tarihli mahkemeniz kararı ile Anayasaya aykırı bulunmayarak reddine karar verildiği görülmüştür. Bu durumda 03/01/2014 tarihli talebimizdeki iptal istememizin eksik olacağı anlaşıldığından mahkemenizin 2014/58 esasındaki itirazımızla birleştirilebilmesi için iş bu itirazın yapılması gerekmiştir. Çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin icra emrine aykırı davranılması halinde 03/01/2014 icra emrine aykırı davrananın İİK 25/a maddesinin son cümlesi delaleti ile çocuk teslimine muhalefet suçunun cezasına ilişkin İİK 341 mad. Gereğince borçlunun cezalandırılması yoluna gidilebilmektedir. Daha önce iptali istenen Madde 341 de suçun maddi unsuru; Çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmemek veya yerine getirilmesini engellemektir. Bu suçun koruduğu hukuki değer; çocuğun kendisine teslimine ilişkin lehine hüküm verilenin çocuğunu teslim almaktaki hukuki yararadır. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin ilâmın gereğinin yapılmamasında suçun maddi unsuru, çocukla şahsi münasebete mani olunmasıdır. Korunan hukuki değer ise; çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi ile lehine hüküm verilenin, çocuğu ile ilişkisinin geliştirilmesi ve korunmasındaki hukuki yararadır. Bu sebeple farklı şekilde cezalandırılması yoluna gidilmelidir. Buna göre İİK 25/a mad. delaleti ile sanığa verilecek disiplin hapsini düzenleyen İİK 341'inci maddesi 03/01/2014 tarihli talebimizde belirttiğimiz üzere; "Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesine, 10. mad. deki eşitlik ilkesine, 36. maddesindeki etkili bir hak arama hürriyetine, 41. maddesindeki ailenin korunmasına ilişkin hükmünün özellikle devletin çocukları her türlü istismara karşı korunması gerektiğine ilişkin fıkrasına aykırıdır. Zira hükümlerle adeta, yapana yaptığını yanına kar bırakır şekilde somut olayımızda olduğu gibi takip borçlusunu anne, bir kez çocuğu babaya göstermedikten sonra şikâyet üzerine yapılan yargılama süresinde çocuğu babaya göstermekle kendisine ceza verilememektedir. Bir başka ifade ile, müştekiler bu tür durumlarda mahkemeye müracaatla sanıkların cezalandırılmasını istemekte fakat bu bir yargılama sürecini getirmektedir. İşte bu süreçte çocuğu göstermek suretiyle yani şahsi münasebeti sağlamak suretiyle başlangıçtaki ihlal bu hükümlerle cezalandırılmaz hale gelmektedir. Aslında yasa koyucu sanki şahsi münasebet tesisinin ihlaline ilişkin hükmü ödeme şartının ihlaline ilişkin İİK 340 ve nafakaya ilişkin kararın ihlali ile ilgili 344 md.si gibi parasal bir sonuçla ilgili görmüştür. Oysa çocukla şahsi münasebet tesisine ilişkin hükmün ihlali bilahare telafi edilmesi mümkün olmayan bir ihlal durumudur. Baba ile çocuk arasındaki ilişki boşanma sonrasında kanunumuz gereği şahsi münasebet tesisine ilişkin hükümlerle sağlanmaktadır. Bu ilişkinin varlığı ve korunmasında çocuğun şahsi ve sosyal gelişimi açısından üstün yararının olduğu kuşkusuzdur. Ancak iptalini istediğimiz bu hüküm genelde velayet kendisine verildiği için annelerin yetkilerini kötüye kullanabilmelerinin önünü açmakta hatta meşrulaştırmaktadır. Aslında temelde bu hüküm, yasa koyucunun aileden, kadın temelli bir ilişkiyi anladığını göstermektedir. Bir tarafta anne yok ise orada aile mevhumuna yasa koyucu yabancıdır. Gerçekte ise, baba ile çocuk arasındaki ilişki de aile müessesesi içinde değerlendirilmesi gereken bir ilişkidir. Maaşef yaşadığımız dönem, kadın lehine adalet körlüklerin geçerli ve meşru sayıldığı bir dönemdir. Aslında eşitlik ilkesi böylece zedelendiğinde çok nadiren de olsa çocuk baba velayetine verildiği durumlarda da annesi ile ilişkisi kurunun yanında yarı yaş gibi ihmal edilebilir görülmektedir. Öte yandan, özellikle ülkemizde kadına karşı şiddetin önlenmesi için hukuk ihlalleri meydana getirecek şekilde (6834 sk gibi) mevzuat oluşturulduğu halde, bunun çözümlerinden birinin çocuğunun velayetini alamayan genelde de babaların boşandıktan sonra

Anayasa Mahkemesi, esasa yönelik yaptığı incelemede öncelikle kanun koyucunun, kamu düzeninin korunması amacıyla ceza hukuku alanında düzenleme yaparken Anayasa'ya ve ceza hukukunun temel ilkelerine bağlı kalmak koşuluyla, toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı ve suç sayılan bu eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Karara göre “*Anayasa'nın 'Ailenin korunması ve çocuk hakları' başlıklı 41. maddesinin birinci fıkrasında, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu ve eşler arasında eşitliğe dayandığı; ikinci fıkrasında, Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı, teşkilâtı kuracağı; üçüncü fıkrasında ise her çocuğun korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla şahsi ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir*<sup>70</sup>. Kanun'un 25/a maddesi, sahip oldukları ilâm hükmü gereğince çocukla şahsi ilişki kurmaya hakkı olan anne, baba veya üçüncü kişilerin, ilâm hükmünün yerine getirilmemesi hâlinde haklarını icra yolu ile elde etmelerine imkân tanıyan bir düzenlemedir. Bu düzenleme sayesinde çocuğun da Anayasa ile güvence altına alınan ana ve babasıyla şahsi ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı korunmakta ve somut olarak hayata geçirilmektedir.

da çocukları ile bağlarının korunabilmesi için etkili bir hak arama hürriyetlerinin teminat altına alınması olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sanırım bir insanın hayatta sevdiği şeylerin en başında belki de evlatları gelir. Genelde bir çok baba evladım kendisine yabancılaştıracak her tutum, davranış ve eylem karşısında birçok şiddet olayında olduğu gibi çoğu kez makul, mantıklı davranmamaktadır. Bir babanın çocuğu ile şahsi münasebetinin engellenmesine zemin hazırlayan hatta meşrulaştıran bir hükmün varlığı makul ve mantıklı bir seviyede boşanmanın tesis edilmesini de engeller niteliktedir. Çünkü bizim gibi ülkelerde boşanma yalnız kari koca arasındaki evlilik ilişkisini sona erdirmemekte; boşanma sonunda genelde velayetin anneye veriliyor olması sebebiyle bu tür hükümler, bir babayı istikbalinden de koparmaktadır. Özellikle yaşlandığında çocuklarının ilgi ve desteklerine muhtaç olma durumuna ilişkin kaygısını arttırmaktadır. Bu türden hükümler boşanma sonrasında velayetin genelde anneye verildiği ülkelerde erkeklerin kendisini değersiz görmesine sebep olmaktadır. Her ne kadar iptalini talep ettiğimiz yasa hükmü Anayasanın 38. maddesi kapsamında sanık lehine ise de; hak arama hürriyetinin bu hükümle ihlal edilmiş olması karşısında iptal edilmesi gerektiği, en azından bundan sonra daha makul, mantıklı, çocuğu para gibi görmeyen bir hükümle konunun düzenlenmesi halinde daha sonraki uyumsuzluklara da adaletili bir çözüm tesis edilebilecektir. " gerekçesi ile iptali istenmiştir. İİK 341'inci madde İİK 25. maddesinin ihlalinin bir müeyyidesi olarak ta aslında koruduğu hukuki yarar itibarıyla yukarıdaki eleştirileri de hak etmektedir. Mahkememiz bu eksik talebini tamamlamak adına ve iş bu talep ile mahkemenizin 2014/58 esasında kayıtlı itirazımız ile birleştirilmesinin takdirini mahkemenize bırakarak iş bu itirazı yapmıştır. Ek talebimizle iptalini istediğimiz hükümlerin iptali halinde suçun maddi unsuru ve korunan hukuki yarar gözetilerek yasa koyucu aslında yeni bir hüküm oluşturmak zorunda kalabilecektir. SONUÇ: Yukarıda belirtilen gerekçelerle İİK 25/a maddesindeki yukarıda belirtilen ifadelerin de iptalini talep ederiz." (Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

<sup>70</sup> Ayrıca bkz. **Yılmaz Ejder**, Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz, Makaleler, C.2, Ankara 2014, s.1259.

*Ayrıca, alacaklının hakkını icra yoluyla alabileceğine ilişkin düzenlemeyle yetinilmemiş, maddenin son fıkrasında, çocukla şahsi ilişki kurulmasını engelleyen borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine Kanun'un 341. maddesine göre cezalandırılacağı belirtilerek, hakkın etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır. Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde düzenlenen tazyik hapsi, suç karşılığı uygulanan bir ceza değildir. Tazyik hapsinde kişi yasal yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanmak amacıyla belli bir süreye kadar hürriyetinden yoksun bırakılmakta, ancak, yükümlülüğünü yerine getirmesi ya da sürenin dolması hâlinde bu yaptırımın uygulanmasına derhal son verilmektedir. Bu bakımdan, tazyik hapsinin amacı, kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanmasıdır. İtiraz konusu kuralların amacının, çocukla şahsi ilişkilerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan borçlunun eylemini suç sayarak cezalandırmak değil, borçluyu ilam hükmünün gereğini yerine getirmeye zorlamak ve lehine hüküm verilen tarafın yargı yerlerine başvurarak bu konudaki hakkını etkin bir şekilde koruyabilmesini sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle, kanun koyucunun takdir yetkisi içinde olan kuralların, hukuk devleti ilkesine, hak arama hürriyetine, ailenin korunması ve çocuk haklarına aykırı bir yönü yoktur. Öte yandan itiraz konusu kurallar, çocukla şahsi ilişkilerin düzenlenmesine dair ilam hükmüne uymayan ve bu konuda lehine hüküm verilmiş herkes için geçerli olup kuralların eşlerden birine ya da diğer kimselere ayrıcalık tanıyarak eşitsizlik yaratan bir yönü de bulunmamaktadır”<sup>71</sup>. Bu değerlendirmeler ve ayrıntılı gerekçeli karar doğrultu-*

<sup>71</sup> Esasa yönelik incelemeden: "...Kanun'un itiraz konusu kuralları da içeren 25/a maddesinde, çocukla şahsi münasebetlerin düzenlenmesine dair ilam hükmünün yerine getirilmesi talebi üzerine icra müdürünün, küçüğün ilam hükümleri dairesinde lehine hüküm verilen tarafla şahsi münasebette bulunmasına mani olunmamasını; aksi hâlde ilam hükmünün zorla yerine getirileceğini borçluya 24. maddede yazılı şekilde bir icra emri ile tebliğ edeceği, bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341. maddedeki cezayı müstelzim olduğunun da yazılacağı, borçlunun bu emri tutmazsa ilam hükmünün zorla yerine getirileceği, borçlunun alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341. maddeye göre cezalandırılacağı; Kanun'un itiraz konusu 341. maddesinde ise çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verileceği, hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişinin tahliye edileceği hükmüne bağlanmıştır. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini sağlayan, bütün etkinliklerinde hukuka ve Anayasa'ya uyan, işlem ve eylemleri bağımsız yargı denetimine bağlı olan devlettir....Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen "kanun önünde eşitlik ilkesi" hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunlar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlâli yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özel-

sunda Anayasa Mahkemesi, konu maddelerin iptaline yönelik başvurunun reddine karar vermiştir<sup>72</sup>. Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin suç sayılan eylemlerin hangi tür ve ölçüde cezai yaptırıma bağlanacağı konusunda anayasal sınırlar içinde devletlerin takdir yetkisine sahip olduğu; 341. Maddede düzenlenen tazyik hapsinin suç karşılığı uygulanan bir ceza olmadığı, tazyik hapsinin amacının kişinin işlediği bir eylem nedeniyle cezalandırılması değil, belli bir yükümlülüğü yerine getirmeye zorlanması olduğu yönündeki tespitleri ve ulaştığı sonuç isabetlidir. Bu kapsamda çocuk tesliminde direnen kişiye 6 aya kadar tazyik hapsi uygulanacak, direnen veli ya da üçüncü kişi bu eylemini sona erdirip mahkeme kararındaki gibi çocuğu kararda yazılı ebeveyne teslim ettiğinde tahliye edilecektir.

#### D) İlamın İcrasında Uzman Bulundurulması

##### a) Genel Olarak

İcra takibiyle çocukla şahsi ilişki kurulması durumunda İcra ve İflas Kanunu 25/b maddesi gereğince pedagog, psikolog, sosyal çalışmacı, çocuk gelişimcisi veya eğitimci uzman görevlendirilir. İİK 25/b hükmü 17.7.2003 tarihinde 4949 sayılı Kanun'la getirilmiş bir düzenlemedir. İcranın huzurlu bir ortamda gerçekleştirilebilmesi ve çocuğun olumsuz koşullardan etkilenmemesi için uzmanın mesleki bilgi, tecrübe ve yaklaşımı ve tespit ve görüşleri çok önemli olacaktır; bu nedenle uzman, mümkün olduğunca icra sırasındaki gözlemlerini ve koşulların elverdiği ölçüde edinebildiği bilgileri mesleki bilgi ve tecrübeleri çerçevesinde değerlendirmelidir<sup>73</sup>.

---

likler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez. Anayasa'nın 36. maddesinde, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz" denilmektedir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur..."

<sup>72</sup> Savunulan bir görüşe göre, uzmanlar, yargı sürecinin işleyişine uzman kimlikleri ile katkı sağlayan, sürekli bir biçimde görev yapan, daha çok Anglo-Sakson sistemindeki 'teknik müşavirler' konumunda olan kişidir; işlevsel olarak bilirkişilerle benzerlik gösterebilir de, hâkimle olan ilişkileri ve tâbi olacakları usulî rejim itibarıyla onlardan farklılıklar gösterirler (**Tanrıver Süha**, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s.950).

<sup>73</sup> **Mavi**, s.272; Ayrıca bkz. **Özbay**, Çocuk, s.10-11.

İİK m.25/b uyarınca: “Çocukların teslimine ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürü ile birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir”. Maddenin gerekçesine göre, çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme<sup>74</sup> öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9.maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunacakları belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır<sup>75</sup>. Özellikle çocuğun tesliminde güçlük çıkarılması halinde uzmanın telkinleri ve yapıcı tavırları ile borçlu veya üçüncü kişiye zor kullanmaya gerek kalmaksızın ve çocuğun en az zarar göreceği biçimde teslimini sağlamak için kanun koyucu uzmanın hazır bulunmasını istemiştir<sup>76</sup>.

Sözleşme’de çocuğun “üstün yararı” özellikle vurgulanmaktadır. Çocuğun yararının gereklerini yerine getirmek için, sırf icra sürecinde uzmanların bulundurulması yetmez; çocuğun velayetinin ana veya babadan birine bırakılması yahut çocukla şahsi ilişki kurulmasına karar verilirken, bunların içeriği düzenlenirken çocuğun yararının göz önünde tutulması gereklidir<sup>77</sup>. Çocuğun yararı, velinin velayet hakkının sınırlarını belirler ve velinin çocuğun yararına aykırı olarak velayeti kullanmaları halinde kanunen müdahale edilmesini ve koruma tedbirleri alınmasını haklı kılar<sup>78</sup>. Çocuğun yararı gereği, veli, çocuğu ayrı bir kişilik olarak görüp onun kişiliğine saygı göstermek ve kişiliğinin gelişimine yardımcı olmakla yükümlüdür<sup>79</sup>. Zira 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu m.4/b uyarınca da çocuğun yararının gözetilmesi temel ilkelere biridir.

Çocukla şahsi ilişki kurmak için icra dairelerine yapılan başvuru sayısının azaltılması ve ebeveynler ve çocuk arasında yaşanan problemlerin önlenmesi için aile mahkemeleri tarafından velayet hakkı ve şahsi ilişki şekli belirlenirken, çocuğun düşüncesi ve uzman görüşü öğrenilmeli; şahsi ilişki şekli ana baba ve

<sup>74</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **İnan Ali Naim**, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHFD 1995/1-4, s.765 vd.

<sup>75</sup> 4949 sayılı Kanuna ait Hükümet Tasarısı Gerekçesi; Böyle durumlarda, çocuk nereye gideceğini, hangi tarafın sözlerine ve telkinlerine inanacağını bilemez; bir şaşkınlık, bir moral çöküntüsü onun küçük dünyasında büyük fırtınaların kopmasına neden olur; işte bu sakıncayı belki de en aza indirmek için uzmanlardan yararlanılmasına imkan tanınmıştır (**Özbay**, Çocuk, s.11).

<sup>76</sup> **Belgin**, s.67; Bkz. **Aydınlyım Suat**, İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, AD, S.5, Yıl 60, Mayıs 1969, s.275.

<sup>77</sup> **Belgin**, s.9.

<sup>78</sup> **Belgin**, s.14.

<sup>79</sup> **Belgin**, s.14.



çocuğa uygun olmalı; ana baba ve çocuk arasındaki şahsi ilişkiyi zedeleyecek olumsuzlukları giderici uygun önlemler alınmalı ve Türkiye tarafından aile hukuku davalarında uygulanacağı kabul edilen Avrupa Çocuk Hakları Sözleşmesi uygulanmalıdır<sup>80</sup>.

Şahsi ilişki kurulmasına ilişkin olarak, uzmanların ilâmın yerine getirilmesindeki işlevlerinin tam olarak öngörülmemiş olması ve İcra ve İflâs Kanunu m.25/b'deki "hazır bulundurulması" ifadesi karşısında uzmanların çocuğa sağlayacakları faydanın sınırlı kalacak olması eleştirilmiş, uzmanın statüsü, çalışma koşulları, yetki ve sorumluluklarının ayrıntılı olarak çizilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>81</sup>. Bu eleştirilere biz de katılmakla birlikte uzmana mahkemenin üstünde bir yetki verilmesi ve sınırlarının da bu şekilde belirlenmesi yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Konu hakkındaki görüşlerimize ve önerilerimize aşağıda ayrıntılı olarak değineceğiz.

## **b) Uzmanın Sorumluluğu**

### **aa) Uzmanın Ahlaki Sorumluluğu**

1-Uzman, icra sırasındaki gözlemlerini ve görüşlerini rapor haline getirerek icra dosyasına sunmalıdır. Çünkü bu rapor, ebeveynlerin şahsi ilişki şeklinde ya da velayet konusunda değişiklikler için ileride aile mahkemelerine açacakları davalarda aydınlatıcı olacaktır<sup>82</sup>.

2-Çocuğun şahsi ilişki kurmak istememesi durumunda uzman bunun sebeplerini belirlemeye çalışmalı ve çocuğun yararını tehlikeye atacak bir durum olmadığı izlenimine varması durumunda ebeveyn ve çocuk arasındaki uyumu sağlayıp çocuğu ikna ederek teslim edilmesine yardımcı olmalıdır<sup>83</sup>.

3-Uzman öncelikle çocuğa karşı sorumlu olduğunu ve onun yararını gözettiğini unutmamalı; çocuğun yararını ön planda tutmalı; tarafsız, hoşgörülü ve saygılı davranmalıdır<sup>84</sup>.

### **bb) Uzmanın BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden Doğan Sorumlulukları**

1. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi gereğince "*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar.*

<sup>80</sup> Mavi, s.280.

<sup>81</sup> Belgin, s.90-91.

<sup>82</sup> Mavi, s.272.

<sup>83</sup> Mavi, s.272.

<sup>84</sup> Mavi, s.273.

*Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır". Bu bağlamda uzman, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun düşüncelerini özgürce açıklaması için gerekli ortamı oluşturmali, çocuğa yeterli zaman ayırarak onu dinlemeli ve düşüncelerine gereken özeni göstermelidir<sup>85</sup>.*

2. Sözleşme'nin 16.maddesi uyarınca: *"Hiçbir çocuğun özel yaşantısına aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı gibi, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamaz. Çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır". Bu bağlamda uzman, icrada çocuğun onuru ve itibarına haksız bir saldırı olup olmadığını değerlendirmelidir<sup>86</sup>.*

### **c) Mahkeme Kararına Rağmen Uzmanın Çocuk Hakkında Farklı Bir Karar Verip Veremeyeceği**

İcrada görev alan uzmanın, şahsi ilişki tesisinin çocuğun yararına olmadığı kanaatine varması ya da çocuğun şahsi ilişkiyi reddetmesi durumunda acaba ne olacaktır? Bu başlıkta bu sorulara cevap bulmaya çalışacağız.

#### **aa) Çocuğun Yararının Şahsi İlişki Kurulmamasını Gerektirmesi**

İcra ve İflas Kanunu m.25/b ile icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu ile çocuğun psikolojisinin rahatsız edici unsurlardan etkilenmemesi amaçlanmıştır<sup>87</sup>. Nitekim Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 25.3.2003 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair kanun tasarısı ve adalet komisyonu raporunun genel gerekçe bölümüne göre *"Çocuğun, ülkemizin de taraf olduğu Çocuk Hakları Sözleşmesinde öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sözleşmenin 9. maddesi uyarınca taraf devletlerin saygı gösterecekleri esasına uyum sağlanması amacıyla, çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu getirilerek çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır."* Ayrıca Adalet Bakanlığı'nın 30/11/2006 tarih ve 115 no.lu genelgesine göre *"...kanun koyucu...çocuk teslimine ilişkin ilâmların icrasında, çocuğun yüksek*

<sup>85</sup> Mavi, s.273.

<sup>86</sup> Mavi, s.273.

<sup>87</sup> Uyar, Şerh II, s.2693.

yararının korunması amacıyla... bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde ise bir eğitimcinin mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması amacıyla hazır bulunmasını öngörmüş, böylece çocuğun, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme’de öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve Sözleşmenin 9’uncu maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması suretiyle, psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlanmıştır”.

Sözleşme’nin 3. maddesine göre “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde çocuğun yararı temel düşüncedir. Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstlenirler ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alırlar”.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı gibi şahsi ilişkinin ön koşulu çocuğun yüksek yararı olup, burada devletin görevi BM Çocuk Hakları Sözleşmesi m.9 uyarınca çocuğun şahsi ilişki kurma hakkına saygı duymak ve korumaktır<sup>88</sup>. Bu hakkı Aile Mahkemesi, çocukla ilgili kararına varmadan önce gözetecek ve kararını bu yönde verecektir.

Savunulan görüşe göre, uzman bulundurulmasının amacı “çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi” ve “uzmanın mesleki bilgi ve tecrübesinden yararlanılması” olduğundan icrada görev alan uzman, çocuğun yüksek yararına aykırı olduğu için çocukla şahsi ilişki kurulmamasını talep ederse şahsi ilişki kurulmamalıdır<sup>89</sup>. Yine bu görüşe göre, Türk Medeni Kanunu m.324’e göre çocuğun huzurunun bozulması bile şahsi ilişki şeklinde değişiklik koşuludur. Ayrıca Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair 5717 sayılı Kanun’un 22. maddesine göre: “İlamın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağından uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re’sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icra ertelenir”. Bu görüş uyarınca icra sırasında şahsi ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığına karar verecek kişi uzmandır.

Savunulan görüşe katılmadığımızı baştan ifade edelim. Savunulan görüşe dayanak oluşturan maddelerden ilki BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 9.maddesidir. Konu maddeden, savunulan görüşe ulaşamadığımız için maddenin tümünü ele alıyoruz: “Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun, ana-babasından, onların rızası

<sup>88</sup> Mavi, s.276.

<sup>89</sup> Mavi, s.277.

dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar. Ancak, ana-babası tarafından çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi durumlarında da ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde bu tür bir ayrılık kararı verilebilir. Bu maddenin birinci fıkrası uyarınca girilen her işlemde ilgili bütün taraflara işleme katılma ve görüşlerini bildirme olanağı tanınır. Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler. Böyle bir ayrılık, bir Taraf Devlet tarafından girilen ve çocuğun kendisinin ana veya babasının veya her ikisinin birden tutuklanmasını, hapsini, sürgün, sınır dışı edilmesini veya ölümünü, (ki buna devletin gözetimi altında iken nedeni ne olursa olsun meydana gelen ölüm dahildir) tevlit eden herhangi benzer bir işlem sonucu olmuşsa, bu Taraf Devlet, istek üzerine ve çocuğun esenliğine zarar vermemek koşulu ile; anababaya, çocuğa veya uygun olursa ailenin bir başka üyesine, söz konusu aile bireyinin ya da bireylerinin bulunduğu yer hakkında gereken bilgiyi verecektir. Taraf Devletler, böyle bir istemin başlı başına sunulmasının ilgili kişi veya kişiler bakımından aleyhe hiç bir sonuç yaratmamasını ayrıca taahhüt ederler”. Uzmanın, icrai işlem sırasında çocukla şahsi ilişki kurulup kurulmayacağı yönünde karar verici olduğuna dayanak olarak gösterilen yukarıdaki maddede, taraf devletlerin, çocuğun, ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasının güvence altına alınması, hangi durumlarda ayrılık kararı verilebileceği, çocuğun kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, anababanın ikisiyle de düzenli bir biçimde şahsi ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkı olduğu gibi hususlar düzenlenmiştir. Bunun ötesinde çocuğa, mahkeme kararının üstünde bir karar verme hakkı ya da uzmana olağanüstü bir yetki verilmemiştir.

Savunulan görüşe dayanak olan ikinci mevzuat, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun’dur. Bu Kanunun amacı 1.maddeye göre; “Velâyet hakkı ihlâl edilerek Sözleşmeye taraf bir ülkeden diğer bir taraf ülkeye götürülen veya alıkonulan çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iadesine veya şahsî ilişki kurma hakkının kullanılmasına dair 25/10/1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Veçhelerine Dair Sözleşmenin uygulanmasını sağlamaya yönelik usûl ve esasları düzenlemektir”. Kanun’un kapsamını düzenleyen 2.maddeye göre ise: “Bu Kanun, bir kişiye veya bir kuruma tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tevdi edilmiş bulunan ve yer değiştirmenin veya alıkonulmanın gerçekleştiği sırada fiilen kullanılmakta olan velâyet veya şahsî ilişki kurulması haklarının ihlâlinden hemen önce mutad meskeninin bulunduğu taraf ülkelerden birinde bulunan çocuklara uygulanır”. Kanun’un gerek amacına gerekse kapsamına baktığımızda savunulan görüş kapsamında maddenin kıyas yoluyla uygulanamayacağı açıktır. Nite-

kim icra hukukunda kanunilik ilkesi geçerlidir<sup>90</sup>. Kanunilik ilkesi gereği, cebri icra mutlak bir belirlilik ve kesinlik taşımalı, sınırları belirli olmalıdır<sup>91</sup>. Bu bağlamda İcra ve İflas Kanunu'nun hükümleri açıkken ve uzmanın yetkileri sınırlı olarak düzenlenmişken uzmana başka düzenlemelerden yararlanarak kıyas yoluyla İcra ve İflas Kanunu'nda olmayan yetkiler verilemez. Uzman, çocuğun yüksek yararına aykırılık tespit edip, talepte bulunanın çocukla şahsi ilişki kurulmasını engelleyemez.

Savunulan görüşe göre, icra sırasında ebeveynler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmuyorsa veya çocuğa bedensel ya da psikolojik zarar verecek tutum ve davranışlar içerisindeyseler ve bu nedenlerle icrada yaşanan olaylar çocuğun yararına aykırıysa uzmanın gerekli araştırmaları yaparak gerekiyorsa Sözleşmenin 3, 18 ve 4. maddeleri gereğince uygun yasal, idari ve diğer önlemlerin alınabilmesi için şahsi ilişki kurulmasının ertelenmesini önermesi gerekir<sup>92</sup>. Bu görüşü destekleyen diğer görüşe göre, "...olması gereken hukuk bakımından, icra müdürünün öncelikle uzmanın görüşü doğrultusunda çocuk teslimini gerçekleştirmesi gerekir. Uzman kişi çocuk tesliminin veya çocukla şahsi ilişki kurulmasının o anda yapılamayacağı kanaatindeyse, icra müdürünün uzmanın görüşünü yazılı hale getirerek icrayı yapmaması gerekir; aksi halde uzman görüşlerine uyulmadığında hiçbir sonucu olmayan bir danışman haline dönüşür<sup>93</sup>".

Konu görüşe dayanak olan 18.maddeye baktığımızda: "*Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler, çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilelere düşer. Bu kişiler her şeyden önce Çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler. Bu Sözleşmede belirtilen hakların güvence altına alınması ve geliştirilmesi için Taraf Devletler, çocuğun yetiştirilmesi konusundaki sorumluluklarını kullanmada ana-baba ve yasal vasilerin durumlarına uygun yardım yapar ve çocukların bakımı ile görevli kuruluşların, faaliyetlerin ve hizmetlerin gelişmesini sağlarlar. Taraf Devletler, çalışan ana-babanın, çocuk bakım hizmet ve tesislerinden, çocuklarının da bu hizmet ve tesislerden yararlanma hakkını sağlamak için uygun olan her türlü, önlemi alırlar*". Konu maddeden, uzmanın, Sözleşme'nin mahkemenin şekli anlamda kesinleşmiş olan kararının önüne geçerek bir karar verme kudretine sahip olduğu sonucuna ulaşamamaktadır. Yapılan düzenleme ile taraf devletlere çocuğun

<sup>90</sup> Özkes, İlkeler, s.89 vd; Çiftçi, s.125.

<sup>91</sup> Akkaya, s.856.

<sup>92</sup> Mavi, s.274.

<sup>93</sup> Belgin, s.100.

gelişimi konusunda ödev yüklenmiştir. Devlet bu ödevini mahkeme teşkilatına psikolog, pedagog, sosyal gelişim uzmanı gibi uzmanları dahil ederek ve mahkemelerin karar vermeden önce bu uzmanlardan görüş almasını sağlayarak yerine getirmektedir. Bütün incelemesini kapsamlı bir şekilde yerine getiren hakimim verdiği karar, hükmün icrası sırasında aynen uygulanacaktır. Nitekim Çocuk Haklarının Uygulanmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre ise, "Çocuğu etkileyen kovuşturmalarda adli makam, karar vermeden önce: a. Elinde bulunan bilgilerin çocuğun yüksek yararı doğrultusunda bir karar verilebilmesi için, yeterli olup olmadığını gözden geçirmeli ve gerektiğinde, özellikle de velayet hakkına sahip olanlardan, ek bilgi toplamalıdır. b. İç hukuk tarafından görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olduğu düşünülen çocuğun durumunda, çocuğun tüm ilgili bilgiyi edinmesi sağlanmalı; çocuğun yüksek yararına açıkça karşı olmadığı sürece, uygun vakalarda çocuğa doğrudan, gerekiyorsa özel olarak veya diğer kişiler ya da kurullar yoluyla danışılmalıdır; çocuğun görüşlerini ifade etmesine izin verilmelidir. c. Çocuk tarafından ifade edilen görüşlere gereken özen gösterilmelidir". Bu sınırlamalara uygun karar veren, karar verme öncesinde çocuğu dinleyen hakimim kararı, artık kararın icrası sırasında tartışma konusu yapılmamalıdır. Taraflar gerekiyorsa, mahkemenin kararının değiştirilmesi için gerekli müracaatları yine yasal yollardan yapabilirler.

Yargıtay'a göre. boşanma ilamı ile velayeti babaya verilen küçüğün, anneyle şahsi ilişki kurması uygun görüldüğüne göre, şahsi ilişki kurulmamasına da mahkemece karar verilir. İcra Müdürlüğünce, ilamın icrası sırasında, infazın çocuk psikolojisi açısından olumsuzluğuna değinen uzman beyanı dikkate alınarak, çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesi kanuna aykırıdır<sup>94</sup>. Uzmanlar, çocuğun teslim edilmemesine ilişkin görüş bildiremezler, ilamın icrasına nezaret edip yardımcı olurlar<sup>95</sup>.

<sup>94</sup> "...KARAR: Takip dayanağı {Küçükçekmece İkinci Aile Mahkemesi} 'nin 2007/854 esas, 2008/755 karar sayılı 30.07.2008 karar tarihli ilamı ile boşanmaya, küçüğün velayetinin babaya bırakılmasına ve şikayetçi anne ile küçük arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. İİK'ya 4949 sayılı Kanun'la eklenen 25/b maddesine göre "Çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürüyle birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir". Bu maddeye ilişkin hükümet gerekçesinde; "Çocuğun Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede öngörülen yüksek yararı ve Sözleşmenin 9. maddesinde yer alan ilkelere uyum sağlanması amacıyla çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında hazır bulunabilecekler belirtilerek, çocuğun psikolojik yönden rahatsız edici unsurlardan etkilenmesinin önlenmesi amaçlandığı" açıklanmıştır. 11.12.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 09.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanun'la kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde, yetkili makamlarca uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe, çocuğun; ana-babasından,

Yargıtay'ın kararlarına göre: "...Velayet düzenlenirken, göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı"dır. Çocuğun üstün yararının belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir"<sup>96</sup>". Yargıtay kararlarında, karar

onların rızası dışında ayrılmamasının güvence altına alınacağı, ancak, ana-babanın birbirinden ayrı yaşaması nedeniyle çocuğun ikametgahının belirlenmesi amacıyla karara varılması gerektiğinde, bu tür bir ayrılık kararı verilebileceği ve ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterileceği düzenlenmiştir. İİK'nın 25/b maddesine ilişkin hükümet gerekçesi ve gerekçede atfı yapılan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi birlikte değerlendirildiğinde; çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamların icrasında icra müdürünün yanında sosyal çalışmacı, pedagog, psikolog veya çocuk gelişimcisi gibi bir uzmanın bulundurulmasıyla, velayetin kendisine bırakıldan çocuğun alınıp, şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden etkilenmemesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Boşanma ilamı ile mahkemece velayeti babaya verilen küçüğün anneyle kişisel ilişki kurması uygun görüldüğüne göre, görevi infaz işlemi sırasında yalnızca küçüğe psikolojik yardımda bulunmak olan uzmanın beyanına itibar edilerek infaz işleminin yapılmaması ilam hükmünü ortadan kaldırır nitelikte olduğu gibi, hükümet gerekçesinde atfı yapılan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde yer alan; "yetkili makamlarca uygulanabilir yasa ve usullere göre ve temyiz yolu açık olarak, ayrılığın çocuğun yüksek yararına olduğu yolunda karar verilmedikçe" ve "çocuğun ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterileceği" hükümlerine de aykırıdır. Bir diğer ifade ile küçüğün anne veya babası ile kişisel ilişki kurmamasına ancak mahkemece karar verilebilir. Bu nedenle İcra Müdürlüğüne, infazın çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkileyeceğine yönelik uzman beyanına itibar edilerek, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ilamın yerine getirilmemesi yasaya aykırıdır. O halde, mahkemece şikayetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin reddi yolunda hüküm tesisi isabetsizdir. **SONUÇ:** Alacaklı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK 366 ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca (BOZULMASINA) , 09.06.2009 gününde oybirliğiyle karar verildi" (12.HD., 2009/4318 E., 2009/12326 K., 9.6.2009 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

<sup>95</sup> Bkz. **Pekcantez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özekes, s.467.**

<sup>96</sup> "... (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi madde 6: TMK madde 339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu madde 4/b) . Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece, velayetin ebeveynlerden hangisine verilmesinin çocuğun yararına olacağı konusunda uzman veya uzmanlardan (4787 Sayılı Kanun madde 5) rapor alınarak, tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. **SONUÇ:** Temyiz edilen hükmün yukarıda (2.) bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD., 2014/19845 E., 2015/4183 K., 11.2.2015 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

...Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK. md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b) 'dır. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları, boşanmadaki kurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkileme-

verme aşamasında çocuğun mahkeme tarafından üstün yararının gözetilmesi gerektiği ifade edilmekte olup, bunun dışında uzmana mahkeme kararlarının uygulanmamasını sağlayıcı bir güç verilmemiştir. Konu hakkında savunulan karşı görüşe ilişkin görüşlerimizi ve gerekçelerimizi ayrıca alt başlığı değerlendirirken açıklayacağız<sup>97</sup>.

#### **bb) Çocuğun Şahsi İlişki Kurmayı Reddetmesi**

BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde "Taraflar devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve uygun derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanır- lar." denilmektedir. Bu madde dayanak alınarak savunulan görüşe göre "uzman, çocuğun görüşlerini öğrenmeli şahsi ilişkiyi yüksek yararına aykırı olmadığı halde reddeden çocuğu ikna etmeye çalışmalıdır; eğer çocuk ikna edilemiyorsa ve şahsi ilişki kurmayı yüksek yararına aykırı olacak sebeplerle reddediyorsa sözleşmenin 3. maddesindeki '...çocukları ilgilendiren bütün

---

diği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece, tarafların müşterek çocukları 1998 doğumlu G., 1999 doğumlu M. ve 2001 doğumlu V.nin velayetleri çocukların yaşı, anne bakım ve şefkatine muhtaç olduğu gerekçesi ile davacı anneye verilmiştir. Davacı (kadın) temyiz dilekçesinde "velayeti kendisine tevdi edilen müşterek çocukların biyolojik anneleri olmadığını" belirterek çocukların velayetinin davalıya verilmesini talep etmiştir. Velayetin kamu düzenine ilişkin olması da dikkate alınarak davalının temyiz aşamasında sunduğu dilekçe de değerlendirilip davacı babanın barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre çocukların sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması ve tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek sonucuna göre velayet konusunda bir karar verilmesi üzere hükmün bozulması gerekmiştir" (2.HD, 2014/15336 E., 2014/25732 K., 27.11.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (bm Çocuk Haklarına Dair Sözleşme madde 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi madde 1; TMK m.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu madde 4/b) 'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Mahkemece tarafların müşterek çocukları 2011 doğumlu Mustafa'nın velayeti davalı anneye verilmiştir. Dosya kapsamındaki delillerden ve tanık beyanlarından davalı kadının başka bir kişiyle çocuğunu bırakarak kaçtığı anlaşılmaktadır. 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan inceleme ve rapor istenip, davalı annenin barınma, gelir, sosyal ve psikolojik durumuna göre ortak çocuğun sağlıklı gelişimi için velayeti üstlenmeye engel bir durumun bulunup bulunmadığının araştırılması ve tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleştirilecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırmayla velayet konusunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır (2.HD, 2013/8062 E., 2013/20921 K., 16.9.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

<sup>97</sup> Bkz. Aşa. bb)Çocuğun Şahsi İlişki Kurmayı Reddetmesi, dipnot 100-107 arası.



*faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...*' prensibiyle zor kullanma yoluna gitmeden icra takibine şahsi ilişki kurulmadan son verilmelidir; çünkü 'zorla icra olunur' hükmü borçlunun, çocuğun diğer ebeveyniyle şahsi ilişki kurma hakkını ihlal ettiği durumlarda borçluya karşı yapılacak bir işlemdir; çocuğa zor kullanmak hem Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne hem şahsi ilişkinin amacına hem de çocuğun kişilik haklarına aykırı bir davranış olacak ve çocuğun hakları ve yüksek yararı savunulmaya çalışılırken çocuk psikolojik olarak örselenecek, nesneleştirilecek ve suçluymuş gibi cezalandırılmış olacaktır<sup>98</sup>". Savunulan bu görüş doğrultusunda, burada icra takibiyle çocukla şahsi ilişki kurulmaması durumunda çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveynin çocuğuyla şahsi ilişki kurmanın başka yollarını araması gerekmektedir; örneğin çocuğuyla arasındaki problemlerin çözüm yollarını bulmaya çalışmalı ya da aile mahkemelerine şahsi ilişki davası açmalıdır; çünkü şahsi ilişkide her zaman çocuğun yararı ön plandadır; bu sebeple anne-baba çocuğun yüksek yararını göz önünde bulundurmalı; bu konuda olabildiğince çocuğun düşüncesini göz önünde tutmalı; çocuğun huzurunu bozmamalı ve icrada bir alacak tahsil eder gibi davranmalarının ve birbirlerini hasım gibi görmelerinin her iki tarafa da bağlı olan çocuğa zarar vereceğini unutmamalıdır<sup>99</sup>. Yine savunulan bu görüşe göre, çocuk, şahsi ilişkiyi bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya kötü muamele gibi durumlardan herhangi birine maruz kalabileceğini ifade ederek reddediyorsa, uzman, çocuğun ifade ettiği bu muhtemel durumların araştırılması ve gerekiyorsa sözleşmenin 4. ve 19. maddeleri gereğince yasal, idari, toplumsal ve eğitsel bütün önlemlerin alınabilmesi için şahsi ilişki kurulmasının ertelenmesini önermelidir<sup>100</sup>. Belirtilen görüş, Anayasa'nın 90.maddesinde düzenlenen "...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletler arası antlaşmalar kanun hükmündedir... milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır" hükmüne atıfta bulunmaktadır.

Yukarıda<sup>101</sup> katılmadığımız görüşe ilişkin karşı görüşlerimizi ifade ederken ilk olarak ifade etmeliyiz ki eğer milletlerarası sözleşme yukarıdaki görüşte belirtildiği şekilde bir düzenleme içermiş olsa idi şüphesiz Sözleşme hükümleri dikkate alınacak idi. Fakat Sözleşme maddeleri ayrıntılı olarak verildiği gibi görüşü destekler hükümler içermemektedir.

<sup>98</sup> **Mavi**, s.277-278; Bu görüş uyarınca oluşturma yeteneğine sahip çocuk velayet hakkına sahip ebeveynine kendi yüksek yararına aykırı olacak sebeplerle dönmek istemiyorsa teslim yapılmamalıdır.

<sup>99</sup> **Mavi**, s.278.

<sup>100</sup> **Mavi**, s.273-274.

<sup>101</sup> Dipnot 98-100 arası.

İkinci olarak çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveynin çocuğun görüşmeyi reddetmesi durumunda aile mahkemelerine şahsi ilişki davası açmasına imkan yoktur. Böyle bir dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir. Zira çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen “alacaklı”nın elinde zaten mahkeme ilamı bulunmaktadır. Karşı görüş, açılan dava sonunda mahkemenin vereceği yeni karara da çocuğun uymamak istemesi durumunda icranın nasıl gerçekleştireceğini açıklamaktan uzaktır.

Üçüncü olarak BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinde düzenlenen görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkının mahkemede çocuğa tanınmış olup olmadığı önemlidir. Nitekim Yargıtay, yerel mahkemelerin çocuğun beyanını dikkate almadan hüküm vermesi durumunda mahkeme kararlarını bozmaktadır<sup>102</sup>. Yargıtay kararlarında çocuğun üstün yararına vurgu yapmakta, bu vurguyu yaparken Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne atıfta bulunmaktadır. Çocuğun üstün yararı zaten karar verme aşamasında göz önüne alındığından, kararın icrası aşamasında çocuğun üstün yararına aykırı bir durumun zaten oluşmayacağı tabiidir. Yargıtay, özellikle belli bir yaşa gelmiş ve idrak kabiliyeti gelişmiş çocuğun dinlenmesi ve buna uygun karar verilmesi gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır<sup>103</sup>. Muhakeme sırasında hakim

<sup>102</sup> “...Velayet düzenlemesinde asıl olan çocuğun menfaatidir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddesi gereğince çocuğun kendisiyle ilgili kararlarda çocuğun beyanı dikkate alınmalıdır. O halde mahkemece idrak çağında olan müşterek çocuk Selin'in velayet hususundaki beyanına başvurulup uzman incelemesi de yaptırılarak deliller hep birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet hakkında düzenleme yapılması gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2., 3. ve 4. bentlerde gösterilen sebeplerle BOZULMASINA...” (2.HD, 2014/2973 E., 2014/5025 K., 10.3.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016)

“...Müşterek çocuklardan Tuğçe 1994 ve Busenur 2001 doğumludur. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. Çocuk Haklarının Kullanılmasına ilişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddelerine göre idrak çağında bulunan çocukların dinlenilmesi ve onların ifade edeceği görüşlere de önem verilip gerekirse 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi uyarınca uzman veya uzmanlardan rapor alınıp, deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken velayet konusunda eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeplerle velayet düzenlemesi yönünden BOZULMASINA...” (2.HD, 2009/3600 E., 2010/5346 K., 22.3.2010 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

<sup>103</sup> “...Velayeti anneye bırakılan küçükler 05.10.1999 doğumlu B. ile 13.3.2006 doğumlu E. uzman ile görüşmelerinde babalarıyla kalmak istediklerini belirtmişlerdir. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri gereğince ve uzman raporu da gözetilerek çocukların velayetlerinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde anneye verilmesi doğru görülmemiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA...”

tarafından çocuk dinlenip uzmandan rapor alındıktan sonra ulaşılan kararın icra aşamasında çocuğun şahsi ilişki kurulup kurulmayacağı noktasında karar verici olarak dinlenmesine artık imkan kalmayacaktır. Çünkü hakim zaten çocuğu dinleyerek kararına ulaşmıştır. Hakimin kararında hata yaptığı düşünülüyorsa olağan kanun yollarına; şartlar oluşmuş ise olağan üstü kanun yollarına müracaat edilebilir.

Dördüncü olarak Sözleşme'nin 3. maddesindeki '*...çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir...*' kuralından yola çıkarak zor kullanma yoluna gitmeden icra takibine şahsi ilişki kurulmadan son verilmesi görüşüne de yukarıdaki açıklamalar kapsamında imkan yoktur. Bu şekildeki mahkeme kararının yerine getirilmesinin Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne, şahsi ilişkinin amacına, ve çocuğun kişilik haklarına aykırılık oluşturduğunu savunamayız. Kendisi hakkında karar verecek olgunluğa erişmemiş, ergin olmayan çocuğun diğer ebeveyniyle ilişki kurup kurmama konusunda sadece mahkemede görüşünü belirtme hakkı vardır, bunun dışında mutlak bir tercih hakkı bulunmamaktadır. Mahkemede, çocuğa görüşünü açıklama imkanı verilmemesi ise şüphesiz Sözleşme'ye aykırılık oluşturmaktadır.

Konuya ilişkin Yargıtay'ın bir kararına göre: "...asıl olan, çocuğun üstün yararlarıdır. Çocuğun yararı ile ana ve babanın yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararının tercih edilmesi; iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocukların velayet konusundaki tercihlerine, mahkemenin gereken önemi vermesi gerekir (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md.3-6). Ancak, çocuğun velayeti hak-

---

(2.HD, 2012/24677E., 2013/10958K., 18.4.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK. md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b)'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konuları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Müşterek çocuklar Bilge ve Burak ikiz olup 10.1.2002 doğumladılar. Davacı-davalı kadının evli ve iki çocuklu bir kişi ile birlikte yaşadığı ve çocukların bu durumu fark edebilecek yaşta oldukları ve ikiz çocukların birbirlerinden ayrılmasını gerektirir bir durumun bulunmadığı, kardeşlerin birbirlerinden ayrılmalarının onların ruhsal ve bedensel gelişimlerini olumsuz etkileyeceği anlaşılmaktadır. Bütün bu açıklamalar karşısında; müşterek çocuk Burak'ın velayet düzenlemesi konusundaki üstün yararının, velayetinin babaya bırakılması olduğu anlaşılmaktadır. Durum böyleyken mahkemece müşterek çocuk Burak'ın geçerli üstün yararı olmadığı halde, yazılı şekilde velayetinin davacı-davalı anneye bırakılması isabetsiz olmuş ve bozmayı gerektirmiştir. Temyiz edilen hükmün yukarıda 2. bentte gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD, 2012/17403E., 2013/3469K., 13.2.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

kindaki görüşü, çocuğun üstün yararına aykırı düştüğü takdirde çocuğun tercihinin aksine velayet düzenlemesi yapılmalıdır.<sup>104</sup>”

Beşinci itirazımız 4.ve 19.maddenin yorumuna ilişkindir. Yukarıdaki görüşe dayanak olan Sözleşme'nin 4.maddesine göre: “*Taraf Devletler, bu Sözleşme’de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü, yasal, idari ve diğer önlemleri alırlar. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak, Taraf Devletler eldeki kaynaklarını olabildiğince geniş tutarak, gerekirse uluslararası işbirliği çerçevesinde bu tür önlemler alırlar*”. Yine Sözleşme’nin 19.maddesine göre: “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenirken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suiistimale, ihmâl ya da ihmalkar muameleye, irza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alırlar. Bu tür koruyucu önlemler; çocuklara kötü muamele olaylarının önlenmesi, belirlenmesi, bildirilmesi, yetkili makama havale edilmesi, TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu 144 soruşturulması, tedavisi ve izlenmesi için gerekli olduğu takdirde adliyenin işe el koyması olduğu kadar durumun gereklerine göre çocuğa ve onun gereken desteği sağlamak amacı ile sosyal programların düzenlenmesi için etkin usulleri de içermelidir*”. Kanaatimizce burada uzmanın mahkeme tarafından verilmiş kararın uygulanmamasını önerme gibi bir yetkisi yoktur. Uzmanın yapması gereken bu yöndeki olumsuz tespitlerini rapor haline getirmektir. Bu rapor doğrultusunda Aile Mahkemesi’ne müracaat edilerek velayet ilişkisi ya da şahsi ilişki tesisi yönündeki kararların değiştirilmesi talep edilebilir. Uzmanın yapması gereken şahsi ilişki tesisinin çocuk açısından en verimli şekilde yapılmasını yani mahkemenin kararının uygulanmasını sağlamak, bu esnada çocuğu rahatlatmaktır. Uzmanın bunun ötesinde mahkeme kararının yerine geçecek bir görüşü olamaz. Nitekim mahkeme icraya konu kararı verirken zaten uzmanlardan görüş alarak ilama konu kararına ulaşmış ve bu karar

<sup>104</sup> “Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararıdır. Çocuğun yararı ile ana ve babanın yararı çatıştığı takdirde, çocuğun yararının tercih edilmesi; iç hukuk bakımından idrak çağında olduğu kabul edilen çocukların velayet konusundaki tercihlerine, mahkemenin gereken önemi vermesi gerekir (BM Çocuk Hakları Sözleşmesi md.12; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md.3-6). Ancak, çocuğun velayeti hakkındaki görüşü, çocuğun üstün yararına aykırı düştüğü takdirde çocuğun tercihinin aksine velayet düzenlemesi yapılmalıdır. Yaşı nedeniyle idrak çağında olduğu anlaşılan 2002 doğumlu ortak çocuk S.'in velayet tercihi konusundaki beyanlarının çelişkili olduğu, önce babasının daha sonra ise annesinin velayetini tercih ettiği görülmektedir. Davalı annenin boşanmaya sebep olan olaylardaki tutumu tarafların ekonomik ve sosyal durumu göz önüne alındığında, çocuğun sağlıklı gelişimi ve eğitimi bakımından üstün yararının babasının velayeti altına alınmasını gerektirdiği anlaşılmaktadır. O halde, ortak çocuk S.'in velayetinin davacı babasına verilmesi yerine, yazılı gerekçeyle anneye verilmesi isabetsiz olmuş, bozmayı gerektirmiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA...” (2.HD, 2012/14342E., 2013/15406K., 4.6.2013 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

tarafarca kanun yoluna götürülerek ya da götürülmeyerek kesinleşmiştir. Artık kararın icrası sırasında yapılması gereken bu karara uymak ya da mahkemeden başka bir karar alarak hükmün icrasını değiştirmektir.

Yine katılmadığımız yukarıdaki görüşe<sup>105</sup> göre icra dairesince şahsi ilişkinin kurulmaması durumunda, çocukla şahsi ilişki kurmak isteyen ebeveyn durumu İcra Mahkemesine de şikayet edebilir; hakim şikayetin kabulüne göre işlemin bozulmasını, işlemin düzeltilmesini veya işlemlerin yapılmasını isteyebilir<sup>106</sup>. Bu durumda çocuğun yararının gözetilmesi için çocukla şahsi ilişki kurulmaması hadiseye uygun bir davranış olarak kabul edilmeli ve icra mahkemesince çocuğun yüksek yararına yönelik uygun yasal, idari ve diğer önlemlerin alınabilmesi için gereğine göre durum velayet hükmünü kuran aile mahkemesine bildirilebilmelidir<sup>107</sup>.

Savunulan görüşte<sup>108</sup> belirtildiği gibi icrada bir alacak tahsil eder gibi davranılmaması gerektiğine biz de katılıyoruz. Fakat bu husus ebeveynlerden değil, Kanun'un sisteminden kaynaklanmaktadır. Kanun koyucu icrada bir alacak tahsil eder gibi ebeveynin çocuğa ulaşmasını hükme bağladığından ebeveynler de mecburen çocukla ancak bu şekilde görüşebilmektedir.

Uzmanların çocuk teslimi veya çocukla şahsi ilişki kurulmasına ilişkin ilâmların icrasındaki işlevi, ilamı yerine getirmekte direnen anne veya babanın çocuğun psikolojini olumsuz etkileyecek davranışlarda bulunmasını önleyerek veya ortaya çıkmışsa da gidermeye çalışarak çocuğun tesliminin çocuk için bir travma oluşturmamasına mani olmaya çalışmaktır; böylece çocuk kavgalı, gürültülü ve gerilimli bir ortama maruz kalmadan ilam yerine getirilmeye çalışılır<sup>109</sup>. Bu bağlamda uzman, çocuğu mümkün olduğunca icra ve polis memurlarıyla muhatap etmemeli; ana, baba ve memurlarla görüşerek icra gerçekleştirilirken çocuğa karşı nasıl bir tavır takınacaklarını açıklamalı; ana-babaya şahsi ilişkinin zedelenmemesi ve çocuğun yararının korunması için sorumluluklarını hatırlatmalı; ana, baba veya üçüncü kişi arasında yaşanabilecek gergin ortamdan çocuğu uzak tutmaya çalışmalı ve çocuğu bu ortama psikolojik olarak hazırlamalıdır<sup>110</sup>.

#### *cc) Velayet Hakkına Sahip Ebeveynin Çocuğu Geri Alamaması*

Velayet hakkına sahip ebeveynin, çocuğu şahsi ilişki kurmak için gittiği ebeveyninden geri alamaması durumunda veli, İİK'nın 25. maddesine göre icra dairelerine başvurabilir.

<sup>105</sup> Dipnot 98-100 arası.

<sup>106</sup> **Mavi**, s.278.

<sup>107</sup> **Mavi**, s.278.

<sup>108</sup> Dipnot 98-100 arası.

<sup>109</sup> **Belgin**, s.98.

<sup>110</sup> **Belgin**, s.99.

Şahsi ilişki kurmak amacıyla çocuğu alan ebeveyn çocuğu kaçırmış ve rızası dışında alıkoymuşsa, çocuğun yararı ve hakları tehlikeye gireceği için İİK'nın 25. maddesine göre "zorla icra olunur" hükmü çocuğa karşı değil gerekiyorsa borçluya karşı uygulanmalı; çocuk fiziksel ve zihinsel olarak örselemeden; uzman yardımıyla ve rıza ile teslim öncelik verilerek ilam yerine getirilmelidir<sup>111</sup>. Mevcut düzenlemelerden yola çıkılarak uygulanabilecek en sağlıklı yol, İcra ve İflâs Kanunu m.25/b'de yer alan uzmanların şahsi ilişkiye engel olan kişiye çocuğa zarar verdiğini izah etmesi ve telkin ve ikna yoluyla çocuğu şahsi ilişki kuracak kişiye teslim etmesini sağlamasıdır<sup>112</sup>. Medeni Kanun'a göre velayete ilişkin kayıtlar çocuk reşit olana kadar açıktır, bu nedenle icra mahkemesi ya da ebeveynlerden biri, çocukla şahsi ilişki kurulmasında ve çocuğun tesliminde yaşanan sorunları velayet ve şahsi ilişki hükmünün kurulduğu aile mahkemesine bildirebilir; bu durumda aile mahkemesi değişen koşulları ve çocuğun ebeveynleriyle arasındaki sağlıklı ilişkinin çocuk açısından önemini göz önüne alarak, çocuğun gelişmesi ve menfaatlerinin korunması için uygun tedbirleri alabilir<sup>113</sup>. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.382/2'de "Aile Hukukundaki Çekişmesiz Yargı İşleri" arasında "*Velayetin kaldırılması, velayetin eşlerden birinden alınarak diğerine verilmesi ve kaldırılan velayetin geri verilmesi*" belirtildiğinden bu durumda değişiklik davası<sup>114</sup> da açılmaz. Zira velayetin kaldırılmasına yönelik talep çekişmesiz yargı işi<sup>115</sup>

<sup>111</sup> **Mavi**, s.279.

<sup>112</sup> **Belgin**, s.90.

<sup>113</sup> **Mavi**, s.279.

<sup>114</sup> "*Sonradan ortaya çıkan hukuki veya fiili değişiklikler sebebiyle, temelde yer alan hükümdeki yanlış tahminlerin düzeltilmesi amacıyla yönelmiş olan ve belirli zamanlarda ve belirli şekillerde yerine getirilmesi öngörülen edimlere ilişkin kesinleşmiş mahkeme kararları üzerinde gerçekleşmiş önemli değişikliklerin, ileri sürülmesi ve hukuk düzeni içinde sonuç doğurabilmesi için kullanılabilen olağandışı hukuki çare*" olarak ifade edilen değişiklik davasına ilişkin geniş bilgi için bkz. **Kurtuloğlu S. Serhat**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014, s.7.

<sup>115</sup> Çekişmesiz yargıda, maddi ilgili kavramı esas olduğundan bir çekişmesiz yargı işinde şeklen yer almasa dahi, o çekişmesiz yargı işi ile hukuki bağlantısı olan veya doğrudan etkilenen kimse maddi ilgili sayılacaktır (**Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013, s.739; **Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013, s.100; **Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, s.268; **Erişir Evrim**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007, s.105; **Budak Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s.111); Bu kapsamda velayetin kaldırılması hususunda üçüncü kişilerin mahkemeye başvurusu durumunda başvuranlar şekli ilgili ancak anne, baba, çocuk maddi ilgilidir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.100); Çekişmesiz yargı için bir başka bir ölçüt "sübjektif hakkın yokluğu" ölçütüdür. İlgililerin özel hukuk kişilerin karşı ileri sürebilecekleri sübjektif haklarının bulunmadığı işler uyumsuzluk konusu olsalar bile sübjektif hakkın yokluğu ölçütüne göre çekişmesiz yargıya tabidir; velayetin kaldırılması işi buna örnektir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul, s.67; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.106; **Ulukapı Ömer**, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014, s.28).

olarak görülecektir<sup>116</sup>. Bu sebeple kesin hüküm gücüne sahip olmayan ve çekişmesiz yargı içinde ortaya konulacak bir talep söz konusu olduğundan bu tür durumlarda, değişiklik davası için aranan şartlara bağlı kalmadan aile mahkemesinden talepte bulunulması mümkündür<sup>117</sup>.

Ayrıca Yargıtay'a göre: şahsi ilişki için babaya bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde ise uzman bulundurulmasına gerek yoktur<sup>118</sup>.

<sup>116</sup> Benzer şekilde Medeni Kanun'un 183.maddesine göre ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi, ölmesi gibi durumlar önemli hukuki veya fiili değişiklikler olarak değerlendirilmiş ve bu durumların gerçekleşmesi halinde hakim gerekli gördüğü hallerde resen veya ana ve babadan birinin talebi üzerine gerekli önlemleri alabileceği vurgulanmıştır (**Kırtıloğlu, s.177**).

<sup>117</sup> **Kırtıloğlu, s.178**.

<sup>118</sup> "...Davacı baba, velayeti annede bulunan 2003 doğumlu T.'nin velayetinin değiştirilmesini istemiş, mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya içindeki Sosyal Hizmet Uzmanı raporunda "müşterek çocuk T.'nin baba ile yaşamak istediği, baba ile rahat ve huzurlu iletişim kurduğu, duygu ve düşüncelerini rahat bir şekilde ifade ettiği, davalı annenin doğal olarak alzheimer hastası annesine bakarken stresli olması nedeniyle T.'nin psikolojik yönden bulunduğu ev ortamından olumsuz etkilendiği, davalı anneye duygu ve düşüncelerini ifade etmekten çekindiği, davalı annenin ve ailesinin dışlamasından tedirgin olduğu, davalı anneyi üzmemek istemediği ve anne ile sağlıklı bir iletişim kuramadığı, T.'nin görüşme sırasında sık sık babası yanında kalmak istediğini dile getirdiği ve bu nedenlerle velayetinin davacı babaya verilmesinin daha yararlı olacağı" bildirilmiştir. Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme md. 3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi md. 1; TMK md.339/1, 343/1, 346/1; Çocuk Koruma Kanunu md. 4/b) 'dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacının gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Yukarıda açıklanan uzman raporunda belirlendiği ve dosyada diğer delillerle de desteklendiği üzere müşterek çocuğun üstün yararı ve kendi isteği velayetinin değiştirilerek babasına verilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle velayetin değiştirilmesi davasının kabulü gerekirken, yazılı şekilde isteğin reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen sebeple BOZULMASINA..." (2.HD, 2014/17708 E., 2005/24993 K., 8.12.2014 T., Kazancı Hukuk Otomasyonu, Erişim Tarihi: 15.2.2016).

"...Küçüğün velayetinin Mahkemece şikayetçi anneye bırakıldığı anlaşılmaktadır. İİK'ya 4949 sayılı Kanunla eklenen 25/b maddesi aynen "çocukların teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası, icra müdürüyle birlikte Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından görevlendirilen Sosyal Çalışmacı, Pedagog, Psikolog veya Çocuk Gelişimcisi gibi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulunması suretiyle yerine getirilir." Bu maddede amaç uzun vadede velayetin kendisine bırakıldandan çocuğu alıp, şahsi münasebet için diğer tarafa verilmesi sırasında çocuğun psikolojik yönden etkilenmemesini sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki, çocuk babaya teslim edilirken ilgili maddede belirtilen kişilerden yararlanılmamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere küçüğün velayeti anneye verildiğine göre, babaya şahsi münasebet için bırakılan çocuğun tekrar anneye geri verilmesinde maddede öngörülen kişilerin bulunmasına gerek yoktur. Mahkemece şikayetin kabul edilerek icra müdürünün işleminin iptaline karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde sonuca gidilerek istemin reddi yolunda hüküm kurulması isabetsizdir. SONUÇ: Şikayetçi vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile Mahkeme kararının yukarıda yazılı nedenlerle İİK'nın 366. ve HUMK'un 428. maddeleri uyarınca BOZULMASINA, 20.12.2004 gününde oybirliğiyle karar verildi" (2.HD, 2004/21711 E., 2004/26246 K., 20.12.2004 T.,...Kazancı Hukuk Otomasyonu).

## SONUÇ

İcra ve İflas Hukuku sistemimizde canlılar da tıpkı taşınırlar gibi haczedilebilmektedir. Hayvanlar açısından haczin yapılacağı açıkça düzenlenmekle birlikte “çocuk” açısından da İcra İflas Kanunumuz neredeyse taşınırlarla aynı kuralları benimsemiştir. Olması gereken hukuk açısından özellikle hayvanların muhafazasının özellik gerektirmesi, çocuğun durumunun çok farklı olması gibi nedenler göz önüne alındığında bu kuralların İcra ve İflas Kanunu dışında ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması fakat bu düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu’nda, deniz icra hukukuna ait hükümlerde olduğu gibi (TTK m.1350-1400), maddi hukuk içinde değil, takip hukukunda ayrı bir kanun sistematğinde yer alması gerekmektedir<sup>119</sup>.

Öncelikle hayvanların haczi açısından İcra ve İflas Kanunumuzun sadece hacze yönelik hükümler içermesi fakat muhafaza altına alınmasına yönelik hiçbir düzenlemeye yer vermemesi büyük bir eksikliklerdir. Hayvanların muhafazası özellikle hayvanların sağlık koşulları açısından önem arz etmekte olup, muhafaza işleminin diğer taşınır malvarlığından ayrı bir şekilde ele alınması gerekir. Hayvanların muhafaza koşullarının nasıl olması gerektiği hakkındaki sınırlı bilgiye dolaylı yoldan ulaşılabildiğimiz Hayvanları Koruma Kanunu dışında İcra ve İflas Kanunu’nda bu durumun ayrıntılı olarak ele alınması gerekmektedir.

Çocuk teslimi, İcra ve İflas Kanunu’nda “Para ve Teminattan Başka Borçlar Hakkında İlamların İcrası” başlığı altında; “Taşınır Teslimi”ni düzenleyen 24.madde ile, “Taşınmaz Tahliye ve Teslimi”ni düzenleyen 26.maddenin arasında 25.maddede düzenlenmiştir. Kanun koyucu sistematik olarak çocuğu, sanki taşınır olarak değerlendirmiş, öncelikle taşınıra ilişkin hükümleri (ve çocuğun teslimini) belirlemiş, sonra taşınmazlara yönelik hükümlere geçmiştir. Bu sistemin değiştirilmesi ve çocuğun taşınır gibi değerlendirilmesi anlayışının terk edilmesi gerekir. Düşünen, duyguları olan, anne-babasının sevgisine ihtiyaç duyan çocuğun ve karşılıklı olarak çocuğa ihtiyaç duyan anne-babasının durumu dikkate alınarak çocuk teslimi ve şahsi ilişki tesisi icra teşkilatı dışında ayrı bir organ tarafından yerine getirilecek şekilde yeniden düzenlenmelidir. Bunu gerçekleştirecek organın Adalet Bakanlığı’na bağlı bir organ olması yerine Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı bir organ olması daha uygundur. Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı Çocuk Hizmetleri Genel Müdürlüğü bünyesinde ya da kurulacak başka bir birim nezdinde çocuk tesliminin ve çocukla şahsi ilişki tesisinin sağlanması daha faydalı sonuçlar getirecektir. Ayrıca

<sup>119</sup> Buna karşın, icra sisteminin geneli için icra teşkilatının yeniden düzenlenmesi ve yapılandırılması gerektiği belirtilmekte fakat farklı kanunlarda ve farklı gruplar için ayrı takip yolları düzenlenmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır (Özkes Muhamet, Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi, Prof.Dr.Bilge Umar’a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010, s.925).



çocuk teslimi ve çocukla şahsi ilişki tesisi sırasında hazır bulunacak uzmanların yetki, görev ve sorumluluk alanlarının net bir biçimde çizilmesi önem arz etmektedir. Zira mevcut durumda uzmanların mahkemenin yerine geçerek, hakim detaylı araştırma sürecinden sonra edindiği bilgiyi değiştirecek düzeyde görüş belirtebileceği, kararın uygulanmasını erteleyebileceği hatta uygulanmamasını sağlayıcı yönde karar verebileceğini ileri süren görüşler azımsanamayacak kadar çoktur. Uluslararası Sözleşmeler de dikkate alındığında uzmanlardan mahkeme kararına ulaşılan kadar yeteri miktarda faydalanılmalı, uzmanların yargılamadaki durumu şekli olmaktan kurtarılmalıdır. Ancak bu şekilde yapılacak verimli bir yargılama sonrasında hükmün icrası sırasında uzmanın hakim yerine geçerek farklı bir karar verebileceği yönünde ileri sürülen görüşlerin önüne geçilebilir.

**KAYNAKÇA**

- Akkaya Tolga**, İcra Memurunun Haczedilmezlik Kurallarını Kendiliğinden Dikkate Alıp Alamayacağı Sorunu, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010.
- Aydınlıyım Suat**, İcrada Çocuk Teslimi ve Şahsi Münasebet Tesisi, AD, S.5, Yıl 60, Mayıs 1969.
- Belgin Derya**, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 2011.
- Berkin Necmeddin**, Hacı Caiz Olmayan Eşya ve Alacaklar, İBD, 1957/5.
- Budak Ali Cem**, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Bulut Uğur**, İcra Hukukunda Ödeme Yerine Alacakların Devri, Ankara 2013.
- Çiftçi Pınar**, İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010.
- Erişir Evrim**, Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.
- Günay Mehmet**, İcra Suçları, Ankara 2014.
- İnan Ali Naim**, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, AÜHFD 1995/1-4, s.765 vd.
- Kaçak Nazif**, İcra ve İflas Suçları, Ankara 2006 (**Kaçak**, Suçlar).
- Kaçak Nazif**, İlamlı İcra, Ankara 2004 (**Kaçak**, İlamlı).
- Kırtıoğlu S. Serhat**, Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.
- Kuru Baki**, Hacı Caiz Olmayan Şeyler, Makaleler, İstanbul 2006 (**Kuru**, Caiz Olmayan).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.I, B.3, İstanbul 1988 (**Kuru**, İcra I).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.II, B.3, İstanbul 1990 (**Kuru**, İcra II).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku, C.III, B.3, İstanbul 1993 (**Kuru**, İcra III).
- Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İstanbul 2004 (**Kuru**, El Kitabı).
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, İcra ve İflas Hukuku, B.27, Ankara 2013.
- Kuru Baki/ Arslan Ramazan/ Yılmaz Ejder**, Medeni Usul Hukuku, B.24, Ankara 2013 (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, Usul).
- Mavi Ömer**, İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu, TBB Dergisi, S.74, Y.2008.
- Muşul Timuçin**, Gerekçeli - Notlu – İctihatlı İcra ve İflas Kanunu ve İlgili Mevzuat, B.8, Ankara 2011 (**Muşul**, Kanun).
- Muşul Timuçin**, İcra ve İflas Hukuku B.4, Ankara 2010 (**Muşul**, İcra).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.1, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 1).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.2, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 2).
- Oskay Mustafa/ Koçak Coşkun/ Deynekli Adnan/ Doğan Ayhan**, İİK Şerhi, C.3, Ankara 2007 (**Oskay/Coşkun/Deynekli/Doğan**, İİK 3).

- Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması, Prof. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.2, Ankara 2009 (**Özbay**, Muhalefet).
- Özbay İbrahim**, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, e-akademi.org, E.T.: 29.1.2016 (**Özbay**, Çocuk).
- Özçelik Volkan**, İcra Müdürünün Takdir Yetkisi, Ankara 2014 (**Özçelik**, Takdir Yetkisi).
- Özçelik Volkan**, Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan C.3, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, Y.2014, İzmir 2015 (**Özçelik** Zor Kullanma).
- Özekes Muhammet**, İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009 (**Özekes**, İlkeler).
- Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003 (**Özekes**, Dinlenilme).
- Özekes Muhammet**, Yeni Bir İcra Sistemi Önerisi, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, C.2, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Y.2009, İzmir 2010 (**Özekes**, Öneri).
- Pekcanitez Hakan**, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Ankara 1986.
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/ Özekes Muhammet**, Medeni Usul Hukuku, B.14, Ankara 2013 (**Pekcanitez**, (Usul).
- Pekcanitez Hakan/ Atalay Oğuz/ Sungurtekin Özkan Meral/ Özekes Muhammet**, İcra ve İflas Hukuku, B.10, Ankara 2012.
- Tanrıver Süha**, Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.
- Ulukapı Ömer**, Hacedilmezlik ve Hacedilmezliğin 4096 sayılı Özelleştirme Kanunu Kapsamındaki Uygulaması, BATİDER, 1995, C.XVIII, S.1.
- Ulukapı Ömer**, Medeni Usul Hukuku, B.2., Konya 2014 (**Ulukapı**, Usul).
- Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Manisa Barosu Dergisi, 1982, S.2, s.7-9. (**Uyar**, Çocuk İcra).
- Uyar Talih**, Çocuk Teslimine ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamlı Takipler, Yargı Dünyası Dergisi, Nisan 2004, s.9-13 (**Uyar**, Çocuk Takip).
- Uyar Talih**, Haczi Caiz Olmayan Mallar ve Haklar, Recai Seçkin'e Armağan, 1974.
- Uyar Talih**, İcra Hukukunda Haciz, B.2, Manisa 1990 (**Uyar**, Haciz).
- Uyar Talih**, İcra Hukukunda İlamlı Takipler, B.2, Manisa 1991 (**Uyar**, İlamlı).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.II. Ankara 2004 (**Uyar**, Şerh, II).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.V. Ankara 2006 (**Uyar**, Şerh, V).
- Uyar Talih**, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, B.2, C.VI, Ankara 2006 (**Uyar**, Şerh, VI).
- Üstündağ Saim**, İcra Hukukunun Esasları, B.8, İstanbul 2004.
- Yılmaz Ejder**, Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz, Makaleler, C.2, Ankara 2014.



# **Kamu Hukuku/ Public Law**

---



## **TEHDİT SUÇUNUN SİLAHLA İŞLENMESİ (SİLAHLI TEHDİT)**

*Yrd. Doç. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN\**

### **ÖZET**

Tehdit, en çok işlenen suç tiplerindedir. Bu suç, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun hürriyete karşı suçlar başlıklı bölümünde düzenlenmiştir. Bu çalışmada, 5237 sayılı TCK'nın 106/2-a maddesinde yer alan silahlı tehdit suçu incelenmiştir. Tehdit suçunun silahla işlenmesi, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli haldir. Tehdit, mağdurun iç huzurunu bozan ve güvenlik duygusunu zedeleyen bir fiildir. Dolayısıyla tehdit, kişilerin istediği gibi irade oluşturma ve oluşturduğu iradeye yönelik hareket etme hürriyetini kısıtlamaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** Tehdit, Silah, Ceza Hukuku, Suç, Hürriyet.

### **ABSTRACT**

Threat is one of the most frequently committed offenses. This offense is arranged on the section of the offenses against civil liberty of Turkish Penal Code law no.5237. In this study, the offense of threat with weapon disclosure of office secrets which takes place in the Article 106/2-a of Turkish Penal Code, was examined. In case of performance of threat by use of a weapon is a qualified form of threat. Threat is an action that causes to harm feeling of security and inner peace of the person who is exposed to such action. Therefore, threat limits the freedom of declaration of intention and acting upon the declared intention of the person.

**Keywords:** Threat, Weapon, Criminal law, Offense, Liberty.

---

\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

## 1. GENEL AÇIKLAMALAR

Tehdit suçu ve nitelikli halleri, 5237 sayılı TCK'nın "Özel Hükümler" başlıklı ikinci kitabının "Kişilere Karşı Suçlar" isimli ikinci kısmının "Hürriyete Karşı Suçlar"ın düzenlendiği yedinci bölümde 106'ncı maddede; "(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden bahisle tehdit eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratabacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle tehditte ise, mağdurun şikâyeti üzerine, altı aya kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(2) Tehdidin;

a) Silahla,

b) Kişinin kendisini tanınmayacak bir hale koyması suretiyle, imzasız mektupla veya özel işaretlerle,

c) Birden fazla kişi tarafından birlikte,

d) Var olan veya var sayılan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanılarak,

İşlenmesi halinde, fail hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(3) Tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya malvarlığına zarar verme suçunun işlenmesi halinde, ayrıca bu suçlardan dolayı ceza verilir" şeklinde düzenlenmiştir.

Görüldüğü gibi, maddenin birinci fıkrasının birinci cümlesinde tehdit suçunun temel şekli, birinci fıkranın ikinci cümlesinde daha az cezayı gerektiren nitelikli hali, ikinci fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri, üçüncü fıkrasında ise, özel bir içtima hükmü yer almaktadır.

Tehdit suçu niteliği itibarıyla genel ve tamamlayıcı bir suçtur. Bu nedenle failin hareketinin kanunda yer alan başka bir suçu oluşturması halinde, fail tehdit suçundan cezalandırılmayacaktır. Aynı şekilde tehdit suçunun başka bir suçun unsuru ya da ağırlatıcı sebebinin oluşturduğu durumlarda, bileşik suç hükümleri (m.42) uyarınca fail hakkında tehdit suçundan ceza verilmeyecek, sadece ilgili suçtan cezai sorumluluk gündeme gelecektir.

Örneğin, TCK'nın 109/2'nci maddesinde; "(2) Kişi, fiili işlemek için veya işlediği sırada cebir, tehdit veya hile kullanırsa, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur" denilerek tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun nitelikli hali<sup>1</sup>;

<sup>1</sup> "...Sanık Mete'nin diğer sanık Türkcan ile birlikte tütün tarlasında ağabeyi mağdur Ali ile çalışmakta olan mağdure Nurkadın'ı kaçırmaya çalıştıkları sırada sanık Mete'nin, mağdur



TCK'nın 148'inci maddesinde ise; “(1) Bir başkasını, kendisinin veya yakınının hayatına, vücut veya cinsel dokunulmazlığına yönelik bir saldırı gerçekleştireceğinden ya da malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından bahisle tehdit ederek veya cebir kullanarak, bir malı teslimine veya malın alınmasına karşı koymamaya mecbur kılan kişi, altı yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilerek tehdit yağma suçunun unsuru<sup>2</sup> olarak kabul edilmiştir.

Tehdit, genellikle bir kimsenin iç huzurunu, sükununu ve güven duygusunu zedelemek suretiyle, saldırı veya kötülüğün herhangi bir şekilde bildirilmesi<sup>3</sup> ya da gerçekleşmesi failin iradesine bağlı olan gelecekteki kötülüğün gerçekleşmiş gibi gösterilmesidir<sup>4</sup>.

Tehdit konusu haksızlığın gerçekten veya en azından görünüş olarak failin hakimiyetine bağlı olması gerekir. Ancak ifade etmeliyiz ki, tehditten söz edilebilmesi için, saldırı veya kötülüğün mutlaka fail tarafından gerçekleştirilmesi gerekmemektedir. Failin mağduru üçüncü bir kişi vasıtasıyla haksız saldırıya uğratacağını bildirmesi de, tehdit suçundan sorumluluğa neden olacaktır<sup>5</sup>.

Tehdit suçunun oluşabilmesi için, haksız saldırı veya kötülüğün gerçekleşmesi önemli değildir. Önemli olan tehdidin objektif olarak ciddi bir mahiyet arz etmesidir. Diğer bir ifade ile, failin mağdurdan istediğini yerine getirmemesi halinde tehdit konusu saldırı veya kötülüğün gerçekleşme ihtimali objektif olarak bulunmalıdır<sup>6</sup>. Failin söz ve davranışlarının mağdur üzerinde ciddi bir korku

---

*Ali'yi etkisiz hale getirmek amacıyla mağdurun kafasına silah dayayarak “yat yere yatmazsan seni öldürürüm” şeklinde söz sarf etmesi eyleminin ayrı bir suç değil, kişiyi hürriyetinden yoksun kulma suçunun nitelikli halinin unsuru olduğu gözetilmeden tehdit suçundan ayrı hüküm kurulması...”* Yarg. 14. CD.'nin 14.02.2013 tarih ve 6121/1369 sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 3. Cilt, Ankara 2014, s.3743.

<sup>2</sup> “Sanığın olay günü saat 18:00 sıralarında okuldan evine gitmekte olan mağdurdan cep telefonunu istediği, vermeyince kolunu bükerek zorla aldığı, mağdurun sanığın peşinden gidip telefonu geri istediğinde, mağdura jilet göstererek “erkeksen gel al” diye tehdit ederek uzaklaştırdığının anlaşılması ve kabul edilmesi karşısında, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde TCK'nın 149/1-a-h maddesine uyan yağma suçunu oluşturduğu gözetilmeden, ayrıca aynı Yasanın 106/2-a maddesiyle hükümlülüğüne karar verilmesi...” Yarg. 6. CD.'nin 22.09.2008 tarih ve 19720/15871 sayılı kararı, karar için bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökcan, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, Özel Hükümler, C:3, 2. Baskı, Ankara 2014, s.4968, 4969.

<sup>3</sup> **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s.344.

<sup>4</sup> **Bakıcı, Sedat**, Tehdit Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu Dergisi, 1992/5, s.717.

<sup>5</sup> **Sözüer, Adem**, Tehdit Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C:LIV, S:1-4, 1991-1994, s.129.

<sup>6</sup> **Sözüer**, s.129, 130; **Yazıcıoğlu, Yılmaz**, Tehdit Suçu Üzerine, Yargıtay Dergisi, C:19, S:3, Temmuz 1993, s.237.

ve endişe meydana getirmeye elverişli olup olmadığı her somut olayın özelliğine göre değerlendirilmelidir<sup>7</sup>.

Ancak belirtmeliyiz ki, objektif olarak ciddi bir nitelik taşıyan tehdidin somut olayda muhatabı üzerinde etkili olması şart değildir. Yani objektif olarak ciddi bir mahiyet arz eden söz veya davranışları mağdur ciddiye almasa, endişe yaşamasa bile tehdit suçu oluşacaktır<sup>8</sup>. Bu itibarla tehdit suçu niteliği itibariyle soyut tehlike suçudur<sup>9</sup>.

Uygulamada tehdit suçunun en sık işlenen şekillerinden biri olan silahlı tehdit aşağıda çeşitli yönlerden incelenecektir.

## 2. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Tehdit suçuyla korunan hukuki değer, kişilerin iç huzuru, sükunu ve güvenlik duygusudur<sup>10</sup>. Aynı zamanda bu suçla kişilerin serbest karar verme ve hareket etme hürriyetleri de korunmak istenmektedir<sup>11</sup>.

5237 sayılı TCK'nın 106'ncı maddesinin gerekçesinde bu konuyla ilgili olarak; *"tehdidin koruduğu hukukî değer, kişilerin huzur ve sükunudur; böylece kişilerde bir güvensizlik duygusunun meydana gelmesi engellenmektedir. Bu nedenle, söz konusu madde ile, insanın kendisine özgü sulh ve sükununa karşı işlenen saldırılar cezalandırılmış olmaktadır. Fakat, tehdidin bu maddeyle ko-*

<sup>7</sup> "Sanıkların "karnınızı deşeriz, sizi öldüreceğiz" biçimindeki sözleriyle katılanları tehdit ettiği kabul edildiği halde, öfkenin suç kastını kaldıran bir etkisinin bulunmadığı, bir tehlike suçu olan tehdidin, bu suçla korunan hukuki yararı ihlal etmeye objektif olarak elverişli (ciddi) olmasının yeterli olduğu, ayrıca katılanlar üzerinde korkutucu etki yaratmasının aranmadığı gözetilerek, tehdit suçunda olgusal bir sorun olan tehdidin ciddi olup olmadığı, eylemin işlendiği ortama, olaya özgü koşullara, tarafların bedensel ve ruhsal durumlarına göre, tehdit edici sözün gerçekleşme olasılığı ve katılanların iradesini etkileme derecesi ölçüleri içinde tartışılıp değerlendirilerek, sonuca varılması yerine, salt tartışma sırasında öfkeyle (fevren) söylendiği için kasıt ögesi bulunmadığı biçimindeki önceden varsayımsal bir kabule dayanılarak yasal temelden yoksun gerekçeyle beraat hükmü kurulması..." Yarg. 2. CD'nin 19.03.2009 tarih ve 2008/17471 E., 2009/14214 K. sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

<sup>8</sup> Sözüer, s.130.

<sup>9</sup> Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015, s.347; Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s.348.

<sup>10</sup> Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2003, s.101.

<sup>11</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.346; Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2008, s.343; Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015, s.391; Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s.346; Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2008, s.1716, 1717.

*rumak istediği esas değer, kişinin karar verme ve hareket etme hürriyetidir”* denilmektedir.

Gereğede yer alan “hareket etme hürriyeti” ile kastedilen, mağdurun bir yerden başka bir yere gitme hürriyeti olmayıp, kişinin özgür bir şekilde verdiği kararlar doğrultusunda davranabilme hürriyetidir<sup>12</sup>. Zira kişinin bir yerden başka bir yere gitme hürriyeti (hareket etme özgürlüğü) tehdit suçu ile değil, TCK’nın 109’uncu maddesinde yer alan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile konmaktadır<sup>13</sup>.

Doktrinde tehdit suçu ile korunan hukuki değere ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, tehdit suçunun ihdasıyla, kişilerin toplumsal hayatta endişe ve korkudan uzak olarak, güven içinde yaşamaları amaçlanmaktadır. Zira tehdit sonucunda kişinin güvenlik duygusu zedelenmekte, iç huzuru bozulmakta, böylece karar verme ve verdiği karar doğrultusunda hareket edebilme hürriyeti kısıtlanmaktadır<sup>14</sup>.

Diğer bir görüşe göre, tehdit suçuyla ihlal edilen hukuki değer, kişinin her yerde, her zaman, herhangi bir endişe veya korku duymadan, davranışlarını özgürce gerçekleştirilebilmesine ilişkin yararadır<sup>15</sup>.

Bunun dışında, tehdit suçunun kişinin manevi özgürlüğünü ihlal ettiği, tehdit fiilinin doğrudan bireysel huzuru oluşturan koşulları etkilediği, böylece bu suçla irade özgürlüğünün korunduğunu belirten yazarlar da bulunmaktadır<sup>16</sup>. Aynı şekilde bu suçla kişinin manevi özgürlüğü, huzur ve güvenliğinin korunduğu da ifade edilmektedir<sup>17</sup>.

Buna göre, tehdit suçunun silahla işlenmesinin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal sayılması ile korunan hukuki değere bakılacak olursa; tehdidin si-

<sup>12</sup> **Tezcan-Erdem-Önok**, s.343.

<sup>13</sup> “Sanığın başka bir cezaevine naklini sağlamak amacıyla olay günü sayım için kaldığı odaya gelen ve infaz koruma baş memuru olan müştekinin boğazına önceden hazırladığı şişi dayayıp tehdit de ederek bir süre zorla alkoyması eyleminde, tehdidin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsuru bulunup eylemin bir bütün halinde TCK’nın 109/2-3a maddesinde düzenlenen silahla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu anlaşıldığı halde, sanığın bu suçtan mahkumiyeti yerine yazılı şekilde iki ayrı suçtan cezalandırılmasına karar verilmesi...” Yarg. 14. CD.’nin 04.04.2012 tarih ve 2011/14761 E., 2012/3946 sayılı kararı. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Şerh, s.4042.

<sup>14</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.345; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.343.

<sup>15</sup> **Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara 2015, s.176.

<sup>16</sup> **Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005, s.75.

<sup>17</sup> **Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.209.

lahla işlenmesi haksız saldırı veya kötülüğün ciddiliğini göstermesi ve mağdur üzerindeki korkuyu artırması sebebiyle nitelikli hal sayılmıştır<sup>18</sup>. Ayrıca silah, tehdit suçunun işlenmesini kolaylaştırdığı<sup>19</sup> ve faile cesaret verdiği için nitelikli hal olarak düzenlenmiştir<sup>20</sup>.

Bu konuyla ilgili olarak, 106. maddenin gerekçesinde; “*Maddenin ikinci fıkrasında tehdidin daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hâlleri gösterilmiştir. Bu hâller, tehdidin kapsadığı korkutma gücünün ciddiliği ve yoğunluğu hususunda mağdurda ciddi kaygılar meydana getirmeye elverişli durumlardır. Tehdit silâhla icra olunursa bunun ciddiliği hususunda bir korkunun meydana gelmesi çok daha kolay olur. Aynı suretle kendisini tanınmayacak bir hâle getiren kişinin veya bir kaç kişinin birlikte olarak tehdit icra etmeleri hâlinde meydana gelen korku çok yoğun olur*” denilmektedir.

Sonuç olarak, tehdit suçu ile kişilerin iç huzuru, sükunu, güvenlik duygusu korunmakta, ayrıca herhangi bir etki altında kalmadan iradi hareket edebilmesi amaçlanmaktadır. Tehdidin silahla işlenmesi halinde ise, silahın mağdur üzerinde oluşturduğu korkucu etki fazla olduğu, failin suçu işlemesi kolaylaştığı, failin gerçekleştireceğini belirttiği haksız saldırı veya kötülüğün ciddiyeti arttığı, meydana gelebilecek zarar ve tehlike ihtimalinin ağırlaşması nedeniyle, tehdidin silahla işlenmesi cezayı artıran nitelikli hal sayılmıştır.

### 3. SİLAH KAVRAMI

765 sayılı TCK'nın 189'uncu maddesinde silahın tanımı yer almaktaydı. Buna göre, silah ceza tayininde kanunun şiddet sebebi sayarak bildirdiği silah tabirinden maksat; ateşli silahlar, patlayıcı maddeler, tecavüz ve müdafaada kullanılan her türlü kesici, delici veya bereleyici aletler, yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı eczalar veya diğer her türlü zehirler ve boğucu, kör edici gazlardır.

Söz konusu hüküm, 07.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanunun 10. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır<sup>21</sup>. Buna göre, 765 sayılı TCK'da silahın ne anlama

<sup>18</sup> Tezcan-Erdem-Önok, s.356; Soyaslan, s.213; Parlar-Hatipoğlu, s.1722. 765 sayılı TCK döneminde de tehdit suçu ile kişinin iç huzurunun “kişiyi sınırlayan dış etkenlere karşı moral özgürlüğünün” korunduğu belirtilmekteydi. Sözüer, s.133-134; Selçuk, Sami, Izrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, Yargıtay Dergisi, C:11, S:3, Temmuz 1985, s.224; Güven, Mustafa, Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, S:4, Temmuz-Ağustos 1987, s.56.

<sup>19</sup> Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe, s.396.

<sup>20</sup> Artuk-Gökçen-Yenidünya, Özel Hükümler, s.351; Cihan, Erol, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978, s.158, 159.

<sup>21</sup> Doktrinde, 765 sayılı TCK'nın 189. maddesinin 3506 sayılı Kanuna rağmen yürürlükten kalkmadığı belirtilmekte, gerekçe olarak da Yargıtay 4. CD'nin 21.06.1991 tarih ve 1991/2956 E., 1996/4226 K. sayılı kararı gösterilmektedir. Çınar, Ali Rıza, Tehdit Suçu, An-

geldiği düzenlenmediği için, her somut olay yönünden failin kullandığı cismin silah olup olmadığı mahkeme tarafından belirlenmekteydi.

5237 sayılı TCK'nın "Tanımlar" başlıklı 6. maddesinin (f) bendinde; "Silah deyiminden;

1. Ateşli silahlar,

2. Patlayıcı maddeler,

3. Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,

4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,

5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler anlaşılır" denilmektedir.

Tehdit suçunda silah nedeniyle cezanın ağırlaştırılması için, silahın mutlaka ateşli silah olması gerekmez. Bu nedenle failin kurusıkı<sup>22</sup> silahla mağduru tehdit etmesi halinde de nitelikli hal uygulanacaktır. Ayrıca bu silahın gerçeğine benzerliği ve korkutucu etkisinin olması da yeterlidir.

765 sayılı TCK döneminde, Yargıtay kararlarında, balta, tırpan, kürek, tırnak, çapa, kazma, bağ makası, girebi, keser, pense, demir dirgen, makas, torna-vida, ustura, bıçak, orak, testere, jilet, falçata, çivi, kırık şişe, çekiç, kundura bizi ve levye silah kapsamında değerlendirilmiştir<sup>23</sup>.

---

kara 2002, s.116, 117. Yargıtay 4. CD'nin 21.06.1991 tarihli kararında; "T.C. Yasasının 189. maddesi, 5435 sayılı Yasanın 1. maddesiyle, T.C. Yasasının birçok ve bu arada 549. maddesiyle birlikte yeniden düzenlenmişti. Ne var ki bu düzenlemelerden sonra, T.C. Yasasının 189 ve 549. maddeleri, 5435 sayılı Yasayla düzenlenen öbür maddelerinin tersine, daha sonra çıkan başka yasayla yeniden düzenlenmemişlerdi.

5435 sayılı Yasa ise, 7.12.1988'de benimsenen ve 14.12.1988'de yayımlanan 3506 sayılı Yasanın 10. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla T.C. Yasasının 189. ve 549. maddeleri de yürürlükten kalkmışlardır.

Erksel (gai, teleolojik) yorum, yürürlükteki bir normun nesnel anlamını ereğe (uzak ve nesnel amaç) göre yorumlama türü olduğundan, bir yasanın gerekçesinden ve ereğinden yola çıkılarak, yürürlükten kaldırılmış bir hükmün yürürlükte kaldığı sonucuna elbette varılamaz" denilerek 765 sayılı TCK'nın 189'uncu maddesinin yürürlükte olduğu belirtilmiştir. Aksi yönde bkz. **Üzülmüş, İlhan**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007, s.98.

<sup>22</sup> "Sanığın mağdurlara kuru sıkı tabanca doğrultması eyleminin, TCK'nın 106/2-a maddesinde düzenlenen, silahla tehdit suçunu oluşturacağı..." Yarg. 4. CD'nin 16.05.2013 tarih ve 2011/16433 E., 2013/15134 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3584.

<sup>23</sup> Bu konuda bkz. **Çınar**, s.118, 119; **Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 1998, s.2239-2244.

5237 sayılı TCK döneminde, Yargıtay, falçata<sup>24</sup>, demir çubuk<sup>25</sup>, odun<sup>26</sup>, bıçak<sup>27</sup>, demir saç parçası<sup>28</sup>, maket bıçağı<sup>29</sup>, el yapımı bomba<sup>30</sup>, sopa<sup>31</sup>, tahra<sup>32</sup>, çapa<sup>33</sup>, tornavida<sup>34</sup>, kılıç<sup>35</sup>, çakı<sup>36</sup>, İngiliz anahtarı<sup>37</sup>, çekiç<sup>38</sup> ve çatalı<sup>39</sup> tehdit suçu yönünden silah olarak kabul etmiştir.

#### 4. TEHDİT SUÇUNUN SİLAHLA İŞLENMESİ

Tehdit suçunun silahla işlenmesi, TCK'nın 106/2-a maddesinde daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal sayılmıştır. Maddede tehdidin "silahla işlenmesi"nden bahsedilmektedir.

Bu nedenle, burada tehdit suçunun hangi hallerde silahla işlenmiş sayılacağı konusu üzerinde durmak gerekmektedir.

<sup>24</sup> Yarg. 6. CD.'nin 15.02.2016 tarih ve 2015/9696 E., 2016/1057 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>25</sup> Yarg. 4. CD.'nin 13.01.2016 tarih ve 2013/32480 E., 2016/319 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>26</sup> Yarg. 4. CD.'nin 02.12.2015 tarih ve 2013/29561 E., 2015/38913 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>27</sup> Yarg. 4. CD.'nin 02.12.2015 tarih ve 2013/29460 E., 2015/39030 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>28</sup> Yarg. 4. CD.'nin 26.11.2015 tarih ve 2013/29732 E., 2015/38622 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>29</sup> Yarg. 4. CD.'nin 05.11.2015 tarih ve 15445/37258 sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>30</sup> Yarg. 8. CD.'nin 17.09.2015 tarih ve 1969/21612 sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>31</sup> Yarg. 4. CD.'nin 08.06.2015 tarih ve 10408/30679 sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>32</sup> Yarg. 4. CD.'nin 04.05.2015 tarih ve 2013/13531 E., 2015/28273 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>33</sup> Yarg. 4. CD.'nin 20.04.2015 tarih ve 2013/12530 E., 2015/27389 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>34</sup> Yarg. 4. CD.'nin 09.03.2015 tarih ve 2013/7069 E., 2015/24087 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>35</sup> Yarg. 4. CD.'nin 06.03.2015 tarih ve 2013/10049 E., 2015/23849 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>36</sup> Yarg. 4. CD.'nin 10.04.2013 tarih ve 2012/3482 E., 2013/11007 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3639.

<sup>37</sup> Yarg. 4. CD.'nin 20.05.2013 tarih ve 2011/20557 E., 2013/15323 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3641.

<sup>38</sup> Yarg. 4. CD.'nin 09.04.2013 tarih ve 2011/17143 E., 2013/10478 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3642.

<sup>39</sup> Yarg. 4. CD.'nin 17.04.2012 tarih ve 2010/17344 E., 2012/9411 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3645..

Doktrinde, bu nitelikli halin uygulanabilmesi için, failde silahın bulunmasının yeterli olmadığı, failin silahı, tehdit eyleminde bir şekilde kullanmış olması gerektiği belirtilmektedir<sup>40</sup>.

Yargıtay da, eski tarihli kararlarında, silahın kılıfı içinde bulunması veya çakı bıçağının ağzı kapalı iken yapılan tehditlerin, silahlı tehdit olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir<sup>41</sup>.

Aynı şekilde, tehdit eylemi gerçekleştirilirken, faildeki silahın görünür şekilde bulunması yeterli kabul edilmemekte, silahın doğrudan doğruya tehdit edilen kişiye ya da yakınına yöneltilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>42</sup>.

Nitekim Yargıtay bir kararında, sanığın kuyu kazdığı için elinde bulunan fakat tehdit suçunu işlerken kullanmadığı kazmanın nitelikli halin uygulanması için yeterli olmadığını belirtmiştir<sup>43</sup>.

Yargıtay bir başka kararında, sanığın elindeki silahı mağdura yönelterek tehdit içeren sözler söylemesi halinde, nitelikli halin oluşacağını, buna karşılık silahı yöneltmeden bu sözlerin söylenmesi durumunda, suçun silahla işlendiğinden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir<sup>44</sup>.

<sup>40</sup> **Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994, s.47; **Sözüer**, s.140; **Toroslu**, s.79; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.356. Ayrıca bkz. **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.358.

<sup>41</sup> Yarg. 4. CD.'nin 08.05.1948 tarih ve 5154/5626 sayılı kararı, Yarg. 4. CD.'nin 05.12.1956 tarih ve 7897/13975 sayılı kararı, kararlar için bkz. **Önder**, s.47.

<sup>42</sup> **Üzülmez**, s.99; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.357; **Soyaslan**, s.213. “*Sanığın zorlama (koşullu tehdit) cürmünü işlerken ve tehdit niteliğindeki sözleri söylerken elindeki tüfeği yakınana doğrultup doğrultmadığının araştırılması...*” Yarg. 4. CD.'nin 01.05.1992 tarih ve 3499/5092 sayılı kararı, karar için bkz. **Malkoç, İsmail-Güler, Malkoç**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C:2, Ankara, s.1349.

<sup>43</sup> “*Ancak; silahtan sayılan kazmanın, sanığın tehdidi içeren sözleri söylediği sırada kuyu kazması nedeniyle elinde bulunduğu anlaşılmasına göre, eyleminin ne suretle silahla tehdit suçunu oluşturduğu açıklanıp tartışılmadan, TCY'nin 191. maddesinin 1. fıkrası yerine 2. fıkrasıyla hüküm kurulması...yasaya aykırıdır*” Yarg. 4. CD.'nin 24.05.1995 tarih ve 2982/3646 sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası; “*... elinde balta ile duvar inşa eden sanığın, müdahale eden yakınana karşı elindeki baltayı herhangi bir şekilde kullanmaksızın "gel de seni öldüreyim" demesi biçiminde kabul edilen eyleminin TCY'nin 191/1. maddesine uyan suç oluşturduğu gözetilmeden...*” Yarg. 4. CD.'nin 15.5.2002 tarih ve 2002/6600 E., 2002/8663 K. sayılı kararı.

<sup>44</sup> “*a) Sanığın elindeki silahı yakıncıya yöneltip "bak seni vururum" ya da "üzerime gelme, seni de vururum" biçiminde söz söylediğinin kabulü halinde, kavga sırasında üzerine gelinmemesini istemenin sanık yönünden bir hak olacağı da gözetilerek TCY'nin 191/2.,*

*b) Silahı yöneltmeden bu sözleri söylediğinin kabulü durumunda, TCY. nin 191/1.*

*Maddelerinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle hüküm kurulması...*” Yarg. 4. CD.'nin 11.11.1996 tarih ve 7340/8345 sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Kanaatimizce, tehdit suçunun silahla işlendiğinden söz edilebilmesi için, mutlaka faile yöneltilmiş olmasına ihtiyaç yoktur<sup>45</sup>. Zira madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, tehdit suçunun silahla işlenmesi halinde, tehdidin kapsadığı korkutucu gücünün ciddiliği ve yoğunluğu hususunda mağdurda ciddi kaygı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, failin silahını mağdurun iç huzurunun bozulmasına elverişli bir şekilde göstermesi, taşınması ya da bulundurması da yeterlidir<sup>46</sup>.

Nitekim Yargıtay da, sanığın av tüfeğini havaya doğrultarak müştekiye “seni öldüreceğim” şeklindeki tehdit içeren sözler söylemesini silahlı tehdit suçu kapsamında değerlendirmiştir<sup>47</sup>.

Failin silahı göstermesi, taşınması ya da bulundurmasının nitelikli hal olabilmesi için, failin “iradi olarak” mağduru korkutmaya yönelik hareket etmiş olması gerekir<sup>48</sup>.

Buna göre,

- Failin eğilirken belindeki silahı mağdurun görerek korkması,
- Failin belindeki silahın dışarıdan görülebilecek durumda olması<sup>49</sup>,
- Failin görevi gereği üzerinde silah bulunması<sup>50</sup>,
- Failin avdan eve dönerken omuzuna taktığı tüfeği gören mağdurun endişelenmesi,
- Failin lokantada paltosunu çıkarırken silahının gözükmesi,

<sup>45</sup> Aynı yönde bkz. **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.396; **Parlar-Hatipoğlu**, s.1722.

<sup>46</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.352; **Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006, s.420; **Çınar**, s.120.

<sup>47</sup> Yarg. 4. CD.’nin 27.03.2002 tarih ve 1113/4986 sayılı kararı, karar için bkz. **Çınar**, s.120, 121.

<sup>48</sup> **Cihan**, s.162, 163; **Çınar**, s.121; **Üzülmez**, s.100. Doktrinde *Soyaslan*, failin belindeki silahın nitelikli halin uygulanması için yeterli olmayacağını belirtmektedir. **Soyaslan**, s.213.

<sup>49</sup> “Silah taşıma ruhsatı bulunan köy muhtarı sanığın, tehdit içeren sözleri söylediği sırada belinde takılı bulunan ve olayın meydana geldiği mevsim dikkate alındığında dışarıdan görülebilecek durumda olan silahı eline alma, teşhir ve mağdura yöneltme gibi bir davranışından söz edilmemesi karşısında; olayda ne şekilde kullanıldığı ve silahın korkutuculuk özelliğinin ne suretle oluştuğu açıklanıp tartışılmadan silahlı tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.’nin 16.09.2015 tarih ve 2013/27071 E., 2015/33864 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>50</sup> “Geçici köy korucusu olan sanığın, görevi nedeniyle silah taşıdığı ve olay günü de silahlı olarak nöbette görevli olduğu, devriye arası köy kahvehanesine gittiği, burada katılanla su meselesi nedeniyle çıkan tartışma sonucu katılana tehdit içeren sözleri söylediğinin mahkemece kabul edildiği, ancak; dosya kapsamından katılan beyanı dışında, sanığın tehdit sözlerini söylerken, yanındaki silahı tehdit amaçlı kullandığına dair bir delilin bulunmaması karşısında; eylemin, TCK’nın 106/1. maddesinin 1. cümlesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek hukuki olmayan yetersiz gerekçeyle aynı Kanunun 106/2-a maddesi gereğince hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.’nin 26.01.2015 tarih ve 2013/4900 E., 2015/2187 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)



- Failin alışveriş merkezine girerken üzerindeki ruhsatlı silahın x-ray cihazında sinyal vermesi ile silahını çıkardığında diğer müşterilerin tedirginlik yaşaması ihtimallerinde failin iradi olarak mağdurun iç huzurunu bozması nedeniyle silahlı tehdit suçu oluşmayacaktır.

Buna karşılık, failin tehdit içeren sözleri söylerken,

- Masaya silahını koyması,
- Ceketini kaldırarak silahını göstermesi,
- Elini belindeki silaha götürmesi<sup>51</sup>,
- Üzerinde patlayıcı olduğunu söylemesi hallerinde silahlı tehdit suçundan dolayı sorumluluk doğacaktır.

Buna göre, failin silahı mağduru korkutmak için kullanıp kullanmadığı tespit edilirken, failin sarfettiği sözler, jestleri, mimikleri ve içinde bulunulan ortamın hakim tarafından değerlendirilmesi gerekir<sup>52</sup>.

Nitekim Yargıtay failin,

- Elinde silah olduğu halde tehdit içeren sözler söylemesini<sup>53</sup>,
- Elinde balta olduğu halde “seni bu baltayla keseceğim” demesini<sup>54</sup>,
- Av tüfeğini göstererek “Üzerime gelme vururum” demesini<sup>55</sup>,
- Mağdurun boğazına bıçak dayayarak “Sen git kızını gönder” biçimindeki ifadelerini<sup>56</sup>,
- Elinde bıçak olduğu halde “Hepinizi keserim” demesini<sup>57</sup> silahlı tehdit olarak kabul etmiştir.

<sup>51</sup> “Sanık ile mağdur arasında alacak verecek meselesi nedeniyle husumet bulunduğu, alacağını istemek için mağdurun evine giden sanığın aralarında çıkan tartışma sırasında mağduru “seni şu camdan aşağıya atarım, seni buraya sererim, seni öldürürüm” şeklinde sözlerle tehdit ettiği, bu esnada elini belindeki silaha götürdüğünün anlaşılması karşısında, eylemin TCK’nın 106/2-a maddesinde düzenlenen silahlı tehdit suçu oluşturabileceği, kanıtları değerlendirme ve suçu nitelendirme görevinin asliye ceza mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.’nin 11.01.2016 tarih ve 2013/31896 E., 2016/41 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>52</sup> Çınar, s.121.

<sup>53</sup> Yarg. 4. CD.’nin 19.04.1999 tarih ve 3541/4197 sayılı kararı,

<sup>54</sup> Yarg. 2. CD.’nin 06.10.1999 tarih ve 5499/12396 sayılı kararı,

<sup>55</sup> Yarg. 4. CD.’nin 13.05.1999 tarih ve 4809/5460 sayılı kararı,

<sup>56</sup> Yarg. 4. CD.’nin 04.11.1998 tarih ve 9003/9623 sayılı kararı,

<sup>57</sup> Yarg. 5. CD.’nin 01.04.1998 tarih ve 5031/1358 sayılı kararı,

Buna karşılık, failin tehdit içeren sözlerinde silah kullanacağını belirtmesi-ne rağmen, gerçekte silahın bulunmaması, mağdura gösterilmemesi hallerinde silahlı tehdit gerçekleşmeyecektir<sup>58</sup>.

Bunun dışında, failin tehdit içeren herhangi bir söz söylemeksizin, sırf sila-hı teşhir etmesi de tehdit suçunun oluşması için yeterlidir.

Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde “tehdit içeren söz söylemeksizin” salt silah teşhirini, “sair kötülük bildirimini” olarak kabul etmekte ve daha az cezayı gerektiren nitelikli hal uyarınca sorumluluğun gündeme geleceğini belirtmek-teydi<sup>59</sup>.

Buna karşılık, 5237 sayılı TCK ile birlikte, kanaatimizce yerinde olarak, Yargıtay, failin hiç bir şey söylemeden silahını doğrultmasını veya ateş etmesi, sair tehdit olarak değil, silahlı tehdit olarak kabul etmektedir<sup>60</sup>.

Tehdit suçu soyut tehlike suçu olduğundan, fiil neticesinde mağdurun korkmuş olması gerekmez. Bu kapsamda silahlı tehditten söz edilebilmesi için, silahın korkutucu olup olmadığı objektif olarak tespit edilmelidir<sup>61</sup>.

Silahın somut olayda kullanılmaya elverişli olup olmadığı ya da gerçek si-laha benzemekle birlikte, gerçek olmaması halinin önemi yoktur<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> “Sanığın yakınana ‘bağırırsan seni bıçaklarız’ dediği ancak bıçak göstermediğinin anlaşıl-ması karşısında; 5237 s.Yasanın 106. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendiyle uygulama yapıl-ması yasaya aykırıdır.” Yarg. 6. CD.’nin 17.06.2010 tarih ve 2008/5209 E., 2010/9837 K. sa-yılı kararı; “Sanığın Pazar yerinde, kolu içinde tuttuğu bıçağı göstermeden katilana “erkek-sen çık meydana” demesinden ibaret eyleminin TCY’nin 191/son fıkrasına uyduğu gözetilme-den...” Yarg. 4. CD.’nin 09.04.1997 tarih ve 2355/2809 sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar, Osman**, Uygulamada ve Öğretide Hürriyete Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001, s.267.

<sup>59</sup> “Sanık Ahmet’in Ekrem’e “evden çık git” demesi üzerine onun da evi terk ettiği, aralarında herhangi bir kavga olmaksızın sanığın bıçağı teşhir ettiği anlaşılmasına göre, eylemin TCK’nin 191/son maddesine uyacağı nazara alınarak sanığa ön ödeme imkanı tanınması ge-rekirken yazılı madde ile (TCK’nin 466/1. maddesiyle) hüküm kurulması...” Yarg. 2. CD.’nin 20.11.1984 tarih ve 98406/10345 sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar**, Hürriyete Aleyhinde İş-lenen Suçlar, s.258.

<sup>60</sup> “...sanklardan Seydi’nin ise eline maket bıçağını alarak herhangi bir söz söylemeksizin ve bıçağı sallamaksızın tartışma esnasında bıçağı gösterdiği, bu şekilde silahlı tehdit suçunu iş-lediği...” Yarg. 4. CD.’nin 05.11.2015 tarih ve 15445/37258 sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr. “...Alkollü olan sanığın geceleyin yolda durdurduğu mağdurlara objek-tif ölçüklere göre korkutucu olan oyuncak tabancayı gösterme biçimindeki eyleminin, silahın öldürücü özelliği nedeniyle herhangi bir söz söylemese bile ağır ve haksız zarara uğratmayı bildirme niteliğinde olması karşısında silahlı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, eylem yanlış değerlendirilerek hafif tehdit kabul edilip yakınmadan vazgeçme nedeniyle düşme ka-rarı verilmesi bozmayı gerektirmiştir” Yarg. 4. CD.’nin 30.05.2006 tarih ve 2005/847 E., 2006/11567 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3585.

<sup>61</sup> **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.352; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.359;

<sup>62</sup> **Sözüer**, s.140; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.357.

Buna göre, örneğin silahın içinde kurşun olmaması<sup>63</sup>, silahın arızalı olması<sup>64</sup>, silahın kurusıkı olması<sup>65</sup>, silahın oyuncak olması<sup>66</sup> durumlarında, bu cisimler objektif olarak korkutuculuk oluşturuyorsa, nitelikli hal gerçekleşmiş olacaktır<sup>67</sup>.

Yargıtay haklı olarak, mağdurun silahın gerçek olmadığını bildiği hallerde nitelikli halin uygulanmayacağını belirtmiştir<sup>68</sup>. Buna göre, silahın, silah niteliğinin varlığı ve etkisi mağdur tarafından var kabul veya zannediliyorsa, silah unsurunun gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>69</sup>.

Burada incelenmesi gereken diğer bir husus, gıyapta işlenen tehdit suçunda, silahın nitelikli hal sayılıp sayılmayacağıdır<sup>70</sup>.

Yargıtay kararlarında istikrarlı bir şekilde, yoklukta yapılan tehdit suçunda, silahın nitelikli hal sayılmayacağı belirtilmektedir<sup>71</sup>.

<sup>63</sup> “Sanığın görevi sırasında saat 11.50 sıralarında amirinin makam odasına girerek onu mermisiz silahla tehdit etmekten ibaret eyleminin Türk Ceza Yasası 191/2, 251, 273. madde ve fıkralarına girdiği gözetilmeden...” Yarg. 4. CD.’nin 30.03.1998 tarih ve 2690/3046 sayılı kararı, karar için bkz. **Çınar**, s.121.

<sup>64</sup> “Mermisi bulunmayan veya tetik tertibatı bozuk olan hakiki bir silah bu suçlarda nasıl artırıcı sebep olarak kabul ediliyorsa bunun da aynı tarzda düşünülmesi gerekir. Silahın burada müesir fiil işleyici vasfı değil, korkutucu niteliği nazara alındığına ve yöneltilen kişiler üzerinde arzu edilen tesiri icra eylediği halin cereryan tarzından anlaşılmasına göre 191/2 uygulanması yerindedir” Yarg. 6. CD.’nin 15.12.1964 tarih ve 6400/6419 sayılı kararı, **Gözübüyük, A. Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, C:II, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 125-201), İstanbul tarihsiz, s.542.

<sup>65</sup> “Sanığın kavgayı ayırmaya gelen mağdur A.Ç. ’e gaz tabancasını doğrultup, “karışma yoksa seni vururum” dediği kabul edildiği takdirde, eylemin TCY.nin 191/2. madde ve fıkrasının...uygulanması gerektiği gözetilmeden...” Yarg. 4. CD.’nin 03.03.1998 tarih ve 1429/1691 sayılı kararı, karar için bkz. **Çınar**, s.121, 122.

<sup>66</sup> “Sanığın oyuncak tabancayı yakınlarına yöneltip “bunu görüyor musunuz mahfederim” biçimindeki sözlerinin TCY.nin 191/2. maddesine uyduğu gözetilmeden anılan Yasanın 191/son madde ile hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.’nin 01.02.1993 tarih ve 7631/8439 sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar**, Asliye Ceza Davaları, s.126.

<sup>67</sup> **Sözüer**, s.140; **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.352; **Tezcan-Erdem-Önok**, s.357; **Özbek-Kanbur-Doğan-Bacaksız-Tepe**, s.396. Doktrinde *Erem*, mağdurun silahın boş olduğunu bilmiyorsa silahlı tehdit suçunun gerçekleşeceğini belirtmektedir. **Erem, Faruk**, Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, 1952/7, s.876.

<sup>68</sup> “Tehdit suçunda kullanılan kurusıkı tabancanın, müştekinin ve sanıkla aynı evde oturan müştekinin oğlu tanık Zeki Beyazıt’a ait olması karşısında, müştekinin tabancanın kurusıkı olduğunu bilip bilmediği araştırılıp tartışılmadan, yetersiz gerekçe ile sanık hakkında silahla tehdit suçundan mahkumiyet kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD.’nin 25.03.2013 tarih ve 2010/31566 E., 2013/8301 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökçen-Artuç**, s.3585.

<sup>69</sup> **Malkoç-Güler**, s.1349.

<sup>70</sup> Doktrinde *Soyaslan*, gıyapta tehdit de silah kullanılmasının nitelikli hal olacağını belirtmektedir. **Soyaslan**, s.213.

<sup>71</sup> “Tehdit suçunun nitelikli hali olan silahla tehdidin kabulü için, silahın tehdit suçunda bizzat mağdura yönelik olarak görebileceği, hissedebileceği ve tehdidin mağdur üzerindeki etkisini

Kanaatimizce, önemli olan failin kendisinde silah bulundurduğunu mağdura bildirmesi ve haksız saldırı ya da kötülüğü bu silahla gerçekleştireceğini mağdura hissettirecek korkuya sevk etmesidir. Bu nedenle failin mağdura arayaarak “yeni aldığım silahla seni öldürürüm” deyip silahı ile doldur boşalt yaparak silahın varlığını mağdura hissettirmesi ya da failin zarfın içine “bu mermi sonun olacak” yazarak mağdura göndermesi<sup>72</sup> hallerinde fail mağdurda ciddi endişeye neden olduğu için, nitelikli halin uygulanması kanun koyucunun iradesine daha uygun olacaktır.

Aynı şekilde fail, tehdit içeren sözü üçüncü bir kişi aracılığıyla mağdura iletmış ve tehdit bildiriminin kapsamına silah kullanımını da dahil etmişse, tehdidin silahla işlendiğinin kabulü gerekir. Örneğin, fail aracıya “ona söyle eğer bu işi yapmazsa şu silahla onu öldürecek” demiş, aracı da bu sözleri aynen mağdura aktarmışsa, nitelikli halin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir<sup>73</sup>.

Buna karşılık, fail aracıya silah kullanacağını söylememiş olmasına rağmen, aracı failin sözlerine silahı da eklemişse ya da failin üzerindeki silahı gö-

---

*arttıracak biçimde teşhir veya kullanılması gerekir. Mağdurun yokluğunda gerçekleştirilen silahla tehdit eyleminin, tehdit suçunun nitelikli halini (TCK'nın 106/2-a maddesi) oluşturabilmesi bakımından, silahın, mağdurun evi, arabası gibi daima kullanımında olan eşyalarında hasar, iz, emare gibi belirtiler bırakacak ve bu suretle tehdidin üzerinde meydana getirdiği korkunun etkisini artıracak tarzda kullanılması icap eder. Bu itibarla, mağdurun yokluğunda gerçekleşen tehdit eyleminde salt silah teşhir edilmiş olması, suçun nitelikli halinin oluşumu için yeterli sayılmayacaktır. Bu bağlamda, yargılama konusu olayda, sanığın şikayetçilerin iş yerine giderek müşteki Emrullah Ö.'e iki elinde satır ve bıçak olduğu halde müşteki Yunus E. ve E.'i kastederek, “nerede onlar, onların avratlarını sinkaf edeceğim, ben kürdüm, benden para isteyecek adamın a.koyarım, adamın g.den kan alırım” demekten ibaret sözlerinin şikayetçilerin yokluğunda söylenmiş olması nedeniyle, eylemde silahın korkutucu özelliğinden yararlanılmış olmasından ve dolayısıyla tehdit suçunun nitelikli halinin oluştuğundan söz edilemeyeceği, eylemde silah teşhirinin ise sanık hakkında TCK'nın 106/1-1 maddesi gereğince kişilerin hayat dokunulmazlığına yönelik tehdit suçundan dolayı temel ceza belirlenirken, suçun işlenmesinde kullanılan araç ve tehlikenin ağırlığı gibi ölçütlere göre cezanın aşağı haddeden uzaklaşarak tayin edilme sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği gözetilmeden, suçun vasfında yanılıya düşünülerek, silahla tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 27.05.2013 tarih ve 2012/189, 2013/16191 sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3586.*

<sup>72</sup> Yargıtay tabanca mermisini silah olarak kabul etmemekte, TCK'nın 106/2-b maddesi kapsamında özel işaret olabileceğini belirtmektedir. “Sanığın katılana gönderdiği gülün yanında bir adet küçük altın kutusunun içinde tehdit notu ile bir adet 7.65 mm çapında mermi olduğu, mermi gönderilmesinin özel işaret sayılacağı ve tehdit mesajlarında imza olmadığı, kanıtlanması halinde eylemin 5237 sayılı TCK'nın 106/2-b maddesinde tanımlanan nitelikli tehdit suçunu oluşturabileceği...” Yarg. 4. CD.'nin 29.05.2013 tarih ve 2011/19473 E., 2013/16546 K. sayılı kararı; “Sanığın eyleminde silah kullanmaması karşısında, 6136 sayılı Kanun kapsamında 1 adet tabanca mermisi bırakmak suretiyle gerçekleşen eyleminin ne şekilde silahla tehdit suçunu oluşturduğu kararda açıklanıp tartışılmadan, TCK'nın 106/2-a maddesi ile uygulama yapılması...” Yarg. 4. CD.'nin 19.02.2013 tarih ve 2010/23698 E., 2013/4455 sayılı kararı. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3585.

<sup>73</sup> **Üzülmez**, s.100.

rüp mağdura failin silahlı olduğunu bildirmişse, failin silahlı tehdit yönünden iradesi bulunmadığından, bu ihtimalde fail basit tehditten sorumlu tutulacaktır.

Fail silahını mağdura yöneltmiş olabileceğini gibi, mağdurun yakınlarına da tevcih etmiş olabilir. Bu ihtimalde de, nitelikli tehdit oluşacaktır<sup>74</sup>. Örneğin, fail mağdurun çocuğunun boğazına bıçağı dayayarak “dediklerimi yapmazsan çocuğunu öldürürüm” dese, silah doğrudan mağdura yöneltilmemiş olsa da, silahlı tehditten dolayı sorumluluk gündeme gelecektir.

Burada son olarak failin üzerinde silah olmamasına rağmen, silah olduğunu belirterek mağduru tehdit etmesi halinde, nitelikli halin uygulanıp uygulanmayacağına da temas etmek gerekir.

Kanaatimizce, tehdit suçunda kullanılan silahın gerçek olması, içinin dolu olması, çalışıyor olması gerekmesede, silahın somut olayda gerçekten failin üzerinde, yanında, çantasında vs. bulunması gerekir<sup>75</sup>. Bu nedenle üzerinde silah bulunmayan fail, “yaklaşırsanız hepinizi havaya uçururum, üzerindeki bombayı patlarım” dese ve mağdurlarda korku ve endişeye yol açsa bile, failde gerçekten silah bulunmadığı için nitelikli hal gerçekleşmeyecektir.

## 5. BİRDEN ÇOK FAİLİN BULUNMASI

Tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi<sup>76</sup> ve failerin tamamının silahlı olması halinde, her birinin silahlı tehditten dolayı cezalandırılacağı konusunda tereddüt bulunmamaktadır.

Buna karşılık, faillerden biri silahlı, diğerleri silahsız ise, suçun silahla işlenmesini bilen ve silahsız olan failer hakkında da nitelikli hal uygulanmalıdır<sup>77</sup>.

Yargıtay da, silah kullanılacağını önceden bilen failerin nitelikli halden sorumlu tutulmaları gerektiğini belirtmiştir<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Cihan, s.163; Çınar, s.125.

<sup>75</sup> “Sanığın eşi ve kızı olan katılanları, elini cebine sokup silah varmış izlenimi vererek, ancak silahı göstermeksizin tehdit ettiğinin kabul edilmesi karşısında, silahın korkutuculuğunun katılanlar üzerinde etkili olmaması nedeniyle sanığın eyleminin, TCK'nın 106/1-1. cümle, 43/2. maddelerine uyduğu gözetilmeden, silahlı tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.'nin 26.01.2015 tarih ve 2013/2746 E., 2015/2128 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>76</sup> TCK'nın 106/2-c maddesinde, tehdit suçunun birden fazla kişi tarafından işlenmesi daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

<sup>77</sup> Çınar, s.124, 125.

<sup>78</sup> “...Oluşa göre sanık Yaşar'ın olayda diğer sanık Fatih tarafından silah kullanılacağını önceden bildiğine ilişkin kanıtlar gösterilmeden, TCY.nin 188/1. maddesi yerine yazılı biçimde hükümlendirilmesi...” Yarg. 4. CD.'nin 28.03.1994 tarih ve 10189/2408 sayılı kararı, karar için bkz. Kazancı İçtihat Bankası.

Buna göre, (A), (B)'yi tehdit etmesi için, (C)'yi azmettirmiş, (C) de, (B)'yi silahla tehdit etmiş ise<sup>79</sup>;

- (A)'nın silah kullanılacağını bilmesi<sup>80</sup> ya da bu konuda talimat vermiş olması durumunda, (A) ve (C), TCK'nın 106/2-a maddesine göre,
- (A)'nın silah kullanılacağını bilmemesi ve bu konuda talimatının bulunmaması halinde, (A) basit tehditten, (C) ise nitelikli tehditten sorumlu tutulmalıdır.

Burada son olarak, (A)'nın (B)'yi tehdit etmesi için (C)'yi azmettirmesine rağmen, (C)'nin (B)'yi tehdit etmemesi halinde tehdit suçunun oluşup oluşmayacağı konusuna da değinmek gerekir. İfade edelim ki, doktrinde “akim kalmış azmettirme”<sup>81</sup> olarak isimlendirilen bu halde, “suça azmettirilen kişi, icra hareketlerine hiç başlamadığı için”, ne azmettiren (A)'nın, ne de azmettirilen (C)'nin tehdit suçundan cezai sorumluluğu ortaya çıkmayacaktır.

## 6. SİLAHLI TEHDİDİN SUÇLARIN İÇTİMAİ YÖNÜNDEN DEĞERLENDİRİLMESİ

Failin, aynı mağduru bir suç işleme kararı ile değişik zamanlarda tehdit etmesi halinde, tek bir tehdit suçu oluşacak ancak ceza 43'üncü maddede yer alan zincirleme suç hükümlerine göre arttırılacaktır<sup>82</sup>.

Failin mağduru önce kendisinin tehdit etmesi, farklı tarihte ise azmettirdiği kişinin tehdit etmesi halinde de, zincirleme suç hükümleri uygulanmalıdır<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Nitelikli hallerin şeriklere sırayeti konusunda bkz. **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014, s.528; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015, s.451; **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015, s.671; ayrıca bkz. **Akbulut, Berir**, Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XIV, Haziran 2010, S:1, s.204; **İskender, Salih Zeki**, Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2011, C:37, S:3, s.5.

<sup>80</sup> “Buna karşılık şeriklerin sorumluluğu doğrudan değildir, şerikler, suçtan bağlılık kuralı gereğince sorumlu tutulurlar. Başka bir anlatımla, şeriklerin suçla irtibatları failin şahsına ve işlediği fiile bağlılık arz etmektedir. Bu nedenle, şerikler kendilerince bilinen ve failin işlediği fiilden veya şahsından kaynaklanan nitelikli hallerden etkilenirler” Yarg. 1. CD.'nin 25.06.2014 tarih ve 1428/3654 sayılı kararı, karar için bkz. **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.451.

<sup>81</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Genel Hükümler, s.652; **Koca-Üzülmez**, Genel Hükümler, s.462. Akim kalmış azmettirme durumunda azmettirenin belli oranda cezalandırılması gerektiği konusunda bkz. **Özgenç**, s.516.

<sup>82</sup> **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, Özel Hükümler, s.361; **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.366.

<sup>83</sup> “Sanık Mesut P.'nin mağdur Aydın C.'a karşı aynı günün değişik saatlerinde asli fail ve azmettiren olarak gerçekleştirdiği tehdit eylemlerinin, TCY'nın 106/2-a, 43/1. maddelerine uyduğu gözetilmeden ve silahla tehdit suçuna azmettirme eyleminin, hangi nedenle bir suç işleme kararı kapsamında değerlendirilmediği açıklanıp gösterilmeden, yetersiz gerekçeyle sanığın TCY'nın 106/1, 43/1 ve 106/2-a maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi...” Yarg. 4. CD.'nin 28.12.2011 tarih ve 2009/26947 E., 2011/25485 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökçen-Artuç**, s.3579, 3580.

İçtima yönünden önem arz eden hususlardan biri, failin mağdura yönelik ilk eylemi “basit (m.106/1, c.1)”, ikinci eylemi “silahlı tehdit (m.106/2-a)” ise, bu durumda sorumluluğun nasıl belirleneceğidir.

İfade etmeliyiz ki, bu ihtimalde fail, 106/2-a maddesi uyarınca silahlı tehditten cezalandırılmalı<sup>84</sup>, cezası zincirleme suç hükümlerine göre arttırılmalıdır.

Buna karşılık, failin ilk eylemi “sair tehdit (m.106/1, c.2), ikinci eylemi “silahlı tehdit (m.106/2-a)” ve mağdur şikayetçi değilse, sair tehdit şikayete tabi olduğu için, ilk eylem artık cezalandırılmayacağından, fail sadece silahlı tehditten cezalandırılacak, cezası ayrıca zincirleme suç hükümlerine göre arttırılmayacaktır.

Failin silahla aynı anda birden fazla kişiyi tehdit etmesi halinde, TCK’nın 43/2 maddesi uyarınca, aynı neviden fikri içtima hükümlerine göre, tek bir silahlı tehdit suçundan ceza verilecek, cezası arttırılacaktır (m.43)<sup>85</sup>.

Failin aynı anda birden fazla mağduru silahla tehdit ettikten sonra, farklı zamanda aynı mağdurları yine tek bir fiille tehdit etmesi halinde, ilk eylem yönünden aynı neviden fikri içtima, ikinci eylem yönünden de zincirleme suç hükümlerine göre cezanın arttırılması gerekir<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> “Suça sürüklenen çocuğun, mağdur Selim ile tartışması sırasında, “yanımda bıçak olsaydı seni öldürürdüm” dedikten sonra oradan ayrılıp yakındaki bir marketten suça konu bıçağı temin ederek bu kez mağduru bıçakla tehdit etmesi şeklinde gerçekleşen eylemin, tek bir silahlı tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, kanuni olmayan gerekçeyle eylemler ayrı suç kabul edilerek mahkumiyet kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD.’nin 03.02.2015 tarih ve 2014/42839 E., 2015/2583 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>85</sup> “Sanığın müşteki ... ile katılan ...'in birlikte ikamet ettiği evin önüne giderek havaya ateş edip müşteki ve katılanı öldürmekle tehdit ettiği anlaşıldığı karşısında, silahlı tehdit suçundan tek hüküm kurulup TCK'nın 43/2. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden, mağdur sayısınca mahkumiyet kararı verilmek suretiyle fazla ceza tayini...” Yarg. 4. CD.’nin 08.02.2016 tarih ve 2013/34013 E., 2016/1945 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr. “Sanığın tehdit eylemini aynı anda ve tek bir fiille mağdurlara karşı gerçekleştirmiş olması karşısında; TCY.’nin 43/2 maddesi uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanması gerekirken, her mağdura karşı ayrı ayrı suçun işlendiğinden bahisle hüküm kurularak fazla cezaya hükmedilmesi...” Yarg. 4. CD.’nin 05.12.2011 tarih ve 2009/25273 E., 2011/22972 K. sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3579.

<sup>86</sup> Aynı yönde bkz. Koca-Üzülmez, Özel Hükümler, s.367. “Sanığın aralarında alacak verecek meselesi bulunan mağdurların bulunduğu inşaata gelerek tartışmaya başladığı ve mağdurların bulunduğu yere 20-25 metre mesafeden av tüfeği ile bir el havaya ateş ettiği, sanığın eşinin araya girip tüfeği elinden alarak sanığı eve götürdüğü, sanığın kısa bir süre sonra bu kez bir bıçakla gelip mağdurlara bıçağı göstererek “sizin sülalenizi gebertirim, hepinizi temizleyeceğim” biçimindeki sözlerle tehdit ettiği anlaşıldığından, sanığın yaşanan tartışma sonrası av tüfeği ile mağdurları korkutmak amacıyla havaya ateş etmesinin silahlı tehdit suçunu oluşturduğu, sanığın tehdit suçunu birden fazla mağdura ve değişik zamanlarda önce tüfekle sonra da bıçakla işlemesi nedeniyle zincirleme suç hükmü olan TCY.nin 43. maddesinin 1. ve 2. fıkraları ile ayrı ayrı artırım yapılması gerektiği...” Yarg. 4. CD.’nin 31.01.2011 tarih ve 2008/22469 E., 2011/661 K. sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3580.

Fail farklı mağdurları, farklı zamanlarda silahla tehdit etmişse, her bir mağdur yönünden ayrı silahlı tehdit suçundan cezalandırılacaktır.

TCK'nın 106/3. maddesinde, özel bir içtima hükmü yer almaktadır. Buna göre, tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama veya mala zarar verme suçunun işlenmesi halinde ayrıca bu suçlardan da ceza verilecektir<sup>87</sup>.

Örneğin failin, mağduru korkutmak için işyerine silahla ateş etmesi halinde, hem silahlı tehdit, hem de mala zarar verme<sup>88</sup> suçlarından cezalandırılması gerekecektir<sup>89</sup>.

Aynı şekilde failin mağduru tehdit etmek için doğrulttuğu silahı ateşlemesi sonucunda mağdurun ölmesi ya da yaralanması halinde hem silahlı tehdit hem de kasten öldürme ya da kasten yaralama suçlarından dolayı cezai sorumluluk gündeme gelecektir.

TCK'nın 106'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının uygulanabilmesi için, kasten öldürme, kasten yaralama ya da mala zarar verme suçlarının tamamlanmış olması gerekir. Diğer bir ifade ile failin silahlı tehdit suçunu işlerken kasten öldürme, kasten yaralama veya mala zarar verme suçu teşebbüs aşamasında kalmış ise, 106'ncı maddenin 3'üncü fıkrası uygulanmayacaktır. Bu ihtimalde, farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk gündeme gelecektir<sup>90</sup>.

<sup>87</sup> Tehdidin ileriye dönük bir zarara uğratma amacı güttüğünden, zararın gerçekleştirilmesi durumunda, yalnızca gerçekleşen bu suçtan dolayı failin cezalandırılmasının yerinde olacağı konusunda bkz. **Tezcan-Erdem-Önok**, s.362.

<sup>88</sup> Madde metninde yer alan "malvarlığına zarar verme" ibaresinin, "mala zarar verme" olarak anlaşılması gerekir.

<sup>89</sup> "Sanıkların, şikayetçilerin içinde bulunduğu araca birçok kez ateş ederek aracın arka camı ve kapısı da dahil olmak üzere birçok yerinden isabet alarak hasar gördüğü, sanıkların eyleminin belli bir kişiye yönelik olması nedeniyle 5237 sayılı TCK.nun 106/2-a ile aynı yasanın 106/3. madde ve fıkrası yollamasıyla 151/1. madde ve fıkralarında düzenlenen birbirinden bağımsız silahlı tehdit ve mala zarar verme suçlarını oluşturduğu, bu suçlardan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, eylem küll halinde kabul edilerek silahlı tehdit suçundan hüküm kurulması..." Yarg. 8. CD.'nin 02.12.2015 tarih ve 2015/11836 E., 2015/25114 K. sayılı kararı. "Sanığın sevk ve idaresindeki aracıyla trafikte seyir halindeyken, müşterilerin içerisinde bulunduğu araca kurusıkı tabanca ile ateş ettiği ve araçlarına çarpmak suretiyle zarar verdiği iddia edilen olayda, sanık ile müşteriler arasındaki önceye dayanan husumet, olay yerinde ele geçen kovan, müşterilerin aracında tespit edilen hasara ilişkin tutanak, tanık S. Ç.'nin oluşturma beyanı ve müşterilerin eylemleri sanığın gerçekleştirdiğine dair birbiriyle çelişmeyen ifadeleri karşısında, sanığın silahlı tehdit ve mala zarar verme suçlarını işlediğine dair yeterli delil bulunduğu gözetilmeden, yetersiz gerekçe ile beraat kararları verilmesi..." Yarg. 4. CD.'nin 30.11.2015 tarih ve 25203/38759 sayılı kararı, kararlar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>90</sup> "Sanık Haki G. 'in kahvehanede tartıştığı müşteki Hüseyin A. 'a "bir daha bu kahvehaneye girmeyeceksin" deyip, müşteki Hüseyin 'in peşinden evinin önüne kadar giderek, elindeki ruhsatsız tabanca ile ikametgahına giren müşteki Hüseyin A. 'ın peşinden eve ve evin boş olan üst katına doğru ateş etmesi, daha sonra müştekinin evinden çıkarak kaçması üzerine, araya her-



Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, tehdit suçu genel ve tamamlayıcı nitelikte bir suç tipidir. Bu nedenle failin eyleminin kanunda yer alan başka suçları oluşturması halinde, failin artık tehditten dolayı cezalandırılması mümkün olmayacaktır. Örneğin yağma (m.148), ihaleye fesat karıştırma (m.235), görevi yaptırma için direnme (m.265) gibi.

Silahlı tehdit suçunun mağdurunun belirli bir kişi olması gerekir. Aksi takdirde belli bir kişi yerine, halkı endişe ve korkuya sevk etmek amacıyla failin alenen silahla tehdit eylemini gerçekleştirmesi, TCK'nın 213. maddesinde yer alan halk arasında korku ve panik yaratmak amacıyla tehdit suçunu oluşturacaktır<sup>91</sup>.

Failin mağduru tehdit ederken silahını ateşlemesi durumunda, hem silahlı tehdit hem de TCK'nın 170'inci maddesinde yer alan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçu oluşabilir. Bu ihtimalde tek bir fiille birden fazla farklı suç oluştuğu için, 44'üncü maddede yer alan farklı neviden fikri içtima hükümleri uyarınca, failin en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir<sup>92</sup>.

Burada özellikle, silahlı tehdit suçu ile kasten öldürmeye teşebbüs veya kasten yaralamaya teşebbüs suçlarının birbirine yaklaşması dolayısıyla incelenmesi gerekmektedir. Zira failin elindeki bıçakla mağduru "seni öldürecek" diyerek kovalamasına rağmen, mağdurun daha atik olması nedeniyle kaçması ya da üçüncü kişilerin faili engellemesi ihtimallerinde, failin kasten öldürmeye teşebbüsten mi yoksa silahlı tehditten mi sorumlu tutulacağına ortaya konulması gerekir.

---

*hangi bir zaman aralığı girmeksizin müştekinin arkasından silahla ateş etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin, hukuki anlamda tek fiil olduğu, tek fiil ile hem silahlı tehdit hem de kasten yaralamaya teşebbüs suçunun oluştuğu ve sanığın 5237 sayılı TCK'nın 44. maddesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren silahlı tehdit suçundan cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, her iki suçtan da mahkumiyet kararı verilmesi..."* Yarg. 4. CD.'nin 04.06.2013 tarih ve 2012/2686 E., 2013/17193 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3641.

<sup>91</sup> **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3581.

<sup>92</sup> "...sanığın, lokantada tehdit amacıyla havaya ateş etmesi şeklinde gerçekleşen eyleminin hukuki anlamda tek fiil olduğu ve tek fiil ile hem silahlı tehdit hem de genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçlarının oluştuğu gözetilerek, TCK'nın 44. maddesi gereğince daha ağır cezayı gerektiren TCK'nın 106/2-a maddesinde tanımlanan silahlı tehdit suçundan cezalandırılması ile yetinilmesi gerekirken, ayrıca aynı Kanununun 170/1-c maddesinde tanımlanan suçtan da mahkumiyet kararı verilmesi..." Yarg. 4. CD.'nin 08.02.2016 tarih ve 2013/33997 E., 2016/1953 K. sayılı kararı. "Sanığın, katılan. ..'nin çalıştığı işyerinin önüne giderek ".... ve. .. burda mı onları sinkaf edecem, vuracam" diyerek, aracından aldığı av tüfeği ile işyerinin camlarına doğru ateş etmesi şeklindeki eyleminin bir bütün halinde silahlı tehdit suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde tehdit ve genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması olarak kabulü suretiyle hüküm kurulması..." Yarg. 8. CD.'nin 10.02.2016 tarih ve 786/1313 sayılı kararı, aynı yönde Yarg. 4. CD.'nin 08.12.2015 tarih ve 2013/30496 E., 2015/39450 K. sayılı kararı, kararlar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

Yargıtay, bu gibi olaylarda hangi suçun oluşacağını failin amacına ve kastına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermektedir<sup>93</sup>. Örneğin failin silahla ateş ederken yaralama amacı varsa yaralamaya teşebbüs, korkutmak amacıyla hareket etmişse silahlı tehdit suçu oluşacaktır<sup>94</sup>.

Kanaatimizce, bu noktada failin kastına ve meydana gelen zarar ve tehlikenin somut olaydaki ağırlığına göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Buna göre, failin mağduru öldürmeye yönelik hareketi ve iradesi kuşkuyla yer vermeyecek şekilde tespit edilebiliyorsa, kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumluluk gündeme gelecek, buna karşılık failin saldırgan değil, salt mağduru tedirgin edici, korkutucu fiilleri ve iradesi somut olaydan anlaşılıyorsa, eylem silahlı tehdit suçunu oluşturacaktır.

Örneğin, fail elindeki silahı mağdura tevcih etmiş ve “seni öldüreceğim” dedikten sonra, hedef gözeterek silahını ateşlemiş ancak kurşun mağdura isabet etmemişse ya da fail bıçağı mağdurun hayati önem arz eden bölgesine saplamaya çalışmış ancak mağdur yana çekilince bıçak buzdolabına isabet etmişse eylem, kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık failin elin-

<sup>93</sup> “...saniğin, katılana tokat attıktan sonra cebinden çıkardığı bıçağı herhangi bir tehdit sözü söylemeden yaralama kastıyla savurduğu, ancak isabet ettiremediği, bıçağın yere düşmesi üzerine katılanın kaçarak olay yerinden uzaklaşmasıyla eylemin sona erdiği ve bir bütün olarak yaralama suçunu oluşturduğunun anlaşılması karşısında, temel cezanın TCK'nin 3 ve 61. maddeleri uyarınca suç kastının yoğunluğu ve eylemin ağırlığıyla orantılı biçimde alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, uygulamaya yeri bulunmayan silahlı tehdit suçundan da mahkumiyet kararı verilmesi...” Yarg. 4. CD.'nin 08.06.2015 tarih ve 2013/16400 E., 2015/30676 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>94</sup> “Saniğin mağdurların işlettiği lokanta da içki içerek sarhoş olup taşkınlık yapması nedeniyle dövülüp dışarı çıkarılması üzerine, bir saat sonra geceleyin arabasından av tüfeğini alıp gelerek o sırada içerisinde müşterileri bulunmayan lokantanın duvar ve penceresine doğru ateş etmekten ibaret olan eyleminin, silahlı tehdit ya da yaralamaya kalkışma suçlarından birisini oluşturmasının olanaklı bulunması karşısında, olayın niteliği ve saniğin kastı üzerinde durularak, hangi suçu oluşturduğunun tartışılması ve sonucuna göre;

Yaralama kastıyla ateş ettiği kabul edildiği takdirde TCY'nin 456/4., 62. (2 kez) maddelerinin uygulanması,

Saniğin eylemi tehdit kastıyla işlediği kabul edildiği takdirde ise, tehdidin yalnızca sözle değil, yazı işaret veya davranışlarla da yapılabileceği, yaralayıcı ve öldürücü özelliği nedeniyle silahla ateş etmenin ileride en azından yaralamayı (vücut dokunulmazlığına yönelik saldırıyı) gerçekleştireceğini bildirme niteliğinde olduğu gözetilerek, TCY'nin 191/2., (2 kez) maddesinin uygulanması gerekirken, soruşturma evresinde silah sesi üzerinde kendilerini yere attıkları yolundaki anlatımlarına karşın, duruşmadaki korkmadıklarına ilişkin beyanlarına dayanılarak objektif olarak korkutuculuk ögesi değerlendirilmeden, mağdurların iç huzurunun bozulmadığı ve saniğin ateş ettiği sırada herhangi bir söz etmediği gerekçesiyle, eylemin TCY'nin 191/son maddesine uyduğu belirtilerek, şikayet yokluğu nedeniyle davanın düşürülmesi karar verilmesi...” Yarg. 4. CD.'nin 16.10.2006 tarih ve 4130/15247 sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3583.

deki silahı mağdurun kafasına dayaması<sup>95</sup>, silahla mağduru salt korkutmak için havaya ateş etmesi<sup>96</sup> ya da elindeki bıçakla mağduru kovalaması<sup>97</sup> silahlı tehdit suçunu oluşturacaktır.

Failin tehdit suçunu taşınması yasak olan silahla işlemesi halinde, hem 6136 sayılı yasaya aykırılık hem de silahlı tehdit suçu oluşacaktır<sup>98</sup>. Bu ihtimalde fail her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Burada son olarak görevi yaptırmamak için direnme suçu (m.265) ile silahlı tehdit suçu arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir.

Tehdit, görevi yaptırmamak için direnme suçunun bir unsuru niteliğinde olduğundan, bileşik suç hükümleri (m.42) uyarınca, fail sadece TCK'nın 265'inci maddesinden sorumlu tutulacaktır<sup>99</sup>.

<sup>95</sup> “Mağdur T. A.’in eşi hakkında uygunsuz şekilde konuştuğunu öğrenen sanığın evine gittiği mağdurlardan Tuna’yı yere yatırıp başına silah dayamak suretiyle tehdit ettiği sırada orada bulunan diğer mağdurlar A. A. ve C. T.’un da araya girip Tuna’yı kurtarmak istemeleri üzerine onlara da silah doğrultması eyleminin aynı sebebe dayalı olarak ve aynı olay bütünlüğü içinde birden çok mağdura karşı yöneltilmesi nedeniyle TCK’nın 106/2-a ve 43/2. maddesi aracılığıyla 43/1. maddesi ile uygulama yapılmasını gerektiren nitelikte silahlı tehdit suçunu oluşturduğu ve olayda aynı neviden fikri içtima kuralının uygulanması koşullarının olduğu gözetilmeden, katılan Tuna’ya yönelik eylemin ayrı bir tehdit suçunu, diğer katılan Adile ve şikayetçi Celal’e yönelik eylemlerinin ise ayrı bir tehdit suçunu oluşturduğu kabul edilip buna göre iki kez uygulama yapılması, ayrıca olayın çıkış sebebi üzerinde durularak sanık lehine haksız tahrik hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına değerlendirilmemesi...” Yarg. 4. CD.’nin 25.06.2015 tarih ve 2013/20887 E., 2015/32312 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>96</sup> “Daha önce aralarında öldürmeyi gerektirecek bir husumet bulunmayan amcasına gürlütu yapması ve küfretmesi nedeniyle kızmış olan sanığın, yanına daha nitelikli birkaç fişek yerine içinde kuş saçması ile doldurulmuş bir fişek bulunan tek kırma av tüfeğini alarak amcasının evine gitmek ve evin dış kapısından girer girmez, merdivenlerin yukarısında, kendisine 2.5 metre mesafede ayakta durmakta olan amcasına tehevürle “seni öldüreceğim” biçiminde bağırdıktan sonra, mani sebebin olmadığı anlaşılan fiziki ortamda, kaçma veya eğilerek vurulmaktan kurtulma imkanı bulunmayan mağduru rahatlıkla vurma olanağına sahipken, mağdur yerine tavana doğru ateş etmekten ibaret olan eylemi bir bütün halinde adam öldürmeye teşebbüs değil, “korkutma kastıyla” icra edilen silahla tehdit suçunu oluşturur” Yarg. CGK’nın 17.02.2009 tarih ve 2008/1-208 E., 2009/27 K. sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3637, 3638.

<sup>97</sup> “Sanığın, tartışma sırasında eline aldığı bıçak ile eşi olan mağdura “seni öldüreceğim” diyerek kovalaması şeklindeki eyleminin sübutu halinde TCK’nın 106/2-a maddesindeki silahlı tehdit suçunu oluşturacağı gözetilmeden yerinde olmayan gerekçeyle ceza verilmesine yer olmadığına karar verilmesi...” Yarg. 4. CD.’nin 02.12.2015 tarih ve 2013/29460 E., 2015/39030 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

<sup>98</sup> Şen, s.420; Çınar, s.125.

<sup>99</sup> “Köy muhtarı olan katılan Y. P.’nin, köy içme suyunun vanasını kapatan sanığı vanayı açması konusunda ikaz etmesi üzerine sanığın, katılanın görevini yapmasını engellemek maksadıyla silahla tehdit eyleminin, TCK’nın 265. maddesine uyan görevi yaptırmamak için direnme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yerinde görülmeyen gerekçeyle silahlı tehdit suçu kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.’nin 09.04.2015 tarih ve 2013/11512 E., 2015/26537 K. sayılı kararı, karar için bkz. www.yargitay.gov.tr

TCK'nın 106'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında tehdit suçunun temel şeklinin yaptırımı altı aydan iki yıla kadar hapis olmasına rağmen, 265'inci maddede yer alan suçun temel şeklinin cezası altı aydan üç yıla kadar haptir.

Buna karşılık, silahlı tehdit suçunun cezası, TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, bir yıldan beş yıla kadar hapis olarak öngörölmüş, görevi yaptırmamak için direnme suçunun silahla işlenen nitelikli halinin yaptırımı ise, TCK'nın 265'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre (ceza temel şekline göre yarı oranında artırılacağı için) dokuz aydan dört yıl altı aya kadar haptir.

Göröldüğü gibi, bahsi geçen suçların temel şekillerinin yaptırımları yönünden herhangi bir çelişki bulunmamasına rağmen, niteliği itibariyle daha ağır ceza içermesi gereken görevi yaptırmamak için direnme suçunun silahla işlenen şeklinin cezası silahlı tehdit suçundan daha düşüktür.

Bu itibarla kanunda yer alan bu çelişkinin giderilebilmesi için, TCK'nın 265'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan "yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır" şeklindeki ibarenin, "yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır" şeklinde değıştirilmesi yerinde olacaktır.

## 7. YAPTIRIM

Silahlı tehdit suçunun cezası TCK'nın 106/2-a maddesinde, "iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası" olarak belirtilmiştir.

Buna göre, cezanın alt sınırı itibariyle, diğere şartları da oluşmak kaydıyla, fail hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231'inci maddesine göre, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ya da 5237 sayılı TCK'nın 51'inci maddesine göre, hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olabilecektir.

Somut olayda failin mağduru silahla tehdit ederken sarf ettiğı sözler "sair tehdit" kapsamında ise, fail sadece TCK'nın 106/2-a maddesine göre cezalandırılacaktır<sup>100</sup>.

<sup>100</sup> "Sanığın av tüfeğini mağdurlara doğrultarak "sizinle daha görüşürüz, bunu yanınıza bırakmayacağım" şeklindeki sözlerle tehdit ettiğinin mahkemece de kabul edilmesi karşısında, silahın korkutuculuk özelliğine göre eylemin TCK'nın 106/2-a maddesinde öngörölen nitelikli tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden, TCK'nın 106/1-2. Cümlesi kapsamında basit tehdit olduğı kabul edilerek şikayetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşürölmesine karar verilmesi..." Yarg. 4. CD.'nin 18.03.2013 tarih ve 2010/29762 E., 2013/7465 K. sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3584.

Hapis cezasının dışında failin suçta kullandığı silahın müsaderesine de karar verilebilecektir<sup>101</sup>. Ayrıca fail hakkında TCK'nın 53. maddesi çerçevesinde hak yoksunluğu da gündeme gelecektir.

Silahlı tehdit suçunun işlenmesi sonucunda yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında, bunlara özgü güvenlik tedbirlerine (m.60) hükmolunacaktır (m.111).

Somut olayda failin eylemi, TCK'nın 106'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan birden fazla nitelikli hali oluşturuyorsa, fail hakkında 106/2'nci maddede yer alan ceza, 61'inci madde kapsamında alt sınırdan uzaklaşarak bir kez uygulanmalıdır<sup>102</sup>.

Silahlı tehdit suçu yönünden zamanaşımı süresi sekiz yıldır (m.66/1-e).

## 8. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

Silahlı tehdit suçu, resen soruşturulan bir suç tipidir. Bu nedenle mağdurun şikayetçi olmasının ya da şikayetten vazgeçmesinin bir önemi bulunmamaktadır<sup>103</sup>.

Silahlı tehdit suçundan dolayı açılacak olan kamu davasına mağdurun katılma hakkının bulunduğu konusunda tereddüt yoktur. Bununla birlikte, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 20'nci maddesinin 2'nci fıkrasındaki; "*Bakanlık, gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabilir*" hükmü uyarınca, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığını temsilen ilgililerin davaya katılma hakkı bulunmaktadır<sup>104</sup>.

<sup>101</sup> "...adli emanetin 2005/5857 sırasına kayıtlı 1 adet falçata ve 1 adet döner bıçağının 5237 sayılı Yasanın 54. maddesi gereğince müsaderesine karar verilmesi karşısında TCK'nın 106/2-a maddesinin uygulanmaması..." Yarg. 4. CD.'nin 15.12.2011 tarih ve 2009/26716 E., 2011/24183 K. sayılı kararı, karar için bkz. **Yaşar-Gökcan-Artuç**, s.3645.

<sup>102</sup> **Koca-Üzülmez**, Özel Hükümler, s.369.

<sup>103</sup> "...saniğin eyleminin aynı Kanunun 106/2-a maddesi uyarınca silahlı tehdit suçunu oluşturduğu ve bu suçun kovuşturulmasının şikayet koşuluna bağlı olmadığı gözetilmeden, eylemin aynı maddenin 2. cümlesinde düzenlenen basit tehdit olarak kabul edilerek, şikayetten vazgeçme nedeniyle düşme kararı verilmesi..." Yarg. 4. CD.'nin 26.11.2015 tarih ve 2013/29732 E., 2015/38622 K. sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

<sup>104</sup> "*Sanık A. E. hakkında çocuk katılanlar Sümeyye ve Halis ile mağdurlar Beyhan ve Hacer'e yönelik kasten öldürmeye teşebbüs ile katılan Sevgi'ye yönelik silahla tehdit suçlarından açılan kamu davasına, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 20/2 maddesi gereğince katılma hakkı olan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığını temsilen Manisa Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğüne davanın ihbarı ve gerekçeli kararın tebliği, verilirse temyiz dilekçesi ve bu durumda düzenlenecek ek tebliğnameyle birlikte Dairemize iadesi için, dosyanın incelenmeksizin Mahkemesine gönderilmek üzere Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdiine...*" Yarg. 1. CD.'nin 08.02.2016 tarih ve 137/379 sayılı kararı, karar için bkz. [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)

Silahlı tehdit suçundan dolayı görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanununun 11'inci maddesine göre asliye ceza mahkemesidir.

Failin eyleminin 106'ncı maddenin 3'üncü fıkrası kapsamında silahlı tehdit ve kasten öldürme suçunu oluşturduğu durumlarda, görevli mahkeme 5235 sayılı Kanununun 12'nci maddesine göre, ağır ceza mahkemesidir.

Aynı şekilde sanığın eyleminin silahlı tehdit mi yağma mı olduğu konusunda ihtilaf bulunuyorsa, görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir<sup>105</sup>.

## SONUÇ

Silahlı tehdit, 5237 sayılı TCK'nın 106/2-a maddesinde, tehdit suçunun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

Silahın mağdur üzerindeki korkutucu etkisinin yoğunluğu, suçun işlenmesini kolaylaştırması, faile cesaret vermesi ve mağdura gelebilecek zarar ve tehlike ihtimalini arttırması nedeniyle, silahlı tehdidin nitelikli hal sayıldığını ifade etmek mümkündür.

Tehdit suçunda kullanılan silahın ateşli olması, gerçek olması ya da kullanılabilir olması gerekmez. Bu nedenle, gerçeğine benzemesi ve korkutucu etkisinin bulunması kaydıyla, oyuncak tabanca ve boş silah da silahlı tehdit suçunun oluşması için yeterlidir.

Bu suçta silahın mağdura tevcih edilmesi şart olmayıp, iradi olarak mağdura silahın varlığının hissettirilmesi (gösterme, havaya ateş etme gibi) kafidir.

Yargıtay, 765 sayılı TCK dönemindeki uygulamasının aksine, failin tehdit içeren söz söylemeksizin, silahını mağdura doğrultmasını, silahlı tehdit suçu kapsamında değerlendirmektedir.

Mağdurun gıyabında işlenen tehdit fiillerinde de, suçun silahla işlenmesi mümkündür. Burada önemli olan, failin gıyapta gerçekleştirdiği bu eyleminde silahın kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kullanıldığının ortaya konulmasıdır.

TCK'nın 106/3'üncü maddesindeki düzenleme ile birlikte, tehdit amacıyla kasten öldürme, kasten yaralama ve mala zarar verme suçları işlenmişse, hem tehditten hem de bu suçlardan fail cezalandırılacaktır.

<sup>105</sup> “İddianamede, sanık Bülent Ü'ün, babası olan yakınandan para isteyip alamaması nedeniyle, hayatına yönelik saldırı gerçekleştireceğinden bahisle ölümle tehdit ettiği iddiasıyla dava açıldığı, mahkemece de eylemin bu şekilde kabul edilmiş olması karşısında, eyleminin yağma suçunu oluşturabileceği, kanuları değerlendirme ve suçu nitelendirme görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilmeden, görevsizlik kararı verilmesi yerine, yargılamaya devamla tehdit suçundan hüküm kurulması...” Yarg. 4. CD.'nin 30.01.2012 tarih ve 2010/1262 E., 2012/1298 K. sayılı kararı, karar için bkz. Yaşar-Gökcan-Artuç, s.3669.

Failin eyleminin silahlı tehdit mi yoksa kasten öldürmeye teşebbüs ya da kasten yaralamaya teşebbüs suçunu mu oluşturduğu, failin kastına, suçu işlerken ortaya koyduğu hareketlerine göre belirlenmelidir.

Silahlı tehdit suçunun cezası ile görevi yaptırmamak için direnme suçunun silahla işlenen şeklinin yaptırımı arasındaki çelişkinin giderilmesi için, 265'inci maddesin 4'üncü fıkrasında yer alan “*yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza yarı oranında artırılır*” şeklindeki ibarenin, “*yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza bir kat artırılır*” şeklinde değiştirilmesi yerinde olacaktır.

**KAYNAKÇA**

- Akbulut, Berrin**, Bağlılık Kuralı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: XIV, S: 1, Haziran 2010.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2015.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, TCK Şerhi, Özel Hükümler, C: 3, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Bakıcı, Sedat**, Tehdit Suçu ve Unsurları, Ankara Barosu Dergisi, 1992/5.
- Cihan, Erol**, Cebir Kullanma Cürmü, İstanbul 1978.
- Çınar, Ali Rıza**, Tehdit Suçu, Ankara 2002.
- Erem, Faruk**, Tehdit ve Cebir Kullanma Suçu, Adalet Dergisi, 1952/7.
- Erem, Faruk-Toroslu, Nevzat**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2003.
- Gözübüyük, A. Pulat**, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu, C: II, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 125-201), İstanbul tarihsiz.
- Güven, Mustafa**, Tehdit Suçunun Objektif Yapısı Üzerine Bir İnceleme, Adalet Dergisi, S: 4, Temmuz-Ağustos 1987.
- Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, 4. Baskı, Ankara 2015.
- İskender, Salih Zeki**, Bağlılık Kuralı ve Suça Etki Eden Nedenlerin (Ağırlaştırıcı ve Hafifletici Nedenlerin) Suç Ortaklarına Etkisi, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2011, C: 37, S: 3.
- Kazancı İçtihat Bankası.**
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015.
- Malkoç, İsmail-Güler, Malkoç**, Uygulamada Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, C: 2, Ankara.
- Önder, Ayhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1994.
- Özbek, Veli Özer-Kanbur, Mehmet Nihat-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, Ankara 2014.



- Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 2008.
- Savaş, Vural-Mollamahmutoğlu, Sadık**, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Cilt, 2. Baskı, Ankara 1998.
- Selçuk, Sami**, Izrar ve Tehdit Cürümlerinde Kast, Yargıtay Dergisi, C: 11, S: 3, Temmuz 1985.
- Soyaslan, Doğan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005.
- Sözüer, Adem**, Tehdit Suçu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LIV, S: 1-4, 1991-1994.
- Şen, Ersan**, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul 2006.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Önok, R.Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2008.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2005.
- Üzülmez, İlhan**, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Hürriyete Karşı İşlenen Suçlar Çerçevesinde Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Ankara 2007.
- [www.yargitay.gov.tr](http://www.yargitay.gov.tr)
- Yaşar, Osman**, Uygulamada ve Öğretide Hürriyete Aleyhinde İşlenen Suçlar, Ankara 2001.
- Yaşar, Osman-Gökcan, Hasan Tahsin-Artuç, Mustafa**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2. Baskı, 3. Cilt, Ankara 2014.
- Yazıcıoğlu, Yılmaz**, Tehdit Suçu Üzerine, Yargıtay Dergisi, C: 19, S: 3, Temmuz 1993.



**YARGITAY'DA HÜKMÜN  
BOZULMASINDAN SONRA DAVAYA  
YENİDEN BAKACAK MAHKEMENİN İŞLEMLERİ VE  
SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ YASAĞI**

*Yrd. Doç. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ\**

**ÖZET**

Yargıtay, temyiz edilen hükmü, hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar nedeniyle bozar.

Yargıtay' dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak olan mahkeme, ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar.

Yargıtay' dan verilen bozma kararına mahkemenin direnme hakkı vardır. Ancak direnme üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nca verilen kararlara karşı direnilemez.

Önceki hükmünde direnmeyen mahkeme, davayı yeniden inceler, gerekirse delil toplar ve yeni bir hüküm verir. Ancak mahkeme, uyma kararından önce ve hatta bazı hallerde uyma kararından sonra da soruşturmayı genişletmeye yetkili değildir.

Bu çalışmada, yukarıda temel noktaları açıklanan “temyiz mahkemesince hükmün bozulmasından sonra davaya bakacak mahkemenin işlemleri ve soruşturmanın genişletilmesi yasağına” ilişkin konular ayrıntılarıyla tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Davaya Yeniden Bakacak Mahkemenin İşlemleri, Temyiz, Hükmün Bozulması, Yargıtay, Soruşturmanın Genişletilmesi.

**ABSTRACT**

The Court of Cassation reverses the contested judgment on the basis of violations of law effecting the judgment.

The court, that is going to retry the case upon to the decision of reversal of the Court of Cassation, shall ask the related individuals their responses regarding the reversal.

The court has the right to insist on its former judgment, if the Court of Cassation decides to reverse. However, the decisions rendered by the Penal General Assembly of the Court of Cassation upon insisting, shall be final.

---

\* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

The court that has not insist on its former judgement, is re-examined the case, collect evidence if it is necessary and give the new judgement. But the court has not authorized to the extension of inquiry before the decision of complience and sometimes even after the decision of complience.

In this study discussed the subjects about “the procedures of the court that shall rehear the case after the reversel of judgement by the court of cassation and the prohibition of extension of inquiry” in detailed that is declared the basic points above.

**Keywords:** The Procedures of the Court that Shall Rehear the Case, Appeal, Reversel of Judgement, Court of Cassation, Extension of Inquiry.

## GİRİŞ

Kanun yolları olağan ve olağanüstü kanun yolları olarak ikiye ayrılır. Olağan kanun yolları henüz kesinleşmemiş karar ve/ya hükümlere karşı başvuru ve söz konusu karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların denetlenmesine imkân veren kanun yollarıyken, olağanüstü kanun yolları kanunla muayyen istisnai bazı durumlarda kesinleşmiş karar veya hükümlerdeki hukuka aykırılıkların denetimine imkân veren olağanüstü yollardır<sup>1</sup>.

Yasama ve yürütme organları ile idare, yargılama makamlarının kararlarına uymak mecburiyetinde oldukları ve onları değiştiremediklerinden (Anayasa, md. 138) bu kararlardaki hataları giderme işini de ancak yargılama makamları yapabilir<sup>2</sup>.

Türk Ceza Muhakemesinde olağan kanun yolları itiraz, istinaf ve temyizdir (CMK, md. 267-307).

Temyiz kanun yolunda yargılama makamı, uyuşmazlığın maddi ve hukuki meselelerinden sadece hukuki meseleyi, yani mahkemece sabit kabul edilen olayın hukuk normları karşısındaki durumu meselesini ele alacak ve esas mahkemenin son kararını bu açıdan inceleyerek normun vasıta olarak kullanılmasında aykırılık olup olmadığını söyleyecektir<sup>3</sup>.

Öte yandan Yargıtay her ne kadar maddi meseleye nüfuz ederek Mahkemenin sübuta ilişkin takdirini denetleyemezse de söz konusu takdir yetkisinin hukukun çizdiği sınırlar içinde kullanılıp kullanılmadığını denetleyebilir. Zira mahkeme takdir yetkisini hukuka uygun kullanmalıdır. Mahkemenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanıp kullanmadığı meselesi maddi değil hukuki bir meseledir<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Yenidünya, A. C./İçer, Z.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s.775 vd. Ayrıca bkz., Tosun, Ö.: Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanun Yollarının Çeşitleri, İÜHFİM, C. 35, S. 1-4, Y. 1969, s.8-48; Çınar, A. R.: Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.

<sup>2</sup> Yenisey, F./Nuhoğlu, A.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s.859.

<sup>3</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s.908.

Yazarlar, temyiz yolunun iki derece olmasının iki sebebi olduğunu ifade eder: bir kere deliller tekrar ve yeniden ortaya konulmak suretiyle dar manadaki ceza muhakemesinin soruşturma safhası niteliğinde bir öğrenme muhakemesi yapılması hemen hemen imkânsız olduğu için istinaf ile temyiz birbirinden ayrılmış ve hiçbir memlekette maddi meselenin istinaftan sonra üçüncü defa olarak temyiz kanun yolunda ele alınması kabul edilmemiştir. Diğer taraftan hukuki yönün bir kere daha ve merkezi bir organ tarafından ele alınması hem mümkündür hem de müşahhas olmayıp mücerret olması, bir kişiyi değil milyonları ilgilendirmesi bakımından daha faydalıdır. Bunun içindir ki istinaf mahkemeleri kurulmalı ve Yargıtay istinaf mahkemesi haline getirilmemelidir. Yargıtay müşahhas olayı ilgilendiren maddi meselelerle de uğraşırca, içtihat yaratmadaki önderlik görevini yapamaz (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.908).

<sup>4</sup> Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz., Keskin, S.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997, s.81.

Temyiz incelemesini, kanun yoluna başvuru hakkına sahip olanların (CMK, md. 260-266)<sup>5</sup> kanunla muayyen süre içinde (CMK, md. 291, 292, CMUK, md. 310, 311) hükmü temyiz etmeleri halinde, eğer karar temyiz edilebilir bir kararsa (CMK, md. 286, 290, CMUK, md. 305, 309) Yargıtay yapar.

Temyiz mercii, yaptığı inceleme sonunda bozma, onama (ret), ıslah ve düşme kararlarından birini verir.

Yargıtay hükmü hukuka uygun bulursa temyiz talebini reddeder. Uygulamada, bu karara bozmanın karşılığı olarak onama kararı denmektedir.

Yargıtay kanunla muayyen olan istisnai bazı durumlarda (CMK, md. 303, CMUK, md. 322) ise hükmü bozarak kendisi davanın esasına hükmeder, hükmündeki hukuka aykırılığı düzeltir. Söz konusu işleme ıslah denir.

Yargıtay temyiz incelemesi esnasında düşme nedenlerinden birinin somut uyuşmazlıkta mevcut olduğunu tespit ederse, derhal beraat kararı verilemeyen hallerde düşme kararı vermek durumundadır (CMK, md. 303/1-a, CMUK, md. 322/1-1).

Öte yandan Yargıtay yaptığı temyiz incelemesi neticesinde hükmün bozulmasını gerektiren bir hukuka aykırılık tespit ederse, hükmü bozar.

Yargıtay'ın onama, ıslah ve düşme kararları kesindir. Bozma kararı üzerine ise önceki hüküm ortadan kalkmış olacağından kesinleşmesi de mümkün olmaz. Zira bu halde uyuşmazlığa ilişkin yeni bir hüküm kurulması gerekmektedir. Dolayısıyla dosyanın gönderildiği mahkemenin öncelikle Yargıtay'ca verilen bozma kararına uymak ya da direnmek yönünde bir karar vermesi, sonrasında da bu kararının gereğini yapması gerekmektedir.

Aşağıda, öncelikle hükmün Yargıtay'da bozulması ve bozmanın ardından esas mahkemesinin yapacağı işlemler incelenmiş, söz konusu mahkemenin, bozma üzerine uymak ya da direnmek yönünde herhangi bir karar vermeden önce veya uyma kararından sonra soruşturmayı genişletmesinin mümkün olup olmadığı sorusuna cevap aranmıştır<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Öte yandan CMUK' nun 305/1. maddesi gereği, onbeş sene ve ondan yukarı hürriyeti bağlayıcı cezalara ait hükümler hiçbir harç ve masrafa tabi olmaksızın kanun yoluna başvuru hakkına sahip olanların herhangi bir başvurusu olmasa dahi Yargıtay'ca re'sen tetkik olunur. CMK' nun temyize ilişkin hükümlerinde ise bu yönde bir madde kabul edilmemiştir. Ancak bu husus bir eksiklik değildir. Zira, CMK' nun 272/1. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesince verilen onbeş yıl ve daha fazla hapis cezalarına ilişkin hükümler Bölge Adliye Mahkemesi'nce re'sen incelenmektedir.

<sup>6</sup> Çalışmada 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) esas alınmış ve bu makalenin yazıldığı tarihte halen yürürlükte olduğundan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)'nun temyize ilişkin hükümleriyle karşılaştırmalı olarak incelenmiştir.

## 1. HÜKMÜN BOZULMASI

Yargıtay somut uyuşmazlıkla ilgili olan bir hukuk kuralının o yargılamada uygulanmaması veya yanlış uygulanması dolayısıyla hukuka aykırı bulunduğu hükmü bozar (CMK, md. 288/2).

Şu kadar ki sadece sanık lehine konulmuş olan bir hukuk kuralına aykırılık dolayısıyla hüküm sanık aleyhine bozulamaz (CMK, md. 290, CMUK, md. 309). Diğer yandan eğer hukuka aykırılık hükme etkili değilse (CMK, md. 288, CMUK, md. 320) veya hukuka aykırılığı gidermenin bir başka yasal çaresi varsa<sup>7</sup>, söz konusu hukuka aykırılıklardan ötürü de hüküm bozulamaz.

Hükümün sanık lehine bozulması halinde, bozulan kısmın hükmü temyiz etmemiş olan sanıklara uygulanma imkânı varsa, bu kimseler de temyiz talebinde bulunmuşlarcasına hükmün bozulmasından faydalanırlar (CMK, md. 306, CMUK, md. 325).

Bir noktadan bozulan son karar bütünü ile bozulmuş sayılır. Dolayısıyla bozulmayan noktaların onandığı kabul edilemez. Öte yandan birleştirilmiş muhakemelerde son karar aslında birden fazla olduğundan bunlardan birinin bozulması, diğerinin bozulmaması mümkündür<sup>8</sup>.

1412 sayılı CMUK'da bu yönde bir sınırlama olmamasına karşın<sup>9</sup> 5271 sayılı CMK uyarınca Yargıtay, yalnız temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile temyiz istemi usule ilişkin noksanlardan kaynaklanmışsa, temyiz başvurusunda bunu belirten olaylar hakkında incelemeler yapar (CMK, md. 301).

Hüküm, temyiz dilekçesinde gösterilen sebeplerle bozulduğunda, dilekçede açıklanmış olmasa bile saptanan bütün diğer hukuka aykırılık hâlleri de ilâmda gösterilir (CMK, md. 302/3).

Hükümün bozulmasına neden olan hukuka aykırılık, bu hükme esas olarak saptanan işlemlerden kaynaklanmış ise bunlar da aynı zamanda bozulur (CMK, md. 302/4).

Öte yandan hukuka kesin aykırılık halleri (CMK, md. 289) temyiz dilekçe veya beyanında gösterilmemiş olsa dahi incelenir (CMK, md. 302/5).

<sup>7</sup> Centel, N./Zafer, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015, s.811.

<sup>8</sup> Toroslu, N./Feyzioğlu, M.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2015, s.368.

<sup>9</sup> 1412 sayılı CMUK, md. 320 gereği; "Yargıtay, temyiz dilekçe ve lâyihasında irat olunan hususlar ile temyiz talebi usule ait noksanlardan dolayı olmuş ise temyiz dilekçesinde bu cihette dair beyan edilecek vakıalar hakkında tetkikler yapabileceği gibi hükme tesiri olacak derecede kanuna muhalefet edilmiş olduğunu görürse talepte mevcut olmasa dahi bu hususu tetkik eder". Ayrıca bkz., adı geçen madde uyarınca Yargıtay'ın ileri sürülen temyiz nedenleriyle bağlı olmadığına ilişkin olarak; Öztürk, B./Tezcan, D./Erdem, M. R./Sırma, Ö./Saygılar Kırıt, Y. F./Özaydın, Ö./Akcan, E. A./Erden, E.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015, s.740 vd.

Hüküm mahkemenin hukuka aykırı olarak kendisini görevli ve yetkili görmesinden ötürü bozulmuşsa, Yargıtay aynı zamanda dosyayı görevli ve yetkili mahkemeye gönderir (CMK, md. 304/3, CMUK, md. 323).

Bunun dışındaki hallerde dosya, hükmü bozulan bölge adliye mahkemesine veya diğer bir bölge adliye mahkemesine gönderilebilir (CMK, md. 304/2). İlk derece mahkemesi tarafından doğrudan temyiz kanun yolu açık bulunan hükümlerle ilgili olarak verilen bozma kararı üzerine ise dosya hükmü veren ilk derece mahkemesine gönderilir (CMK, md. 304/4). Diğer yandan hemen belirtelim ki 1412 sayılı CMUK' un yürürlükte olduğu dönem içerisinde Yargıtay, dosyayı hükmü bozulan mahkemenin derecesindeki başka bir yerde olan mahkemeye de gönderebilir. Ancak uygulamada bu yol, dosyanın gönderileceği yeni mahkemenin uyuşmazlık konusu olaya vakıf olmaması gibi nedenlerden ötürü fazla kullanılmamaktadır<sup>10</sup>.

## 2. DAVAYA YENİDEN BAKACAK MAHKEMENİN İŞLEMLERİ

CMK'nın 307. ve CMUK'un 326. maddelerinde, ilk derece mahkemesince verilen hükmün Yargıtay' da bozulması halinde davaya yeniden bakacak olan mahkemenin yapacağı işlemler düzenlenmiştir.

İlgili maddeler uyarınca; Yargıtay'dan verilen bozma kararı üzerine davaya yeniden bakacak bölge adliye veya ilk derece mahkemesi (1412 sayılı CMUK bakımından hükmü bozulan ilk derece mahkemesi veya bu derecede başka bir yer mahkemesi), ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorar. Zira mahkeme ilgilileri dinledikten sonra bozma kararına uyacak ya da direnecektir.

Sanık, müdafii, katılan ve vekilinin dosyada var olan adreslerine davetiye tebliğ olunamaması halinde veya davetiye tebliğ olunmasına rağmen duruşmaya gelmemeleri nedeniyle bozmaya karşı beyanlarının saptanmamış olması durumunda, duruşmaya devam edilerek dava yokluklarında bitirilebilir. Çağrı kâğıdının tebliğ edilebilmesi konusunda herhangi bir engel mevcut değilse, bu tebliğin mutlaka yapılması gerekir<sup>11</sup>. Ancak, sanık hakkında verilecek ceza, bozmaya konu olan cezadan daha ağır ise, her hâlde dinlenmesi gerekir.

YCGK'nın yerleşmiş kararlarına göre, bozma kararı lehe olsa dahi sanık duruşmadan haberdar edilerek kendisine duruşmada savunma hakkı tanınmalı-

<sup>10</sup> “Bu halde dosyanın gönderildiği civar mahkemenin duruşma açması ve bu duruşmada CMK, md. 217/1 gereğince sadece bozulan hususları değil tüm delilleri tartışarak hüküm kurması gerekir. Bu hüküm aynı veya farklı gerekçelerle diğer mahkemenin verdiği hüküm olabileceği gibi tamamen farklı bir hüküm de olabilir” (Centel/Zafer, s.812, dpn. 100' den naklen).

<sup>11</sup> Öztürk/Erdem, s.743.



dır. Bu kurala aykırılık, savunma hakkının kısıtlanması niteliğindedir<sup>12</sup>. Dolayısıyla hüküm temyiz edildiğinde, bu nedenle bozulması mümkündür<sup>13</sup>.

Aynı gerekçeyle, yargılandığı suçtan başka yer cezaevinde tutuklu olan sanığın, bozma sonrası duruşmada hazır edilerek, bozmaya karşı diyeceklerinin sorulması ve savunmasının yeniden alınması gerekmektedir<sup>14</sup>.

Yargıtay'dan verilen bozma kararına bölge adliye veya ilk derece mahkemesinin direnme hakkı vardır. Bir karar bozulmakla tamamen ortadan kalkacağından direnme kararlarında da 5271 sayılı CMK'nın 230, 231, 232 ve 309. maddeleri gereğince yeniden hüküm kurulmalı ve kurulan bu hüküm sorun, gerekçe ve sonuç bölümlerinden oluşmalıdır. Bu nedenle direnme kararlarında da olay özetlenmeli, neden bu sonuca ulaşıldığı gerekçelendirilmeli ve hukuki nitelermeye yer verilmelidir<sup>15</sup>.

Mahkemenin direnme kararını incelemek yetkisi Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nundur. YCGK, önce davayı kabule şayan olup olmadığı açısından inceler. Kabule şayan bulmaz ise davayı reddeder. Dava kabule şayan bulunduğu veya reddedilmediğinde Genel Kurul yargılamayı yaparak istemi haksız veya haklı bulur<sup>16</sup>.

YCGK'nın yaptığı yargılama temyiz yargılamasıdır. Dolayısıyla duruşma yapılmasına hukuki bir engel yoktur. Ancak uygulamada Genel Kurul' da duruşma yapılması kabul edilmemektedir<sup>17</sup>.

YCGK, istemi haksız bulursa temyiz davasını esastan reddedecek, böylece Mahkeme kararının hukuka uygunluğunu, bozma kararının doğru olmadığını teyit edecektir. Öte yandan Genel Kurul istemi haklı bulursa Mahkeme kararını bozar. Verilen bozma kararına karşı direnilemez. Bozma kararı sonucunda verilen Mahkeme kararı ise yeni bir karar olduğundan bu kararın da temyiz edilmesi mümkündür. Bu durumda inceleme YCGK tarafından değil, özel daire tarafından yapılır<sup>18</sup>.

Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya sanığın yasal temsilcisi ya da eşi tarafından temyiz edilmişse, yeniden verilen

<sup>12</sup> YCGK, 23.3.2010, 245/62 (Bıçak, V.: Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011, s.736).

<sup>13</sup> Soyaslan, D.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014, s.632.

<sup>14</sup> Yargıtay 1. CD, 14.11.2007 T., 967/8403 (Ünver, Y./Hakeri, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014, s.870).

<sup>15</sup> YCGK, 29.3.2011, 8-26/30 (Centel/Zafer, s.812, dph. 99).

<sup>16</sup> Soyaslan, s.634.

<sup>17</sup> Toroslu/Feyzioğlu, s.371.

<sup>18</sup> Soyaslan, s.634.

hüküm, önceki hükümlerle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz (CMK, md. 307/4, CMUK, md. 326/4). Bu kurala cezanın ağırlaştırılması yasağı/aleyhe değiştirme yasağı (reformatio in peius) denir<sup>19 20</sup>.

Türk ceza muhakemesi sisteminde cezanın ağırlaştırılması yasağıyla kastedilen ceza miktarının ağırlaştırılması yasağıdır. Dolayısıyla verilen yeni hükümlerle, örneğin güvenlik tedbiri uygulamak suretiyle sanığın durumunu, yaptırım ve sonuçları açısından ağırlaştıracak bir hükmün verilmesi mümkün olmaktadır<sup>21</sup>. Söz konusu uygulama, sanığın kanun yollarına çekinmeksizin başvurmasını güvence altına almak için kabul edilmiş olan aleyhe değiştirme yasağının etkisini azaltmaktadır.

### 3. BOZMAYA UYMA VE DİRENME KARARLARI

Temyiz edilen hükmü etkileyecek nitelikteki hukuka aykırılıklar olduğunda, Yargıtay hükmü bozar, bozma sebeplerini gösterir (CMUK, md. 321, CMK, md. 302). Bozma usule veya esasa ilişkin olur. Hukuka kesin aykırılık halleri mutlak bozma sebebidir (CMUK, md. 308, CMK, md. 289). Eksik soruşturmayla hüküm verilmiş olması hükmün bozulmasını gerektirir. Hükmün esasına etkili bir işlemde hukuka aykırılık olması da bozma sebebidir. Bu halde hukuka aykırı işleme dayanılarak yapılan diğer işlemler de hukuka aykırı hale gelecektir. Dolayısıyla bozma kararına uyulması halinde söz konusu işlemlerin de eğer mümkünse tekrarlanması, mümkün değilse yeni hükmü kurarken değerlendirilmemesi gerekir. Ayrıca, Yargıtay, mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verildiği veya beraat kararı verilmesi gerekirken mahkûmiyet kararı verildiği gerekçesiyle de Mahkemenin

<sup>19</sup> Erem, F.: Ceza Usulü Hukuku, 3. Bası, Ankara 1970, s.566; Selçuk, S.: “Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştırılmama Kuralı” ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Bakış, TAAD, C. 1, Y. 2, S. 7, 20 Ekim 2011, s.10 vd.; Özbek, V./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014, s.771; Sabatini, G.: Reformatio in peius, Novissimo digesto italiano, Volume XIV, Torino 1968, p. 1122-1128; Spangher, G.: Reformatio in peius,(divieto di), Enciclopedia del diritto, Volume XXXIX, Varese 1988, p. 272-310; Del Pozzo, C. U.: Appello (diritto processuale penale), Volume I, Torino, p. 768 es.(750-782); Bellavista, G.: Appello (diritto processuale penale), Enciclopedia del diritto, Volume II, Varese 1958, p. 770 es. (757-781); Garofoli, V.: Diritto processuale penale, Milano 2008, p. 491 es.; Siracusano, D./Tranchina, G./Zappala, E.: Elementi di diritto processuale penale, Terza edizione, Milano 2007, p. 281.

<sup>20</sup> Doktrin buna ikinci bir istisna eklemek eğilimindedir. Bu istisna, bozmanın sanık lehine olması halinde sonucun ağırlaştırılmamasını önlemeye yöneliktir. Buna göre, temyiz davası sanık lehine açılmış olsa bile, sanık lehine verilen bozma kararına uyan mahkeme, bozulan karardakinden daha ağır bir cezaya hükmedememelidir. Kanuni dayanağı olmayan bu görüşün içtihat yolu ile hayata geçirilmesi mümkündür (Toroslu/Feyzioğlu, s.374).

<sup>21</sup> Bu hususun eleştirisi için bkz., Selçuk, s.10 vd.; Çınar, A. R.: Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı, Prof. Dr. Nur Centel’ e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, 2 (2013), s.609.

hükümünü bozabilir. Hüküm, sayılan hallerde, hukuka aykırıdır. Çünkü bir hukuk kuralının uygulanmaması veya yanlış uygulanması, hukuka aykırılıktır (CMUK, md. 307, CMK, md. 288).

Hükümün onanması karşısında yapılacak bir işlem yoktur. Hüküm hukuka uygundur.

Yargıtay hukuka aykırı görüp hükümü bozduğunda, mahkemesi, zorunlu olarak ya bozmaya uyacak, ya da bozmaya direnecektir. Burada üçüncü bir seçeneği yoktur<sup>22</sup>. Mahkeme, Yargıtay ile aynı düşüncede değilse doğal olarak bozmaya direnecek, kararında ısrar edecektir. Bu halde, ısrar kararı verme dışında, eskiye ait hiçbir işlem yapamaz, hukuka uygunluğunda ısrarlı olduğu kararının özgünlüğüne dokunamaz.

Ancak, mahkeme bozmaya uymak istediğinde, usulüne uygun olarak bozmaya uyma kararı verir, bozma kararını esas alarak, uymanın gereğini yerine getirir. Bozmaya uyulduktan sonra verilen son karar yeni bir karar olduğundan, bu kararın da temyizi mümkündür<sup>23</sup>.

Mahkemenin bozma kararına uyması halinde hüküm soruşturma eksik bulunarak bozulmuşsa, ya da hükme etkili bir işlemde hukuka aykırılık tespit edilmişse bozma kararı doğrultusunda soruşturma tamamlanır. Hüküm bu yeni duruma göre kurulur. Mahkeme uymadan sonra serbesti ilkesinin<sup>24</sup> gereği olarak ihtiyaç duyulması halinde delil toplayabilir, soruşturmayı genişletebilir ve yargılamayı yaptıktan sonra önceki kararından farklı bir karar verebileceği gibi önceki kararındaki sonuca da ulaşabilir. Şu kadar ki; bozma kararında Yargıtay'ın işaret ettiği eksiklik/yanlışlık giderilmek zorundadır<sup>25</sup>. Bu husus uymadan sonra serbesti ilkesinin istisnasını oluşturur.

<sup>22</sup> Soyaslan, Mahkemenin, bozma kararının bir bölümüne direnme, bir bölümüne uyma kararı vermesinin mümkün olduğu, bu durumda ise daire ile bölge adliye veya ilk derece mahkemesi arasındaki uyumsuzluğu YCGK' nun çözeceği kanaatindedir (Soyaslan, s.632).

<sup>23</sup> Uygulamada, bozmaya uyularak verilen kararın aynı dairede temyizen incelenmesi halinde bozma kararının "ihzası rey" olduğu yolunda itirazlara rastlanmakta ve bu sebeple temyiz hâkimlerinin reddi yoluna gidilebildiği görülmekte ise de bu talepler netice vermemektedir (Erem, s.562).

<sup>24</sup> Uymadan sonra serbesti ilkesi, Mahkemenin, bozmaya uyduktan sonra verdiği son kararda serbest olmasını ifade eder. Ancak Mahkeme, bozma nedeni olan eksiklikleri gidermek ve sanık lehine hükümün bozulması halinde cezayı sanık aleyhine ağırlaştırmamak zorundadır (Uymadan sonra serbestlik ilkesine ve bu ilkenin sınırlarına ilişkin olarak ayrıca bkz., Yurtcan, E.: CMK Şerhi, C. 2, 7. Baskı, Ankara 2015, s.1436 vd). Öte yandan "uymadan sonra serbesti ilkesi" ile "bozmadan sonra serbesti" ilkesini birbirine karıştırmamak gerekir. Bozmadan sonra serbesti ilkesi, direnme kararı verebilmeyi ifade ederken, uymadan sonra serbesti ilkesi, uyma kararından sonra yapılacak yargılamada verilecek karardaki serbestliği (kural olarak) ifade eder (Ünver/Hakeri, s.872).

<sup>25</sup> Bu konuda ayrıca bkz., Soyaslan, s.633.

Cezayı azaltan bir kanun değişikliğinin ya da zamanaşımı süresinin dolması halinde de serbestlik ilkesinin uygulanma kabiliyeti yoktur<sup>26</sup>.

Yine CMK'nın 307/4. (CMUK, md. 326/4) fıkrasında ifade olunan hallerde cezanın ağırlaştırılması yasağı söz konusu olduğundan, Mahkeme, bozma kararına uyduktan sonra ceza miktarı bakımından serbest değildir.

Öte yandan Yargıtay, mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken beraat kararı verilmesi ya da beraat kararı verilmesi gerekirken mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği, bir başka deyişle hâkimin takdir hakkını hukuka uygun kullanmadığı gerekçesiyle hükmü bozmuşsa ya bozmaya karşı direnilir, ya da bozmaya uyulur.

Mahkeme, bozmaya uymayarak eski kararında direnebilir. Bu halde, usulüne uygun olarak direnme kararı alınır, ilave başka bir işlem yapılamaz. Mahkeme, yargılamanın, yargılama sonunda verilen hükmün özgünlüğünü korumak zorundadır.

Mahkeme usulüne uyarak bozmaya uyabilir. Bu kez, değil mi ki Yargıtay'ın suçun oluştuğu, oluşmadığı ya da oluştuğunun sabit olmadığı yönündeki bozma kararına uymakla onu haklı bulmuştur, Mahkemenin yapması gereken, davanın özgünlüğüne dokunmadan, önceki yargılama sonunda vermiş olduğu mahkûmiyet kararı yerine beraat, beraat kararı yerine mahkûmiyet kararı vermektir.

#### **4. UYMA YA DA DİRENME KARARINDAN ÖNCE SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ YASAĞI**

Uygulamada, duruşma aşamasında, soruşturma evresinde ve duruşma hazırlığı devresinden gelen deliller ortaya konulup tartışıldıktan sonra, ilk kez bir delilin açıklanarak bunun ortaya konulmak üzere getirilmesi talebi, soruşturmanın/kovuşturmanın genişletilmesi veya tevsii tahkikat talebi, yapılan işlem de soruşturmanın/kovuşturmanın genişletilmesi/tevsii tahkikat olarak adlandırılmaktadır<sup>27</sup>.

Cumhuriyet savcısı, sanık, müdafii, suçtan zarar gören ve vekili yeni delil araştırılmasını veya mevcut delillerin duruşmaya getirilmesini, dilekçe ile ya da duruşmada sözlü olarak talep edebilir<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Öztürk/Erdem, s.743.

<sup>27</sup> Centel/Zafer, s.713.

<sup>28</sup> CMK, md. 206/2 gereği; ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur:

- a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse.
- b) Delil ile ispat edilmek istenilen olayın karara etkisi yoksa.
- c) İstem, sadece davayı uzatmak amacıyla yapılmışsa.

Mahkeme de re'sen araştırma ilkesi gereği, herhangi bir talep olmasa da kendiliğinden, o ana kadar tartışılmamış olan bir delilin duruşmaya getirilmesi-ne ve tartışılmasına karar verebilir.

Ancak CMK'nın 307. (CMUK, md. 326) maddesi gereği mahkemenin uyma ya da direnme hakkında bir karar vermeden önce yapabileceği tek işlem ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sormaktır.

O halde, mahkeme, yukarıda bahsi geçen açık hükümler gereği, başkaca bir işlem yapmaksızın, önce uyma ya da direnme konusunda bir karar verecek, bunun için de ilgililere bozmaya karşı ne diyeceklerini soracaktır.

Uyma veya direnme kararını vermek için yapılan bu duruşmanın özel bir durumu vardır. Çünkü bu duruşma, uyup uymama konusunda bir karar verilince, sona erecektir. Ancak, uyma kararı verildikten sonradır ki, yeni bir duruşma başlayacaktır. Başlamış ve hatta bitmiş olan “uymadan önceki duruşma”nın, niteliği farklı olan “uymadan sonraki duruşma” olarak kabulü yerinde değildir<sup>29</sup>.

Soruşturmayı genişletmek, bazı hallerde uymadan sonraki duruşmada mümkünse de uymadan önce gerçekleştirilen ve uyup uymama konusunda bir karar verilince, sona ermesi gereken duruşmada mümkün değildir. Zira bu duruşma şekli, kuralın karşısında istisnai nitelik taşıdığından duruşmada soruşturmanın genişletilmesi kuralını uyma veya direnme için yapılan duruşmaya kıyas-sen uygulamak mümkün değildir. İstisnai hükümlerde kıyas yapılamaz.

Yargıtay ceza dairesinde verilen bozma kararı üzerine ilk derece mahkeme-si, ilgililere öncelikle ve başkaca bir işlem yapmaksızın bozmaya karşı diyecek-lerini sormalıdır (CMUK, md. 326/1, CMK, md. 307/1). Böylece, başta sanık olmak üzere, taraflara bozma kararında belirtilen ve aleyhlerine sonuç doğurabi-lecek hususlarda açıklamada bulunma, bozma kararını tartışma, sanıklar baki-mından savuma yapma ve savunmalarını doğrulayacak delil sunma olanağı tanınmış olur<sup>30</sup>.

Bu aşamanın ardından mahkemenin “Bozma kararına” karşı uymak ya da di-renmek şeklinde biçimlenen bir karar vermesi gerekmektedir. Mahkemenin, taraflar-ın dinlenmesinden önce veya taraflar dinlendikten ama bozma ya da direnme şek-linde bir karar vermeden önce yaptığı bir başka işlem, CMK'nın 307 ve CMUK'un 326. maddesi hükümleri gereği hukuka aykırılık, hükümsüzlük oluşturur.

Dolayısıyla mahkeme, ör., “...parsel sayılı taşınmazlarla ilgili 2942 sayılı Ka-mulaştırma Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca ...Asliye Hukuk Mahkemesi' ne

<sup>29</sup> Kunter, N: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986, s.1009.

<sup>30</sup> YCGK, 2005/6-117 E., 2005/152 K.

kamulaştırma davası açılıp açılmadığının, açılmışsa dosya esas numaralarının mahkememize....bildirilmesinin istenmesine” şeklinde bir tensip zaptı düzenleyemez ya da “Yargıtay bozma ilamının içeriği göz önünde bulundurularak öncelikle mahkememize gönderilen ...Asliye Hukuk Mahkemesi’ nin ilgili kamulaştırma dava dosyalarının incelenip yine mahkememizce buna dair inceleme tutanakları düzenlenip, dosya içerisine alınmasına, akabinde iddia makamının da bozmaya uyulup uyulmayacağı hususunda beyanlarının alınmasının ardından bu hususta bir karar verilmesine” şeklinde bir ara kararı veremez. Aksi takdirde mahkeme yetkisiz işlem yapmış olduğundan verdiği ara karar yok hükmünde olacaktır.

Şu halde mahkeme ilgililere bozmaya karşı diyeceklerini sorduktan sonra başkaca bir işlem yapmaksızın bozmaya direnme ya da uyma yönünde bir karar vermelidir. Soruşturmayı genişletemez.

Mahkeme hükmünde direnirse dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na (YCGK) gider. YCGK’na verilen karara karşı direnilemez. Mahkeme YCGK’nın kararına uymak zorundadır.

## 5. UYMA KARARINDAN SONRA SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ MESELESİ

Yargıtay’ın hükmünü bozması üzerine mahkeme, bozma kararına uyarsa, bu kez uymadan sonra serbesti ilkesi gereği duruşma yapar ve duruşmanın sonunda yeni bir son karar verir.

Verilen son karar yeni bir son kararsa da, bu duruşma, aslında bozmadan önceki duruşmanın devamı niteliğindedir<sup>31</sup>. Bu nedenle, örneğin daha önceki bir aşamada delil toplanmış ve ortaya konmuşsa, o delilin kural olarak tekrar ortaya konularak incelenmesi gerekmez.

O kadar ki, hüküm, eksik soruşturma veya hükme etkili olan bir işlemdeki hukuka aykırılık nedeniyle bozulmuşsa, bu halde mahkeme söz konusu eksikliği/yanlışlığı gidermek zorundadır. Bu husus, “uymadan sonra serbesti” ilkesinin istisnasıdır.

Ancak karar sayılan sebeplerle bozulmamış, mevcut deliller dâhilinde sanıkların atılı suçtan beraatlerine ya da mahkûmiyetlerine karar verilmesi gerekmesi sebebiyle bozulmuş<sup>32</sup>, ör. olayda belirli ağırlık ve yoğunluğa ulaşmış,

<sup>31</sup> Kunter, s.1015.

<sup>32</sup> Hemen belirtmek gerekir ki CMK’nın 303/1-a ve CMUK’un 322/1 maddeleri gereği; hukuk kurallarının hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasındaki hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuşsa ve olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate hükmolunması gerekirse Yargıtay’ca davanın esasına hükmedilebilir. Ancak uygulamada bu maddenin ancak çok istisnai hallerde uygulandığı göze çarpmaktadır.

mağdurun inceleme olanağını ortadan kaldıracak nitelikte hileli davranışların varlığından söz edilemeyeceği gözetilmeksizin, atılı suçtan beraatleri yerine, yazılı biçimde mahkumiyetlerine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı bulunmuşsa, bu halde, yapılması gereken, önce bozmaya uyma ya da direnme kararı vermek; uyma kararı verilmesi halinde ise, değil mi ki temyiz incelemesinde, bu yönde bir eksiklik görülmemiştir, soruşturmayı genişletmeksizin, bozma yönünde bir karar vermektir.

Zira esas mahkemesinin aksi sabit olana kadar geçerli olan mahkeme tutanaklarını, Yargıtay “temyizen” değerlendirmiş ve mevcut durum dâhilinde söz konusu delillere dayanarak suçun oluştuğu ya da oluşmadığı kanaatine varmışsa, elbette, Yüksek Mahkeme’ nin bu yöndeki tespiti, aksi sabit olana kadar, geçerli olan bir delil teşkil eder. Böyle olunca, hem ilk derece mahkemesinin Yüksek Mahkeme’ nin değerlendirmesinin yerinde olduğunu düşünerek karara uyması, hem de Yüksek Mahkemece incelenip değerlendirilmiş olan bu delile ilişkin Mahkeme kararının doğruluğunu kontrol amacıyla, soruşturmayı genişletip, delilleri tekrar inceleyerek bir karara varmasının mümkün olmaması gerekir. Bu yönde bir kabul, uyma kararının yapısına aykırı düşecek, davayı usul ekonomisine aykırı olarak uzatacak ve Yargıtay’ın suçun oluşmadığı veya suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı yönünde kanaate vardığı haller bakımından da adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecektir (AİHS. md. 6).

Öte yandan kanaatimizce bozmaya uymadan sonra yapılan muhakemede hükme etkili yeni deliller ileri sürülünce<sup>33</sup> veya mahkeme bunlara bizzat vakıf olunca, uymadan sonra serbesti ilkesi ve usul ekonomisi gereği, bunlar, yargılamanın yenilenmesine gerek bırakılmaksızın<sup>34</sup>, dikkate alınmalı ve toplanan tüm delillerin takdiri neticesinde yeni bir son karara varılmalıdır. Kuşkusuz, bu yönde bir kabul, ceza yargılamasının esaslarına da uygun düşer<sup>35</sup>. Ancak yeni delil hükme etkili değilse ya da Yargıtay’ca bu yönde bir eksiklik öngörülmemek kaydıyla, daha önce mahkemenin bildiği ancak dikkate almadığı veya reddettiği bir delil söz konusuysa, bunların soruşturmanın genişletilmesine konu olmaması gerekir.

<sup>33</sup> Hüküm veren mahkemeye bildirilmeyen veya mahkemenin re’ sen vakıf olmadığı her türlü delil, yeni delil sayılır. Mahkemenin bildiği ancak dikkate almadığı ya da reddettiği deliller ise yeni delil değildirler. Ayrıca bkz., Centel/Zafer, s.844.

<sup>34</sup> TCK, md. 311/1-e uyarınca; “yeni olaylar veya yeni deliller ortaya konulup da bunlar yalnız başına veya önceden sunulan delillerle birlikte göz önüne alındıklarında sanığın beraatini veya daha hafif bir cezayı içeren kanun hükmünün uygulanması ile mahkûm edilmesini gerektirecek nitelikte olursa” kesinleşen bir hükümle sonuçlanmış bir dava hükümlü lehine olarak yargılamanın yenilenmesi yoluyla yeniden görülür.

<sup>35</sup> Bkz., aynı yönde, Kunter, N./Yenisey, F./Nuhoğlu, A.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006, s.1471.

O halde bu hususta kanunen bir açıklık olmamakla birlikte, istisnai olarak Yüksek Mahkeme' nin kanaatinin aksini ispat edecek nitelikte hükme etkili bir yeni delil ortaya çıkmadıkça, Yargıtay'ın eksik/yanlış incelemeden değil de suçun oluşup oluşmadığı yönündeki değerlendirmesi neticesinde bozmuş olduğu bir dosyada, değerlendirmesinin yerinde olduğunu düşünerek karara uyan mahkemenin, soruşturmayı genişletmemesi gerekir.

Bu kabul, şüphesiz, uymadan sonra serbesti ilkesine kanunda öngörülme- yen bir sınırlama getirme amacını taşımamaktadır. Ancak böyle bir durumda, uyma kararının mantığına uygun olarak mahkemenin, uymadan sonra serbesti ilkesi kapsamında, takdirini, soruşturmayı genişletmemekten yana kullanması yerinde olacaktır.

Öte yandan CMK'nın 303/1-a ve CMUK'un 322/1 maddeleri gereği; hukuk kurallarının hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasındaki hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuşsa ve olayın daha ziyade aydınlanması ge- rekmeden beraate hükmolunması gerekirse Yargıtay'ca davanın esasına hükme- dilmesi gerekir. Böyle bir durumda, ör. dosyada mevcut deliller kapsamında sanığın suçu işlemediğinin sabit olması halinde, Yargıtay'ın hükmü ıslah etmek yerine bozması hukuka uygun değildir.

Bu gibi bir halde değil mi ki Kanun, Yargıtay'ın derhal beraate yol açacak şekilde hükmü ıslah etmesini istemiştir, Mahkemenin de yapması gereken, uyma kararının ardından soruşturmayı genişletmeksizin sanığın beraatine karar vermektir. Aksi takdirde soruşturmanın genişletilmesi hükümsüz ve adil yargı- lanma hakkı ile kişi hürriyetine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden mahkûmiyete hükmolunması gerektiği gerekçesiyle sanık aleyhine hükmün bozulması duru- munda, yeni delil ortaya çıkmadıkça uyma kurumunun yapısına uygun düşme- mekle birlikte, esas mahkemesinin soruşturmayı genişletmesine kanuni bir en- gel yoktur.

## **6. HUKUKA AYKIRI OLARAK SORUŞTURMANIN GENİŞLETİLMESİ HALİNDE BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR**

Hukuka aykırı olarak soruşturmanın genişletilmesi halinde başvurulabile- cek hukuki çareler soruşturmanın uyma/direnme kararından önce ya da uyma kararından sonra olmasına göre ve uymadan sonra mahkemece kurulan yeni hükmün sanığın lehine veya aleyhine olmasına göre değişkenlik arz etmektedir.

Zira Mahkemenin uyma ya da direnme yönünde bir karar vermeden önce soruşturmayı genişletmesi kanunda öngörüldüğü üzere hukuka aykırıdır. Dolayısıyla sırf bu nedenle bozmayı gerektirir.



Yukarıda ayrıntıları izah edildiği üzere kanunda uyma ya da direnme kararından önce mahkemece yapılacak işlemler belirlidir ve bu işlemlerin arasında soruşturmanın genişletilmesi yetkisi yer almamaktadır. Henüz bozma ya uyulmadığından “uymadan sonra serbesti ilkesinin” uygulanması ve uymadan önceki duruşma niteliğinde olduğundan soruşturmanın genişletilmesi mümkün değildir.

Mahkemenin önce soruşturmayı genişletmesi sonra da direnme kararı vermesi de mümkün gözükmemektedir. Zira direnme kararı, yapısı gereği ilk derece mahkemesinin hükmünde herhangi bir araştırmaya girişmeksizin ve işlem yapmaksızın aynen direnmesini gerektirir. Dolayısıyla direnme kararından önce soruşturmanın genişletilmesi hukuka aykırı olacaktır. Mahkemenin hükmünün söz konusu hukuka aykırılık nedeniyle bozulması mümkündür.

Gerçekten, YCGK'nın da kararlarında açık olarak belirttiği üzere, şeklen ısrar kararı verilmiş olsa dahi, bozma sonrasında yapılan araştırmaya, incelemeye, toplanan yeni kanıtlara dayanmak suretiyle verilen direnme kararı; özde direnme kararı olmayıp, bozmaya “eylemli uyma” sonucu verilen yeni bir karardır. Bu nitelikteki bir kararın temyiz edilmesi halinde, incelemenin YCGK tarafından değil, Yargıtay'ın ilgili Dairesi tarafından yapılması gerekir<sup>36</sup>.

Direnme kararından sonra duruşma yapılması ise, mahkeme direndiği kararın özüne dokunamayacağından, kanunen mümkün değildir.

Mahkemenin uyma kararından sonra yaptığı duruşmada soruşturmayı genişletmesine ilişkin bir açık hüküm ise yoktur. Yukarıda, Kanunda bozmayı gerektirecek nitelikte bir açık hüküm olmamakla birlikte, hükmün eksik/yanlış incelemeden ötürü bozulmaması ya da hükme etkili yeni delil ortaya çıkmaması halinde soruşturmanın genişletilmemesi gerektiğini belirtmiştik. Olayın daha ziyade aydınlatılması gerekmeden beraate karar verilmesi gereken hallerde ise Yargıtay hükmü ıslah etmek yerine bozmuşsa, bu durumda bozmaya uyan Mahkemenin yapması gereken soruşturmayı genişletmeksizin beraat kararı vermektir. Aksi yönde bir davranış, eğer hüküm sanığın aleyhine ise CMK'nın 303/1-CMUK'un 322/1. maddeleri de göz önünde bulundurulduğunda, adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil edecek ve olağanüstü kanun yollarına ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla temyiz nedeni olacaktır. Bu durumda Yargıtay, ilk bozma kararı ile bağlı değildir<sup>37</sup>; hükmü ıslah edebilir.

<sup>36</sup> YCGK, 2008/1-171 E., 2008/193 K; YCGK, 20.09.2011 T., 2011/7-162 E., 2011/178 K. Bkz., aynı yönde; Şahin, C./Göktürk, N.: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2012, s.241 vd.

<sup>37</sup> Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.1471.

Öte yandan CMK'nın 290. maddesi (CMUK, md. 309) gereği sanık lehine olan hukuk kurallarına aykırılık sanık aleyhine hükmün bozdurulması için cumhuriyet savcılığına bir hak vermez. Sanık lehine hükmün bozulması halinde sanık aleyhine hukuki sonuç doğurabilecek hukuka aykırı bir işlem yapmak ve bu kapsamda sanık aleyhine sonuç doğuracak şekilde soruşturmayı genişletmek, taraflardan sadece sanığın aleyhine hukuki sonuç doğurabileceğinden, herhangi bir işlem yapmamak da, bu örnek bakımından, sadece sanığın lehine olan bir "hukuki kaide" niteliğindedir. Bu nedenle:

Yargıtay'ın bozma kararına uymak yönünde bir karar vermeden önce veya hukuka aykırı olması halinde uyma kararından sonra soruşturmayı genişleten Mahkemenin, vereceği son kararın niteliğine bakılmalı, eğer son karar sanık lehine ise, sırf bu nedenle bozulmamalı; ancak verilen son karar, sanık aleyhine sonuç doğurmuşsa, hukuka aykırı soruşturmayı genişletme işlemi ve hukuka aykırı hale geleceğinden bu işleme dayanılarak yapılan diğer işlemler, temyize konu olabilmelidir.

Yargıtay'ın hükmü bozmasının ardından önceki kararında direnen Mahkemenin direnme kararı vermeden önce soruşturmayı genişletmesi de aslında "eylemlili uyma" kararı niteliğinde olduğundan, uyma kararı vermeden önce soruşturmanın genişletilmesinin hukuka aykırı olduğuna ilişkin açıklamalarımızla paralel olarak hukuka aykırıdır. Dolayısıyla direnme kararından önce hukuka aykırı olarak soruşturmanın genişletildiği hallerde, mahkemenin kararının sanık aleyhine olması bozmayı gerektirecek; öte yandan sadece sanık lehine olan bir hukuk kuralına aykırılık sanık aleyhine hükmün bozulmasına engel olduğundan, mahkemenin son kararının sanık lehine olması halinde hüküm onanacaktır.

## SONUÇ

Mahkemenin, uyma ya da direnme yönünde bir karar vermeksizin, soruşturmayı genişletmesi, ör. başka bir mahkemeden dava dosyası celp etmesi, hukuka aykırı, hükümsüz işlem yapmasıdır.

Hukuka aykırılığın, hükümsüzlüğün, sanık aleyhine olan bir son karara yol açması halinde, verilen yeni hükmün, olağanüstü kanun yollarına ilişkin hükümler saklı olmak kaydıyla, sırf bu nedenle bozulması gerekmektedir.

Hükmün bozulması halinde, direnme ya da uyma yönünde bir karar vermeden önce soruşturmayı genişleten Mahkemenin, henüz dava önündeyken, hukuka aykırı, hükümsüz işlemini geri alarak, usulüne uygun, bozmaya direnme veya bozmaya uyma yönünde bir karar vermesi uygun olacaktır.

Mahkemenin uyma kararının ardından, soruşturmanın genişletilmesi yönünde bir araştırma ve inceleme yoluna gitmesi dosyanın incelemedeki bir eksiklik ya da yanlışlık nedeniyle bozulmuş olmasına bağlıdır. Beraat kararı verilmesi gerekirken mahkûmiyet ya da mahkûmiyet kararı verilmesi gerekirken

beraat kararı verilmesi nedeniyle dosyanın bozulması halinde Mahkemenin soruşturmayı genişletmesi, kendiliğinden hükümsüz ya da hukuka aykırı olmakla birlikte hükme etkili yeni bir delil ortaya çıkmadıkça kurumun doğasına uygun da değildir.

Öte yandan CMK'nın 303/1-a ve CMUK'un 322/1 maddeleri gereği; hukuk kurallarının hükme esas olarak saptanan olaylara uygulanmasındaki hukuka aykırılıktan dolayı hüküm bozulmuşsa ve olayın daha ziyade aydınlanması gerekmeden beraate hükmolunması gerekirse Yargıtay'ca davanın esasına hükmedilmesi gerekir. Yargıtay'ın hükmü ıslah etmek yerine bozması hukuka uygun değildir.

Bu gibi bir halde değil mi ki Kanun, Yargıtay'ın derhal beraate yol açacak şekilde hükmü ıslah etmesini istemiştir, Mahkemenin de yapması gereken, uyuşma kararının ardından soruşturmayı genişletmeksizin sanığın beraatine karar vermektir. Aksi takdirde soruşturmanın genişletilmesi hukuka aykırı olacak, dolayısıyla söz konusu işlem, sanık aleyhine olan bir son karara yol açmışsa, olağanüstü kanun yollarına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, verilen yeni son kararın sırf bu nedenle temyizi gerekecektir.

**KAYNAKÇA**

- Bellavista, G.: Appello (diritto processuale penale), Enciclopedia del diritto, Volume II, Varese 1958, p. 757-781.
- Bıçak, V.: Suç Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.
- Centel, N./Zafer, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2015.
- Çınar, A. R.: Ceza Yargılamasında Temyiz Yolu, Ankara 2006.
- Çınar, A. R.: Aleyhe Değiştirme Yasağı Kuralı, Prof. Dr. Nur Centel' e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, 2 (2013), s.603-666.
- Del Pozzo, C. U.: Appello (diritto processuale penale), Novissimo digesto italiano, Volume I, Torino, p. 750-782.
- Erem, F.: Ceza Usulü Hukuku, 3. Bası, Ankara 1970.
- Garofoli, V.: Diritto processulae penale, Milano 2008.
- Ünver, Y./Hakeri, H.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2014.
- Keskin, S.: Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni olarak Hukuka Aykırılık, İstanbul 1997.
- Kunter, N.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1986.
- Kunter, N./Yenisey, F./Nuhoğlu, A.: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2006.
- Yenisey, F./Nuhoğlu, A.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Özbek, V./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2014.
- Öztürk, B./Tezcan, D./Erdem, M. R./Sırma, Ö./Saygılar Kırıt, Y. F./Özaydın, Ö./Akcan, E. A./Erden, E.: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2015.
- Sabatini, G.: Reformatio in peius, Novissimo digesto italiano, Volume XIV, Torino 1968, p. 1122-1128.
- Selçuk, S.: "Yaptırım (Cezayı) ve Sonuçlarını Ağırlaştıramama Kuralı" ve Ülkemizdeki Düzenlemeye ve Uygulamaya Eleştirel Bir Bakış, TAAD, C. 1, Y. 2, S. 7, 20 Ekim 2011, s.1-47.
- Siracusanò, D./Tranchina, G./Zappala, E.: Elementi didiritto processulae penale, Terza edizione, Milano 2007.
- Soyaslan, D.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2014.
- Spangher, G.: Reformatio in peius, (divieto di), Enciclopedia del diritto, Volume XXXIX, Varese 1988, p. 272-310.
- Şahin, C./Göktürk, N.: Ceza Muhakemesi Hukuku II, 2. Baskı, Ankara 2012.

Tosun, Ö.: Ceza Muhakemesi Hukukumuzda Kanun Yollarının Çeşitleri, İÜHFİM, C. 35, S. 1-4, Y. 1969, s.8-48.

Toroslu, N./Feyzioğlu, M.: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2015.

Yenidünya, A. C./İçer, Z.: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

Yutcan, E.: CMK Şerhi, C. 2, 7. Baskı, Ankara 2015.



## **THE ORIGINS OF CRIMES AGAINST HUMANITY: FROM NUREMBERG TO ROME\***

*Res. Asst. Sümeyra TEKİN\*\**

### **ABSTRACT**

Although crimes against humanity is as old as the history of humanity, it was not until the adoption of the Nuremberg Charter of 1945 that the acts considered as a crime against humanity were formally included in the category of international crimes and were defined in order to enable prosecutions and convictions. The world has witnessed bloody attacks directed not only to armed forces of the parties of armed conflicts, but also civilians particularly during World Wars I and II. Despite the fact that the Second World War broke out shortly afterwards of the First World War considered as “the war to end all wars”, international community promised: ‘never again’, and has taken action to prosecute and try the perpetrators of international crimes.

In this study, the pre- Nuremberg foundations of definitions of crimes against humanity, the Charters of the Nuremberg and Tokyo International Military Tribunal, the Statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, Rwanda and Rome setting a ground for the establishment of tribunals to prosecute the perpetrators of international crimes, and the work of International Law Commission will be examined to reveal the evolution of crimes against humanity in international law.

**Keywords:** Crimes Against Humanity, International Crimes, Rome Statute, International Law Commission.

### **ÖZET**

İnsanlığa karşı suçların işlenmesi neredeyse insanlık tarihi kadar eskiye dayansa da, bu kategoriye giren eylemlerin uluslararası suçlar arasına dahil edilmesi Nürnberg Statüsü’ne kadar mümkün olmamıştır. İnsanlık, bilhassa Birinci ve İkinci Dünya Savaşları boyunca kan donduran vahşetlere, insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerine şahitlik etmiştir. “Bütün savaşları bitirecek olan savaş” olarak görülen Birinci Dünya Savaşı’ndan kısa bir süre sonra daha büyük ölçekli bir savaşın meydana gelmesi bu iyimser kanının gerçeklikle bağdaşır bir yanının olmadığı en göze çarpan göstergelerinden biri olarak karşımızda dursa da, uluslararası toplum “Bir Daha Asla” sloganıyla, suç işleyenlerin yargılanması amacıyla harekete geçmiştir.

---

\* This article is a part of the master dissertation of the author at Nottingham Law School.

\*\* Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Bu çalışmada, insanlığa karşı suçların tanımlandığı ilk uluslararası metinler, bu suç kategorisine giren eylemleri gerçekleştirenlerin yargılanması maksadıyla mahkemeler kurulmasına zemin hazırlayan Nürnberg, Tokyo, Eski Yugoslavya, Ruanda ve Roma Statüleri ile Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları incelenerek insanlığa karşı suçların uluslararası hukuktaki gelişim serüveni ortaya konulmaya çalışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İnsanlığa Karşı Suçlar, Uluslararası Suçlar, Roma Statüsü, Uluslararası Hukuk Komisyonu.



## INTRODUCTION

The world has witnessed horrific human rights and humanitarian law violations, particularly during World Wars I and II. Although it was thought that the First World War was “the war to end all wars”,<sup>1</sup> another war of even greater proportions broke out shortly afterwards. Therefore, the international community promised: ‘never again’. The maintenance of global peace and security has been the principal aim of the world community after World Wars. In this regard, alongside international organisations dedicated to maintain international peace and security, such as the United Nations (UN)<sup>2</sup> and the World Peace Council,<sup>3</sup> and international instruments adopted to prevent and punish the commission of serious crimes like the 1948 Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide,<sup>4</sup> international tribunals have been set up to bring persons responsible for the atrocities to justice to account for the commission of such crimes.

The first attempt to prosecute the perpetrators of international crimes has been the establishment of the Nuremberg International Military Tribunal (Nuremberg IMT)<sup>5</sup> and the International Military Tribunal for the Far East (Tokyo IMT) both invested with power to try and punish war criminals responsible for the commission of crimes against peace, war crimes and crimes against humanity.<sup>6</sup> These tribunals were criticised to apply retroactive law as what constituted a crime against humanity or a crime against peace was unknown at the time of the commission of many of the crimes until the adoption of the Charter of the International Military Tribunal where these concepts were defined in a technical sense for the first time. However, a link between the war (World War II) and crimes against humanity was required by both of the IMT Charters. Following the recognition of ‘crimes against humanity’ as a category of international crime, the International Law Commission (ILC) adopted three draft codes in 1954, 1991 and 1996, which made significant contributions to the evolution of the definition of crimes against humanity. These developments include the elimination of a connection with an armed conflict, the introduction of the requirement of the commission of the crime in a systematic manner or on a large scale, and the expansion of the list of acts constituting crimes against humanity.

---

<sup>1</sup> Bassiouni, M. C., 2003. *The Permanent International Criminal Court*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 173

<sup>2</sup> United Nations, 1945

<sup>3</sup> World Peace Council, 1950

<sup>4</sup> Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948

<sup>5</sup> International Military Tribunal, 1945

<sup>6</sup> International Military Tribunal for the Far East, 1946

Nevertheless, “the hope of ‘never again’ became the reality of again and again”.<sup>7</sup> In the 1990s, the occurrence of inter-ethnic Yugoslav wars where thousands of civilians were killed resulted in the breakup of Socialist Federal Republic of Yugoslavia and the emergence of lots of people whose rights were violated.<sup>8</sup> In order to prosecute war crimes that took place during the Yugoslav wars which fought from 1991 to 1999 and to try their perpetrators, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) was created by the UN in 1993. In 1994, it was Rwanda struggling with human rights violations, and therefore, the UN Security Council (UNSC) took action this time for Rwanda pursuant to Chapter VII of the UN Charter and set up the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). Following the establishment of the two *ad hoc* tribunals, the UN created the Special Panels for East Timor and assisted the creation of the Extraordinary Chambers in<sup>9</sup> the Courts of Cambodia<sup>10</sup> and the Special Court for Sierra Leone (SCSL)<sup>11</sup> upon the request of the Governments of Cambodia and Sierra Leone.

Finally, in 2002, the International Criminal Court (ICC), which is the world’s first permanent criminal court for the prosecution of individuals, came into existence to prosecute and try the perpetrators of the most serious international crimes, including crimes against humanity. It was established pursuant to the Rome Statute<sup>12</sup> adopted in the Rome Conference on 17 July 1998. The Statute provides more elaborate definitions for the crimes within the jurisdiction of the Court than the previous instruments. Particularly, in terms of crimes against humanity, the Statute not only does represent a codification but also reflects the progressive evolution of this crime in international law under Article 7. The express elimination of the nexus requirement and the inclusion of *mens rea* of crimes against humanity in the provision are some features of the Statute.

This article addresses the evolution of the specific international crime of crimes against humanity, as it has emerged from over-arching humanitarian principles, the efforts of the international community to define such crimes and the developments in the area of this category of crime throughout the 20<sup>th</sup> century. It will do so by considering the origins and the definition of crimes against humanity. In this context, the international instruments, in particular, crimes

---

<sup>7</sup> Chesterman. S., Never Again... and Again: Law, Order and the gender of War Crimes in Bosnia and Beyond. *Yale Journal of International Law*, 22, 1997, p. 316

<sup>8</sup> Pupavac, V., *Disputes over War Casualties in former Yugoslavia*. [Online]. (s.l.): Radical Statistics. Available at: <http://www.radstats.org.uk/no069/article3.htm>. [Accessed: 31.08.2014], n.d., p. 1

<sup>9</sup> Special Panels for East Timor, 2000

<sup>10</sup> Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, 1997

<sup>11</sup> Special Court for Sierra Leone, 2002

<sup>12</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court, 1998

against humanity provisions, which have been developed to deal with the term ‘crimes against humanity’, and which have helped to develop this crime as a core concept within the category of international crimes, will be examined.

### **1.1. The Pre- Nuremberg Foundations of Definitions of Crimes against Humanity**

The idea of prosecuting crimes against humanity is not an invention of the post-World War II Nuremberg and Tokyo Charters. Indeed, the legality of war itself and the way in which wars were fought had been debated by well-known scholars such as Plato and Grotius since ancient days.<sup>13</sup> Despite the fact that crimes against humanity have been committed against civilians since the dawn of time, the legal notion underlying their criminalisation has evolved only recently.<sup>14</sup> Undoubtedly, efforts, such as the trial, conviction and execution of Conradin von Hohenstaufen for initiating an unjust war in Naples in 1268 and the conviction of Peter von Hagenbach for committing crimes against ‘the Laws of God and man’ by an international tribunal in 1374, provide good historical precedents for calling persons to account for violations of natural human rights long before the Nuremberg and Tokyo IMTs.<sup>15</sup> However, the first international attempt to introduce laws against inhumane acts was made via the 1899 Hague Convention II<sup>16</sup> and the similar 1907 Hague Convention IV<sup>17</sup>, both Respecting the Laws and Customs of War on Land at the beginning of the 20<sup>th</sup> century.<sup>18</sup> The Preamble of both instruments contained the ‘Martens Clause’. Hague Convention phrases as follows: “...the inhabitants and the belligerents remain under the protection and the rule of the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilized peoples, from the laws of humanity, and the dictates of the public conscience”.<sup>19</sup> Nevertheless, no

---

<sup>13</sup> Ferencz, B., *From Nuremberg to Rome: A Personal Account*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 31

<sup>14</sup> Cerone, J., The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity- The Evolution of the Nexus Requirement, *New England Journal of International Law Comparative Law*, 14 (2), 2008, p. 191

<sup>15</sup> Bantekas, I., Nash, S. and Mackarel, M., *International Criminal Law*. New York: Cavendish, 2001, p. 69

<sup>16</sup> Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1899

<sup>17</sup> Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1907

<sup>18</sup> Than, C. and Shorts, E., *International Criminal and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell, 2003, p. 87

<sup>19</sup> Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1907, para.8

intention was yet indicated to establish norms creating a separate crime from war crimes, which latter were prosecuted domestically in any event.

The term ‘crimes against humanity’ was first propounded, albeit in a non-technical sense, in the 1915 Joint Declaration of the Governments of France, Great Britain and Russia<sup>20</sup> describing as "crimes against humanity and civilization" and the alleged massacres of the Armenian people by the Ottoman Empire.<sup>21</sup> After World War I, there was little in the way of ‘international crime’ in existence, yet it was hoped that the scope of international crime could be developed so as to encompass inhumane treatment against civilians and a tribunal to prosecute such crimes was recommended.<sup>22</sup> In this regard, the Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties, established by the victorious Allied governments at the Preliminary Peace Conference of Paris in 1919 to examine the attribution of responsibility for the First World War, produced a report in which it was stated that “[a]ll persons belonging to enemy countries ... who have been guilty of offences against the laws and customs of war *or the laws of humanity*, are liable to criminal prosecution”.<sup>23</sup> The majority conclusion of the Commission was that the Central powers had carried on the war by illegitimate means in violation of “the elementary laws of humanity”<sup>24</sup> as well as in violation of the established laws and customs of war. Nevertheless, the Commission majority had to revise in their final sessions their recommendations, which envisaged individual prosecutions for violations committed against *civilian populations*, upon the objection of the American representatives. The US delegation objected to the addition of the phrase ‘the laws of humanity’ to the jurisdiction of the envisaged *ad hoc* tribunal on grounds that the law to be applied was uncertain, and that there was no universal standard of humanity.<sup>25</sup> Therefore, the 1919 Versailles Treaty stipulated criminal prosecution only for persons accused of having committed acts contrary to the laws and customs of war.<sup>26</sup>

As can be seen, developing offences against the laws of war remained the primary concern of the international community rather than dealing with new

---

<sup>20</sup> Joint Declaration of the Governments of France, Great Britain and Russia, 1915

<sup>21</sup> Kittichaisaree, K., *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 85

<sup>22</sup> Than, C. and Shorts, E., *International Criminal and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell, 2003, p. 88

<sup>23</sup> Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties Annex II: Memorandum of Reservations Presented by the Representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities, *The American Journal of International Law*, 14 (1/2), 1920, p. 117 (emphasis added),

<sup>24</sup> *Ibid*, p. 115

<sup>25</sup> *Ibid*, pp. 127-151

<sup>26</sup> The Treaty of Versailles, 1919, Art. 228

crimes until the Second World War. Moreover, it was not until 1945 that offences against the laws of war and those against inhumane acts against civilians would be prosecuted as separate types of crime.<sup>27</sup>

## **1.2. Formulation of International Crimes against Humanity in International Instruments**

### **1.2.1. The Charters of the Nuremberg and Far East International Military Tribunals**

After acknowledging the commission of atrocious acts during World War II, the need to make a distinction between violations of war and inhumane acts against civilians (particularly the nationals of the fascist forces and of the lands they had conquered) was clear. The international prohibition of crimes against humanity was introduced and the legal definition of this crime was authoritatively articulated for the first time by the adoption of the Charter of the IMT (Nuremberg Charter) annexed to the London Agreement in 1945.<sup>28</sup> Thus, the Nuremberg IMT was the first international tribunal vested with power to prosecute crimes against humanity. However, crimes against humanity in general have since been elaborated and developed outside the treaty process as a product of customary international law.<sup>29</sup> In contrast, the 1948 Genocide Convention arguably constitutes the most important treaty in international criminal law to address massive human rights violations today.<sup>30</sup> ‘Genocide’ was accepted after World War II as a new and specific type of crime against humanity in which category it was included in the Nuremberg Principles by the ILC.<sup>31</sup> Therefore, unlike the adoption of the 1948 Genocide Convention, or codification of ‘grave breaches’ in the four 1949 Geneva Conventions and war crimes in their Additional Protocols of 1977,<sup>32</sup> the international community has not adopted a comprehensive and stand-alone treaty devoted to preventing and punishing crimes against humanity. On the one hand, this may be viewed as disappointing, as it has made the prosecution of crimes against humanity more

---

<sup>27</sup> Than, C. and Shorts, E., *International Criminal and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell, 2003, p. 88

<sup>28</sup> Cerone, 2008, p. 191

<sup>29</sup> Badar, M. E., 2004. From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity, *San Diego International Law Journal*, 5, 2004, p. 75

<sup>30</sup> Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948

<sup>31</sup> Principles of International Law Recognised in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950; Ratner, S. N., 1998. The Genocide Convention after fifty Years: Contemporary Strategies for Combating a Crime against Humanity. *ASIL Proceedings*, 92, 1998, p. 2

<sup>32</sup> Additional Protocols I, II to the 12 August 1949 Geneva Conventions, 1979

difficult in both domestic and international courts,<sup>33</sup> yet on the other hand, it could equally be argued that crimes against humanity are more flexible as a result. Furthermore, as Jalloh correctly points out, the absence of an international instrument addressing crimes against humanity directly has led to the emergence of various definitions and elements for such crimes in different domestic and international contexts.<sup>34</sup>

Following their victory in World War II, the four major Allied powers, the United States, Great Britain, France and the Soviet Union, decided to establish IMTs in Nuremberg and Tokyo to prosecute and try enemy war criminals, including a number of high-ranking civilian officials, alongside high-ranking military personnel.<sup>35</sup> Specifically for the Nuremberg IMT, they ratified the Agreement for the Prosecution and Punishment of Major War Criminals of the European Axis, known as London Agreement, on 8 August 1945.<sup>36</sup> The Charter for the Far East was similar.<sup>37</sup>

One of the most remarkable aspects of the Nuremberg Charter was the inclusion of the category of crimes against humanity within the jurisdiction of the Tribunal. This was the first time that such crimes had appeared in positive international law, which made an enormous contribution to the future development of international criminal law in that the new type of crime was defined, its elements were enumerated, and its perpetration entailed rules for individual criminal responsibility.<sup>38</sup> Although the 1899 Hague Convention II<sup>39</sup> and the 1907 Hague Convention IV,<sup>40</sup> which had codified certain laws of war, were drafted to provide inhabitants of militarily occupied states with some protection against the hostilities, atrocities perpetrated against a state's own nationals or its allies were not taken into account in these instruments – a point largely attributable to the inviolability of state sovereignty. The absence of an international rule protecting inhabitants [a category broader than 'citizens' or 'nationals'] of a state from its actions led to inhumane acts committed against

---

<sup>33</sup> Sadat, L. N., Crimes against Humanity in the Modern Age, *The American Journal of International Law*, 107, 2013, p. 338,

<sup>34</sup> Jalloh, C. C., What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity? *American University International Law Review*, 28 (2), 2013, p.383

<sup>35</sup> Bantekas, Nash and Mackarel, 2001, p. 69

<sup>36</sup> Badar, 2004, p. 80

<sup>37</sup> Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 1946

<sup>38</sup> Bantekas, Nash and Mackarel, 2001, p. 71

<sup>39</sup> Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1899

<sup>40</sup> Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1907

them, such as the Holocaust of the Jews. Bassiouni views the inclusion of crimes against humanity in the Nuremberg Charter as a “jurisdictional extension” of the prohibition of war crimes.<sup>41</sup> According to Guzman, the inclusion of crimes against humanity in the Nuremberg Charter was a revolutionary act as it eroded the time-honoured principle of non-intervention in a civilised state’s internal affairs.<sup>42</sup>

Article 6 of the Nuremberg Charter, entitled “Jurisdiction and General Principles”, provided the Nuremberg IMT with the power to try and punish persons who committed crimes against peace, war crimes and crimes against humanity, “acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations”.<sup>43</sup> The crimes against humanity over which the Nuremberg IMT had jurisdiction were defined in Article 6(c) as follows:

*[M]urder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated.*<sup>44</sup>

Before the Nuremberg IMT, however, the legal basis for these crimes against humanity had never been made precise. This led to accusations of *ex post facto*, or ‘instant’ law.

Two categories of crimes against humanity were contained in Article 6 (c), as noted by the ILC:<sup>45</sup> inhumane acts called “murder type” and persecution on political, religious or racial grounds. Hwang propounded that “this categorization makes it clear that the ILC viewed the phrase ‘on political, racial or religious grounds’ as clarifying the bases of persecution, rather than imposing a requirement of a discriminatory motive for inhuman acts.”<sup>46</sup> Nevertheless, it is worth noting that neither the content nor the scope of crimes against humanity, particularly the nexus between either war crimes or ordinary municipal crimes

---

<sup>41</sup> Bassiouni, M. C., “Crimes against Humanity”: The Need for a Specialized Convention, *Columbia Journal of Transnational Law*, 31, 1994, p. 465

<sup>42</sup> Guzman, M. M., The Road from Rome: Developing Law of Crimes against Humanity, *Human Rights Quarterly*, 22, 2000, p. 345

<sup>43</sup> Charter of the International Military Tribunal, 1945, Art. 6

<sup>44</sup> *Ibid.*, Art. 6 (c)

<sup>45</sup> Report of the International Law Commission, UN GAOR, 5th Sess. at para. 120, U.N. Doc. A/1316, 1950

<sup>46</sup> Hwang, P., 1998. Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, 22, 1998, p.463

such as murder, torture, or rape and this crime or some key phrases such as “humanity” and “any civilian population”, were clarified by the Nuremberg IMT, which caused criticism.<sup>47</sup> Indeed, it seems obvious that the nexus requirement restricted the prosecution of crimes against humanity at Nuremberg IMT to the crimes committed in the course of World War II. Therefore, the offences committed outside of an armed conflict were excluded from the jurisdiction of the Nuremberg IMT. Wexler also criticised the legacies of the IMT Judgment for construing the term “civilian population” and asked whether the members of an armed local resistance were excluded or not.<sup>48</sup> Another point of criticism is the issue of the conformity of Nuremberg Charter Article 6 (c) with the principle of *nullum crimen sine lege*. Most scholars agree that there was a consensus among the Allied states that crimes against humanity were rooted in general principles of law as well as of morality and thus did not give rise to an egregious breach of the legality principle.<sup>49</sup> Therefore, the Nuremberg Charter’s jurisdiction is accepted as a significant substantive development in international law, albeit procedurally, this is perhaps more difficult to argue.

The Tokyo IMT established by the Charter of the IMT for the Far East (Tokyo Charter) did not bring any significant innovation regarding crimes against humanity, except the omission of religious grounds of persecution. Indeed, the Tokyo Charter under Article 5 (c) adopted almost the same definition of ‘crimes against humanity’ as the one enshrined in the Nuremberg Charter. Moreover, both the Nuremberg and Tokyo Charters included the requirement of a link between the offences enumerated respectively in Article 6 (c) and Article 5 (c) and either war crimes or crimes against peace, i.e., there had to be linkage to a war.<sup>50</sup> This connection with an armed conflict in international law was gradually dropped. First, the Statute of ICTR does not contain a nexus requirement. Subsequently, the Rome Statute eliminates the linkage.

Subsequent to the Nuremberg and Tokyo IMTs, the prosecution of crimes against humanity in the European Allies’ respective zones of enemy occupation was taken a step further by Allied Control Council Law No. 10.<sup>51</sup> Article 2 (c) of Control Council Law No. 10 removed the requirement for a

---

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 460

<sup>48</sup> Wexler, L. S., The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again, *Columbia Journal of Transnational Law*, 32, 1994, p. 310

<sup>49</sup> Bassiouni, 1994, pp. 468-469

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 463; Charter of the International Military Tribunal, 1945, Art. 6 (c); Charter of the International Military Tribunal for the Far East, 1946, Art. 5 (c)

<sup>51</sup> Control Council Law No. 10: Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and Against Humanity, 1945, Art. II (c)



linkage between war crimes and crimes against peace, by omitting the phrase ‘in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal’. Crimes against humanity were also extended, by adding imprisonment, torture and rape to the list. Thus, crimes against humanity under Control Council Law No. 10 became a separate international crime category unrelated to the commission of war crimes or the commencement and conduct of war. This formulation was later utilised by the ILC in the 1950 “Nuremberg Principles”.<sup>52</sup> However, the linkage between crimes against humanity and an armed conflict continued to be considered necessary by the international community until the adoption of the ICTR Statute in 1994<sup>53</sup> and the Rome Statute in 1998. Whether the linkage is considered to have been completely abandoned is yet to be definitively verified however.

### **1.2.2. Codification by the International Law Commission**

A number of international instruments exist which clarify the definition of crimes against humanity, and which expand upon the Nuremberg legacy, such as the 1946 UN General Assembly (UNGA) Resolution ‘Affirmation of the Principles of International Law Recognised by the Charter of the Nuremberg’ IMT,<sup>54</sup> the 1948 Genocide Convention defining genocide as an international crime separate from the category of crimes against humanity,<sup>55</sup> the four Geneva Conventions of 1949 and their Additional Protocols of 1977,<sup>56</sup> the 1950 Codification of the Nuremberg Principles of the ILC, the 1973 Apartheid Convention,<sup>57</sup> and the 1984 Convention Against Torture.<sup>58</sup> All these instruments have been adopted since the 1945- 46 Nuremberg IMT and its Judgment. Among these instruments, the adoption of the Genocide Convention, as noted above, is perhaps the most important development as it differentiates genocide from the category of crimes against humanity by envisaging the requirement of the commission of the crimes enumerated in Article 2 of the Convention, such as killing members of the group or imposing measures intended to prevent births within a group, with the “*intent to destroy, in whole or in part, a national,*

---

<sup>52</sup> Bassiouni, 1994, p. 464

<sup>53</sup> The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994

<sup>54</sup> UNGA Res. 95 (I), Affirmation of the Principles of International Law Recognized by the Charter of the Nurnberg Tribunal, U.N. GAOR, 1st Sess., pt. 2, at 1144, U.N. Doc. A/236, 1946

<sup>55</sup> Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948

<sup>56</sup> Additional Protocols I, II to the 12 August 1949 Geneva Conventions, 1979

<sup>57</sup> UNGA Res. 3068 (XXVIII)), International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 1974

<sup>58</sup> UNGA Res. 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 1984

ethnic, racial or religious group."<sup>59</sup> Conversely, the widespread or systematic commission of the offence *with knowledge of the attack* is sufficient for the acceptance of the commission a crime against humanity.

Another remarkable post-Nuremberg development has been the creation of the ILC and its work.<sup>60</sup> The ILC<sup>61</sup>, established by the UNGA as a permanent body for “the promotion of the progressive development of international law and its codification”<sup>62</sup> in 1947, drafted the 1954 Code of Offenses against the Peace and Security of Mankind<sup>63</sup> which was renamed in 1987 upon the request of the General Assembly<sup>64</sup> and the 1991 and 1996 Draft Codes of Crimes against the Peace and Security of Mankind.<sup>65</sup> Despite the non-binding nature of these documents in international law, the ILC has been shown to be an authoritative reference source by various tribunals<sup>66</sup> and UN negotiations.<sup>67</sup>

On the same day of the ILC’s creation, the UNGA by resolution also entrusted the codification of the legal principles of international law recognised by the Nuremberg IMT Charter and Judgment to the ILC with another resolution.<sup>68</sup> The ILC completed its work on the Nuremberg Principles in 1950. Crimes against humanity are formulated in Principle VI (c) as follows:

*Murder, extermination, enslavement, deportation and other inhumane acts done against any civilian population, or persecutions on political, racial, or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution of or in connection with any crime against peace or any war crime.*<sup>69</sup>

<sup>59</sup> Guzman, 2000, p. 348; The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948, Art. 2 (emphasis added)

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 349

<sup>61</sup> UNGA Res. A/RES/174(II), Establishment of an International Law Commission, 1947

<sup>62</sup> Statute of the International Law Commission, 1947, Art. 1

<sup>63</sup> U.N. GAOR, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, 9<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 9, at 11, U.N. Doc. A/2693, 1954

<sup>64</sup> UNGA Res. A/RES/42/151 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 1987

<sup>65</sup> U.N. GAOR, *Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session.*, 46<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 10, at 265, U.N. Doc. A/46/10, 1991; U.N. GAOR, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 48<sup>th</sup> Sess., at 6-7, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, 1996

<sup>66</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, para. 655 (7 May 1997)

<sup>67</sup> Guzman, 2000, p. 350

<sup>68</sup> Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, G.A. Res. 177 (II), U.N. GAOR, 2<sup>nd</sup> Sess., 123<sup>rd</sup> plen. mtg., at 111, U.N. Doc A/519 (1947)

<sup>69</sup> Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nürnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, 1950, Principle VI (c)

In contrast, the Nuremberg Charter under Article 6 (c) had included the phrase “before or during war” but this was omitted by the ILC due to the particular relevance of the Nuremberg phrasing to World War II.<sup>70</sup>

The 1954 Draft Code defined crimes against humanity in Article 2 section 11, and merged two types of crimes against humanity, inhumane acts and persecution, under the single category of “inhumane acts”.<sup>71</sup> In addition, the discriminatory grounds indicated previously for ‘persecution’ were enlarged to encompass all other inhumane acts. Johnson criticised the Draft Code for mainly two reasons. He stated that the introduction of the discriminatory grounds for all inhumane acts enumerated in Article 2 necessitated to be shown that any of the acts were committed on “social, political, racial, religious or cultural grounds”.<sup>72</sup> As he correctly pointed out, persecution was the only offence requiring such a connection before this amended version of VI (c) of the Nuremberg Principles.<sup>73</sup> Furthermore, the requirement of “acting at the instigation or with the toleration of such authorities”<sup>74</sup> complicated individual criminal responsibility as the existence of a policy connection became necessary in order for a person to be held criminally responsible for crimes against humanity.<sup>75</sup>

It was not until 1981 that the UNGA took action on the Draft Code and requested the ILC to resume its work.<sup>76</sup> In 1991, the ILC adopted another Draft Code which did not include crimes against humanity under a specific article. Instead, crimes against humanity were included in Draft Code Article 21, “Systematic or Mass Violation of Human Rights”.<sup>77</sup> Bassiouni criticises the 1991 Draft Code due to its insufficient legal precision and definition of ‘crimes against humanity’, and its failure to cure the shortcomings of Article 6 (c) of the Nuremberg Charter, and to combine instruments developed since World War II

---

<sup>70</sup> Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 5<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 12, at para. 123, U.N. Doc. A/1316, 1950

<sup>71</sup> Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, U.N. GAOR, 9<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 9, at 11, U.N. Doc. A/2693, 1954, Art. 2, sec. 11

<sup>72</sup> *Ibid.*, Art. 2, sec. 11

<sup>73</sup> Johnson, D. H. N., *The Draft Code of Offences Against the Peace and Security of Mankind. International & Comparative Law Quarterly*, 1955, p. 445

<sup>74</sup> Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, U.N. GAOR, 9<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 9, at 11, U.N. Doc. A/2693, 1954, Art. 2, sec. 11

<sup>75</sup> Johnson, 1955, p. 465

<sup>76</sup> Allain, J. and Jones, J. R. W. D., *A Patchwork of Norms: A Commentary on the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind. European Journal of International Law*, 8, 1997, p. 100

<sup>77</sup> Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 46<sup>th</sup> Sess., at 238, U.N. Doc. A/46/10, 1991

which touch upon crimes against humanity into a codification dedicated to all types of crimes against humanity.<sup>78</sup>

With regard to the 1996 Draft Code, although a shorter list of crimes was enumerated, crimes against humanity were separately dealt under Article 18.<sup>79</sup> Article 18 envisages two “general conditions” for an offence to reach the level of a crime against humanity which were not only new but also ambiguous.<sup>80</sup> The first condition was that the enumerated acts must be committed in a “systematic manner or on a large scale”.<sup>81</sup> As for the second condition, crimes against humanity must be “instigated or directed by a Government or by any organization or group”.<sup>82</sup> Although the 1954 Draft Code also required state instigation or tolerance of such authorities for the purpose of imputing individual criminal responsibility, a more active involvement of the relevant authorities was required by the 1996 Draft Code.<sup>83</sup> Moreover, apart from state authorities, crimes against humanity could now be instigated or directed by “any organisation or group”.<sup>84</sup> Nevertheless, what would constitute such an ‘organisation’ or ‘group’ was not clarified.<sup>85</sup> The ILC confirmed that Article 18 did not require a connection with armed conflict, referencing the Genocide Convention, Control Council Law No.10, the Statutes of the ICTY and ICTR and the case law of the ICTY as authority.<sup>86</sup> However, it is worth noting that Article 18 of the 1996 Draft Code makes no reference to ‘any civilian population’ nor does the Commentary to the Draft Code offer an explanation as to why the phrase is not featured as an element of crimes against humanity.<sup>87</sup> According to Allain and Jones, recent jurisprudence may have justified the removal of the phrase.<sup>88</sup> In the *Vukovar* case,<sup>89</sup> the Trial Chamber referred to the

---

<sup>78</sup> Bassiouni, 1994, p. 484-486

<sup>79</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, U.N. GAOR. 48<sup>th</sup> Sess., at 6-7, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, 1996, Art. 18

<sup>80</sup> Allain and Jones, 1997, p. 113; Hwang, 1998, pp. 466-467; Badar, 2004, pp. 86-87

<sup>81</sup> Report of the International Law Commission on the Work of Its 48<sup>th</sup> Session, Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind with Commentaries. *Yearbook of the International Law Commission*, 2, 1996, pp. 47-50

<sup>82</sup> *Ibid.*, pp. 47-50

<sup>83</sup> Hwang, 1998, p. 467

<sup>84</sup> Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, U.N. GAOR. 48<sup>th</sup> Sess., at 6-7, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, 1996, Art. 18

<sup>85</sup> Allain and Jones, 1997, p. 113

<sup>86</sup> Report of the International Law Commission on the Work of Its 48<sup>th</sup> Session, 1996, pp. 47-50

<sup>87</sup> Hwang, 1998, p. 468

<sup>88</sup> Allain and Jones, 1997, pp. 112-113

<sup>89</sup> Prosecutor v. Mile Mrksic, Miroslav Radic, and Veselin Sljivancanin, Case No. IT-95-13-R61, para. 29 (3 April 1996)

Final Report of the Commission of Experts Established Pursuant to Security Council Resolution 780 stating that “it seems obvious that [ICTY] Article 5 [crimes against humanity] applies first and foremost to civilians, meaning people who are not combatants”.<sup>90</sup>

### **1.2.3. The Statutes of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and for Rwanda**

Following the Nuremberg and Tokyo IMTs, persons accused of serious violations of international humanitarian law were prosecuted in several countries by in pursuing domestic prosecutions. To illustrate, thousands of investigations and prosecutions had been undertaken by Germany following the work of the Nuremberg IMT. By extension, war crimes investigations concerning Nazi collaborators emigrating to other countries like the United States of America, Canada, Australia, England and Scotland in the aftermath of World War II were conducted during the 1980s and 1990s.<sup>91</sup>

Apart from the above mentioned domestic prosecutions in pursuit of war criminals, the creation of the ICTY<sup>92</sup>, and ICTR<sup>93</sup> by the UNSC acting under Chapter VII constitutes perhaps the most notable and important development to end impunity for such egregious crimes. Article 5 of the ICTY Statute defining crimes against humanity stipulates that:

*The International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h) persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts.*<sup>94</sup>

It can be observed that Article 5 of the ICTY Statute departs, in some respects, from customary international law. First of all, although the Statute continues to require a nexus with an armed conflict, it extends the scope of the phrase ‘armed conflict’ by adding the expression ‘whether international or

---

<sup>90</sup> UNSC Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to UNSC Resolution 780, S/1994/674, 1994, para. 78

<sup>91</sup> Blewit, G., *The International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, p. 145

<sup>92</sup> UNSC Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the former Yugoslavia, S/RES/827,1993

<sup>93</sup> UNSC Resolution 955 on Establishment of an International Tribunal and Adoption of the Statute of the Tribunal, 1994

<sup>94</sup> The Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1993, Art. 5

internal in character' to the provision. In *Prosecutor v Tadic* case, where Dusko Tadic, who was accused of committing various atrocities against Bosnian Muslims on the territory of Bosnia and Herzegovina in 1992, was convicted of crimes against humanity, grave breaches of the Geneva Conventions and breaches of the customs of war by the ICTY Appeals Chamber, which stated that Article 5 of the Statute requires the existence of an armed conflict. Therefore, the Chamber agreed with the Prosecution on that the requirement of an armed conflict is not a substantive element of crimes against humanity; rather it is a jurisdictional element.<sup>95</sup> The interpretation of the Appeals Chamber was reiterated in the *Krnolejac* case. Secondly, the Statute of the ICTY only envisages 'any civilian population' as relevant victims of crimes against humanity, which omits combatants. Finally, Article 5 does not explicitly require that crimes against humanity be committed as 'part of a widespread or systematic attack' despite the Report of the United Nations Secretary- General to the Security Council<sup>96</sup> envisaging this requirement.<sup>97</sup>

The ICTR, the first international court of law created to prosecute high-ranking individuals allegedly responsible for the Rwandan Genocide,<sup>98</sup> has made revolutionary changes in the jurisprudential progress of international criminal law. Among these, the evolution of the concept of crimes against humanity and the complete omission of a required nexus with an armed conflict have been its most important contributions.<sup>99</sup> The establishment of the ICTR was similarly revolutionary. The UNSC created a tribunal in response to atrocities committed in an *internal* conflict for the first time. In fact, the UNSC had created the ICTY a year earlier, but some of the constituent Republics of the former Yugoslavia had become independent by that time, rendering the conflict international.<sup>100</sup> Article 3 of the ICTR Statute is as follows:

*The International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: (a) murder; (b) extermination; (c) enslavement; (d) deportation; (e) imprisonment; (f) torture; (g) rape; (h)*

<sup>95</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, para. 249 (15 July 1999)

<sup>96</sup> UNSC Provisional Verbatim Record of the 3217<sup>th</sup> Meetings, S/PV.3217, 1993, p. 16

<sup>97</sup> Cassese, A., *Crimes against Humanity*. In: Cassese, A., Gaeta, P. and Jones, J. R. W. D., eds., *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 1, Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 365

<sup>98</sup> Scharf, M. P., Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *United Nations Audio-visual Library of International Law*, 2008, p. 1,

<sup>99</sup> Cerone, 2008, p. 191

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 195

*persecutions on political, racial and religious grounds; (i) other inhumane acts.*<sup>101</sup>

As can be seen, Article 3 of the ICTR Statute is similar to Article 5 of the ICTY Statute. First of all, the list of acts is identical, and is much longer than those provided for previously in Control Council Law No.10 or in international treaty rules; which contain identical list, is enumerated by both of the Statutes. Another point that both Statutes have in common is that they envisage “any civilian population” as victims of crimes this crime. Finally, they each deviate somewhat from customary international law, while their main difference with each other concerns the linkage to an armed conflict.<sup>102</sup> Although ICTR Article 3 contains the same crimes against humanity as those enshrined in ICTY Article 5, Article 3 does not mention the traditional requirement of a connection with an armed conflict in its text; thus, developing beyond existing customary international law. Moreover, Article 3 incorporates the requirement that the enumerated crimes are “*as part of a widespread or systematic attack against any civilian population*”.<sup>103</sup> Furthermore, ICTR Article 3, unlike ICTY Article 5, requires a discriminatory intention for each of the acts enumerated in Article 3 on ‘*national, political, ethnic, racial or religious grounds*’; in contrast, the discriminatory intent required by the ICTY Statute and customary international law is on the basis of ‘*political, racial and religious grounds*’ only for the crime of persecution.<sup>104</sup>

Taking everything into account, it is beyond any shadow of doubt that the two *ad hoc* tribunals established in the former Yugoslavia and Rwanda have met a significant need to bring mass rapists and perpetrators of genocide to justice.<sup>105</sup> However, it is also a reality that the UNSC does not exercise the authority given by the Charter of the UN under Chapter VII in every necessary case. To be more precise, the Chapter VII enforcement power is utilised politically, which fact often entails politics serving the interests of powerful states. For instance, a draft resolution<sup>106</sup> calling for the ‘situation’ in Syria to be referred to the ICC has been vetoed by Russia and China recently despite the support given for the resolution by the other three permanent members of the UNSC and 65 other countries.<sup>107</sup> As seen, the Security Council veto provided by

---

<sup>101</sup> The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994, Art. 3

<sup>102</sup> Cassese, 2002, p. 365

<sup>103</sup> The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, 1994, Art. 3 (emphasis added)

<sup>104</sup> Cassese, 2002, pp. 365-366

<sup>105</sup> Ferencz, 2003, p. 42

<sup>106</sup> UNSC Draft Resolution on the Situation in the Middle East (Syria), S/2014/348, 2014

<sup>107</sup> Black, 2014, p. 1

the UN Charter to the five permanent members of the Security Council enables an unequal approach to be taken in regard to equivalent events in the UN.

#### 1.2.4. The Rome Statute of the International Criminal Court

A crucial step was taken in the area of international criminal justice with the creation of the ICC, which is the only permanent international criminal judicial body in the world having jurisdiction to prosecute individuals. Despite the failure of the international community in either to address properly or in a timely manner numerous situations in which international crimes have been committed or to respond to the commission of such crimes by creating *ad hoc* tribunals, the fact that *ad hoc* responses raise legitimacy concerns cannot be denied.<sup>108</sup>

The Rome Statute of the ICC constitutes the most recent and comprehensive international instrument in the context of the prosecution and punishment of “the most serious crimes of concern to the international community as a whole”.<sup>109</sup> ‘Crimes against humanity’, initially enumerated in Article 5 of the Rome Statute as one of the four crimes within the jurisdiction of the ICC, is dealt with comprehensively under Article 7 of the Statute which, as Ambos correctly expressed, “... represents both a ‘codification’ and a ‘progressive development’ of international law.”<sup>110</sup> The Statute not only does enumerate individual offences which constitute crimes against humanity but also it clarifies the general requirements of the crime category. Rome Statute Article 7 provides as follows:

*For the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: (a) Murder; (b) Extermination; (c) Enslavement; (d) Deportation or forcible transfer of population; (e) Imprisonment or other severe deprivation of physical liberty in violation of fundamental rules of international law; (f) Torture; (g) Rape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilization, or any other form of sexual violence of comparable gravity; (h) Persecution against any identifiable group or collectivity on political, racial, national, ethnic, cultural, religious, gender as defined in paragraph 3, or other*

---

<sup>108</sup> Horowitz, S., Noam, G. and Shany Y., *The International Criminal Court*. In: Shany, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 223

<sup>109</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, Art. 5

<sup>110</sup> Ambos, K., *Crimes against Humanity and the International Criminal Court*. In: Sadat, L. N., ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2011, p. 280



grounds that are universally recognized as impermissible under international law, in connection with any act referred to in this paragraph or any crime within the jurisdiction of the Court; (i) Enforced disappearance of persons; (j) The crime of apartheid; (k) Other inhumane acts of a similar character intentionally causing great suffering, or serious injury to body or to mental or physical health.<sup>111</sup>

It can be observed that Article 7 consists of two main parts: the acts that constitute crimes against humanity and pertinent aspects of these acts. The phrase ‘a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack’ is the jurisdictional element which places this crime category within international crimes. The specific crimes listed in Article 7 (a) - (k) are widely accepted as crimes against humanity when they satisfy their own pertinent aspects.

As is seen, in order to be accused of a crime against humanity, the perpetrator must be part of a widespread or systematic attack and this attack must be directed against a civilian population. According to the interpretations of the international tribunals made in various cases, such as the *Tadic* and the *Kunarac* cases, this requirement encompasses the following five elements, also adopted by the Rome Statute under Article 7.<sup>112</sup>

“1- There must be an attack.

2- The acts of the perpetrator must be part of the attack.

3- The attack must be directed against any civilian population.

4- The attack must be widespread or systematic.

5- The perpetrator must know that his acts constitute part of a pattern of widespread or systematic crimes directed against a civilian population and know that his acts fit into such a pattern.”<sup>113</sup>

The 1998 Rome Statute differs from its *ad hoc* predecessors in terms of providing in its text an explanation for most concepts, namely, those of ‘attack directed against any civilian population’, ‘extermination’, ‘enslavement’, ‘deportation or forcible transfer of population’, ‘torture’, ‘forced pregnancy’, ‘persecution’, ‘the crime of apartheid’ and ‘enforced disappearance of persons’.<sup>114</sup> Most importantly, the Rome Statute expressly eliminates the linkage

---

<sup>111</sup> The Rome Statute of the International Criminal Court, 1998, Art. 7 (1)

<sup>112</sup> *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment (15 July 1999); *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23/1-A, Judgment, (12 June 2002)

<sup>113</sup> *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23/1-A, Judgment, para. 85 (12 June 2002)

<sup>114</sup> *Ibid.*, Art. 7 (2)

between crimes against humanity and armed conflict. Instead of a nexus with an armed conflict, it requires the commission of the offences “as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, *with knowledge of the attack*”.<sup>115</sup>

## CONCLUSION

Although the concept of crimes against humanity is not new, the legal meaning of this crime category has evolved only recently. At the beginning of the 20<sup>th</sup> century, the term was used to condemn the Ottoman Empire, allegedly responsible for the massacres of the Armenian people, but it was deprived of legal content. The term was first defined in a legal context by the Nuremberg Charter which was subsequently followed by the Tokyo Charter, the ILC, the ICTY, ICTR and Rome Statutes. On the path to evolution, the elimination of the nexus with armed conflict paved the way for progress. While the Nuremberg and Tokyo Charters, and the ICTY Statute contain a link between crimes against humanity and an armed conflict, it has been observed that the traditional connection has gradually been broken. Despite the fact that the ICTY Statute requires this linkage, *internal* armed conflicts have been included, and therefore, the scope of armed conflict has been expanded. Subsequently, the nexus requirement was found ‘obsolescent’ by the ICTY and the view that “...there is no logical or legal basis for this requirement...” was promoted.<sup>116</sup> The linkage was broken by the ICTR and Rome Statutes.

When comparing the previous instruments, it can be observed that much progress has been made in the context of crimes against humanity by the Rome Statute which reflects the existing developments in international criminal law. Among these, the elimination of nexus with an armed conflict, the adoption of the knowledge standard to demonstrate the mental element, and the enlargement of the list of acts constituting crimes against humanity and of the discriminatory grounds required for persecution are some of the remarkable indicators of this progress.

This study has attempted to demonstrate the progressive evolution of crimes against humanity during the 20<sup>th</sup> century, the efforts of the world community to prosecute, try and punish the perpetrators, and the achievements and deficiencies of the international instruments defining this category of international crime.

---

<sup>115</sup> *Ibid.*, Art. 7 (1) (emphasis added)

<sup>116</sup> *Prosecutor v. Tadic aka "Dule"*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, (2 October 1995)

## **BIBLIOGRAPHY**

- 1) Ambos, K., 2011. *Crimes against Humanity and the International Criminal Court*. In: Sadat, L. N., ed., *Forging a Convention for Crimes against Humanity*. New York: Cambridge University Press, 2011. pp. 279-304
- 2) Badar, M. E., 2004. From the Nuremberg Charter to the Rome Statute: Defining the Elements of Crimes against Humanity, *San Diego International Law Journal*, 5, pp. 73-144
- 3) Bantekas. I., Nash. S. and Mackarel. M., 2001. *International Criminal Law*. New York: Cavendish
- 4) Bassiouni, M. C., 2003. *The Permanent International Criminal Court*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 31-46
- 5) Blewit, G., 2003. *The International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 31-46
- 6) Cerone, J., 2008, The Jurisprudential Contributions of the ICTR to the Legal Definition of Crimes against Humanity- The Evolution of the Nexus Requirement, *New England Journal of International Law Comparative Law*, 14 (2), pp. 191-202
- 7) Chesterman. S., 1997. Never Again... and Again: Law, Order and the gender of War Crimes in Bosnia and Beyond. *Yale Journal of International Law*, 22, pp. 299-344
- 8) Commission on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties Annex II: Memorandum of Reservations Presented by the Representatives of the United States to the Report of the Commission on Responsibilities, 1920. *The American Journal of International Law*, 14 (1/2), pp. 95-154
- 9) Control Council Law No. 10: Nuremberg Trials Final Report Appendix D: Punishment of Persons Guilty of War Crimes, Crimes against Peace and Against Humanity, (1945)
- 10) Convention of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, (1948)
- 11) Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind, U.N. GAOR, 9<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 9, at 11, U.N. Doc. A/2693 (1954)
- 12) Establishment of an International Law Commission, UNGA Res. A/RES/174(II), (1947)
- 13) Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia, (1997)
- 14) Ferencz, B., 2003, *From Nuremberg to Rome: A Personal Account*. In: Lattimer, M., Sands, P., eds., *Justice for Crimes against Humanity*. Oxford: Hart Publishing, 2003, pp. 31-46
- 15) Formulation of the Principles Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, G.A. Res. 177 (II), U.N. GAOR, 2<sup>nd</sup> Sess., 123<sup>rd</sup> plen. mtg., U.N. Doc A/519 (1947)
- 16) Hague Convention (II) with Respect to the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, (1899)

- 17) Hague Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, (1907)
- 18) Horowitz, S., Noam, G. and Shany Y., 2011. *The International Criminal Court*. In: Shany, Y., *Assessing the Effectiveness of International Courts*. New York: Oxford University Press, 2011, pp. 223-252
- 19) Hwang, P., 1998. Defining Crimes against Humanity in the Rome Statute of the International Criminal Court, *Fordham International Law Journal*, 22, p. 457- 504
- 20) International Military Tribunal, Charter of the Tribunal annexed to the London Agreement for Prosecution of the Major War Criminals of the European Axis (London or 'Nuremberg' Charter), (8 August 1945)
- 21) International Military Tribunal for the Far East Charter (IMTFE or 'Tokyo' Charter), (9 January 1946)
- 22) Jalloh, C. C., 2013. What Makes a Crime against Humanity a Crime against Humanity? *American University International Law Review*, 28 (2), pp: 381-442
- 23) Joint Declaration of the Governments of France, Great Britain and Russia, (1915)
- 24) Kittichaisaree, K., 2001. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press
- 25) Principles of International Law Recognized in the Charter of the Nurnberg Tribunal and in the Judgment of the Tribunal, (1950), Principle VI (c)
- 26) *Prosecutor v. Kunarac*, Case No. IT-96-23/1-A, Judgment, (12 June 2002) Available at: <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>
- 27) *Prosecutor v. Mile Mrksic, Miroslav Radic, and Veselin Sijivancanin*, Case No. IT-95-13-R61, Review of the Indictment Pursuant to Rule 61 of the Rules of Procedure and Evidence, (3 April 1996) Available at: <http://www.icty.org/x/cases/mrksic/ind/en/mrk-1ai960403e.pdf>
- 28) *Prosecutor v. Tadic aka "Dule"*, Case No. IT-94-1, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, (2 October 1995) Available at: <http://www.refworld.org/docid/47fd520.html>
- 29) *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-A, Judgment, (15 July 1999) Available at: <http://www.refworld.org/docid/40277f504.html>
- 30) *Prosecutor v. Tadic*, Case No. IT-94-1-T, Opinion and Judgment, (7 May 1997) Available at: <http://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts70507JT2-e.pdf>
- 31) Pupavac, V., n.d.. *Disputes over War Casualties in former Yugoslavia*. [Online]. (s.l.): Radical Statistics. Available at: <http://www.radstats.org.uk/no069/article3.htm>. [Accessed: 31.08.2014]
- 32) Ratner, S. N., 1998. The Genocide Convention after fifty Years: Contemporary Strategies for Combating a Crime against Humanity. *ASIL Proceedings*, 92, pp.1-2.
- 33) Report of the International Law Commission, UN GAOR, 5th Sess., U.N. Doc. A/1316, (1950)

- 34) Report of the International Law Commission, U.N. GAOR, 46<sup>th</sup> Sess., at 238, U.N. Doc. A/46/10, (1991)
- 35) Sadat, L. N. 2013. Crimes against Humanity in the Modern Age, *The American Journal of International Law*, 107, pp. 334-377
- 36) Scharf, M. P., 2008. Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda. *United Nations Audio-visual Library of International Law*, pp. 1-6
- 37) Special Panels for East Timor, (2000)
- 38) Special Court for Sierra Leone, (2002)
- 39) Than, C. and Shorts, E., 2003. *International Criminal and Human Rights*. London: Sweet and Maxwell
- 40) The Rome Statute of the International Criminal Court, (1998)
- 41) The Statute of the International Law Commission, (1947)
- 42) The Statute of the International Criminal Tribunal for Rwanda, (1994)
- 43) The Treaty of Versailles, (28 June 1919)
- 44) UNGA Res. 39/46, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, (1984)
- 45) UNGA Res. A/RES/42/151, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, (1987)
- 46) U.N. GAOR, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, 48<sup>th</sup> Sess., at 6-7, U.N. Doc. A/CN.4/L.532, (1996)
- 47) U.N. GAOR, Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, in Report of the International Law Commission on the Work of Its Forty-Third Session., 46<sup>th</sup> Sess., Supp. No. 10, at 265, U.N. Doc. A/46/10, (1991)
- 48) United Nations Charter, 1945
- 49) UNSC Draft Resolution on the Situation in the Middle East (Syria), S/2014/348 (22 May 2014)
- 50) UNSC Final Report of the Commission of Experts Established pursuant to UNSC Resolution 780, S/1994/674, (1994)
- 51) UNSC Provisional Verbatim Record of the 3217<sup>th</sup> Meetings, S/PV.3217, (1993)
- 52) UNSC Resolution 827 on Establishing an International Tribunal for the former Yugoslavia, S/RES/827 (1993)
- 53) UNSC Resolution 955 on Establishment of an International Tribunal and Adoption of the Statute of the Tribunal, (1994)
- 54) Wexler, L. S., 1994. The Interpretation of the Nuremberg Principles by the French Court of Cassation: From Touvier to Barbie and Back Again, *Colombia Journal of Transnational Law*, 32, pp. 289-380
- 55) World Peace Council, (1950)



## **İSLAM HUKUKUNDA VE MODERN HUKUKTA HAPİS CEZASI VE HAPİSHANELER**

*Burcu GÖRKEMLİ\**

### **ÖZET**

Hukuk güvenliğinin sağlanması toplumun huzuru için bir zorunluluktur. Hapishanelerin doluluk oranlarının her geçen gün artması, ceza sisteminin güvenilir ve sağlam olmadığını ortaya koymaktadır. Günümüzde işlenen suçlar için yaptırım olarak çoğunlukla hapis cezalarının uygulanması suçluları, ıslah etmek yerine suç oranlarını arttırmaktan öteye gidememektedir. Söz konusu sebeplerle, Türkiye de dahil olmak üzere ülkelerin alternatif ceza türlerine yönelmeleri gerekmektedir. Çalışmamızda, İslam hukukunda ve modern hukukta hapis cezası ve hapishaneler incelenmiştir. Ayrıca, alternatif ceza yöntemleri ve türleri tartışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Hapis Cezası, Hapishane, Yaptırım, Alternatif Ceza Türleri.

### **ABSTRACT**

Ensuring legal security is a necessity for peace in society. Increment of prisons' occupancy day by day presents that the punishment system is not reliable and strong. Today, enforcement of prison punishments as a sanction for crimes committed is unable to go beyond to increase the crime rates rather than reformation of criminals. Because of the mentioned reasons, countries including Turkey must study on the alternative types of punishment. In our study, prison punishments and prisons in Islamic law and modern law are examined. Additionally, alternative methods and types of punishments are argued.

**Keywords:** Prison Punishment, Prison, Sanction, Alternative Types of Punishment.

---

\* Avukat, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

## GİRİŞ

Adaletin tesisinde en önemli sac ayaklarından birisi de ceza sistemidir. Güvenilir ve sağlam yapıda olan ceza sistemi ile toplum huzura kavuşur veya aksi bir durumda kavuşamaz. Hapishanelerin doluluk oranlarının her geçen gün artması, ceza sisteminin güvenilir ve sağlam olmadığını ortaya koymakta; bununla birlikte, toplumun huzuru da yok olmaktadır.

İşkencelere dayanan cezalar yerine, bir reform niteliğinde kabul edilen ve insan onurunu yükselttiği düşünülen hapis cezası, günümüzde ıslah ve terbiye etme amacını gerçekleştirememiş, mahkumlar, yakın çevresi ve beraberinde bütün toplum için maddi ve manevi işkence aracı halini almış, hayat kemiren bir yapılanma olmuştur. Hapis cezalarının genel ceza olarak kabul edilmesinin, hapishanelerin ise kurumsallaşmasının suç işleme oranını azaltmadığı, aksine artırdığı devletler tarafından tatbik edilmek suretiyle anlaşılmıştır. Günümüzde Türkiye’de dahil olmak üzere devletler alternatif ceza arayışına girmişlerdir.

Çalışmamızda, İslam hukukunda ve modern hukukta hapis cezası ve cezavleri incelenerek genel ceza olarak uygulanmakta olan hapis cezalarının kurumsal bir hal almış olan hapishanelerin haklılığı tartışılmak suretiyle, hapis cezası aleyhinde ve lehinde görüşler ile alternatif ceza türleri üzerinde durulacaktır.

## I. CEZALARIN AMACI

Cezanın amacı, suçlunun iyileştirilmesi suretiyle tekrar suç işlemesinin önüne geçilerek, suçluyu topluma yeniden kazandırma çabasıdır. 18. yüzyıla kadar verilen cezaların amacı teşhir ön planda olmak üzere bedensel işkence<sup>1</sup>, yıldırma ve intikam almak idi<sup>2</sup>. Bu duruma örnek olarak, İngiliz Ceza Hukuku’nda 200’e yakın suçun cezası, Fransız Ceza Hukuku’nda 215 suçun cezası idamdı. Ancak daha sonraki dönemlerde, kişiler ne kadar hain veya cani de olsalar insani cezalara çarptırılmak suretiyle cezalandırılmaları gerektiği fikri gelişmiştir<sup>3</sup>. Modern hukukta, suçluların ıslahı ve sosyalleştirilmesi, çoğunlukla suçlulara hapis cezası verilmesi ile gerçekleştirilmektedir.

İslam hukukunda cezaların amacı, insanları korkutmak ve ezmek suretiyle baskı altına almak olmamakla birlikte, söz konusu cezalar intikam ve işkence

<sup>1</sup> Michel Foucault, Hapishanenin Doğuşu, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2006, s.47.

<sup>2</sup> Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınları, s.209.

<sup>3</sup> Foucault, s.150.



niteliği de taşımamaktadır<sup>4</sup>. İslamda cezaların amacı, kişileri cehalet, eğri ve kötü yoldan uzak tutmak suretiyle ilahi emirlere itaatı ve toplum düzeninin korunmasını sağlamaktır<sup>5</sup>.

## II. HAPİS VE HAPİS CEZASI KAVRAMI

“Hapis” kelimesi, Arapça kökenli bir kelime olan “habs” kelimesinden türetilmiş olup, “*tutmak, tevkif etmek, men eylemek, bir şahsı veya bir malı bir mevkide nezaret altında bulundurmaktır*”<sup>6</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Tahliyenin mukabili olan habs kelimesi, ikiye ayrılmakta olup; bunlardan “*habsi nefis*” kişinin hapsini ve “*habsi ayn*” eşyanın hapsini ifade etmektedir<sup>7</sup>.

Hapis çeşitlerinden olan önleme hapsi, idari bir tedbir olmakla birlikte, cezalandırma amacı taşımamakta, suçun işlenmesinden önce önleme işlevi görmektedir<sup>8</sup>. İslam hukukunda “*topluma zararlı kişilerin hapsi, küçük ve akıl hastalarının hapsi, kamu güvenliği sebebiyle hapis, nazarcının hapsi, kendisine zarar verme ihtimali olanların hapsi, hakların zayi olmaması için hapis*” önleme hapsi kapsamındadır<sup>9</sup>.

Günümüzde, Ceza Usul Kanunu kapsamında yakalama, gözaltına alma, tutuklama şeklindeki koruma tedbirlerinde önleme-tedbir amaçlı olarak kişilerin hürriyetlerinin kısıtlanması yoluna gidilmektedir. Ancak söz konusu koruma tedbirleriyle cezalandırma amaçlanmamakta; yürütülmekte olan yargılama faaliyetinin istikrarı ve güvenliği için, geçici olarak bu yöntemlere başvurulmaktadır. İslam hukukunda adli yakalama, zorla getirme, tutma, tutuklama ve disiplin hapsi koruma tedbirleri kapsamında değerlendirilmektedir<sup>10</sup>.

Hapis cezası ise, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakmakla birlikte, diğer hapis türlerinden farklı olarak, kişileri kanunlara aykırı davranışları sebebiyle cezalandırma amacı taşımaktadır. Hapis cezası, “*Bir suçtan mahkum olan kişinin bir yere kapatılarak özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle infaz edilen bir ceza türüdür*”<sup>11</sup>. Günümüzde hapis cezası en çok başvuru yapılan yaptırım türlerinden

<sup>4</sup> Karaman, s.210.

<sup>5</sup> Karaman, s.210.

<sup>6</sup> Ömer Nasuhi Bilmen, Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, Cilt: 3, İstanbul, 1968, s.14.

<sup>7</sup> Bilmen, s.14.

<sup>8</sup> Mustafa Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, Ankara, s.87-89.

<sup>9</sup> Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, s.90-96.

<sup>10</sup> Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, s.105-152.

<sup>11</sup> Fatma Karakaş Doğan, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.100.

olmakla birlikte, Kur'an-ı Kerim'de ve Hz. Peygamber zamanında hapis, ceza mahiyeti taşımamakta, tutuklama, infaza kadar tutma, hapsen tazyik şeklinde uygulama alanı bulmaktadır<sup>12</sup>. İslam hukuk teorisinde hapis cezası temel bir ceza türü değildir<sup>13</sup>.

### III. HAPİSHANE KAVRAMI VE HAPİSHANELERİN DOĞUŞU

Hapis cezasının infaz edildiği yer olan hapisane, hapsetmenin karşılığı olan habs kelimesinin eş anlamlısı olan “*secn*” kökünden gelen “*sicn*” kelimesi ile ifade edilmektedir<sup>14</sup>. Hapis edilen yer manasında “*mahbis*”, “*tevkifhane*” kelimeleri de kullanılmaktadır<sup>15</sup>.

18. yüzyılda, kapalı tutulmaya dayalı cezalandırma sisteminin getirilmesiyle, diğer bütün cezalar unutulmuş olup; önceki zamanlarda uygulanan ve insan onuruyla bağdaşmayacak tarzda, işkenceye dayalı cezalara göre “*insanlığa adım atma*” olarak görülen hapis cezası, ceza sisteminin temeli ve yapısı halini almıştır<sup>16</sup>.

Hapis cezasının infazı ile ilgili olarak beş sistem mevcuttur. Bunlardan ilki “*müşterek hapis (topluluk) sistemi*” olup; bu sistemde, gece gündüz birlikte temas halinde bulunan mahkumlar, en azılı suçlularla birlikte kalmaları sebebiyle hapisaneye daha ağır suç işlemiş bir şekilde geri dönüyorlardı<sup>17</sup>. “*Amsterdam Sistemi*” olarak da adlandırılan bu sistem etkileşim ve toplu hareket etmeye sevkettiği için eleştirilmiştir<sup>18</sup>.

Batı ceza adalet sistemi, iki Amerikan hapsetme sistemi olan “*auburn (karma sistem) sistemi*” ile Philadelphia'daki “*mutlak soyutlama sistemi*” temellidir<sup>19</sup>. Auburn sistemi, mahkumların mutlak sessizlik kuralı çerçevesinde, ortaklaşa çalışma yapmalarını ve yemek yemelerini sağlayan, geceleri ise mahkumların kişisel hücrelerine konulmalarını öngören manastır modeline atıf yapan ve mahkumları vahşi hayvanı kafesinde tutar gibi kilit altında tutmak yer-

<sup>12</sup> Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, s.65-71.

<sup>13</sup> Franz Rosenthal, İslam'da Özgürlük Kavramı, Çeviren: Vecdi Akyüz, Ayışığı Kitapları, İstanbul, 2000, s.61.

<sup>14</sup> Ali Bardakoğlu, “Hapis”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi Cilt: 16, 1997, s.54.

<sup>15</sup> Bilmen, s.14.

<sup>16</sup> Foucault, s.336.

<sup>17</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Makaleleri, Güven Kitap Kırtasiye, İstanbul, 2002, s.56-58

<sup>18</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.56-59; Şenal Sarıhan, Cezaevi Gerçeği, (I), in: Cumhuriyet, 13.01.2000 tarihli nüsha, s.6.

<sup>19</sup> Foucault, s.345.

ne, farklı bir hapsedme biçimi olarak ortaya konulan, toplumun provası niteliğinde bir sistemdir<sup>20</sup>.

Mutlak soyutlama sisteminde (Pensilvanya Sistemi) ise amaç, kendi vicdanıyla baş başa bırakılmak suretiyle -Katolik inancı söylemlerinde olduğu gibi-, mahkuma tabutun içindeymişcesine bir ortam hazırlanarak, söz konusu karanlık ve sessizlikten sonra mahkumun yeniden hayat bulmasını sağlamak ve mahkum üzerinde ahlak değişikliği yapabilmektir<sup>21</sup>. Bu sistem, mahkumların akıl hastalıklarının yakalanmaları ve topluma uyumlarının güçleşmesi sebebiyle eleştirilmektedir<sup>22</sup>.

“*Dereceli (İrlanda Sistemi) sistem*” de ise iki devre bulunmaktadır. Hükümlü, mahkumiyetinin ilk devresini ağır şartlar altında bulundurularak, pişmanlık içinde iyi halle bitirdikten sonra ikinci devreye geçilir ve infaz rejimi yumuşatılarak toplum hayatına adapte olması sağlanır<sup>23</sup>.

“*Hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında yeni sistem*” olarak adlandırılan bilimselliği ön planda tutan bu sistemde, mahkumlar geceleri bir hücrede kalmakta; gündüzleri ise, hayatları hür ve namuslu insanlar gibi organize edilerek, mahkumlara bir nevi toplum hayatı yaşatılmaktadır<sup>24</sup>.

Ayrıca 1787 yılında, iktisatçı Jeremy Bentham tarafından ortaya koyulan Şekil- 1’de görüldüğü üzere “*panoptikon*” modelinde, gözün iktidarı sağlanmakta; böylece, toplumsal özgürlükler yok edilmek suretiyle, baskıcı gözetim toplumu oluşturularak herkes gözaltına alınmış olmaktadır<sup>25</sup>. Gözetleme ve tecrit özelliği<sup>26</sup> bulunan Panoptikon modeli, cezaevlerinde, nezarethanelerde, hapishanelerde, ıslahnevlerinde, düşkünevlerinde, imalathanelerde, akıl hastanelerinde, hastanelerde ve okullarda uygulanabilmektedir<sup>27</sup>. Bu sistemde, iktidarın toplumsal denetimi gerçekleştirmekte kullandığı, saklanmadan uygulandığı ve çıplak bir şekilde kendisini gösterdiği en etkili araç hapishanelerdir<sup>28</sup>. Bentham bu sistemle, iktidarın görünür olduğunu; ancak, iktidarın varlığının kanıtlanamaz olduğunu ortaya koyarak, tutuklunun her an izlendiği kuşkusunu yaşamasını sağlayarak güç kullanmaksızın mahkumu iyi davranmaya zorlandığını sa-

<sup>20</sup> Foucault, s.345-346.

<sup>21</sup> Foucault, s.346-347.

<sup>22</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.61.

<sup>23</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.65.

<sup>24</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.67-68.

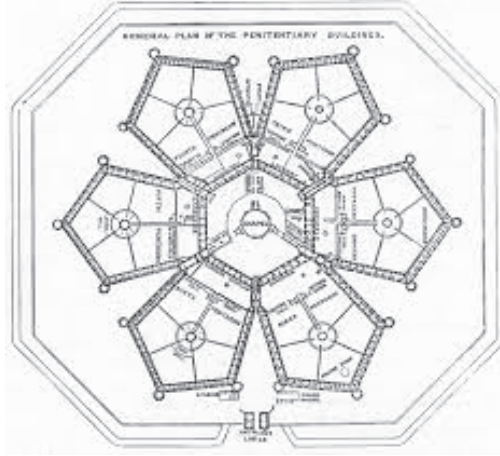
<sup>25</sup> Jeremy Bentham, Catherine Pease-Watkin, Simon Werret, Barış Çoban, Zeynep Özarıslan, Panoptikon, Hazırlayan: Barış Çoban, Zeynep Özarıslan, Su Yayınları, İstanbul, 2008, s.7.

<sup>26</sup> Işık Ergüden, Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul, 2007, s.43.

<sup>27</sup> Bentham, Pease-Watkin, Werret, Çoban, Özarıslan, s.12

<sup>28</sup> Bentham, Pease-Watkin, Werret, Çoban, Özarıslan, s.133.

vunmaktadır<sup>29</sup>. Günümüzde uygulanmakta olan ve modern kabul edilen E tipi, F tipi, hücre tipi vb. hapishane modelleri Panoptikon temellidir<sup>30</sup>.



Şekil 1: Panoptikon modeli

#### IV. İSLAM CEZA HUKUKUNDA HAPİS CEZASI VE HAPİSHANELER

İslam hukukunda cezaların ağırlığına göre cezalar, had cezaları, kısas ve diyet cezaları, tazir cezaları olmak üzere üçe ayrılmaktadır<sup>31</sup>. Had cezaları, Kitabı'ı Hudud başlığı altında düzenlenen, Kur'an-ı Kerim ve sünnet tarafından belirlenmiş, cezası tek ve kesin olan ve bu cezaları affetmeye kimsenin yetkisinin bulunmadığı cezalardır<sup>32</sup>. Kısas cezasında suç ve ceza arasında benzerlik bulunmakta iken; diyetle, bir suçun karşılığı olarak bir bedel verilmektedir<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Foucault, s.297. Ayrıca Foucault, "Hapisenin Doğuşu" adlı eserinde Panoptikon modeli ile ilgili olarak, "Çevrede halka halinde bir bina, merkezde bir kule; bu kulenin halkanın iç cephesine bakan geniş penceleri vardır; çevre bina hücrelere bölünmüştür, bunlardan her biri binanın tüm kalınlığını katetmektedir; bunların, biri içeri bakan ve kuleliklere karşı gelen, diğeri de dışa bakan ve ışığın hücreye girmesine olanak veren ikişer pencereleri vardır. Bu durumda merkezi kuleye tek bir gözetmen ve her bir hücreye tek bir deli, bir hasta, bir mahkum, bir işçi veya bir okul çocuğu kapatmak yeterlidir. Geriden gelen ışık sayesinde, çevre binadaki hücrelerin içine kapatılmış küçük silüetleri olduğu gibi kavramak mümkündür... Görülmeden gözetim altında tutmaya olanak veren düzenleme, sürekli görmeye ve hemen tanımaya olanak veren mekansal birimler oluşturmaktadır... Tam ışık altında olma ve bir gözetmenin bakışı, aslında koruyucu olan karanlıktan daha fazla yakalayıcıdır. Görünürlük bir tuzaktır." s.295-296.

<sup>30</sup> Ergüden, s.42.

<sup>31</sup> Osman Şekerci, İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1996, s.15.

<sup>32</sup> Şekerci, s.16-17.

<sup>33</sup> Şekerci, s.17.

Tazir cezaları ise, Allah'a veya insan haklarına karşı olan, had ve kefarete cezaları ile cezalandırılmayan suçlar için getirilmiştir<sup>34</sup>.

İslam hukukunda, Kur'an-ı Kerim'de belirlenen temel suçlarla ilgili olarak belirlenen had cezaları içerisinde hapis cezası yer almamaktadır<sup>35</sup>. İslam ceza hukukunda ameli sünnetten<sup>36</sup> doğan tazir cezaları içinde yer alan hapis cezaları, süreli hapis cezası ve süresi belli olmayan hapis cezası olmak üzere iki çeşittir<sup>37</sup>. Süreli hapis cezası en azı 1 gün, en çoğu ise devlet başkanı tarafından takdir edilen miktar iken; süresi belli olmayan hapis cezasında hapis süresi, kesin olarak önceden belli olmamakta, önemli suçları işlemeyi adet haline getiren hükümlüler tövbe edinceye kadar hapishanede tutulmaktadırlar<sup>38</sup>.

İslam hukuk teorisinde hapis cezası temel bir ceza türü değildir<sup>39</sup>. İslam ceza hukukunda hapis cezası ikinci dereceden (tali) bir ceza türü olup, yalnızca adi tazir suçlarını işleyenler için uygulanır<sup>40</sup>. Kur'an-ı Kerim'de zindan hayatı, Hz. Yusuf'un kıssasının anlatıldığı Yusuf Suresi'nde anlatılmakta; ayrıca, hapis kavramı fuhuş yapan kadınlarla ilgili olan ayetlerde de geçmektedir.

Hz. Peygamber zamanında hapis, ceza mahiyeti taşımayıp, tutuklama, infaza kadar tutma, hapsen tazyik şeklinde uygulama alanı bulmuştur<sup>41</sup>. Bu dönemde sınırlı sayıda olmak üzere, borçluların, esir ve sanıkların kısa süreler için mescidde, kapalı yerlerde tutuldukları, Mescid-i Nebevi'nin direğine bağlandıkları rivayet edilmektedir<sup>42</sup>. Hz. Peygamber, uzun süreli olan ve hükümlüler için işkence düzeyine ulaşabilecek hapis cezalarından uzak durmuştur<sup>43</sup>. Bu noktada hapis, tek başına bir ceza olmayıp tutuklama, tutma gibi koruma tedbirleri ma-

<sup>34</sup> Abdulkadir Udeh, *Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku-Genel Hükümler*, Mütercim: Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, 2. Baskı, Cilt: 1, İstanbul, 2012, s.155.

<sup>35</sup> Rosenthal, s.59.

<sup>36</sup> Udeh, s.172.

<sup>37</sup> Ahmed Akgündüz, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza-Usul-Vergi-Devletler Umumi)*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, Cilt: 1, İstanbul, 2011, s.535.

<sup>38</sup> Akgündüz, s.535.

<sup>39</sup> Rosenthal, s.61.

<sup>40</sup> Karakaş Doğan, s.128.

<sup>41</sup> Avcı, s.65-71.

<sup>42</sup> Buhari, "Şalat", 76, "Huşumat", 7-8; Ebu Davud, "Akziye", 29, "Hudud", 11; Tirmizi, "Diyat", 20; Nesai, "Sarik", 2; Beyhaki, VI, 49; Abdülhay el-Kettani, II, 53-55; Bardakoğlu, "Hapis", s.55'ten naklen.

<sup>43</sup> Metin Yılmaz, "İslam Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishanelere ve Mahkumların Durumlarına İnsan Hakları Bağlamında Genel Bir Bakış", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 12-13, 2001, s.576.

hiyetinde veya suçluların suçlarıyla ilgili olarak tövbe edinceye kadar uygulanan bir yöntemdir.

Hız. Peygamberin, bir kimseyi tutarak bir diğerinin adam öldürmesine yardımcı olan kişiyle ilgili “*Katili öldürün, tutanı da alıkoyun*”<sup>44</sup> sözü, sahih bir hadis olmamakla birlikte, hapis cezasının meşruiyetinin dayandırıldığı, müebbet hapsin uygulanabilirliğine delil olduğu ileri sürülmektedir<sup>45</sup>. Bakıldığında eşkıyalık ve yol kesme suçuna öngörülen dört tür cezadan en hafifi olan sürgün cezasının, Hanefiler başta olmak üzere, fakihlerin çoğunluğu tarafından tecrit etme niteliği gözönünde bulundurulduğunda, hapis cezasını da içerdiği kabul görmüş; bu sebeple de gündün güne sürgün cezası yerini hapis cezasına bırakarak uygulama alanı artmıştır<sup>46</sup>.

Halifeler döneminde sınırlar genişlemiş ve suç oranları artmış; bunun sonucunda örneğin, Hız. Ömer zamanında Mekke’de Safvan b. Ümeyye’nin evinin hapisane olarak kullanılmak üzere satın alındığı görülmektedir<sup>47</sup>. Hız. Ali’nin Kufe’de, “*Nafi*” ve “*Muhayyis*” adlarıyla yaptırmış olduğu hapisaneler İslam tarihinin ilk hapisaneleri olarak göze çarpmaktadır. Diğer kültürlerle tanışma ve yönetimde teşkilatlanmaya geçişle birlikte, hapsin ayrı bir ceza şekli olarak benimsenmesi ise Emeviler döneminde olmuştur<sup>48</sup>.

Ancak Emeviler döneminde, İslam’ın insana ve insan haklarına vermiş olduğu önem gözardı edilmek suretiyle, hapisaneler işkence merkezi haline almaya başlamış; Abbasiler döneminde ise, hapisanelerin bu durumu daha da ağırlaştırmış olup, Kufe’de, Basra’da ve Bağdat’ta insan onuru ve yaşamıyla bağdaşmayan, yeraltında ışık almayan hapisaneler inşa edilmiştir<sup>49</sup>.

Osmanlı hukukunda hapis cezaları tazir cezası şeklinde olup, ikincil nitelik taşır. Kasten öldürme suçunda kısasa bedel tazir cezası olarak müebbet hapis cezası; kasten yaralama suçunda kısas mümkün değilse, yaralama diyeti ve ıslah oluncaya kadar hapis cezası; hırsızlık suçunda, Hanefilere göre, suçlu ikinci cezadan sonra yine bu suçu işlerse suçluya süresiz hapis cezası; kamu güvenliğine karşı suçlarda hem tedbir hem de yaptırım bakımından hapis cezası; yağma suçunun en basit hali olan yalnızca korkutma eyleminde tövbe edinceye kadar hapis cezası; siyasi iktidar aleyhinde suç (bağy) işleyen kişilere hapis cezası;

<sup>44</sup> Abdürrezzak es-San’ani, el Muşannef, IX, s.480-481; Darekutni, es-Sünen (nşr. Haşim Yemani el-Medeni), III, Kahire, 1386/1966, s.140; İbnü’t Talla, Akziyetü Resülillah (nşr. M. Ziyaurrahman el- A’zami), Beyrut, 1982, s.100-101; Bardakoğlu, “Hapis”, s.55’ten naklen.

<sup>45</sup> Bardakoğlu, s.55.

<sup>46</sup> Bardakoğlu, s.54-55.

<sup>47</sup> Buhari, “Huşumat”, 8; Abdülhay el-Kettani, II, 57; Bardakoğlu, “Hapis”, s.55’ten naklen.

<sup>48</sup> Bardakoğlu, s.55.

<sup>49</sup> Yılmaz, s.576-577.

zina suçunda İslam'ın ilk yıllarında evli ve dullar için müebbet hapis cezası, daha sonra evli olmayanlar için 100 sopa ve sürgün cezası verilebileceği öngörülmüştür<sup>50</sup>. Hanefilere göre zina suçunda sürgün cezası yerine hapis cezası da verilebilecektir<sup>51</sup>.

1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun tercümesi olmakla birlikte, İslam hukukundan gelen hükümleri de barındıran 1274 tarihli Ceza Kanunname-i Humayunu'nda, suçluların ahlakını düzeltmek amacıyla verilen hapis cezasının asgari miktarı 24 saat iken, azami miktarı üç senedir<sup>52</sup>. Hapis cezalarının kısa süreli olmasının sebebi ise, hapis cezalarının ıslah edici niteliğinin olmaması ve diğer mahkumların kötü huylarının alınmasına müsait bir ortam olmasıdır<sup>53</sup>. Bu sebeple de ahlaka aykırı olmayan suçlar bakımından kısa süreli hapis cezası yerine, para cezası verilmeli veya bu tür suçların cezaları hapis cezasını gerektiren suç olmaktan çıkarılmalıdır<sup>54</sup>.

## **V. HAPİS CEZALARININ VE HAPİSHANELERİN HAKLILIĞI SORUNU**

Adaleti sağlamak için gerekli olan mükemmel sistem, cezaların adaletli olması ile tesis edilebilecektir. Cezaların adalete hizmet etmesi ise, insanları korkutmak veya ezmek suretiyle baskı altına almak, intikam ve işkence uygulamak ile değil; ancak, pişmanlığa yönlendirici, ıslah ve terbiye edici, topluma kazandırıcı, örnek oluşu ile mümkün olacaktır. Bu bakımdan genel ceza olarak uygulanan hapis cezalarının, adaletin tesisindeki etkililiği ve haklılığı sorunu incelemeye muhtaçtır.

### **A. İslam Hukukunda Hapis Cezalarının ve Hapishanelerin Haklılığı Sorunu**

İslam hukukunda cezaların amacı insanları korkutmak ve ezmek suretiyle baskı altına almak olmadığı gibi, cezaların intikam ve işkence mahiyeti de yoktur. İslam hukukunda uygulanan hapis cezaları ile amaçlanan, suçluları her an gözetim altında tutmak suretiyle, onlardan intikam alma ve onları işkenceye maruz bırakma olmayıp, suçlarıyla ilgili olarak tövbe edinceye kadar tutulmaları veya cezalarını çekene kadar ki sürede tutulma şeklindedir. Bu an-

<sup>50</sup> Mustafa Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suç ve Cezalar*, Gökkuşbu Türk Hukuk Tarihi Dizisi: 1, İstanbul, 2004, s.95-362.

<sup>51</sup> Avcı, *Osmanlı Hukukunda Suç ve Cezalar*, s.197; *Fetava-yı Hindiyeye (Fetava-yı Alemgiriyye)*, Çeviren: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara Ty.

<sup>52</sup> Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*, İstanbul, 1989, s.46-47.

<sup>53</sup> Gökçen, s.47.

<sup>54</sup> Gökçen, s.47; Mustafa Reşit, *Mufassal Ceza Kanunu*, İstanbul, 1341 (Eski Yazı), s.44.

lamda hapis, ceza olmamakta; aksine, pişmanlığı yaşamaya yönlendiren bir vesile olmaktadır<sup>55</sup>.

İslam'da öncelikli amaç kişi hak ve özgürlüklerinin korunması olup, hukukun çiğnendiği durumlar dışında kişilerin özgürlüklerinin sınırlandırılmasına izin verilmemiştir<sup>56</sup>. Kişilerin hak ve özgürlüklerine büyük önem veren Kur'an-ı Kerim'de, *"O size yeri boyun eğer kıldı. Haydi onun omuzlarında (dağlarında, tepelerinde) yürüyün ve Allah'ın rızından yeyin. Dönüş ancak O'nadır."*<sup>57</sup> Kur'an-ı Kerim'in ilgili ayeti ile insanların Allah'ın nizam ve hükümlerine aykırı olmamak, zulüm, kötülük ve hukuksuzluk yapmamak kaydıyla, Allah'ın insanlara yeryüzünü bir nimet olarak itaatkar kıldığı belirtilmiş ve yine bu şartlar dahilinde insanların yeryüzünde istedikleri şekilde Allah'ın nimetlerinden faydalanabilecekleri üzerinde durulmuştur<sup>58</sup>. Bir başka ayette ise, *"Ey iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi farketirip ev halkına selam vermedikçe girmeyin. Bu sizin için daha iyidir. Herhalde (bunu) düşünüp anlar-sınız. Orada kimse bulamazsanız, size izin verilinceye kadar oraya girmeyin. Eğer size, "Geri dönün!" denilirse, hemen dönün. Çünkü bu, sizin için daha temiz bir davranıştır. Allah, yaptığınızı bilir."*<sup>59</sup> Kur'an-ı Kerim'in ilgili ayeti ile, kişi haklarının ne denli önemli olduğu ortaya konulmakta, başkalarının mülküne izinsiz girme durumunun hukuken ve hükmen haram teşkil edeceği ve neticede gasb gibi olacağından dini yönden yasak kılındığı vurgulanmaktadır<sup>60</sup>.

İslam'ın temelinde yer alan kişi hak ve özgürlüklerin korunması kuralı, islam hukukunun da temelini oluşturmaktadır. Bu prensip çerçevesinde kişilerin özgürlüğünü kısıtlayan ve suçluyu hayattan tecrit eden bir ceza yaklaşımı islam hukukunda benimsenmemiştir. Koruma tedbiri mahiyetinde uygulanan hapse, ilerleyen dönemlerde tazir cezası olarak başvurulmuştur. Ancak işlediği suçtan dolayı suçluyu tövbe etmeye ve ıslaha sevk edici bir araç olarak hapsin süresi çok kısa tutulmuştur. Suçlulara takdir edilen cezanın miktarı önceden tespit edilsin veya edilmesin, suçlu tövbe etmişse yani iyi hali görülmüşse, takdir edilen cezanın süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın, hapis cezasının amacı olan ıslahın gerçekleşmiş olması sebebiyle, suçlunun serbest bırakılması yoluna gidilmiştir<sup>61</sup>.

<sup>55</sup> Rosenthal, s.61.

<sup>56</sup> Yılmaz, s.544.

<sup>57</sup> Kur'an-ı Kerim, Mülk suresi, 67/15.

<sup>58</sup> Elmalılı M. Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, Azim Yayıncılık, Cilt: 8, İstanbul, 2011, s.259-265.

<sup>59</sup> Kur'an-ı Kerim, Nur suresi 24/27-28.

<sup>60</sup> Elmalılı M. Hamdi Yazır, Hak Dini Kur'an Dili, Azim Yayıncılık, Cilt: 6, İstanbul, 2011, s.8-11.

<sup>61</sup> Bardakoğlu, s.60.



İslam hukukunda hapishanelerin düzenine de büyük önem verilmiştir. Hükümlülerin cinsiyetleri, özel durumları ve işledikleri suç türleri gözönünde bulundurulmuş ve hapishaneler sınıflandırılmıştır<sup>62</sup>. Ayrıca fakihler, hükümlülerin yeterli düzeyde beslenebilecekleri, barınabilecekleri, sağlık hizmetlerinden faydalanabilecekleri bir hapishane ortamının oluşturulması hususunda görüş birliği etmişlerdir<sup>63</sup>. Öte yandan hükümlüler hapishanede beş vakit namaz, oruç gibi ibadetlerini rahat bir şekilde yapabileceklerdir<sup>64</sup>. İslam'ın genel ilkeleri gereğince, hapishanedeki oda ve mekanların temizliğinin sağlanması da zorunluluk taşır<sup>65</sup>. Bunların yanında, kadınlar için ayrı bir hapishane ortamının oluşturulması<sup>66</sup> ve bu mümkün olmazsa, güvenilir bir kadınla veya başka bir mahremiyle birlikte hapsedilmesi; eşcinsellerin, kadın ve erkek mahkumlardan ayrı yerlere koyulması<sup>67</sup> ve mahkumların yaşlarına göre ayrı mekanlara koyulması göz önünde bulundurulmuştur<sup>68</sup>.

İslam hukukçuları mahkumların hapis süreleri boyunca, cinsi münasebetlerinin ne olacağı hususunda üç farklı görüş etrafında toplanmışlardır. Bunlardan ilki, cinsi münasebetin yeme içme gibi temel bir ihtiyaç arzemediği gerekçesiyle izin verilmemesi hususunda iken; Hanefilerin çoğunluğunun da katıldığı ikinci görüş ise, cinsi münasebetin temel ihtiyaçlardan olduğu ve bu duruma izin verilmesinin hapis cezasından beklenen amaca aykırı olmayacağı yönünde olup; üçüncü görüş, cinsi münasebetin yasal bir hak olduğu gerekçesiyle engellenemeyeceği, ancak hakim kararına doğrultusunda kısıtlanabileceği şeklindedir<sup>69</sup>.

İslam hukukçuları, hapishanede görevli kişileri seçerken, görevli kişilerin hayır ehli ve güvenilir, akıllı, sağduyulu, merhametli ve basiretli olma vasıflarını taşımalarını aramışlardır<sup>70</sup>. Ayrıca fakihler hükümlülere yönelik olarak, insanlık onurunu rencide eden, aşağılayan, eziyet olsun diye yapılan her türlü söz ve davranışa karşı çıkmışlardır<sup>71</sup>. İslam hukuku, başta hükümlüler olmak üzere insanlara yönelik, kulak, burun vb. kesme, tırnak sökme, kemik kırma, yüze ve

<sup>62</sup> Bardakoğlu, s.61.

<sup>63</sup> Bardakoğlu, s.61.

<sup>64</sup> Mehmet Günay, "İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele", Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2/2000 fîfah.

<sup>65</sup> Mehmet Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

<sup>66</sup> Rosenthal, s.78; İbni Abdun, Çeviren: Lewy Prowençal, Seville Musülmane au debut du XII. Siecle, Paris, 1947; İbni Shain, Book of Comfort, ed. I. Oberman, New Haven- Paris, 1933.

<sup>67</sup> Rosenthal, s.78; Muhammed bin Cerir Taberi, Tarihu'l -Ümem ve'l-Muluk, Yay. De Gogje ve Ötekiler, Leiden 1879-1901, s.2/6-7.

<sup>68</sup> Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

<sup>69</sup> Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

<sup>70</sup> Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

<sup>71</sup> Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

ölüm riskinin bulunduğu yerlerine vurma, kızgın şeylerle dağlama, soğukta veya aşırı sıcakta tutma, çıplak bırakma, abdest alma, namaz kılma gibi ibadetlere engel olma, hakaret gibi eski dönemlerde kasten acımasız bir şekilde vücut bütünlüğüne uygulanan bu tür eylemleri haram kılmıştır<sup>72</sup>.

Ayrıca İslam hukukunun ceza türleri olarak benimsemediği, ancak koruma tedbirleri mahiyetinde uygulanan hapsin tatbikinin yapıldığı hapisanelerde, Hz. Peygamber ve dört halife döneminde, mahkumlara karşı gösterilen hassasiyet örnek teşkil edecek tarzda olup, kısa aralıklarla hapisanelerin dolaşıldığı, mahkumların durumlarıyla ilgilenildiği, bilgi alındığı bir dönem olmakla; bu dönemde Hz. Ali, mahkumların şikayetlerini dinlemek adına, onlara sürpriz ziyaretlerde de bulunmuştur<sup>73</sup>.

Ebu Yusuf'un, Harun Reşid'e göndermiş olduğu tavsiye niteliğindeki kararlarında belirttiği üzere, hapisanelerdeki mahkum sayısında meydana gelen artışın, hukukun siyasallaştırılmak suretiyle, kişilerin menfaatlerine alet edilmesiyle meydana geldiği; hapisanelerdeki yığılmaların ise, hukukun üstünlüğü prensibinin toplum nezdinde hakkıyla uygulandığı takdirde kaybolacağı şeklindedir<sup>74</sup>.

## **B. Modern Hukukta Hapis Cezalarının ve Hapisanelerin Haklılığı Sorunu**

Hapisanelerin ortaya çıkışı Merkantilizm ve Kalvinizm ile bağlantılı olup, işgücü kıtlığı yaşanması sebebiyle, çalışmanın yaşam hedefi olduğu Kalvinist ideolojiden de destek alınarak, yoksulları ve dilencileri çalıştırabilmek adına kurumsallaştırılmış hapisaneler var olmuştur<sup>75</sup>.

Avrupa'nın en sanayileşmiş şehirlerinde<sup>76</sup> hapisanelerin kurulmasıyla birlikte nüfusun önemli bir bölümü hapisanelere yerleştirilmiştir. Mahkumlar, ıslah etme ve topluma kazandırma olgusundan tamamen farklı bir amaçla, - hükümlüler çalışmayı kabul edinceye kadar- hapisanede tutulmuşlardır<sup>77</sup>. Kapitalizmle birlikte, kırsal yaşamdan koparılan ancak, fabrikalara kapanma fikrine hazır olmayan halkı eğitmek amacıyla kurumsallaşmış hapisaneler tasarlanmıştır<sup>78</sup>. Üretim açısından büyük fayda gören Batı, yeni bir amaç edinerek ha-

<sup>72</sup> Günay, "Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele".

<sup>73</sup> Yılmaz, s.565; J. Taha El-Elvani, The Rights of The Accused in Islam, The American Journal of Islamic Social Sciences, XI/3, Herndon, 1994, s.360.

<sup>74</sup> Yılmaz, s.566.

<sup>75</sup> Ergüden, s.42.

<sup>76</sup> Uğur Dolgun, Şeffaf Hapishane Yahut Gözetim Toplumu (Küreselleşen Dünyada Gözetim, Toplumsal Denetim ve İktidar İlişkileri), Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2008, s.73.

<sup>77</sup> Ergüden, s.42.

<sup>78</sup> Ergüden, s.42.

pishanelere işsizleri kapatmak yerine, hapsedilenlere iş vermek suretiyle toplumun refahı için çalıştırmayı ortaya koymuştur.<sup>79</sup>

İşkenceye dayalı cezalar yerine, insan onurunun ön planda tutulduğu, bir reform olarak görülmüş hapis cezalarının uygulanmakta oldukları yerler olan hapishaneler, her ne kadar arınma ve ıslah etme amacıyla ihdas edildiği iddia edilse de gelinen nokta, para ve sopa gücüyle meydana getirilmiş yozlaşmış ve aşağılanmış bir kitledir<sup>80</sup>. Küreselleşmeyle beraber üretim evresi sona ermekle, artık toplumsal yaşam parçalanmış olup, komşusunu potansiyel suçlu olarak gören, kendisini dahi sevmeyen, güvenliği teknolojide bulan bir toplum yapısı oluşmuştur<sup>81</sup>. Dünyaya yayılan “*Herkes hapse!*” politikası neticesinde, başta ABD, Rusya ve Çin gibi dünyanın kalabalık nüfusunun bulunduğu ülkelerde, hapishanelerdeki insan sayısı çok ciddi bir şekilde artış göstermiştir<sup>82</sup>.

Uluslararası Cezaevi Çalışmaları Merkezi tarafından toplanan verilere göre, dünya cezaevlerinde en fazla mahkum Amerikan cezaevlerinde bulunmakta iken; ikinci sırada, Çin ve üçüncü sırada Rusya bulunmaktadır<sup>83</sup>. Türkiye ise 13’üncü sırada yer almaktadır<sup>84</sup>. Avrupa Konseyi verilerine göre, 21 üye ülkede cezaevlerinin doluluk oranı ciddi sorun haline gelmiştir. Avrupa’da cezaevi kapasitelerinin aşıldığı ülkeler İtalya, Macaristan, Kıbrıs, Belçika, Makedonya, Portekiz, Fransa, Romanya, Hırvatistan ve Arnavutluk’dur<sup>85</sup>.

Türkiye’de 18 Şubat 2016 tarihi itibarıyla 290 kapalı, 60 müstakil açık, 2 çocuk eğitimevi, 5 kadın kapalı, 1 kadın açık, 3 çocuk kapalı olmak üzere 362 ceza infaz kurumu bulunmakta olup; sözkonusu ceza infaz kurumlarının toplam kapasitesi 180 bin 256 kişidir<sup>86</sup>. Ceza infaz kurumlarındaki mahkum sayısı 2016 yılının mart ayı itibarıyla, 138 bin 926’sı hükümlü, 26 bin 357’si tutuklu olmak üzere toplamda 165 bin 283 kişiye ulaşmıştır<sup>87</sup>.

Günümüzde, hapis cezalarının her suç tipi için genel ceza olarak benimsenmesi karşısında, Mably “*aynı cezalara çarptırmaktan kaçının*” diyerek bu

<sup>79</sup> Dolgun, s.72.

<sup>80</sup> Ergüden, s.48.

<sup>81</sup> Ergüden, s.51.

<sup>82</sup> Ergüden, s.51.

<sup>83</sup> ([http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpl\\_10.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpl_10.pdf), 7 Kasım 2015).

<sup>84</sup> ([http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpl\\_10.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wpl_10.pdf), 7 Kasım 2015).

<sup>85</sup> ([http://www.abgm.adalet.gov.tr/gundemanaliz/6-13subat2015/avrupa\\_cezaevleri.html](http://www.abgm.adalet.gov.tr/gundemanaliz/6-13subat2015/avrupa_cezaevleri.html), 19 Mart 2016).

<sup>86</sup> (<http://www.cte.adalet.gov.tr/>, 19 Mart 2016).

<sup>87</sup> (<http://istatistikler.uyap.gov.tr/>, 19 Mart 2016).

uygulamanın yanlış olduğunu vurgulamıştır<sup>88</sup>. Nitekim, kolaycı ve yaygın uygulama olan hapis cezasının suç oranlarını artırdığı gözlenmiştir<sup>89</sup>. Hapis cezalarının toplum nezdinde ıslah edici özelliği kaybolmuş, toplumda hapis cezalarına yönelik olarak bir kanıksama durumu oluşmuş, “*cezam neyse yatar çıkarım*” mantığı ile kişilerin her suçu işleme potansiyeli artmıştır. Cezasını çekmek üzere hapishaneye giren bir suçlu, hapishanelerde ıslah olma yerine, çok çeşitli suç tiplerini öğrenmekte; neticede, suçlu hapishaneden çıksa dahi, tekrar ve daha ağır bir suçtan dolayı döneceği potansiyelini üzerinde taşımaktadır.

Başka bir açıdan bakıldığında kurumsallaşmış hapishane tarihi modernlikle beraber, işkence ve baskının da rasyonelleştirilmesinin tarihi olmuş; devamında, bilimsel temellendirmeler ile birlikte toplumda onaylanmış gerçeklik statüsünü kazanmıştır<sup>90</sup>. Ancak tarihe bakıldığında görüleceği üzere, değişen iktidarlara birlikte hapishanelerin düzen ve refahı da değişmiş, hapishaneler keyfi uygulamaların<sup>91</sup> rahatlıkla icra edilebileceği bir yapı, dolayısıyla deney düzeneği gibi kullanılmıştır. 1926 yılında Mussolini iktidarı ele geçince, dünyaca ünlü düşünürlerden olan milletvekili Antonio Gramsci’yi devlet güvenliğine karşı komplo kurmak, sınıf düşmanlığını kışkırtmak gibi sebeplerle yirmi yıl hapse gönderirken, Gramsci için, “*Bu beyin çalışmasını yirmi yıl durdurmalıyız*” demiştir<sup>92</sup>.

Coyle’ye göre, cezaevleri yönetimi, ahlaki bir çerçeveye oturtulmalı ve gücün kötüye kullanımına ortam hazırlayacak olan bir yapılanma olarak, bir grup insanın başka bir grup insan üzerinde güç sahibi olmasının önüne geçilmelidir<sup>93</sup>. Bu hususla ilgili olarak Güney Afrika Cumhurbaşkanı Nelson Mandela, “*Hiç kimsenin bir ulusun cezaevlerine düşene kadar söz konusu ulusu tanımayacağı*

<sup>88</sup> Foucault, s.180.

<sup>89</sup> Ergüden, s.51.

<sup>90</sup> Ergüden, s.8-9; Foucault, s.370-371.

<sup>91</sup> Bkz. Ergüden, Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, s.6. 23 Haziran 2003 tarihinde Radikal gazetesinde bünyesinde Neşe Düzel’in Selim Dindar ile yaptığı söyleşide, Selim Dindar “*Her birimiz tek tek o lağım suyunun içine indiriliyorduk. Lağımın içinde nefesimiz kesilene kadar tutuluyorduk. Diyarbakır Cezaevi’nde yatan herkes yaşadı bunu. O pisliği içmedim, yemedim diyen gururu yüzünden yalan söylüyorduk. Bir de avluda sırtüstü yatırılıyorduk. Bacaklarımızı yerdenden on beş santim yukarda tutuyorduk. Bacağı düşen dayak yemek için sıraya giriyordu. Kıştı, bir hafta boyunca gece o beton avluda suyun içinde yatırıldık. İhtiyacımızı suyun içinde yapıp, ısınmaya çalışıyorduk... Abbas Çelik diye bir köy sahibi vardı. Oğluyla birlikte içerideydi. Oğluna soktukları copu çıkartıp babasının ağzına veriyorlardı. Sonra babaya soktuklarını oğlunun ağzına veriyorlardı...*” diyerek hapishanelerde yapılan işkenceye dayalı keyfi uygulamaları anlatmıştır.

<sup>92</sup> Antonio Gramsci, Hapishane Defterleri, Çeviren: Adnan Cemgil, Belge Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2011, s.11.

<sup>93</sup> Andrew Coyle, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, İngiltere, 2002, s.13.

söylenir. Uhuslar en üst düzeydeki üyelerine değil, en alt düzeydeki üyelerine nasıl davrandıklarıyla ölçülmelidir.” diyerek cezaevi yönetiminin ahlaki bir yapıya oturtulmasının gerekçesini ortaya koymuştur.

1972 yılında hapishanelerin insan psikolojisine etkilerini gözlemlemek amacıyla Stanford Üniversitesi’nde yapılan “*Zimbardo Deneyi*”, iki haftalık bir deneyim olarak planlanmışsa da altıncı gününde bitirilmek zorunda kalınmıştır<sup>94</sup>. Zimbardo deneyi, hepsi son derece normal ve duygusal açıdan dayanıklı, eğitim görmüş 20 erkek deneğin bir hapishane ortamına konulması suretiyle gerçekleştirilmiş olup; söz konusu tutukevinde, kurumsal baskı altında denekler, çarpıcı bir şekilde değişmek suretiyle, kendi özdeğerlerinden olumsuz bir şekilde uzaklaşmışlardır<sup>95</sup>. Aslında gerçeklikten tamamen uzak olan ve bunun farkında olan mahkumlar ve gardiyanlar, bu durumu gözetmemiş; bu kısa zaman diliminde, mahkumlar tamamen pasif bir konuma yönelirken, gardiyanlar keyfi güç kullanımları ile baskın bir konuma geçmişlerdir<sup>96</sup>. Fiziksel şiddet kullanımının yasak olduğu defalarca belirtilmesine rağmen, şiddet nedir bilmeyen öğrencilerden oluşan gardiyanlar ve mahkumlar üzerinde olumsuz reaksiyonlar görülmüş<sup>97</sup>; ayrıca, beş denek bunalım belirtileri göstermeleri sebebiyle deneyden çıkarılmak zorunda kalınmıştır<sup>98</sup>. Tamamen bir deney ortamı olarak oluşturulan ve iki deney grubunun da farkındalığının tam olduğu bir hapishane ortamına dahi en fazla 6 gün katlanılabilmektedir. Kanaatimizce, günümüzde hapis cezalarının genel bir ceza olarak uygulanıyor olduğu düşünüldüğünde, sağlıklı bir toplum arayışının ütopyadan uzağa gidemeyeceği açıktır.

Dünyada pek çok ülke, genel ceza türü olarak hapis cezalarının suç oranlarını azaltmadığı, aksine artırdığı gerekçesiyle, alternatif ceza türleri üretme yoluna gitmektedir. Bunların başında gelen elektronik kelepçe uygulaması, İsveç’te oldukça başarılı sonuçlar vermiş olup, hükümlüler evlerinde elektronik ayak kelepçe uygulaması ile cezalarını çekmektedir<sup>99</sup>. Söz konusu uygulama neticesinde iletişime muhtaç yapıda olan insan, hem toplum ve devlet gözetimi altında cezasını çekmekte, hem de hapishanelerin doluluk oranları günden güne azalmaktadır. İsveç’te kısa süreli hapis cezası alan veya cezasının bitmesi yakın olan hükümlülere uygulanan elektronik ayak kelepçesi cezası neticesinde 5

<sup>94</sup> Philip Zimbardo, Craig Haney, W. Curtis Banks, “Tutuk Evi - Bir Deney”, Çeviren: Ali Dönmez, (<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/514/6414.pdf>, 8 Kasım 2015), s.378.

<sup>95</sup> Zimbardo, Haney, Banks, s.378; Mario Giordano, Deney, Çeviren: Regaip Minareci, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2012, s.288.

<sup>96</sup> Giordano, s.288.

<sup>97</sup> Giordano, s.288.

<sup>98</sup> Zimbardo, Haney, Banks, s.375-376.

<sup>99</sup> “İsveç’te Cezaevleri Kapanıyor”, (<http://www.milliyet.com.tr/isvec-te-cezaevleri-kapaniyor/dunya/detay/1793566/default.htm>, 1 Kasım 2015).

cezaevi kapatılmıştır<sup>100</sup>. Türkiye’de de Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 31 Ocak 2013’te yürürlüğe girmesiyle elektronik kelepçe uygulamasına geçilmiştir.

## VI. GENEL CEZA TÜRÜ OLARAK UYGULANAN HAPİS CEZASI LEHİNDE VE ALEYHİNDE GÖRÜŞLER

Günümüzde basit olsun ağır olsun her suç tipi için uygulanabilen, genel ceza olarak benimsenen hapis cezaları, hükümlüler üzerinde büyük bir yoksunluk oluşturmaktadır.

Hapis cezasını benimseyen ve iyi bir ıslah aracı olarak kabul edenlerin amaçladıkları gibi, hükümlüler ailelerinden uzak bir şekilde, her zamanki iş ortamından alınarak, bütün istek ve arzularından sıyrılarak, kurumsallaşmış baskı altında çektikleri hapis cezası mahkumlar üzerinde büyük bir acı ve ızdıraba sebep olmaktadır<sup>101</sup>. Hapis cezaları lehinde düşüncelerden biri de toplumun kötü unsurları olarak görülen mahkumlar tecrit edilerek masum insanların güvenliğinin sağlandığı yönündeki görüştür<sup>102</sup>. Ayrıca hapis cezaları korkutucu etkiye sahip olup, hükümlü bir kişiye özgürlükten yoksunluğun verdiği acı, caydırıcı özellik taşır<sup>103</sup>. Bunun yanında, suçluların hapis hanesinde bulunması potansiyel suçluları korkutarak caydırıcı olabilmektedir<sup>104</sup>.

Hapis cezasının aleyhindeki görüşlerin başında, hapis cezalarının temel hak ve özgürlükleri kullanılamaz hale getirmesidir. Hapis cezasıyla devlet, bireyin özgür olma hakkına yoğun bir biçimde müdahale edebilmektedir<sup>105</sup>. Özellikle aile hayatı ve özel hayat en çok etkilenen haklardan olup, hapis cezası ile amaçlanan cezanın bireyselliği ilkesi de ihlal edilmekte, hükümlüyle birlikte ailesine de ceza çektirilmekte, telafisi imkansız travmatik etkiler meydana gelmektedir<sup>106</sup>.

<sup>100</sup> “İsveç’te Cezaevleri Kapanıyor”, (<http://www.milliyet.com.tr/isvec-te-cezaevleri-kapaniyor/dunya/detay/1793566/default.htm>, 1 Kasım 2015).

<sup>101</sup> Sabri Erturan, İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2008, s.245; Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), Beta Yayınları, I-III, İstanbul, 1997, s.II/619.

<sup>102</sup> Erturan, s.245-246.

<sup>103</sup> Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, s.234.

<sup>104</sup> Karakaş Doğan, s.152; Kayıhan İçel, Füsun Sokullu Akıncı, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, S. Fatih Mahmutoglu, Yener Ünver, Yaptırım Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2000, s.79; Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s.498; Hüseyin İnce, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s.37.

<sup>105</sup> Karakaş Doğan, s.153.

<sup>106</sup> Karakaş Doğan, s.153-157.

Ayrıca hapishaneler birer suç okulu olup, burada basit bir suçtan giren veya suçsuz olduğu halde suçlu olduğu yönünde cezalandırılmış olan hükümlüler, profesyonel hükümlülerden çeşitli suç tiplerini öğrenmek suretiyle bir nevi eğitimlerini tamamlamakta; suç işlemek ve toplum üzerinde baskı kurmak suretiyle, kolay yoldan para kazanabilirliği öğrenmekte; ve en kötüsü de hapishaneye girmeden önce işinde gücünde sorumluluk sahibi bireyler iken, artık sorumluluk alamaz hale gelmekte veya toplum nezdinde dışlanmaları neticesinde sorumluluk dahi alamamaktadırlar<sup>107</sup>. İslah amacıyla başlayan bu süreç, hükümlülerin çoğunluğunun en verimli ve üretime katkı sağlayacak olan yıllarının kaybı ile neticelenmektedir<sup>108</sup>.

Bütün bunların yanında potansiyel suçlu, cezaevlerini bir sığınak, karar alma merkezi, toplumun kınamasından kaçış yolu, kısı geçirebileceği bir mekan olarak görmektedir. Ayrıca, suçlunun burada ıslah edilebilmesi amacı bir yana, suçluların suç işlemek için örgütlenme amacına bir nevi aracılık edilmektedir. Bu durum devlet bütçesine ağır bir yük getirmekte, hazineyi önemli ölçüde sarsmaktadır<sup>109</sup>.

Bir nevi “*hayat kemiren*”<sup>110</sup> hapis cezasına bir diğer eleştiri de, suçla ceza arasında uygunluk bulunmadığı yönünde olup<sup>111</sup>, her suç tipine hapis cezası verilmesinin adaleti tesis etmediği görülmekte; özellikle de her bir suç tipi için belirlenmiş olan hapis cezalarının alt ve üst sınırlarının kim için tatmin edici olduğu veya olmadığı, araştırılması gereken bir husus olarak beklemektedir. İslam hukukunda benimsenen her suçta özgü kendi mahiyetinde bir fiille ceza tayin edilmesi anlayışı, ruhu uyarmak suretiyle, ameliyat gibi hayat vermesi sebebiyle, hem suçluyu ıslah etmekte hem de mağduru tatmin etmektedir<sup>112</sup>.

Kanaatimizce, üç kıtaya 600 yıl adaletle hükmetmiş olan, gözlemlenmesi ve örnek alınması gereken Osmanlı Devleti<sup>113</sup>, tam anlamıyla bir hukuk laboratuvarıdır. Osmanlı Devleti’nde, birçok farklı örf, adet ve dine mensup milletin bir arada güvenli ve huzurlu bir ortamda altı asır birlikte yaşamaları<sup>114</sup>,

<sup>107</sup> Erturan, s.248-249; Avcı, Hukuk Tarihimizde Hapis, s.239-241.

<sup>108</sup> Erturan, s.246.

<sup>109</sup> Erturan, s.246.

<sup>110</sup> Erturan, s.253.

<sup>111</sup> Erturan, s.252.

<sup>112</sup> Erturan, s.252-253.

<sup>113</sup> Uğur Kurtaran, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi”, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 8, Sonbahar 2011, s.58.

<sup>114</sup> Bayram Kodaman, “Osmanlı Devleti’nin Yükseliş ve Çöküş Sebeplerine Genel Bakış”, Süleyman Demiral Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 16, Aralık 2007, s.3-4.

İslam hukukunun uygulanmasının bir sonucudur. İslam hukukunun her suçta özgü kendi mahiyetinde bir fiille adaletle ceza tayin edilmesi anlayışı, Osmanlı Devleti'nde yaşayan gayrimüslimlerin dahi kendi mahkemeleri yerine Osmanlı mahkemelerini tercih etmelerini sağlamıştır<sup>115</sup>. Günümüzde Türkiye ve diğer dünya devletleri adaletli bir yargılama ve cezalandırma sistemi arayışı içerisinde sık sık ceza kanunlarında değişiklikler yapmaktadırlar. Bu arayışlara cevap olarak, hapis cezasının istisnai bir yaptırım aracı olduğu Osmanlı Devleti'nde, her suçta özgü farklı yaptırım türlerinin uygulanması ve istikrarlı bir şekilde başarı sağlanmış olması, söz konusu adaletli cezalandırma sisteminin incelenmesini ve örnek alınmasını gerektirmektedir.

## SONUÇ

Toplumun huzur içinde yaşamasının sağlanması, o toplumu oluşturan her kesim için huzurun sağlanması ile mümkün olabilecektir. Bu huzurun sağlanmasının temeli ise adalet sistemi üzerine inşa edilmiş olup; bu güven veren ortam, herkes ve her durum için adalet getiren bir sistemin kurulması ile sağlanacaktır.

Adaletin en önemli unsurlarından biri de cezalandırmadır. Adaletli bir cezalandırma sistemi oluşturularak, mağdurlar tatmin edilmeli, hükümlüler de hak ettikleri cezayı çekmelidirler. Bu cezalar işkence ve eziyet mahiyetinde olmamalı, sanığı toplumdan tam anlamıyla soyutlamak yerine, ceza adalet sisteminin amacı olan suçluyu topluma kazandırma amacını gütmelidir.

Türkiye'de toplam hükümlü ve tutuklu sayısı 165 bin 283 kişiyi bulmuş, hükümlü ve tutukluların ailesi ve yakın çevresiyle bu rakam katlanmaktadır. Bu tablonun kötü yanı ise, genel ceza olarak uygulanan hapis cezasının suçlular üzerinde ıslah edici özelliğinin olmadığı, her geçen gün suç işleme oranının arttığıdır. Kurumsalmış cezaevlerinin ortaya çıkış amacının mahkumları ıslah etme olmadığı herkesçe bilinirken ve uygulamada acı bir şekilde tatbik edilirken; şu an itibarıyla karşılaşılan tabloda cezaevleri, hükümlüler ve yakın çevreleri ve hatta toplum için maddi ve manevi işkence, hayat kemiren bir yapılanma niteliği taşımaktadır.

Hapis cezalarının mahkumları ıslah etmediği ve mağdurları da tatmin etmediği gerçeği açıklıkla ortada iken, alternatif ceza arama yoluna gidilmesi

---

<sup>115</sup> Belkıs Konan, "Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 1, 2015, s.179; "Gayrimüslimlerin Osmanlı mahkemelerine başvurdıkları başka bir örnek, Rum Patriği tarafından başka bir Rumu şikayet için verilmiş bir dilekçede yer alır. Selanik'te Aya Anastasya Manastırı keşişlerinden Yakodis? ve Risaryun? nam keşişlerin manastır hasılatını haksız ele geçirmelerinden dolayı Aynaroz adasında kalebent edilmeleri hakkında İstanbul Rum Patriği tarafından verilen arzuhal üzerine, Selanik mütesellimine hüküm yazılarak manastır hasılatını gasbeden kişilerin kalebent edilmesine karar verilmiştir."



gerekmektedir. Günümüzde bir çok ülke bu arayış içinde olup, İsveç'te uygulanan ve oldukça başarılı bulunan elektronik ayak kelepçesi uygulaması diğer ülkeler ve Türkiye için de ufuk açıcı olmuştur.

Bütün bunların yanında islam hukukunun Osmanlı Devleti'nde 600 yıl başarı ile uygulanmış olması ve farklı örf, adet ve dine mensup milletin bir arada güvenli ve huzurlu bir ortamda altı asır birlikte yaşamış olmaları, incelenmesi ve örnek alınması gereken bir durumdur.

Osmanlı Devleti'nin hukuk sisteminin temelinde yer alan islam hukukunun, her suça özgü kendi mahiyetinde bir fiille ceza tayin etmesi anlayışı ile cezaların ruhu uyarmak suretiyle, hükümlülere ameliyat gibi hayat vermesi neticesinde, başarılı bir şekilde suçlunun ıslah edilmesi ve mağdurun tatmin edilmesi göz ardı edilmemelidir.

**KAYNAKÇA**

Abdülhay el-Kettani, II, 53-55.

Abdürrezzak es-San'ani, el Muşannef, IX.

Akgündüz Ahmed, İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Kamu Hukuku (Anayasa-İdare-Ceza Usul-Vergi Devletler Umumi), Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İmak Ofset Basım Yayın, Cilt: 1, İstanbul, 2011.

Artuk Mehmet Emin, Gökçen Ahmet, Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Makaleleri, Güven Kitap Kırtasiye, İstanbul, 2002.

Avcı Mustafa, Osmanlı Hukukunda Suç ve Cezalar, Gökkuşbu Türk Hukuk Tarihi Dizisi: 1, İstanbul, 2004.

Avcı Mustafa, Hukuk Tarihimizde Hapis, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2014, Ankara.

Bardakoğlu Ali, Hapis, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, Cilt: 16, 1997.

Bentham Jeremy, Pease-Watkin Catherine, Werret Simon, Çoban Barış, Özarlan Zeynep, Panoptikon, Hazırlayan: Barış Çoban, Zeynep Özarlan, Su Yayınları, İstanbul, 2008.

Beyhaki, VI, 49.

Bilmen Ömer Nasuhi, Hukukî İslamiyye ve İstılahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, Cilt: 3, İstanbul, 1968.

Buhari, Şalat, 76, Huşumat, 7-8.

Coyle Andrew, Cezaevi Yönetimine İnsan Haklarını Göz Önüne Alan Bir Yaklaşım, Uluslararası Cezaevi Araştırmaları Merkezi, İngiltere, 2002.

Darekutni, es-Sünen (nşr. Haşim Yemani el-Medeni), III, Kahire, 1386/1966.

Doğan Fatma Karakaş, Cezanın Amacı ve Hapis Cezası, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2010.

Dolgun Uğur, Şeffaf Hapishane Yahut Gözetim Toplumu (Küreselleşen Dünyada Gözetim, Toplumsal Denetim ve İktidar İlişkileri), Ötüken Neşriyat, İstanbul, 2008.

Dönmezer Sulhi, Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku (Genel Kısım), Beta Yayınları, I-III, İstanbul, 1997.

Ebu Davud, Akziye, 29, Hudud, 11.

El-Elvani J. Taha, The Rights of The Accused in Islam, The American Journal of Islamic Social Sciences, XI/3, Herndon, 1994.

Ergüden Işık, Hapishane Çağı Kapatılan İnsan, Versus Kitap, İstanbul, 2007.

Erturan Sabri, İslam Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2008.

Fetava-yı Hindiyeye (Fetava-yı Alemgiriyye), Çeviren: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara.

- Foucault Michel, Hapishanenin Doğuşu, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2006.
- Giordano Mario, Deney, Çeviren: Regaip Minareci, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Gökçen Ahmet, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul, 1989.
- Gramsci Antonio, Hapishane Defterleri, Çeviren: Adnan Cemgil, Belge Yayınları, 6. Baskı, İstanbul, 2011.
- Günay Mehmet, “İslam Hukuk Doktrininde Hapis Müessesesi ve Mahpuslara Yapılacak Muamele”, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2/2000 fifah.
- <http://istatistikler.uyap.gov.tr/>.
- <http://www.cte.adalet.gov.tr/>.
- [http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_10.pdf](http://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_10.pdf).
- [http://www.abgm.adalet.gov.tr/gundemanaliz/6-13subat2015/avrupa\\_cezaevleri.html](http://www.abgm.adalet.gov.tr/gundemanaliz/6-13subat2015/avrupa_cezaevleri.html).
- İbni Abdun, Çeviren: Lewy Prowençal, Seville Musülmane au debut du XII. Siecle, Paris, 1947.
- İbnü’l Talla, Akziyetü Resülillah (nşr. M. Ziyaurrahman el- A’zami), Beyrut, 1982.
- İçel Kayıhan, Akıncı Füsün Sokullu, Özgenç İzzet, Sözüer Adem, Mahmutoğlu S. Fatih, Ünver Yener, Yaptırım Teorisi, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- İnce Hüseyin, Kısa Süreli Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Yaptırımlar, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.
- İsveç’te Cezaevleri Kapanıyor, <http://www.milliyet.com.tr/isvec-te-cezaevleri-kapaniyor/dunya/detay/1793566/default.htm>.
- Karaman Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, Nesil Yayınları.
- Kodaman Bayram, Osmanlı Devleti’nin Yükseliş ve Çöküş Sebeplerine Genel Bakış, Süleyman Demiral Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı: 16, Aralık 2007.
- Konan Belkıs, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukuki Durumuna İlişkin Bir Değerlendirme, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 64, Sayı: 1, 2015.
- Kurtaran Uğur, Osmanlı İmparatorluğu’nda Millet Sistemi, Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Sayı: 8, Sonbahar 2011.
- Muhammed bin Cerir Taberi, Tarihu’l -Ümem ve’l-Muluk, Yay. De Gogje ve Ötekiler, Leiden 1879-1901.
- Nesai, Sarık, 2.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.
- Reşit Mustafa, Mufassal Ceza Kanunu, İstanbul, 1341 (Eski Yazı).

- Rosenthal Franz, İslam'da Özgürlük Kavramı, Çeviren: Vecdi Akyüz, Ayışığıkitapları, İstanbul, 2000.
- Sarıhan Şenal, Cezaevi Gerçeği, (I), in: Cumhuriyet, 13.01.2000 tarihli nüsha.
- Shain İbni, Book of Comfort, ed. I. Oberman, New Haven- Paris, 1933.
- Şekerci Osman, İslam Ceza Hukukunda Ta'zir Suçları ve Cezaları, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1996.
- Tirmizi, Diyat, 20.
- Udeh Abdulkadir, Seküler Ceza Hukuku Kurumlarıyla Mukayeseli İslam Ceza Hukuku- Genel Hükümler, Mütercim: Ali Şafak, Kayıhan Yayınları, 2. Baskı, Cilt: 1, İstanbul, 2012.
- Yazır Elmalılı M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, Azim Yayıncılık, Cilt: 6 ve 8, İstanbul, 2011.
- Yılmaz Metin, "İslam Tarihinin İlk Üç Asrında Hapishanelere ve Mahkumların Durumlarına İnsan Hakları Bağlamında Genel Bir Bakış", Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 12-13, 2001.
- Zimbardo Philip, Craig Haney, W. Curtis Banks, "Tutuk Evi - Bir Deney", Çeviren: Ali Dönmez, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/40/514/6414.pdf>.

## **İNSANSIZ HAVA ARAÇLARI (İHA) ÜZERİNE HAVA HUKUKU AÇISINDAN BİR DEĞERLENDİRME**

*Şenol KURT\**

*Oğuzhan ÜN\*\**

### **ÖZET**

Bilişim alanındaki teknolojik yenilikler, yapay zekâ ve mekatronik konusunda son yıllarda meydana gelen hızlı gelişmeler, insansız sistemleri bir bilim kurgu konusu olmaktan çıkarmış ve 21'inci yüzyılın muharebe alanına sokmuştur. Bu sistemler içinde öne çıkanlardan birisi ise İnsansız Hava Araçları (İHA)'dır.

Başlangıçta; keşif, gözetleme ve gerçek zamanlı görüntü istihbaratını sağlayabilme amaçlı kullanılırken; günümüzde sosyal hayatın birçok dalından silahlı harekât icra eden İHA'lara kadar çok geniş bir spekturumda görevler icra eden İHA'lar bulunmaktadır. Ancak İHA'ların insanlı sistemden farklı olmaları nedeniyle kullanımında ve uygulamada bazı sorunlar yaşanabilmektedir. Bu sorunların başında hukuki problemler gelmektedir.

Bu kapsamda, konunun hukuki boyutunu hava hukuku ve insancıl hukuk ele almak mümkündür. Bu çalışmada konu sadece hava hukuku açısından ele alınmış olup kullanım alanı her geçen gün artan İHA'lara ilişkin hukuki boşlukların detaylı bir şekilde belirlenmesinin bir gereklilik olduğu ifade edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** İnsansız Hava Aracı, İnsan Hakları, Hava Hukuku, İHA Statüsü, Hava Trafik Kontrolü.

### **ABSTRACT**

Technological innovation in the field of informatics, artificial intelligence and rapid developments occurring in the recent years in mechatronics have been ceases unmanned systems to be a subject of science fiction and put them into the battlefield of this century. Those that stand out in these systems are Unmanned Aerial Vehicles (UAV).

In the beginning, it was used for reconnaissance and surveillance and for its ability to provide real-time video intelligence but today, UAVs are being used in

---

\* Deniz Harp Akademisi, kurtsenol@gmail.com.

\*\* Deniz Harp Akademisi, oguzhanun@hotmail.com.

wide spectrum from many branches of social life to attaching to the targets. However, because of structural differences there are some difficulties for the UAVs use unlike the manned aircrafts. Law problems are the biggest challenges in these difficulties.

In this context, it is possible to discuss the legal status of the subject in two basic framework: air law and human rights. In this study, just air law is discussed and it is stated that there is a need to determine UAVs growing legal gaps in details.

**Keywords:** Unmanned Air Vehicle, Human Rights, Air Law, Status of UAVs, Air Traffic Control.

## 1. GİRİŞ

Teknolojik gelişmelere paralel olarak İnsansız Hava Araçları (İHA) askeri alanlardan, sivil hayattaki uygulamalara kadar çok geniş bir görev spektrumunu içerisinde çok farklı alanlarda kullanılmakta ve her geçen gün kullanım alanları daha da artmaktadır.<sup>1</sup>

İHA'lar en basit tabirle içinde insan olmayan, uzaktan kumanda ile yönlendirilebilen veya otonom olarak kendisini yönlendiren ya da her ikisi bir arada işleyebilen, faydalı yükleri ana gövdesine yüklenip çıkarılabilen ve görev sonunda geri dönerek iniş yapabilen araçlardır.<sup>2</sup> Bu sistemlere yönelik olarak zaman içerisinde insansız uçuş sistemleri, insansız hava aracı sistemleri gibi bazı eksikliklerin önüne geçmek için çok farklı isimlendirmeler yapılsa da halk arasında yaygın kullanımı İHA'dır.

Bu kadar yaygın kullanım alanı olan İHA'ların farklı ihtiyaçları ve kullanımları karşılamak maksadıyla çok farklı sınıfları bulunmaktadır. Uluslararası literatürde genel kabul görmüş bir sınıflandırma şekli olmamakla birlikte, kullanım amacından teknik imkân kabiliyetlerine kadar çok farklı özelliklere göre İHA sınıflandırmaları yapılmasına rağmen çoğunlukla İHA'nın azami kalkış ağırlığı ve görev yaptığı azami irtifa esas alınmaktadır. Yapılan sınıflandırmada öncelikli olarak ağırlık esas alınmakta müteakiben ağırlık kriteri İHA'nın azami irtifasına göre tekrar sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır.<sup>3</sup> Söz konusu kategoriler, farklı görüş açıları ve kullanım alanlarına sahip birimlerin müşterek bir çatıda birleşmesini ve ortak bir dil kullanılmasını sağlamakta, bilgi paylaşımı sürecini kolaylaştırmaktadır.

**Tablo 1:** İHA Sınıflandırması

Seviyesi	Kategori	Azami İrtifa	Menzil
Birinci Seviye (150 kg'dan az)	Mikro <2 kg	200 feet AGL	5 km
	Mini (2-20 kg)	3.000 feet AGL	25 km
	Küçük >20 kg	5.000 feet AGL	80 km
İkinci Seviye (150 - 600 kg)	Taktik	22.000 feet MSL	200 km
Üçüncü Seviye (600 kg'dan fazla)	Operatif	45.000 feet MSL	Limitsiz
	Stratejik	65.000 feet MSL	Limitsiz
	Muharip	65.000 feet MSL	Limitsiz

**Kaynak:** İngiltere Savunma Bakanlığı Joint Doctrine Note 2/11, 2011:18

<sup>1</sup> DWONKIN Anthony, "Drones and Targetted Killing: Defining a Europe Position", European Council on Foreign Relations, London, 2013, s.2-3.

<sup>2</sup> PAKKAN, B. ve ERMİŞ, M. (2010), "İnsansız Hava Araçlarının Genetik Algoritma Yöntemiyle Çoklu Hedeflere Planlanması", Havacılık ve Uzay Teknolojileri Dergisi, 4.(3), 2009, s.78.

<sup>3</sup> EHREDT Dave, "NATO - Joint Air Power Competence Centre", 2010-2011 UAS Yearbook - UAS: The Global Perspective, 8. Baskı, 2010, s.61.

İHA faaliyetleri, temel havacılık mantığı çerçevesinde insanlı hava araçları ile birçok yönden benzerlik göstermektedir. Bu benzerlikler; yetişmiş ve eğitilmiş personel ihtiyacını, hava sahası entegrasyonu, bakım/idame, muhabere, lojistik destek ihtiyacını ve eğitim konularını kapsamaktadır.

Bunun yanında, irtifa ve hızdan kaynaklı basınç, ısı ve “g kuvveti” gibi olumsuz faktörlerden etkilenmemesi, üstün bir manevra yeteneği, pilotların yorgunluğu sebebiyle ortaya çıkan sınırlı uçuş süresi probleminin İHA’lar için söz konusu olmaması daha doğru bir ifade ile sınırlı olarak bu hususun ortaya çıkması da önemli bir üstünlük olarak karşımıza çıkmaktadır.<sup>4</sup>

İHA’larda iletişimin ve veri akışının elektro manyetik spektrum kullanımı açısından dış müdahalelere açık olması sistemin temel zafiyet noktalarından birisidir. Diğer yandan, İHA’ların kontrolü kapsamında hava sahası entegrasyonu, insanlı sistemlere göre hislerin ikinci planda kalması ve hukuki problemler temel kısıtlar arasında yer almaktadır.

Bu noktada sınırlılıkların başında gelen konu İHA kullanımındaki hukuki problemlerdir. İHA’ların kullanımında hem hava hukuku açısından hem de insan hakları açısından ele alınması ve açıklığa kavuşturulması gereken birçok konu bulunmaktadır.

## 2. İHA’LAR İLE İLGİLİ HUKUKİ DÜZENLEMELER VE İHA’LARIN HUKUKİ STATÜSÜ

Her geçen gün kullanımı artan İHA’lara yönelik uluslararası hukukta özel bir düzenleme mevcut değildir. İHA’lar, devlet uygulamaları açısından bakıldığında genel olarak uçak gibi kabul edilmektedir. Konuya ilişkin olarak İHA’ları dünyada en etkin olarak kullanan ülkelerden biri olan ABD, Savunma Bakanlığı tarafından yayımlanan genelge ile, İHA’nın uçak olarak kabul edilmesine yönelik bir düzenleme yapmıştır.<sup>5</sup> Konuya ilişkin genel eğilimin bu yönde olduğu söylenebilir. Dolayısıyla, silahlı İHA’nın başka bir ülkenin hava sahasını kullanma durumu genel itibari ile askeri uçağın kullanımından farksız görünmekte, her iki durumda da izinsiz kullanım halinde hava sahasının ve egemenlik haklarının ihlali söz konusu olmaktadır. İHA’ların sıklıkla gündemde yer almasının esas sebebi ise, terörizm kapsamında icra edilen harekât<sup>6</sup> ve bu durum karşısın-

<sup>4</sup> HAZELTO Jacqueline L., “Drones: What Are They Good For?”, Parameters 42(4)/43(1) Winter-Spring 2013, s.31.

<sup>5</sup> Direktif Numarası 4540.1 “Uluslararası Hava Sahasının ABD Askeri Uçakları ve Füzelere Tarafından Kullanılması-Use of International Airspace by U.S. Military Aircraft and for Missiles (2007)”, <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/454001p.pdf>. (Erişim Tarihi: 19.02.2016).

<sup>6</sup> Afganistan, Pakistan ve Yemen’de ABD tarafından icra edilen silahlı İHA operasyonları gibi



da ortaya çıkan insan hakları çerçeveli tepkileri karşılayacak bir organizasyon/mekanizmanın bulunmamasıdır.

Diğer yandan, özellikle askeri İHA'lara yönelik imzalanmış herhangi bir anlaşma, sözleşme ya da bir çalışma söz konusu değildir.<sup>7</sup> Bu konuda hâlihazırda yürürlükte olan düzenlemelerin tamamı esas itibari ile sivil hava araçlarına ve sivil uygulamalara yöneliktir.

Ancak, genel bir değerlendirme yapabilmek ve uluslararası anlaşmaları ortaya koymak maksadıyla; konunun hava hukuku ile insan hakları açısından iki başlık altında incelenmesi önem arz etmektedir. Özellikle silahlı İHA'lar için insan hakları ve insancıl hukuk konuları ön plana çıkmakta, İHA'lara yönelik askeri hususlara ilişkin yapılabilecek değerlendirmeler ve ele alınabilecek uluslararası metinler çoğunlukla insan hakları ve insancıl hukuk konuları üzerine odaklanmaktadır.<sup>8</sup>

### 3. HAVA HUKUKU AÇISINDAN DÜZENLEMELER

Hava hukukunun kaynaklarını, çok taraflı veya ikili anlaşmalar, uluslararası hukukun genel prensipleri ve örf adet hukuku oluşturmaktadır. Burada belirtilen tüm düzenlemeler sivil havacılıkla ilgilidir. Askeri konulara ilişkin hususlar daha çok ülkeler arasındaki ikili anlaşmalar ile yürütülmektedir. Bu anlamda bir devletin diğer devlet/devletlerin toprakları üzerinde askeri faaliyetlerini düzenleyen genel kabul görmüş uluslararası bir antlaşma/sözleşme/düzenleme hâlihazırda mevcut değildir.

#### a. Uluslararası Düzenlemeler

Devletin hava sahası üzerinde egemenlik hakkına sahip olduğu günümüz pozitif hukukunda yer almaktadır.<sup>9</sup> Hava sahasında cereyan eden faaliyetlerden en önemlileri arasında yer alan ve ticaret konusunu da yakından ilgilendiren hava ulaştırması ve telekomünikasyon, iki veya çok taraflı antlaşmalarla, kısmen bir düzene bağlanabilmiştir.

<sup>7</sup> BLANK Laurie R., "After 'Top Gun': How Drone Strikes Impact the Law of War", U. PA. J. INT'L L., Vol 33, No 3, 2012, s.675-676.

<sup>8</sup> KURT Şenol, "İnsansız Hava Araçları (İHA) ve İHA'ların Deniz Harekât Ortamında Kullanımı", III. Ulusal Havacılık Teknolojileri ve Uygulamaları Kongresi, İzmir, 2015, s.5-6.

<sup>9</sup> Birleşmiş Milletler Anlaşması madde 2 paragraf 4, "Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasal bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletlerin Amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmadan kaçınırlar." hükmünü ifade etmektedir. Bu paragraf her ne kadar esas olarak kuvvet kullanımını ve kuvvet kullanma tehdidini yasaklayan hükümleri içerirse de dolaylı olarak ülkesel egemenliği ve siyasal bağımsızlığı koruma altına almaktadır.

7 Aralık 1944 tarihli Şikago Konferansı sonunda imzalanan Şikago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi ve ekleri ile sivil hava araçlarının hava sahasını kullanımını hakkında düzenlemeler getirilmiştir.<sup>10</sup> Türkiye, bu sözleşmeyi 6 Haziran 1945 tarih ve 4749 sayılı kanun ile onaylamıştır. Devlet hava araçlarının<sup>11</sup> diğer ülkelerin hava sahasındaki faaliyetleri izin alınması koşuluna bağlanmıştır.<sup>12</sup>

Sözleşmede İHA'yı kapsayan bölüm Pilotsuz Hava Nakil Vasıtaları başlığı altında madde 8'de ele alınmıştır. Bu madde "*Pilotsuz uçabilen hava nakil vasıtaları ancak hususi salahiyet verilmiş olmak ve bu salahiyet hükümlerine riayet etmek şartıyla Akit Devletlerden birinin ülkesi üzerinden uçabilir. Akit Devletlerden her biri pilotsuz uçabilen böyle bir nakil vasıtasının sivil, hava nakil vasıtalarına açık olan sahalardaki uçuşunu sivil nakil vasıtalarına tehlike teşkil etmeyecek şekilde kontrol etmeyi taahhüt eder*"<sup>13</sup> hususunu belirtmektedir. Buna rağmen İHA'lardaki başta askeri maksatlı kullanım olmak üzere kontrolü konularındaki hususlar ele alınmamıştır.<sup>14</sup>

Diğer yandan, Şikago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesinin 12'nci maddesi, Sözleşme ilkelerine uygun olarak koyulacak kurallara uyulması gerektiğini bildirmektedir. Dolayısıyla, Sözleşme kapsamında gerçekleştirilen düzenlemeler ve bunlara uygun olarak kullanılacak yetkiler sivil hava araçları için bağlayıcıdır. Sözleşmenin devlet hava araçları için geçerli olmadığı kabul edilmiştir.<sup>15</sup> Buna karşılık, Sözleşmenin 3'üncü maddesinin d) fıkrasında devlet hava araçlarının da sivil hava araçları için düzenlenen uçuş güvenliğini bozmaları gerektiği kabul edilmektedir.<sup>16</sup> Bu maddeden yola çıkılarak üzerinde önemle durulması gereken nokta askeri uçakların seyrüsefer güvenliği açısından sivil düzenlemelere uyması gerekliliğidir. Bu bağlamda askeri İHA'lara yönelik düzenlemelerde, bu hususun göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

<sup>10</sup> CAVAKLI Serkan, "Uluslararası Hava Hukuku", Hukuk Gündemi Dergisi, 2013, s.100.

<sup>11</sup> Şikago Sözleşmesi madde 3 b: "Askerî, Gümrük ve Zabıta hizmetlerinde kullanılan hava nakil vasıtaları Devlet hava nakil vasıtası sayılır."

<sup>12</sup> TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Beta Yayınları, 5.Baskı, İstanbul,1996, s.43.

<sup>13</sup> BOZKURT Enver, Türkiye'nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Nobel Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 1999, s.246.

<sup>14</sup> KOCAMAN Yusuf, İHA, Silahlı İHA Teknolojisindeki Gelişmeler ve Gelecek Öngörüsü, İHA Kullanımının Uluslararası Hukuk Bağlamında Yaratabileceği Etkilerin İncelenmesi, Yüksek Sevk ve İdare Akademisi, Bitirme Tezi, İstanbul, 2014, s.27.

<sup>15</sup> Şikago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi Madde 3 a: Bu konvansiyon yalnız sivil hava nakil vasıtalarına kabili tatbik olup devlet hava nakil vasıtalarına tatbik olunmaz.

<sup>16</sup> Akit Devletler, devlet hava nakil vasıtaları için nizamlar vazederken sivil hava nakil vasıtalarının seyrüseferinin emniyetini göz önünde bulundurmaya taahhüt ederler.

27 Ekim 1952 tarihli Yabancı Hava Araçlarının Yeryüzünde Üçüncü Kişilere Verdikleri Zarara Dair Konvansiyon, uçuş durumundaki bir hava aracının yeryüzünde<sup>17</sup> neden olacağı zararın tazminini kolaylaştırmak ve doğacak sorumluluğu sınırlayacak kuralların kabulünü sağlamak amacıyla akdedilmiştir.<sup>18</sup> Türkiye'nin imzalamadığı konvansiyon hâlihazırda yürürlükte olmasına rağmen uygulamada yeterli ilgiyi görmemiştir. Bu konvansiyonun yerine geçmesi amacıyla Montreal'de toplanan diplomatik konferansta "Hava Araçları Tarafından Üçüncü Şahıslara Verilen Zararların Tazmini" hakkında konvansiyon imzalanmıştır.<sup>19</sup> Bu konvansiyon bağlamında önem arz eden husus İHA'ların yaşayacağı herhangi bir kaza kırım durumunun olası etkileri ve vereceği zarara ilişkin hususlardır.

Konu telsiz yayınları açısından incelendiğinde ise iki önemli hukuksal sorunla karşılaşmaktadır. Bunlardan birincisi yayın sırasında frekans dilimlerinin kullanımını düzenlemek ve bunlara zarar veren parazitleri ortadan kaldırmak, ikincisi korsan yayın ile bir devlet ülkesine yönelik yasadışı radyo ve televizyon yayınları yapmaktır. Uluslararası Telekomünikasyon Birliği kurucu anlaşmasında birinci sorunla ilgili olarak, taraf devletlerin doğrudan ya da denetiminde kurulacak radyo televizyon istasyonlarını öteki devlet ve kurumlara zarar vermeyecek biçimde yapmalarını öngörmekte ve frekansların tescilini istemektedir. Korsan yayınlara gelince, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği kurucu anlaşması çerçevesinde 21 Aralık 1959 yılında imzalanan Radyo Yönetmeliği, bir devletin ülkesi dışında, açık denizde, kurulan gezici istasyonlar aracılığıyla yayın yapılmasını yasaklamıştır. Aynı şekilde 20 Ocak 1965 tarihinde Avrupa Konseyi çerçevesinde kabul edilen Ulusal Ülke Dışındaki İstasyonlardan Yapılan Yayınların Önlenmesi Konusunda Avrupa Sözleşmesi de, ülke dışından yapılan yayınları yasaklamaktadır.<sup>20</sup> Bu konuda her ne kadar uydu sistemleri de bu amaçla kullanılsa da, İHA'ların kontrolüne ilişkin konularda frekans konusu gündeme gelmektedir. Türkiye'de İHA ve sistemlerinde kullanılacak frekanslar için 05.11.2008 tarihli ve 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun gereği olarak Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan gerekli kullanım izinleri İHA işleticisi/sahibi/pilotu tarafından alınmaktadır. İzin verilen frekansın kullanılması, her türlü girişime karşı gerekli tedbirlerin alınması İHA operatörünün sorumluluğundadır.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Surface terimi 23. madde akid tarafı ülkesiyle sınırlandırılmış olup açık denizdeki bir gemi veya uçağın tescil edildiği devletin ülkesinin bir kısmı sayılacağı kabul edilmiştir.

<sup>18</sup> TOLUNER, s.41.

<sup>19</sup> Türkiye bu konvansiyona taraf değildir.

<sup>20</sup> PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitapevi, 8. Baskı, Ankara, 2009, s.300.

<sup>21</sup> Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, <http://web.shgm.gov.tr/documents/sivilhavacilik/files/mevzuat/sektorel/taslaklar/SHT-IHA.pdf> (Erişim Tarihi: 16.02.2016)

İHA'lara ilişkin özel olarak hazırlanan en yakın tarihli güncel uluslararası belge ICAO tarafından 2011 yılında yayımlanan "Unmanned Aircraft Systems (UAS)(İnsansız Hava Araçları Sistemleri)" konulu ve 328 numaralı sirkülerdir.<sup>22</sup> Bahse konu sirkülerde İHA personelinin yetiştirilmesi, lisansı, sakınma sistemleri, frekans spektrumu ve hava emniyeti açısından ayırım hususları gibi konulara yer verilmektedir. Sirkülerde ayrıca; İHA'ların insanlı uçaklar için belirlenmiş ICAO standartlarına ve bunun yanında konu ile ilgili belirlenecek özel kurallara uygun olarak harekât icra edeceği, İHA'larda otomatik sistemler bulunmasına rağmen tüm sorumluluğun yerde bulunan uçuş ekibinde olacağı, askeri İHA'ların Şikago Sözleşmesi kapsamında olmadığı, İHA'ların deniz aşırı harekâta ilgili devletlerden izin alması gerektiği ve hava trafik sistemlerinin İHA'lar dikkate alınarak gözden geçirilmesi gibi hususlar ele alınmıştır.<sup>23</sup>

Yukarıda ele alınan bütün çalışmalara ve gelişmelere rağmen, gelişen teknoloji ile birlikte yoğun olarak kullanılan ve önümüzdeki 10 yıl içinde iki kat daha da yoğun olarak kullanılacağı değerlendirilen<sup>24</sup> İHA'lar konusunda ortaya konulmuş yeterli ve ayrıntılı bir uluslararası metin bulunmamaktadır. Benzer şekilde konunun askeri boyutuna ilişkin ise hiçbir düzenleme yer almamaktadır.

## b. Ulusal Düzenlemeler

Havacılık düzenlemelerine ilişkin ulusal mevzuattaki temel kanun 14 Ekim 1983 tarihinde çıkarılan 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunudur. Bu Kanunun amacı; devamlı ve hızlı bir gelişme gösteren, ileri teknolojinin uygulandığı, sürat ve emniyet faktörlerinin büyük önem taşıdığı sivil havacılık sahasındaki faaliyetlerin ulusal çıkarlarımız ve uluslararası ilişkilerimize uygun bir şekilde düzenlenmesini sağlamaktır.<sup>25</sup> Kanun esasen sivil havacılık konularına düzenlemeler getirmekte ve devlet hava araçları, açık hüküm bulunmayan hallerde bu kanunun kapsamı dışında kalmaktadır.<sup>26</sup> Ancak, bazı tanımlar ve uygulamalar açısından devlet uçaklarına da uygulanması gereken düzenlemeler bu kanunda yer almaktadır. Diğer yandan, her ne kadar devlet hava araçları ile ilgili seyrüsefer emniyetinin sağlanmasına yönelik kanunda açık ve net bir ifade olmasa da,

<sup>22</sup> Uluslararası Sivil Havacılık Kuruluşu, [http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328\\_en.pdf](http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_en.pdf) (Erişim Tarihi: 18.02.2016)

<sup>23</sup> DİKMEN Mustafa, "İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi", Savunma Bilimleri Dergisi, Cilt 14, Mayıs 2015, s 158.

<sup>24</sup> <http://www.pnewsire.com/news-releases/teal-group-predicts-worldwide-uav-market-will-totalover-80-billion-in-its-just-released-2010-uav-market-profile-and-forecast-83233947.html> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)

<sup>25</sup> Türk Sivil Havacılık Kanunu Madde 1.

<sup>26</sup> Türk Sivil Havacılık Kanunu Madde 2.

seyrüsefer emniyeti açısından trafik düzenlemelerine ait konularda devlet hava araçları tarafından genel olarak kurallara riayet edilmesi gerekmektedir.

Sivil Havacılık Kanununa 13 Temmuz 2013 tarihinde yapılan değişiklik<sup>27</sup> ile birlikte özellikle askeri havaalanlarına ilişkin bazı düzenlemeler ve ifadeler eklenmiştir. Bu değişikliğe göre “*Sivil hava ulaşımına açık olmayan yalnızca askerî kullanımda olan havaalanlarında ise Millî Savunma Bakanlığı, ilgili kuruluşların da görüşünü alarak bu havaalanları için yukarıda değinilen hususları kapsayan planları ve kuralları hazırlar ve yayımlar. Yeni yapılacak askerî havaalanları hakkında Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığının görüşü alınır.*” hükmü kanuna eklenmiştir. Bu hüküm özellikle İHA’lar için kurulacak havaalanları konusunda ilgili Bakanlığın mütalaasının alınması gerektiği hususunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

2920 sayılı kanunun 3’üncü madde b fıkrasında hava aracına ilişkin “havaalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü hava aracı” şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Böylece, hava aracı terimi başta uçaklar olmak üzere her türlü balon, helikopter, planör ve deniz uçağı tanım kapsamında sokulmuştur. Bu tanım çerçevesinde değerlendirildiğinde İHA’ların hava aracı tanımı içerisinde yer aldığı açıkça görülmektedir.<sup>28</sup>

5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Kanunu kapsamında Uçuşa Elverişlilik Daire Başkanlığının görevi ülkemizde üretilen hava aracı gövde, motor ve pervane ile diğer donanımların sivil hava araçlarında kullanımına imkân sağlayacak; uçuşa elverişlilik ve gürültü standartlarını belirlemek, tasarım, üretim, bakım, onarım, tadilat ve yenileme yapan işletmeleri belirlenen standartlara uygun olarak yetkilendirmek ve bu konuda denetlemeler yapmak, ilgili belgeleri düzenlemek, onaylamak, yetkileri yenilemek, gerektiğinde iptal etmek ve kayıtlarını tutmak olarak ifade edilmiştir. Askeri maksatlarda kullanılan İHA’lara yer verilmesi de kanun çerçevesinde değerlendirildiğinde; özellikle sivil alanda kullanılan İHA’lara yönelik olarak standartların belirlenmesi, denetimlerin ve bu hususa ilişkin düzenlemelerin yapılması sorumluluğu Uçuş Standartları Daire Başkanlığına verilmiştir. Yürütülecek İHA projeleri kapsamında bahse konu daire ile istişare edilmesi/ bilgi verilmesi, dikkate alınması gereken bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ayrıca, bahse konu kanunun 4’üncü maddesinde Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü görev ve yetkileri; “*Türk hava sahası ve uluslararası anlaşmalar gereğince hizmet sorumluluğu üstlenilen uluslararası hava sahalarının kullanımına ilişkin strateji ve politikalara esas teşkil edecek ilkelerin belirlenmesine yönelik çalışmalar*

<sup>27</sup> (Ek: 13/7/2013-6496/27 md.).

<sup>28</sup> DİKMEN, s 159.

yapmak; hava trafik yönetim hizmetleri konusunda 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanununa uygun olarak sivil-asker koordinasyonuna ilişkin esasları belirlemek ve uygulanmasını sağlamak.” olarak ifade edilmektedir. Bu kapsamda hava trafik hizmetleri maksadıyla İHA'lara yönelik yapılacak uygulamalarda ve atılacak adımlarda Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü ile istişare etmek/bilgi vermek yerinde olacaktır.

İHA'ların askeri maksatlı kullanımının yanında birçok ülke tarafından orman yangınlarının tespitinden kargo taşımacılığına kadar değişik alanlarda kullanımının gün geçtikçe artması ve ülke mevzuatlarında doğrudan İHA'lar ile ilgili hukuki bir düzenleme bulunmayışı, bu alandaki boşluğu doldurmaya yönelik hukuksal çalışmaların yoğunlaşmasına neden olmuştur.

Türkiye tarafından bu kanuni boşluğu doldurmaya yönelik yukarıda ele alınan kanunların yanında doğrudan İHA'lara ilişkin olarak “İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat” 1 Kasım 2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan talimatla, İHA sistemlerinin ayrılmış hava sahalarındaki operasyonlarının usul ve esasları ile ilgili sistemlerine, bunları işletecek olan işletmelere, bu işletmelerde görev alacak personele, İHA pilotlarına, İHA uçuş ekibine ve verilecek hava trafik hizmetlerine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.<sup>29</sup>

Bahse konu talimat İHA konusunda ulusal mevzuatımıza yönelik olarak yayımlanan en açık ve en güncel düzenlemeleri içermektedir. Talimatta özellikle hava trafik hizmetlerine ilişkin usullerin ele alınmış olması nedeniyle, askeri İHA'ları da seyrüsefer güvenliği açısından etkilemektedir.

İHA sistemlerinin kullanımına ilişkin en temel ve resmi olarak yayımlanan talimatta önemli hususlar yer almakta ve kullanım esaslarına yönelik bazı düzenlemeler getirmektedir. Bu kapsamda talimatta öne çıkan hususlar;

- Genel Müdürlük tarafından Uçuşa Elverişlilik Belgesi veya Özel Uçuş İzin Belgesi verilen İHA'ların kaydı tutulması,
- Azami kalkış kütlesi 150 kg ve üstü olan İHA'ların, insanlı hava araçları gibi değerlendirilmesi ve Uçuşa Elverişlilik Sertifikası düzenlenmesi,
- Azami kalkış kütlesi 150 kg ve altı olan İHA'ların için Özel Uçuş İzni Belgesi'nin süresiz olarak düzenlenmesi,
- İHA'lar uçuşa elverişlilik hususunda uygulanabilir konularda insanlı hava araçları ile eşdeğer emniyet ve güvenlik standartlarına sahip olması,

<sup>29</sup> Buna göre, azami kalkış kütlesi 4 kilogramdan ve azami hızı ise saatte 50 kilometreden fazla olan aynı zamanda azami irtifası da yer yüzeyinden 100 metreyi geçen İHA'lar bu talimata tabi olacaktır. Model uçaklar ve kapalı mekânlarda kullanılmak üzere üretilen uçabilen oyuncak veya araçlar bu talimatın kapsamı dışında tutulmuştur.

- Genel Müdürlük sivil İHA'ların askeri yasak sahalar ve askeri birliklere 5 mil ve daha yakın mesafeden uçuş planlaması durumunda; icra edilecek uçuşlara ilişkin olarak; İHA'ların ve uçuş esnasında taşıyacağı faydalı yüklerin teknolojik özellikleri, rota, irtifa, uçuş zamanı ve uçuş bölgesi koordinatlarını içerecek şekilde gerekli bilgileri, doğal afetler gibi acil durumlar hariçinde en az 15 gün öncesinden Genelkurmay Başkanlığı ile koordine etmesi,
- Güvenlik ve askeri açıdan sakınca görülmesi halinde, mesai günlerinde İçişleri Bakanlığı veya Genelkurmay Başkanlığının talebi üzerine Sivil İHA operasyonları Genel Müdürlük tarafından, herhangi bir aşamada durdurulur. Hafta sonları ve resmi tatil günleri ise, sivil İHA operasyonları anılan sebepten dolayı İçişleri Bakanlığı veya Genelkurmay Başkanlığı tarafından Genel Müdürlüğün bilgisi dâhilinde durdurulması,
- Türk Hava Sahası'nda sivil İHA uçuşlarının sürekli bir pilot kontrolünde olacak şekilde gerçekleştirilmesi,
- İHA'larla patlayıcı, nükleer, kimyasal, biyolojik maddelerin ve elektronik harp amaçlı kullanılacak her türlü silah, sistem ve malzeme taşınmasının yasak olması,
- Çoklu kullanıma uygunluğu emniyet standartları yönünden incelenmiş ve teknik dokümanlarda belirtilmiş İHA'lar hariç olmak üzere bir İHA uçuş ekibi, aynı anda sadece bir İHA'nın uçuşunu gerçekleştirebilmesi,
- Ayrılmış hava sahalarında operasyon yapan İHA'lar kendileri için tahsis edilen ve NOTAM'lanan sahaların dışında uçuş yapamaması,
- Kontrol linki kaybı nedeniyle acil durum profilini otomatik olarak uygulayan İHA, acil durum yaşayan hava aracı işlemi görmesi,
- İHA'lar, insanlı hava araçları ile aynı ışıklandırma malzemesi ve aynı yerleşim biçiminde ışıklandırılması,
- İHA, İHA pilotuna emniyetli operasyon kontrol ve seyrüsefer için gerekli olan, uçak sistemlerinin ve uçuşun durumu ve irtifa hakkındaki bütün bilgileri sunması,
- İHA'lar, bir uçuş sona erdirmeye sistemi ve insanlı hava araçları içinde zorunlu olan özel ekipmanlar (Mode C veya IFF/SIF veya MODE S) olmadan Türk Hava Sahasında uçmamasıdır.

Talimatta özellikle bazı maddelerde belirtilen isteklerin ve ihtiyaçların insanlı sistemlerle benzerlik arz etmesi iç hukukumuz açısından İHA'nın uçak gibi değerlendirilebileceği konusunda bir düşünce uyandırmaktadır. Ancak talimat yoğun kullanım alanı bulunan ve içerisinde birçok detaylı hususu da barındıran konunun detaylarını içermemektedir. Buradan hareketle hızla yayılan İHA ve İHA kullanımına ilişkin hukuki mevzuatın yeterli detayda ve tüm ihtiyaçları karşılayarak şekil-

de ilerlediğini söylemek zordur. Bu konuda zaman içerisinde de büyük değişikliklere uğrayacağı ve kendi içerisinde detayları içereceği değerlendirilmektedir.

#### **4. İHA'LARIN HUKUKİ STATÜSÜ NEDİR? İHA'LAR UÇAK MI? EĞER UÇAK İSE İHA'LAR SAVAŞ UÇAĞI MI?**

İHA konusunun gelişen teknolojiler kapsamında son dönemlerde etkin olarak ortaya çıkmış<sup>30</sup> olması nedeniyle bazı tanım ve ifadelerde farklılıklar ve değişik yorumlar bulunmaktadır. Bu duruma ilişkin olarak “İHA acaba uçak mıdır?”, Uçak ise savaş uçağı mıdır?” gibi konular tartışılmaktadır. Konuya ilişkin olarak yapılan değerlendirmelerde esas itibari ile İHA'ları en çok ve en etkin kullanan ülke olan ABD'deki uygulamalar ele alınmıştır. ABD bu konuya ilişkin olarak ortaya çıkabilecek boşlukları Savunma Bakanlığı tarafından yayınlanan bir genelge ile çözmüş ve İHA'ları uçak olarak kabul etmiştir.

Konuya daha net bir açıklama getirmek maksadıyla ulusal mevzuatta geçen bazı tanımlara yer verilmiştir. Bu kapsamda;

- Devlet Hava Meydanları Genel Müdürlüğü Havacılık Terimleri Sözlüğünde; Uçak “Havadan ağır, motor gücü ile seyreden kara, deniz veya kara ve denize inip kalkabilen hava aracıdır.”, Hava aracı (aircraft) “Sabit yüzeyler üzerinde bir takım aerodinamik reaksiyonlarla havada tutunabilen, havadan ağır, motor gücüyle işleyen araç”,
- İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimatta “İnsansız hava aracı (İHA): Spor veya eğlence amacıyla kullanılan model uçaklar hariç, içinde insan olmadan motor gücü ile uçuş yapabilen ve bir kontrol bağlantısı ile İHA pilotu tarafından kontrol edilen veya otonom operasyonu İHA pilotu tarafından planlanarak takip edilen hava aracı”,
- 2920 sayılı Sivil Havacılık Kanununda “Devlet Hava Aracı” “Devletin askerlik, güvenlik, gümrük ve orman yangınları ile mücadele hizmetlerinde kullandığı hava araçları”,
- Uçak Pilotu Lisans Talimatında; Hava aracı “Havalanabilen ve havada seyredebilme kabiliyetine sahip her türlü aracı”, Uçak “Havadan ağır, motor gücüyle seyreden kara, deniz veya kara ve denize inip kalkabilen hava aracını, (Uçak bahsi geçtiğinde bu bahis; aksi belirtilmedikçe ulusal tanımlarda geçen “microlight”ları içermez.)”, olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca, 1944 Şikago Sözleşmesi devlete ait hava araçlarının da tanımını yapmış, askeri, gümrük ve polis hizmetleri kapsamında kullanılan hava araçla-

<sup>30</sup> İlk etkin İHA operasyonuna ilişkin olarak 1982 yılında İsrail'in 18 Lübnan hava savunma sisteminden 16'sını imha etmesi gösterilmektedir.



rının devlete ait hava aracı olduğunu ifade etmiştir. Sözleşmenin 3'üncü maddesinde devlete ait hava araçlarının başka devletlerin karası veya karasal alanına giremeyeceği ancak ilgili ülkelerin aralarında yapacakları anlaşmalara bağlı olarak bahse konu alanların kullanılabileninden bahsedilmiştir.

Diğer yandan, 1944 Şikago Sözleşmesi Madde 8'de ise pilotsuz olarak kullanılan hava araçlarının devlete ait hava araçları gibi başka bir ülkenin karasal alanına girmek için izin alması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca sivil hava araçlarına açık alanlarda pilotsuz olarak uçuş icra eden hava araçlarının sivil hava araçlarının uçuş güvenliğini tehlikeye atmaktan kaçınacak şekilde kontrol edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak, Madde 8'de yer alan "pilotsuz hava araçları" tabirinin İnsansız Hava Araçlarını kapsayıp kapsamadığı konusu açık değildir. 2011 yılında ICAO tarafından yayınlanan İnsansız Hava Aracı Sistemleri (Unmanned Aircraft Systems) dokümanı ve ICAO tarafından 2005 yılında yayınlanan "Global Hava Trafik Yönetimi Operasyonel Konsepti (The Global AirTraffic Management Operational Concept (Doc 9854)), Şikago Sözleşmesi Madde 8'e atıf yaparak, İnsansız Hava Aracını "pilotun hava aracında olmadığı pilotsuz hava aracı" (without a pilot-in-command on-board) şeklinde tanımlamıştır.

Burada ele alınan tanımlar dikkate alındığında kavramsal olarak bazı tanımların iç içe geçmiş olduğu ve birbirlerine yakın ifadelere yer verildiği görülmektedir. Bu tanımlarda yer alan hususlar dikkate alındığında İHA'ların uçak olarak kabul edilebileceği değerlendirilebilir.

Önemli bir husus olarak ele alınması gereken bir diğer konu da hava araçlarının, devletin sürekli yetkisi altında bulunmak zorunda olduğu, bir uyrukluğa sahip olduğudur. Uygulanan uluslararası hukuka göre hava araçları kayıt edildikleri devletin uyruğunda bulunmaktadır. Her devlet hava araçlarının uyrukluğundan yararlanabilmesi için gerekli olan koşulları saptama konusunda serbesttir. Uygulanan uluslararası hukukun bu konuda getirdiği tek sınırlama, bir uçağın yalnızca bir tek uyrukluğa sahip olması konusundadır.

Uygulamada devletler kural olarak kendi yurttaşlarının sahibi olduğu araçlarına uyrukluklarını vermektedir. Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 3'üncü madde d) fıkrası "*mülkiyeti Türk Devletine veya kamu tüzel kişilerine veya Türk vatandaşlarına ait araçları*" Türk hava aracı olarak kabul etmektedir. Devletler uyruğunda bulunan hava araçlarını bir kütüğe kayıt etmektedirler. Böylece, bir hava aracının kayıtlı olduğu devlet de tescil devleti olarak anılmaktadır. Tescil devleti Türkiye ise, hava aracının uyrukluğunu bir tescil belgesi ve hava aracının üzerinde yer alan ve Türkçe marka denilen bir uyrukluğa işareti ile kanıtlamak zorundadır.<sup>31</sup>

<sup>31</sup> DİKMEN Mustafa, "İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi", Savunma Bilimleri Dergisi, Cilt 14, Mayıs 2015, s 158

Buradaki önem arz eden husus ise uçak olarak değerlendirilen İHA'ların marka taşıyıp taşınamaması hususudur. Esasen bahse konu kanun sivil havacılık konularına ilişkin esasları düzenlemiş olsa da burada İHA'ların marka taşıyıp taşımayacağı konusu tartışılabilir bir konu haline gelmektedir.

## 5. İHA'LARIN STATÜLERİNDEN KAYNAKLI KULLANILABİLECEK TRANSİT GEÇİŞ HAKKI

Transit geçiş rejimi 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS)'nde düzenlenmiştir. Transit geçiş açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin bir bölümü ile açık denizin veya bir münhasır ekonomik bölgenin diğer bölümü arasında uluslararası seyrüsefer için kullanılan boğazlara uygulanmaktadır.<sup>32</sup> BMDHS'de karasuları genişliğinin 12 mile kadar çıkarılması ile birçok ülkenin buna bağlı olarak karasularını 12 mile çıkaracağı yönünde beklenti olmuştur. Bu düşünce BMDHS'de transit geçiş kavramının oluşmasına sebep olmuştur.

BMDHS, sahili bulunsun veya bulunmasın, bütün devletlerin gemilerinin, karasularından zararsız geçiş hakkından yararlanmasını esas almaktadır.<sup>33</sup> Geçiş, sahildevletinin barışına, düzenine veya güvenliğine zarar vermedikçe zararsız sayılmaktadır. Yabancı bir geminin geçişi eğer bu gemi karasuları içerisinde BMDHS madde 19'da belirtilen faaliyetlerden birinde bulunursa, sahildevletinin barışına düzenine veya güvenliğine zarar vermiş sayılmaktadır. Bu kapsamda her türlü uçağın uçurulması, güverteye indirilmesi veya gemiye alınması zararsız geçiş bozmaktadır.

Deniz Kuvvetleri unsurları ülke hak ve menfaatlerinin korunması ve denizde seyir serbestisi prensipleri çerçevesinde hayati önemdeki boğazlardan geçmeyi arzu etme ve bunu menfaatleri için önemli görmektedir. BMDHS kapsamında 12 mil nedeniyle etkilenen Malaga Boğazı, Hürmüz Boğazı, Cebelitarık gibi hayati noktalardan geçmeyi amaçlayan deniz kuvvetleri unsurlarının boğazlardan geçerken zararsız geçiş hakkının kullanımına ilişkin bazı endişeleri söz konusu olmuştur. İlk olarak uçaklar için zararsız geçiş hakkı yoktur. Bununla birlikte, bazı farklı seyrüsefer uygulamaları haricinde uçaklar boğaz geçişi esnasında havada bulunmamaktadır. İkinci olarak, zararsız geçiş ertelenebilmekte ve bu durumda kıyı devletinin boğazı kapatma hakkı bulunmaktadır. Denizaltıların zararsız geçiş esnasında suüstünde geçiş yapması istenmektedir. Bu kapsamda boğazlardan geçiş rejimine ilişkin olarak transit geçiş uygulaması 12 millik karasuları uygulamasından kaynaklanan seyrüsefer serbestisinin azaltıl-

<sup>32</sup> DİKMEN Mustafa, "İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi", Savunma Bilimleri Dergisi, Cilt 14, Mayıs 2015, s 158

<sup>33</sup> PAZARCI, s 169.

masının, sınırlamaların en aza indirilmesi düşüncesiyle hazırlanmış ve BMDHS'ne adapte edilmiştir.

BMDHS'nin 37'nci maddesinde öngörülen boğazlardan bütün gemiler ve uçaklar bir engelleme olmaksızın transit geçiş hakkından yararlanmaktadır. Ancak, transit geçiş hakkı bir devletin kıtası ile bu devlete ait bir ada arasında kalan boğazlarda, eğer adanın açık deniz tarafında veya bir münhasır ekonomik bölgede seyrüsefer ve hidrografik özellikler bakımından eşit uygunlukta başka bir yol mevcutsa uygulanmamaktadır.<sup>34</sup>

Transit geçiş sırasında gemilerin ve uçakların yükümlülükleri kapsamında<sup>35</sup> transit geçiş hakkının kullanılmasında, gemiler ve uçaklar: boğazı hiç gecikmesiz katedecekler veya üzerinden uçacaklardır. Boğaza kıyıdaş olan devletlerin egemenliklerine, toprak bütünlüklerine veya siyasi bağımsızlıklarına karşı tehdit veya kuvvete başvurmaktan veya Birleşmiş Milletler Andlaşmasında belirtilen uluslararası hukuk ilkelerine aykırı davranışlardan kaçınacaklardır. Zaruret hali veya yardım gerektiren durumlar hariç olmak üzere, normal seyrü sefer usulleri uyarınca, sürekli ve hızlı bir geçişin gerektirdiği faaliyetlerin dışında her türlü faaliyetten kaçınacaklardır.

Transit geçiş halindeki uçaklar: Uluslararası Sivil Havacılık Örgütü tarafından kabul edilen ve sivil uçaklara uygulanabilen havacılık kurallarına uyacaklardır; devlet uçakları bu kurallarda öngörülen güvenlik tedbirlerine normal olarak uygun hareket ederler ve seyir güvenliğini her zaman gerektiği biçimde gözönünde bulundururlar. Sürekli olarak, hava trafiğinin kontrol amacıyla uluslararası alanda yetkili kılınan makamın kendilerine tahsis ettiği radyo frekansını veya uluslararası tehlike radyo frekansını kollayacaklardır.

Gemiler ve uçaklar transit geçiş hakkını kullanırken, gecikmeye uğramaksızın, ertelenmeksizin ve kıyı devletine karşı herhangi bir kuvvet kullanmadan veya siyasi bağımsızlığına veya uluslararası hukuk kuralları prensiplerine aykırı olmadan hareket etmelidir.

Görülebileceği üzere transit geçiş tüm gemiler ve uçaklar için geçerlidir. Buradaki kilit nokta İHA'ların uçak olarak kabul edilip edilmemesi, bu konudaki statünün net olarak belirlenmesi noktasındadır. Eğer İHA'lar uçak olarak kabul edilecekse transit geçiş hakkından istifade edebilecekler ve bu durum özellikle Ege Denizi gibi coğrafi formasyonların yoğun olduğu bölgelerde çok önemli bir konu olarak gündeme gelecektir.

Transit geçişte hukuksal olarak kıyı devletinin bu geçişi engelleme hakkı yoktur. Boğazlara kıyı olan devletler transit geçişle alakalı seyir emniyeti ve trafiğinin

<sup>34</sup> BMDHS madde 38.

<sup>35</sup> BMDHS madde 39.

düzenlenmesi, kirliliğin kontrolü, balıkçılığın önlenmesi, kıyı devletinin gümrük, göç ve sağlık hususlarının etkileyen alanlarda hukuku adapte etme ve düzenleme yapma hakkı vardır. Transit geçiş hakkını kullanan yabancı gemilerin bu konulara uyması istenmekte ve kıyı devletinin zorlamalarına konu teşkil etmektedir.

Transit geçiş yapan sivil uçaklar ICAO tarafından belirlenen hava kurallarına uymak zorundadır. Devlet uçakları ise normal olarak seyir emniyeti açısından bu tarz güvenlik tedbirlerine uyacak ve emniyet içinde hareket edecektir. Aynı zamanda uçakların uluslararası trafik kontrol otoriteleri veya uygun tehlike frekanslarını dinlemeleri istenmektedir. Eğer İHA'ların transit geçiş hakkına sahip oldukları değerlendirilse, İHA'ların belirtilen tüm bu düzenlemelere aynı uçaklarda olduğu gibi uymaması için herhangi bir sebep bulunmamaktadır ve bu uygulamaları yerine getirmek zorundadır.

Sonuç olarak; transit geçiş rejimi uçaklara uygulanmaktadır. İHA'lar açısından ise konu biraz daha problemlidir ve karmaşık bir hal almaktadır. Halihazırda uluslararası hukukta İHA'ların uçak olup olmadığı veya hangilerinin uçak olarak kabul edileceği konusunda net bir düzenleme, konsensüs mevcut değildir. Potansiyel problem alanının temelinde, denizcilik gücü sınırlı devletler bu konuda daha kısıtlayıcı sınırlı bir görüşü ifade ederken, denizci devletler, donanmaları güçlü devletler, hareket esnekliğini maksimum seviyede tutmak, seyri sefer serbestisini azami seviyede tutmak maksadıyla bu konuyu daha geniş bir çerçevede ele almakta ve bu yönde değerlendirmelerde bulunmaktadır.<sup>36</sup>

Her iki tarafın anlayışındaki farklılıklar, kıyı devletinin yetki uygulaması göstermesi durumunda buna karşılık İHA'ları uçak olarak değerlendiren denizci devletler tarafından reaksiyon gösterilmesi halinde farklı sorunların anlaşmazlıkların ve krizlerin ortaya çıkması söz konusu olabilecektir. Kısaca özetlemek gerekirse bu konu potansiyel kriz alanı olarak yerini korumaktadır. Herhangi bir şekilde egemenlik haklarını ihlal ettiği iddiası ile kıyı devleti tarafından İHA'lara müdahale edilme durumunda oluşabilecek durum tam bir belirsizlik konusu teşkil etmektedir.

Böyle bir durumda iç mevzuatımızdaki konuya ilişkin eksiklikler mahkemelerin konuya ilişkin karar verme sürecini daha da zorlaştıracaktır.

## 6. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Yaşanan teknolojik gelişmeler ile birlikte İHA kullanımını her geçen gün daha da yaygınlaştırmakta ve askeri kullanımının yanında sivil hayatta da yoğun olarak kullanılmaktadır. Son derece hızla yaygınlaşan bu kullanım hukuki açıdan bazı sorunları da beraberinde getirmektedir.

<sup>36</sup> NORRIS Andrew, "Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems", ABD Deniz Harp Akademisi, 2013, s.37-39.

Hukuk alanındaki düzenlemeler ve konuya ilişkin çalışmalar İHA'nın kullanımında yaşanan süratli gelişmeye yetişememekte ve bu durum bazı boşlukların oluşmasına, kullanımda sorunların yaşanmasına neden olmaktadır.

Bu kapsamda hukuk alanında yaşanan zorlukları insan hakları ve hava hukuku açısından iki başlık altında ele almak mümkündür. İnsan haklarına yönelik yaşanan sıkıntılar daha çok silahlı İHA harekâtı konusunda yoğunlaşmaktadır. Bunun yanında İHA'ların hukuki statüsü, hava sahası ihlalleri, hava trafik sahasının kullanımı ve uçuş emniyeti gibi konular hava hukuku açısından öne çıkan konuları teşkil etmektedir.

Diğer yandan, İHA'ların statüsüne yönelik net bir kural bulunmaması ve bu konudaki belirsizlik nedeniyle coğrafi formasyonların yoğun olduğu bölgelerde deniz hukukundan kaynaklanan transit geçiş hakkının kullanılmasına yönelik bazı sıkıntıları ve potansiyel krizleri içinde barındırmaktadır.

Uluslararası hukuk sistemi, İHA vb. silah teknolojilerini yasaklamaya yönelik sözleşmeler düzenleyen bir yaklaşımı benimsememektedir. Aksine tüm silah teknolojilerinin temel uluslararası insancıl hukuk ve insan hakları kuralları ve teamülleri ile uyumlu kullanılması gerekliliğini ön plana çıkarmaktadır. İHA teknolojisinin kendi başına uluslararası hukuku ihlal eden bir yapıda olmadığı, ihlallerin kullanım yöntemlerindeki hukuksuzluklardan kaynaklı olduğu görülmektedir.<sup>37</sup>

Uluslararası hukukta hâlihazırda İHA'lara dönük özel ve kapsamlı bir düzenleme mevcut değildir. Devlet uygulamaları açısından bakıldığında İHA'lar genel olarak uçak gibi işlem görmektedir.

İHA'ların askeri maksatlar yanında birçok ülke tarafından sivil kullanımının gün geçtikçe artması ve ülke mevzuatlarında doğrudan İHA ile ilgili hukuki bir düzenleme bulunmayışı nedeniyle, bu alandaki boşluğu doldurmaya yönelik hukuksal çalışmaların artmasına neden olmuştur. Ancak bu konuda yapılan çalışmaların İHA kullanımına ilişkin sektörün ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde detaylı hazırlanmadığı yönünde eleştiriler de söz konusudur.

İHA'ların kullanımına yönelik hukuki düzenlemelere ilişkin çalışmaların yakın zamanda hukuk gündemini uzun süre meşgul edeceği, hem uluslararası hukuk bağlamında hem de ulusal mevzuatta bu konuya ilişkin daha fazla çalışmaların yapılacağı değerlendirilmektedir.

---

<sup>37</sup> KURT Şenol, "Silahlı İnsansız Hava Araçları Kullanımında Karşımıza Çıkan İki Kavram: Hedefleyerek Öldürme ve Meşru Müdafaa", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10 Sayı 129-130, 2015, s.247-267.

**KAYNAKÇA**

- ABD Savunma Bakanlığı, Direktif Numarası 4540.1 “Uluslararası Hava Sahasının ABD Askeri Uçakları ve Füzeleleri Tarafından Kullanılması-Use of International Airspace by U.S. Military Aircraft and for Missiles (2007) <http://www.dtic.mil/whs/directives/corres/pdf/454001p.pdf>.
- Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Anlaşması, [http://www.unicankara.org.tr/doc\\_pdf/chart\\_turkce.pdf](http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/chart_turkce.pdf) (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Birleşmiş Milletler, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, <http://denizmevzuat.udhgov.tr/dosyam/denizhukuku.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- BLANK Laurie R., “After ‘Top Gun’: How Drone Strikes Impact the Law of War”, U. PA. J. INT’LL, Vol 33, No 3, 2012, s.675-676.
- BOZKURT Enver, Türkiye’nin Uluslararası Hukuk Mevzuatı, Nobel Yayınevi, 2.Baskı, Ankara, 1999, s.246.
- CAVAKLI Serkan, “Uluslararası Hava Hukuku”, Hukuk Gündemi, 2013, s.100.
- Devlet Hava Meydanları Genel Müdürlüğü, Devlet Hava Meydanları Genel Müdürlüğü Havacılık Terimleri Sözlüğü, <http://www.dhmi.gov.tr/dosyalar/pdf/DHMi-Havacilik-Terimleri-Sozlugu.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- DİKMEN Mustafa, “İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Hava Hukuku Bakımından İncelenmesi”, Savunma Bilimleri Dergisi, Cilt 14, Mayıs 2015, s 158-159.
- DWONKIN Anthony, “Drones and Targetted Killing: Defining a Europe Position”, European Council on Foreign Relations, London, 2013, s.2-3.
- EHREDT Dave, “NATO - Joint Air Power Competence Centre”, 2010-2011 UAS Yearbook - UAS: The Global Perspective, 8. Baskı, 2010, s.61.
- HAZELTO Jacqueline L., “Drones: What Are They Good For?”, Parameters 42(4)/43(1) Winter-Spring 2013, s.31.
- KOCAMAN Yusuf, İHA, Silahlı İHA Teknolojisindeki Gelişmeler ve Gelecek Öngörüsü, İHA Kullanımının Uluslararası Hukuk Bağlamında Yaratabileceği Etkilerin İncelenmesi, Yüksek Sevk ve İdare Akademisi, Bitirme Tezi, İstanbul, 2014, s.27.
- KURT Şenol, “Silahlı İnsansız Hava Araçları Kullanımında Karşımıza Çıkan İki Kavram: Hedefleyerek Öldürme ve Meşru Müdafaa”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10 Sayı 129-130, 2015, s.247-267.
- KURT Şenol, “İnsansız Hava Araçları (İHA) ve İHA’ların Deniz Harekat Ortamında Kullanımı”, III. Ulusal Havacılık Teknolojileri ve Uygulamaları Kongresi, İzmir, 2015, s.5-6.
- NORRIS Andrew, “Legal Issues Relating to Unmanned Maritime Systems”, ABD Deniz Harp Akademisi, 2013, s.37-39.
- PAKKAN, B. ve ERMİŞ, M. (2010), “İnsansız Hava Araçlarının Genetik Algoritma Yöntemiyle Çoklu Hedeflere Planlanması”, Havacılık ve Uzay Teknolojileri Dergisi, 4.(3), 2009, s.78.

- PAZARCI Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitapevi, 8. Baskı, Ankara, 2009, s.300.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, 2920 Sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2920.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Kanunu. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5431.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- TOLUNER Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri Devletin Yetkisi, Beta Yayınları, 5.Baskı, İstanbul, 1996, s.43.
- Uluslararası Sivil Havacılık Kuruluşu, “İnsansız Hava Araçları Sistemleri (Unmanned Aircraft Systems (UAS))” konulu ve 328 numaralı Sirküler, [http://uvs-info.com/phocadownload/05\\_3a\\_2011/P112-P115\\_C&AI\\_ICAO-Advisory-Circular.pdf](http://uvs-info.com/phocadownload/05_3a_2011/P112-P115_C&AI_ICAO-Advisory-Circular.pdf) (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü, İnsansız Hava Aracı Sistemlerinin Ayrılmış Hava Sahalarındaki Operasyonlarının Usul ve Esaslarına İlişkin Talimat (1 Kasım 2013), <http://web.shgm.gov.tr/doc5/sht-iha.pdf> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Uluslararası Sivil Havacılık Kuruluşu, Şikago Uluslararası Sivil Havacılık Sözleşmesi (7 Aralık 1944 tarihli), [https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR\\_KARARLAR/kanuntbmmc027/kanuntbmmc027/kanuntbmmc02704749.pdf](https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc027/kanuntbmmc027/kanuntbmmc02704749.pdf) (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Ulaştırma Bakanlığı, Uçak Pilotu Lisans Talimatı, <http://web.shgm.gov.tr/doc3/sht-1.doc> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)
- Uluslararası Telekomünikasyon Birliği, Uluslararası Telekomünikasyon Birliği Kurucu Anlaşması, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5163.html> (Erişim Tarihi: 18.02.2016)